

Renaud Colson

**Dossier de candidature au diplôme
d'habilitation à diriger des recherches**

**Ecole doctorale DSP
Université de Nantes**

L'arrêté interministériel du 23 novembre 1988 (NOR : MENU8802296A)¹ prévoit que l'habilitation à diriger des recherches « sanctionne la reconnaissance du haut niveau scientifique du candidat, du caractère original de sa démarche dans un domaine de la science, de son aptitude à maîtriser une activité de recherche dans un domaine scientifique ou technologique suffisamment large et de sa capacité à encadrer de jeunes chercheurs » (Art. 1). L'article 4 de l'arrêté susvisé requiert, pour prétendre à ce diplôme, la présentation d'un dossier comprenant un dossier de travaux, accompagnés d'une synthèse de l'activité scientifique du candidat.

Les pages qui suivent comportent dans l'ordre un curriculum détaillé présentant l'ensemble de mes études et de ma carrière professionnelle, la synthèse des travaux retraçant les résultats les plus significatifs obtenus depuis mon entrée dans la carrière universitaire, un projet de recherche original, argumenté et détaillé, et la liste de mes publications et communications, et de mes activités d'animation et d'encadrement de la recherche.

¹ JORF Lois et Décrets, 29 novembre 1988, p. 14825.

SOMMAIRE

<u>CURRICULUM VITAE</u>	p. 1
<u>PRESENTATION DES ACTIVITES DE RECHERCHE</u>	p. 4
I – Le trajet comme objet.....	p. 4
A. Parcours imposé : représentations de la justice civile et procédure civile.....	p. 5
1. Thèse de doctorat : La fonction de juger : Étude historique et positive	p. 6
2. Le droit de la justice civile.....	p. 8
B. Promenade exotique : le champ pénal à l'épreuve de la comparaison.....	p. 10
1. La comparaison des systèmes de justice pénale.....	p. 11
2. Penser la criminologie de l'étranger.....	p. 13
3. Le droit pénal de l'Union européenne au prisme du droit comparé.....	p. 15
4. Les processus de transfert de droit dans l'ordre pénal.....	p. 18
C. Itinéraire sulfureux : politiques des drogues et droit des stupéfiants.....	p. 19
1. Analyse interdisciplinaire.....	p. 20
2. Comparaisons politiques.....	p. 25
3. Reconstruction dogmatique.....	p. 29
4. Vulgarisation scientifique (sélection).....	p. 31
D. Chemins de traverse.....	p. 33
II – Le décalage comme méthode.....	p. 37
<u>PRESENTATION DU PROJET DE RECHERCHE</u>	p. 39
I. Abandonner le droit de la drogue !	p. 39
II. Quel(s) droit(s) pour l'environnement en Inde ?	p. 40
<u>LISTES COMPLETES ET DETAILLEES DE MES ACTIVITES SCIENTIFIQUES</u>	p. 50
I – Publications scientifiques.....	p. 51
II – Communications scientifiques.....	p. 55
III – Activités de valorisation et de dissémination de la recherche.....	p. 58
IV – Organisation de manifestations scientifiques.....	p. 61
V – Activités de recherche collective.....	p. 63
VI – Activités d'encadrement de la recherche.....	p. 63
VII – Bourses, subventions et contrats de recherche.....	p. 64
<u>COPIE DES TRAVAUX</u>	p. 65
<u>ANNEXE : Programme des colloques et des séminaires organisés</u>	

CURRICULUM VITÆ

Renaud COLSON

Renaud COLSON
Né le 29 décembre 1971 à Paris
Nationalité française
Marié, deux enfants

Faculté de droit et des sciences politiques
Chemin de la Censive-du-Tertre
BP 81307/44313 Nantes Cedex 3/France
renaud.colson@univ-nantes.fr

Compétences linguistiques : français (langue maternelle), anglais (courant, C2), italien (expérimenté, C1), allemand (indépendant, B2), espagnol (débutant, A2).

FORMATION ET DIPLOMES

Doctorat en droit (mention très honorable et félicitations du jury, prix de la fondation Varenne)
Faculté de droit et sciences politiques - Université de Nantes, soutenance 22 mars 2003.

Certificat d'aptitude à la profession d'avocat

Centre régional de formation professionnel des avocats de Rennes, 3 décembre 2003.

DEA de droit privé (mention « Bien », major de promotion)

Faculté de droit et sciences politiques - Université de Nantes, septembre 1997.

Master in Legal Theory (mention « Summa Cum Laude », major de promotion)

Facultés universitaires Saint-Louis - Katholieke Universiteit Brussel, septembre 1995.

Diploma in legal studies (grade 2.1)

Cardiff Law School - University of Wales (Royaume-Uni), juin 1994.

Maîtrise de droit public (mention « Assez Bien »)

Faculté de droit et sciences politiques - Université de Nantes, juin 1994.

Licence de droit

Faculté de droit et sciences politiques - Université de Nantes, juin 1993.

AFFILIATIONS ET FONCTIONS

Actuelles

Chercheur à l'Institut français de Pondichéry, à partir du 1^{er} septembre 2022.

Membre du laboratoire Droit & Changement Social (UMR CNRS), depuis septembre 2005.

Maître de conférences, Université de Nantes, depuis septembre 2005.

Honorary Lecturer, Cardiff University, depuis novembre 2013.

Passées

Chercheur invité, Groupe de Recherche en matière Pénale et Criminelle (GREPEC), Université Saint-Louis-Bruxelles, avril-juin 2022.

Gastwissenschaftler, Institut Max Planck pour l'étude de la criminalité, de la sécurité et du droit (Fribourg-en-Brisgau), mars-juin 2021.

Gastwissenschaftler, Institut Max Planck de droit privé comparé et de droit international privé (Hambourg), mars-juin 2019.

Chercheur en résidence, Institut universitaire sur les dépendances (Montréal), mars-juill. 2018.

International Visiting Fellow, Université de Cardiff, janvier-juillet 2017.

Invited Scholar, Institut d'études avancées, Université Jawaharlal Nehru (New Delhi), févr.-mai 2016.

Marie Curie Fellow, Institut universitaire européen (Florence), septembre 2011-août 2013.

British Academy Visiting Fellow, Université de Cardiff, janvier-juillet 2008.

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche, Université de Nantes, 2001-2003.

THEMES DE RECHERCHE

Droit comparé, droit pénal, philosophie du droit, politique des drogues, droit de l'environnement.

ACTIVITE DE CONSEIL

Activité de conseil juridique (à titre gratuit) en droit de la drogue et du médicament, et en droit des étrangers.

ACTIVITES D'ADMINISTRATION DE L'UNIVERSITE

- Membre du Conseil de direction du laboratoire Droit & Changement Social - UMR CNRS 6297 (2022-...)
- Directeur du cursus intégré franco-britannique de la Faculté de droit et sciences politiques de l'Université de Nantes (2008-2011 et 2013-...).
- Directeur du cursus intégrés franco-allemand de la Faculté de droit et sciences politiques de l'Université de Nantes (2013-2015).
- Coordinateur Erasmus de la Faculté de droit et sciences politiques de l'Université de Nantes (2005/2009).
- Vice-doyen chargé des relations internationales de la Faculté de droit et sciences politiques de l'Université de Nantes (2005-2011).
- Membre du Conseil des relations internationales de l'Université de Nantes (2005/2011).
- Membre du Conseil scientifique et pédagogique de l'École doctorale « Droit et sciences sociales » de l'Université de Nantes (2001/2003).
- Membre du Conseil scientifique de l'Université de Nantes (2000/2002).
- Membre de la Commission permanente du Conseil scientifique de l'Université de Nantes (2000/2002).

ACTIVITES D'ENSEIGNEMENT (les enseignements **en gras** ont été donnés en anglais)

En France :

Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes (depuis 2001) :

- Premier cycle (Licence) :
 - Introduction générale au droit (Licence 1, 35 heures, cours magistral)
 - Introduction générale au droit des personnes (Licence 1, 35 heures, cours magistral)
 - Institutions juridictionnelles (Licence 1, 35 heures, cours magistral)
 - Méthodologie juridique (Licence 1, 15 heures, travaux dirigés)
 - Droit processuel (Licence 2, 35 heures, cours magistral)
 - Droit des contrats (Licence 2, 15 h, travaux dirigés)
 - Droit de la responsabilité civile (Licence 2, 15 h, travaux dirigés)
 - Procédure civile (Licence 3, 35 heures, cours magistral)
 - Droit de la sanction (Licence 3, 12 heures, cours magistral)
 - Procédure pénale (Licence 3, 15 heures, travaux dirigés)
 - Séminaire de culture juridique (Licence 3, 30 heures, travaux dirigés)
 - **English Legal System (Licence 1, 24 heures, cours magistral)**
 - **Introduction to the US Legal System (Licence 1, 24 heures, cours magistral)**
 - **Philosophy of Law and Legal Theory (Licence 1, 24 heures, cours magistral)**
 - **Common Law in Global Context (Licence 2, 24 heures, cours magistral)**
 - **Introduction to European Law (Licence 2, 24 heures, cours magistral)**
 - **Comparative Public Administration (Licence 2, 24 heures, cours magistral)**
 - **Legal Methods (Licence 2, 20 heures, cours magistral)**
- Deuxième et troisième cycles :
 - Droit comparé (Master 1, 35 h, cours magistral)
 - Droit judiciaire privé (Master 1, 15 h, séminaire)
 - Méthodologie de la recherche (Master 1, 24 h, séminaire)
 - Théorie du droit (Master 2, 20 h, séminaire)
 - **Domestic and European Litigation (Master 2, 50 h, séminaire)**

Maison d'arrêt de Nantes (1995/1998) :

- Cours hebdomadaires d'introduction au droit, de droit pénal et de procédure pénale

A l'étranger :

- Mars 2020 : University of Limerick, **French criminal law** (5 hours)
- Mai 2020 (en distanciel) : Universitat de València, **International criminal law** (5 hours)
- Septembre 2010 : Drake Law School, Des Moines (Iowa) : **European law** (15 h)
- Depuis 2005 : visite régulière d'enseignement (*undergraduate*) à la Cardiff Law School sur les thèmes suivants : **Comparative Law, French Legal System, French Contract Law...**

Présentation synthétique des enseignements

	Licence	Master 1	Master 2	A l'étranger
En français	<p>Cours magistraux</p> <p>Introduction générale au droit (L1, 35 h, 2005-2011).</p> <p>Institutions juridictionnelles (L1, 35 h, 2005-2011)</p> <p>Introduction générale au droit privé et au droit des personnes (L1, 35 h, 2013-2015)</p> <p>Droit processuel (L2, 35 h, 2007-2011)</p> <p>Procédure civile (L3, 35 heures, 2005-2007)</p> <p>Droit de la sanction (L3, 24 h, 2017-2022)</p> <p>Travaux dirigés</p> <p>Méthodologie juridique (L1, 15 h, 2001-2003)</p> <p>Procédure pénale (L3, 15 h, 2001-2003)</p> <p>Introduction au droit (L1, 15 h, 2005-2011)</p> <p>Contrats (L2, 15 h, 2005-2007)</p> <p>Responsabilité civile (L2, 15 h, 2005-2007)</p> <p>Introduction au droit privé et au droit des personnes (L1, 15 h, 2013-2019)</p>	<p>Cours magistraux</p> <p>Droit judiciaire privé (M1, 24 h, 2003-2005)</p> <p>Droit comparé (M1, 35 h, 2008-2011)</p> <p>Travaux dirigés</p> <p>Droit judiciaire privé (Master 1, 15 h, 2001-2003)</p> <p>Méthodologie de la recherche (M1, 24 h, 2005-2008)</p>	<p>Séminaires</p> <p>Théorie du droit (M2-DPG, 20 h, 2017-2022)</p> <p>Encadrement de mémoire en théorie du droit (M2-DPG, 2017-2022)</p>	
En anglais	<p>Cours magistraux</p> <p>English Legal System (L2, 24 h, 2008-2011)</p> <p>Introduction to the US Legal System (L1-FFB, 24 h, 2013-2022)</p> <p>Philosophy of Law and Legal Theory (L1, 24 h, 2013-2022)</p> <p>Comparative Law of Public Administration (L2, 24 h, 2018-2022)</p> <p>Travaux dirigés</p> <p>Introduction to European Law (L2 – PE, 24 h, 2013-2014)</p> <p>Legal Methods (L2-PE, 20 hours, 2015-2017)</p> <p>Common Law in Global Context (L2, 24 h, 2013-...)</p>		<p>Séminaires</p> <p>Domestic and European Litigation (M2-JT, 50 h, 2013-2017)</p>	<p>Séminaires</p> <p>Drake law school (Des Moines, Iowa, US): European law (15 h, 2011).</p> <p>Cardiff law school (UK). Séminaire quasi-annuel, depuis 2005, sur les thèmes suivants: Comparative Methodology, French Legal System, French Contract Law, French Civil Procedure, French Administrative Law.</p>

Abréviations. : L = Licence / PE = Parcours Europe / FFB = Filière franco-britannique / M2-JT = M2 Juriste trilingue / M2-DPG = M2 Droit privé général)

PRESENTATION DES ACTIVITES DE RECHERCHE

Mon activité scientifique s'est concrétisée dans la publication de deux monographies, la direction de quatre livres collectifs et un numéro de revue, l'écriture de plus de quarante articles publiés dans des revues à comités de lecture et dans des ouvrages universitaires, et une cinquantaine de communications dans des rencontres scientifiques nationales et internationales. S'y ajoute l'organisation de cinq colloques et de plusieurs cycles de séminaires, et une activité intensive de dissémination de la recherche.

Je me satisferais volontiers de cette approche bibliométrique mais il est à craindre qu'elle ne suffise pas à attester de ma capacité à diriger des recherches au sein des facultés de droit. Il faut, m'a-t-on dit, narrer un parcours intellectuel. La belle affaire ! Va donc pour l'exercice biographique, au risque de l'artifice.

Quel sens donner à 30 années de recherche en droit ? Je dois, pour être honnête, reconnaître d'emblée la contingence d'un itinéraire dont les tours et détours doivent plus aux contraintes institutionnelles, aux rencontres amicales et aux opportunités de voyages qu'à un introuvable projet scientifique. L'éparpillement de mes travaux témoigne d'un joyeux bazar. S'il faut trouver une ligne directrice, celle-ci est à chercher dans le trajet qui m'a mené d'un sujet à l'autre plutôt que dans les liens que ceux-ci entretiennent entre eux. Quant à la question de la méthode, elle appelle une réponse aussi peu académique : changer de pieds, déplacer le cadre, surtout ne pas rester au même endroit. Après avoir pris le trajet comme objet (I) on évoquera brièvement le décalage comme méthode (II).

I – Le trajet comme objet

« Plus d'un, comme moi sans doute, écrivent pour n'avoir plus de visage. Ne me demandez pas qui je suis et ne me dites pas de rester le même : c'est une morale d'état-civil ; elle régit nos papiers. Qu'elle nous laisse libres quand il s'agit d'écrire. »

Michel Foucault, *L'Archéologie du savoir*, 1969, 28.

Dans ses « Notes sur ce je cherche », Georges Perec se compare à un « paysan qui cultiverait plusieurs champs » : « dans l'un il ferait des betteraves, dans un autre de la luzerne, dans un troisième du maïs, etc »¹. Je fais mienne cette métaphore, enrichie au passage du champ de chanvre (*Cannabis sativa L.*) qui a généreusement nourri ma réflexion, pour décrire mon activité scientifique : les recherches que j'ai menées se sont déployées dans des domaines distincts, fort éloignés les uns des autres, entre lesquels j'ai pris le temps de vagabonder.

Commençons par le commencement. Après avoir suivi en dilettante une licence de droit à l'université de Nantes, j'ai fui à l'université de Cardiff. En terre galloise j'ai étudié la sociologie du droit et validé un *Diploma in Legal Studies* qui s'est transmué, par la grâce du dispositif Erasmus, en une maîtrise de droit public français (1994). A l'occasion de cette première expérience britannique, j'ai rencontré le Dr Stewart Field, enseignant accueillant devenu depuis collaborateur au long-cour.

Soucieux de prolonger cette expérience internationale et d'éviter un retour trop brutal à l'Alma Mater, je me suis inscrit en master de théorie du droit aux Facultés Saint-Louis Bruxelles (1995) où j'ai allégrement philosophé sous la direction du Professeur François Ost

¹ G. Perec, *Penser/Classer*, Hachette, 1985, 9-10.

et de quelques autres sommités, en compagnie de jeunes talents avec qui je continue aujourd'hui de converser. Finalement contraint de regagner le territoire national pour y accomplir mes obligations militaires, j'y ai substitué une objection de conscience dans un club de boxe, ce qui m'a laissé le loisir de m'inscrire en DEA de droit privé à l'Université de Nantes (1997).

Prodrome d'une carrière universitaire auquel je n'étais pas destiné, ce parcours étudiantin se révèle rétrospectivement annonciateur de la suite. Les trois premiers mémoires auxquels donnèrent lieu ces années de formation prédoctorale illustraient déjà une tendance à la dispersion, un tropisme comparatif, une appétence pour la théorie du droit comme outil de déconstruction, et un intérêt pour les « mauvais objets ». Le mémoire de maîtrise, qui portait sur la réponse juridique apportée à l'usage de stupéfiants en France et au Royaume-Uni, fût le premier d'une longue série de travaux que j'ai consacrés aux politiques des drogues. Le mémoire de master abordait pour sa part le thème de la légalisation de la désobéissance à la loi. Quant au mémoire de DEA, il retraçait la genèse théorique du concept de revirement de jurisprudence dans la doctrine française. Les deux dernières études furent publiées, sous une forme remaniée, dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*² et dans la *Revue de recherche juridique - Droit prospectif*³.

Au terme de ce premier tour de piste, jouissant de l'auréole académique que me conférait ces publications confidentielles, la perspective d'une thèse de doctorat s'est imposée à moi. Courtisé à Nantes et à Bruxelles, où deux puissances concurrentes m'offraient un financement pour engager l'aventure, j'ai vite compris que la *libido sciendi*, cette vertu scientifique cardinale, pouvait être un obstacle à la navigation en milieu universitaire. L'entrée dans la carrière d'enseignant-chercheur requiert la production d'une recherche orthodoxe sur un sujet traditionnel sous la direction d'un professeur respecté. Elle suppose également l'adoption d'une identité disciplinaire claire. Gardant ces contraintes à l'esprit, le pari – qui s'est révélé gagnant – a été de miser sur la figure du juge civil et sur la discipline du droit processuel pour intégrer l'université (A). Tôt lassé par ce parcours imposé, je me suis vite engagé dans des voies moins orthodoxes. J'ai arpenté, dans une perspective socio-juridique et comparative, le domaine des sciences criminelles (B). J'ai par ailleurs mené une recherche de longue haleine sur les politiques publiques des drogues et sur le droit des stupéfiants (C). Passant d'un champ à l'autre, il m'est arrivé de tomber sur des objets méritant une notice, une recension ou un article : cette diversité inclassable a également sa place dans cet inventaire faussement organisé (D).

A – Parcours imposé : représentations de la justice civile et procédure civile

L'obtention d'un poste d'enseignant-chercheur titulaire dans les facultés de droit requiert de passer sous les fourches caudines de l'une des trois sections disciplinaires du Conseil national des universités : droit privé et sciences criminelles, droit public, et histoire du droit. Ma recherche doctorale résistait à ces catégories bureaucratiques. Elle risquait de ne pas passer la rampe. Prenant, par un habile tour de passe-passe, les atours d'une thèse de droit privé, elle m'a finalement permis d'être qualifié aux fonctions de maître de conférences (1). Encore fallait-il, pour que l'illusion soit confirmée, donner des gages à la faculté en démontrant que j'étais non seulement un théoricien cultivé, mais également un juriste spécialisé. Ce fût fait en produisant quelques travaux complémentaires de dogmatique juridique consacrés à la procédure civile (2).

² « La légalisation de la désobéissance à la loi : le cas du droit de grève et de l'état de nécessité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, 125-169.

³ « Genèse du concept de revirement de jurisprudence », *Revue de recherche juridique - Droit prospectif*, 2000/3, 991-1008.

1. Thèse de doctorat : « La fonction de juger : Étude historique et positive »

Ma thèse de doctorat porte sur « la fonction de juger ». Elle a été soutenue le 22 mars 2003. Primée par la fondation Varenne, elle a été publiée en 2006 par la LGDJ, précédée d'une préface du Premier Président de la Cour de cassation, Monsieur Guy Canivet, et d'un avant-propos du Professeur Loïc Cadiet. Partant du constat que l'office du juge connaît de nos jours une profonde transformation, ce travail prétend en offrir une description renouvelée ancrée dans une généalogie de ses représentations savantes.

Constat : la transformation contemporaine de la fonction de juger

Hausse des contentieux, extension des compétences du juge et accroissement des pouvoirs juridictionnels constituent les signes les plus visibles d'une crise de croissance de l'institution judiciaire. Diagnostiqué depuis plusieurs années par la doctrine, le mouvement inquiète ou rassure ; il stimule en tout cas la réflexion et suscite une importante production éditoriale. Pourtant, le sujet résiste à la synthèse. Le tableau des transformations de l'administration de la justice reste à peindre pour répondre à la question, aujourd'hui remise sur le métier, de la définition du juge. Certains points sont acquis néanmoins. On s'accorde ainsi à voir dans le juge l'archétype du tiers impartial et désintéressé. Quant à la fonction de juger, elle est définie comme une mission d'ensemble englobant celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse, diverses activités de contrôle liées à l'exercice de la juridiction gracieuse, et les fonctions associées à l'un ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle. La rigueur de la définition ne doit cependant pas dissimuler la difficile conceptualisation des transformations contemporaines de la fonction de juger, cette tâche étant compliquée par l'intrication des mutations de la justice comme institution et de celles, plus générales, affectant un droit désormais mondialisé. La doctrine rend compte de ces recompositions mais faute d'en fournir le plan, l'éparpillement des missions judiciaires, entre l'application d'une loi désormais incertaine et la mise en œuvre de droits toujours plus nombreux, rend illisible l'office du juge.

Objectifs : une description renouvelée de l'office du juge

Confronté à la complexité du présent et à l'opacité du futur, le juriste désireux de penser la justice n'est pas complètement démuné. D'une part, il hérite d'une mémoire, la tradition juridique, somme de représentations agrégées autorisant l'intelligence du droit. D'autre part, il dispose d'un passé dont l'étude historique, en exhumant les textes anciens qui encore retentissent, permet d'induire une explication des institutions. C'est en croisant ces deux dimensions du savoir juridique, en écrivant l'histoire d'une tradition toujours vivante, que la thèse se propose de faire le point sur la signification, aujourd'hui brouillée, de la fonction de juger. La chaîne ininterrompue des discours savants mettant en mots l'institution de la justice s'impose en effet comme mode d'accès à la compréhension de l'office du juge. A l'instar de l'action de dire le droit, *jurisdictio*, et de l'acte de juger, *judicium*, dont l'histoire du lexique atteste l'ancienneté, l'*officium judicis* s'enracine dans une culture millénaire qui s'étire de l'histoire ancienne au « présent historique ». Transmises, sélectionnées, recomposées par des générations de juristes, ces figures conceptuelles composent la matière de la recherche. L'histoire de leurs transformations en constitue le propos. Quant au dessein de la thèse, il réside dans la description des représentations de la figure du juge dans la tradition juridique française.

Sources : le corpus juridique relatif à la fonction de juger

S'agissant d'une synthèse, en forme de bilan historique et contemporain, du discours juridique portant sur le juge, la thèse repose sur un matériau bibliographique diversifié. Outre la consultation de nombreux articles et ouvrages, historiques et juridiques, relatifs à l'administration de la justice, on a fait retour aux œuvres des légistes de la monarchie, aux traités des praticiens et aux harangues des juges royaux qui ont pensé la fonction de juger sous l'Ancien Régime. Les écrits des philosophes des « lumières » et le discours des acteurs de la Révolution française ont été scrutés afin d'évaluer l'évolution de ces représentations au tournant du XVIII^e siècle. Enfin, pour la période des XIX^e-XX^e siècles, les travaux de la doctrine universitaire, siège du discours savant sur l'institution judiciaire, ont particulièrement retenu notre attention. Les principaux textes légaux qui ont, hier ou aujourd'hui, structuré l'organisation juridictionnelle ou réglé la marche du procès, ont également été étudiés. Des établissements de Saint-Louis aux ordonnances de Louis XIV, du décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire au Code de procédure civile de 1804, du nouveau Code de procédure civile aux réformes de procédure les plus récentes, sans oublier les

traités internationaux qui règlent l'ordre public procédural contemporain, le droit écrit édicté depuis le XII^e siècle et relatif à l'office du juge a été examiné à la lumière des conceptions savantes de la justice. Quant à la jurisprudence des cours et des tribunaux, puissante source d'inspiration des représentations doctrinales de la fonction de juger et révélateur privilégié de ces dernières, elle a également été prise en considération.

Méthode : la mise en perspective des représentations de la justice

A la jonction de l'histoire de la justice et de la science du droit, cette recherche s'inscrit dans une démarche herméneutique enveloppant, en un seul geste, compréhension et explication des représentations savantes du judiciaire. Le *corpus* juridique, lieu d'interprétation par excellence, est le cadre de cet exercice qui consiste, selon la formule de Paul Ricœur, à « expliquer plus pour comprendre mieux », expliquer le devenir historique de l'office du juge pour en comprendre le sens contemporain. On peut lire ce travail comme une tentative de dévoilement de quelques mythes fondateurs du droit français ou, plus prosaïquement, comme une histoire des usages conceptuels dans le champ juridique. Mais ces qualifications, utilisées *a posteriori* pour donner sens à notre discours, ne doivent pas masquer la démarche qui a présidé à son élaboration. Celle d'une archéologie des « choses dites » qui conduit de l'étude de l'archive juridique à sa description. Cette approche suppose le repérage, au sein du *corpus* juridique pris dans toute son épaisseur historique, des schèmes conceptuels à partir desquels la fonction de juger a été décrite, organisée et justifiée. Elle implique ensuite l'identification du « réseau théorique » qui gouverne l'articulation de ces images savantes de la justice. Elle s'incarne enfin dans le cadre normé d'un plan biparti qui, par ses vertus pédagogiques, est une scène propice à la représentation des théories juridiques.

Résultats théoriques : de l'institution du juge par la loi à la réalisation du droit par le juge

Des dogmes établis par la science juridique médiévale aux problématiques posées par la doctrine contemporaine, la fonction de juger a été objet de multiples théories. Leur étude révèle leurs déplacements et leurs transformations dans l'entre-deux qui sépare les thématiques de l'institution du juge par la loi et de la réalisation du droit par le juge. Ce jeu de représentations se déploie sous la royauté médiévale, forme étatique embryonnaire conceptualisée, notamment dans sa dimension justicière, à l'aide d'éléments puisés aux sources savantes du *ius commune*. Un certain rapport à la hiérarchie et au texte juridique s'y exprime, qui est progressivement consolidé, puis répété, par les juristes de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours. Cette conception se donne à voir dans les problématiques doctrinales relatives à l'autorité du magistrat, à l'organisation de son pouvoir et à l'exercice de son activité ; autant d'objets théoriques qui donnent lieu, pendant plus de huit siècles, à la déclinaison du thème de *l'institution du juge par la loi*. Toujours opératoire, cette trame conceptuelle perd de sa netteté à mesure qu'apparaissent au cours du XX^e siècle des discours porteurs d'un nouveau regard sur le judiciaire. L'élaboration de théories célébrant le pouvoir normatif des juridictions, la conceptualisation d'une fonction de juger polyvalente, la valorisation de la dimension procédurale du système juridique contribuent à redessiner l'image de la justice. Combinées au reflux de l'ordre légal et à son internationalisation, ces évolutions fragmentaires laissent deviner, à qui les saisit dans la longue durée, une recomposition des représentations juridiques mettant l'accent sur la réalisation du droit par le juge.

Transformer un essai (théorique) en un emploi (public)

La thèse présentait, aux dires du jury, les traits d'un ovni disciplinaire. « La fonction de juger » n'est pas une catégorie doctrinale et aucun spécialiste de droit judiciaire ne pouvait retrouver ses petits dans ma recherche, si ce n'est sous une forme déconstruite. Le propos, qui relève de l'histoire des idées, ne porte pas plus sur les techniques juridiques d'hier que sur celles d'aujourd'hui, mais plutôt sur l'idéologie qui détermine les juristes à leur insu. Nul besoin de lire *Le Conflit des facultés* d'Emmanuel Kant⁴ pour comprendre que je m'étais trompé d'UFR. C'est donc avec un certain embarras que plusieurs membres du jury, issus des tribus privatiste, publiciste et historienne, me souhaitèrent bonne chance à l'approche de la session de qualification du CNU.

⁴ *Der Streit der Fakultäten* (1798), trad. fr. Ch. Ferré : *Le Conflit des Facultés et autres textes sur la révolution*, Payot, 2015. Sur la spécificité de la Faculté de droit, toute entière consacrée à l'étude du droit positif, et sa résistance aux exigences de la raison critique, voir notamment p.62 et p. 63.

Les conseils pleuvaient, à l'époque, pour accroître mes chances d'intégrer l'université. L'un m'encourageait à m'inscrire en DEA d'histoire du droit à Rennes I pour authentifier mon pedigree (le caractère insurmontable du défi m'apparut rapidement ; je renonçai quelques semaines après le début des cours). L'autre m'invitait à me rapprocher d'un grand professeur parisien de droit des affaires pour écrire un article très technique sur une réglementation fiscale nouvelle. En cas d'échec universitaire me promit-il, ma reconversion dans un secteur lucratif était ainsi assurée.

Désemparé, et aspirant de tout mon être à devenir un « intellectuel organique »⁵ stipendié par l'Etat (il faut bien manger !), j'envoyai mon dossier aux trois premières sections du CNU, priant pour que sur un malentendu, au moins l'une d'entre elles réponde officiellement à ma demande de reconnaissance académique. Ce fût le cas de la section 01, sans que je ne sache bien pourquoi. Le formalisme obsessionnel de ma recherche retint-il l'attention de mes rapporteurs privatistes ? Le nom des préfaciers de la thèse, primée et devenue livre, contribuèrent-ils à emporter leur conviction ? A moins que mes modestes travaux complémentaires sur le droit de la justice civile ne les aient conduits à reconnaître l'un des leurs ?

2. Le droit de la justice civile

Dans la continuité de ma thèse de doctorat, et dans la foulée de mon recrutement en qualité de maître de conférences en droit privé par l'université française, j'ai tâché de devenir un juriste des facultés de droit. A cette fin, j'ai produit un certain nombre de travaux qui m'ont permis de revendiquer une spécialité : le droit judiciaire privé. Le choix allait de soi. D'une part, cette matière était, parmi toutes celles enseignées dans nos facultés, l'une des plus susceptible de se rapprocher d'une recherche doctorale qui cartographiait le creuset idéologique des règles de procédure civile. D'autre part, mon directeur de thèse - sommité justement reconnue de la discipline - pouvait me donner quelques judicieux tuyaux (conseils méthodologiques et opportunités de publication) pour m'aider à revêtir les atours du bon processualiste. L'exercice se révéla plus difficile que prévu. A l'instar de Pantagruel « qui disoit aulcunesfois que les livres des lois luy sembloient une belle robe d'or triumpante et precieuse à merveilles, qui feust brodée de merde »⁶, c'est avec un certain malaise que j'ai contribué à cette littérature technique.

Je me suis aventuré pour la première fois dans le champ de la doctrine processualiste en me livrant à un commentaire d'arrêt de la 1^e chambre civile de la Cour de cassation sur les clauses de différend.

«La procédure de conciliation préalable qui résulte d'une stipulation contractuelle s'impose au juge », note sous Cass. civ. 1^e, 6 mai 2003, *JCP* 2004, II, 10 021.

Le succès des clauses de différend par lesquelles les contractants tentent de prévenir le traitement judiciaire des conflits qui pourraient les opposer est, paradoxalement, à l'origine de litiges relatifs à la portée de l'obligation contractuelle de conciliation. Dans une décision de rejet rendu le 6 mai 2003, la Première Chambre civile, revenant sur sa jurisprudence antérieure, choisit de sanctionner le non-respect de cette obligation tout en conditionnant son existence à un formalisme protecteur du droit au juge. Pour la Haute juridiction, une procédure conventionnelle de conciliation ne peut résulter « que d'une stipulation contractuelle, laquelle est (...) seule de nature à s'imposer au juge ». *A contrario*, la violation d'un usage professionnel prévoyant une tentative de conciliation avant toute action contentieuse ne saurait fonder la suspension du droit d'agir en justice.

⁵ La catégorie, forgée par Antonio Gramsci (*Nel mondo grande et terribile : Antologia degli scritti 1914-1935*, Einaudi, 2007, 258-275), est sans doute celle qui convient le mieux à une description fonctionnelle des enseignants-chercheurs des facultés de droit françaises dans leur rapport à l'Etat.

⁶ F. Rabelais, *Pantagruel*, Seuil, 1995 [1^e éd. 1532], 89.

Cette note de jurisprudence me positionnait à la frontière stratégique du droit des contrats et du droit processuel. Je me vis confier, dans la foulée, la rubrique « Contrat judiciaire » du *Répertoire de procédure civile Dalloz*. Une chose en entraînant une autre, j'héritai également des entrées « Procédure du tribunal d'instance » et « Recours en révision ».

Rubrique « Contrat judiciaire », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2007 (12 pages).

Comme l'atteste la longue histoire de la transaction, la résolution contractuelle des litiges est un phénomène ancien. Cette pratique juridique gagne en importance, depuis une trentaine d'année, dans le sillage du développement des modes alternatifs de règlement des conflits. Entretien d'une dynamique de « contractualisation » de la justice, l'engouement pour les techniques amiables de résolution des différends s'accompagne de la diversification des conventions dont l'objet vise à organiser le règlement juridictionnel des litiges, voire à s'y substituer. L'hétérogénéité des accords portant sur un litige conclu en présence du juge ou constatés par lui ne facilite pas l'unification de la notion de contrat judiciaire. En l'absence de définition légale, les contours de cette catégorie restent flous et sa signification variable. Dans une acception large, dont il convient de préciser l'étendue, le contrat judiciaire désigne tout acte dans lequel une juridiction constate un accord des parties. Dans un sens plus étroit, le contrat judiciaire s'entend d'accords qui ont pour objet spécifique de régler une contestation pendante devant un juge. L'ensemble de ces accords relève d'un régime juridique particulier.

Rubrique « Procédure devant le tribunal d'instance », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2004 (21 pages).

A l'image des attributions du tribunal d'instance, la procédure suivie devant cette juridiction est plurielle. Les règles gouvernant son activité varient selon l'objet de son intervention, contentieuse ou non contentieuse, et la nature de sa compétence, principale ou subsidiaire. La palette étendue des missions du tribunal d'instance en fait une juridiction hybride, ni vraiment juge d'exception, ni tout à fait juge de droit commun, dont la caractéristique essentielle est de rendre une justice de proximité. Proche du citoyen, le juge d'instance l'est par ses attributions puisqu'il a vocation à connaître des litiges de la vie quotidienne rencontrés en qualité de consommateur ou de vendeur, de locataire ou de loueur, de débiteur ou de créancier, de voisin ou de parent. Pour apaiser ou, à défaut, trancher ces différends d'un intérêt patrimonial souvent limité mais qui n'en altèrent pas moins profondément le lien social, le juge d'instance entretient une forte proximité procédurale avec les justiciables. Le cadre institutionnel dans lequel il exerce sa fonction lui permet de rendre une justice géographiquement proche des plaideurs dans des délais relativement courts et pour un coût réduit. Statuant à juge unique sans formalisme excessif, le tribunal d'instance partage avec les autres juridictions d'exception un esprit de simplicité, de rapidité et d'économie. Il n'en est pas moins tenu de se conformer au standard du procès équitable dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

Rubrique « Recours en révision », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2005, actualisation 2012 et 2017 (19 pages).

Les adages *Res iudicata pro veritate habetur* (« La chose jugée est tenue pour la vérité ») et *Lata sententia iudex desinit esse iudex* (« La sentence prononcée, le juge cesse d'être juge ») témoignent de l'attachement de l'ordre juridique à l'autorité de la décision du juge. Le jugement doit clore le débat pour préserver la paix sociale. En certaines circonstances cependant, une même juridiction est autorisée à se prononcer deux fois sur la même affaire. En ce cas, le juge peut réviser sa décision et lui substituer l'expression d'une volonté nouvelle. Pour être exceptionnelles, les hypothèses de révision n'en sont pas moins multiples. Elles ne sont étrangères ni au juge administratif ni au juge pénal. Devant les tribunaux civils, l'idée de révision « en substance » d'un jugement se retrouve dans diverses techniques autorisant la « révocation » (C. civ., art. 370) ou la « rectification » (C. pr. civ., art. 462) de certaines décisions juridictionnelles. Mais c'est le recours en révision qui illustre le mieux la possibilité offerte au magistrat de corriger, par une nouvelle décision, le jugement qu'il a rendu.

Désormais spécialiste de procédure civile, il n'en fallait pas plus pour que me soit confiée la recension de l'ouvrage de Mme Mikalef-Toudic issu de sa thèse sur « le ministère public, partie principale dans le procès civil ». Je m'acquittai de la tâche dans un compte-rendu publié à la *Revue internationale de droit comparé*, 2007, 723-725.

On s'abstiendra ici de toute tentative de mise en cohérence de ces travaux de commande. Tout au plus insistera-t-on ici sur le fait que leur production me révéla la nature profondément duplice, pour ne pas dire hypocrite, de la littérature doctrinale : déconnectée de la pratique du droit (point n'est besoin d'avoir une expérience de la vie des juridictions pour prétendre décrire les normes devant les régir), la description systématique de la procédure dissimule, derrière une neutralité de façade, la multitude de choix axiologique que requiert l'interprétation des dispositions légales et des décisions de justice⁷.

L'exercice ne fût pas sans m'apporter quelques satisfactions : outre les revenus financiers octroyés par des éditeurs privés pour une activité de « recherche » par ailleurs rémunérée au titre de mes obligations statutaires, la ratiocination doctrinale se révéla à certains égards délicate. L'exemple du droit anglo-américain témoigne du fait qu'il n'est nul besoin de littérature processualiste pour rendre la justice opératoire (il suffit pour cela de mercenaires bien formés). Mais si la doctrine est fonctionnellement inutile⁸, elle apporte aux esprits inquiets un peu de réconfort en conférant à l'anarchie du droit une systématisme générale dans un cadre disciplinaire apparemment intangible⁹. S'y ajoute, à travers l'acte de publication, l'illusion de faire corps avec une communauté doctrinale promettant une forme d'éternité.

Une fois acquis le tour de main permettant de produire ce savoir technique, il eut sans doute été possible de creuser le sillon, multiplier les notes et les fascicules, voire publier un manuel. Mais c'eût été condamner ma pensée à un dessèchement précoce. J'ai préféré fuir vers d'autres horizons, en prenant garde de conserver la responsabilité de la rubrique « Recours en révision » du *Répertoire de procédure civile Dalloz*. Cette voie de recours, dont l'usage est marginal, remplit sa fonction discrètement, à l'abri des réformes et des évolutions jurisprudentielles. L'actualisation sans effort requise tous les cinq ans par l'encyclopédie juridique m'offre une petite rente. Elle m'autorise surtout à conserver, dans la durée et à moindre coût, cette identité de processualiste acquise dans l'ennui. Ce petit travail de mise à jour sera, jusqu'à une hypothétique inscription au barreau, le seul lien que je conserverai avec la procédure civile. J'ai en effet rapidement renoncé aux deux autres rubriques (« contrat judiciaire » et « procédure devant le tribunal d'instance ») : la maintenance de ces entrées évolutives aurait requis un investissement pérenne qui aurait nuit à mes aventures comparatistes.

B. Promenade exotique : le champ pénal à l'épreuve de la comparaison

Recruté comme maître de conférences à la faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, je fus le jour même nommé responsable des échanges Erasmus puis, 10 mois plus tard, vice-doyen chargé des relations internationales. Mes compétences linguistiques en anglais et le sérieux avec lequel j'envisageais la mobilité internationale des étudiants me destinaient naturellement à ces tâches administratives. J'étais enthousiaste. J'allais enfin pouvoir mettre en acte mes convictions internationalistes et partager les richesses que m'avaient apportées mes propres expériences universitaires à l'étranger.

⁷ Sur l'hypocrisie des juristes, ingénieurs de l'illusoire neutralité du droit, voir P. Bourdieu, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, 95-99 ; et du même auteur, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, 3-19.

⁸ Sur le caractère fonctionnellement superflu et scientifiquement douteux de la doctrine juridique, on se reportera utilement au petit ouvrage de Julius Hermann von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Manutius Verlag, 2000 [1^{er} éd. 1848].

⁹ Sur la nature fondamentalement anarchique du droit, v. L. de Sutter, *Hors la loi : Théorie de l'anarchie juridique*, éd. Les liens qui libèrent, 2021. Sur la puissance consolatrice de la dogmatique, v. Legendre, *L'amour du censeur : Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, 1974, not. le « Traité de la prestance du docteur », 99.

Las ! J'ai rapidement dû déchanter. Ces six années comme vice-doyen m'ont permis de mesurer à quel point la majorité de mes collègues sont convaincus que l'apprentissage du droit ne se conçoit bien que dans une faculté française. Dans leur esprit, l'échange Erasmus n'est que le cache-sexe d'un tourisme peu honorable. Ils mettent régulièrement en garde leurs ouailles contre une expérience potentiellement préjudiciable à leur formation car elle implique de renoncer à certains enseignements de droit français.

Si la part des étudiants en mobilité à l'UFR droit et sciences politiques de Nantes fût multipliée par trois durant mon mandat, elle n'a jamais dépassé les 2% par an. Elle a tendanciellement baissé depuis que j'ai quitté mes fonctions. Cette expérience administrative, chronophage, irritante, et aux effets transformatifs limités, a du moins été formatrice. Elle m'a exposé, dans une lumière crue, le provincialisme intellectuel et le nationalisme méthodologique des facultés de droit françaises. « Aucun fossile n'est jamais mûr pour les métamorphoses »¹⁰ et mes collègues feront obstacle, pour de nombreuses années encore, à l'ouverture au monde de leurs étudiants.

Faisant mien le proverbe shaddock en vertu duquel « s'il n'y a pas de solution, c'est qu'il n'y a pas de problème », j'ai finalement renoncé au projet d'internationaliser la faculté de droit de Nantes. A cette chimère j'ai substitué une stratégie de mobilité individuelle. Mon expérience de vice-doyen s'est à cet égard révélée fructueuse. Elle m'a donné accès à une mine d'informations sur les nombreux dispositifs de mobilité scientifique et m'a permis de constituer un réseau de correspondants à travers l'Europe. Mon horizon s'en est trouvé élargi et j'ai pu me rapprocher de tribus académiques étrangères dont l'approche scientifique m'est apparue moins rassie que celle de « l'entité doctrinale » française¹¹.

La première de ces communautés, sise à l'université de Cardiff au pays de Galles, est constituée d'un ensemble d'enseignants-chercheurs en droit réunis autour du *Journal of Law and Society*. La seconde, disciplinairement plus hétérogène et socialement plus cosmopolite, est celle des chercheurs de l'Institut universitaire européen de Fiesole en Italie. La fréquentation de ces deux collectifs m'a permis de réorienter ma recherche et de lui donner une coloration comparatiste et socio-juridique. Cette mue méthodologique s'est accompagnée d'un renouvellement de mes objets d'étude. Je me suis successivement penché sur les transformations de la justice répressive en France, en Angleterre et au pays de Galles (1), sur la discipline criminologique en France et au Royaume-Uni (2), sur la fédéralisation du droit pénal au sein de l'Union européenne (3), et sur les transferts de droit entre ordres juridiques en matière pénale (4).

1. La comparaison des systèmes de justice pénale

Invité par le Dr Stewart Field, qui fut 15 années plus tôt mon mentor en criminologie, j'ai été accueilli à la Law School de l'université de Cardiff durant 6 mois en 2008. Soutenu financièrement par la British Academy, la Mission de recherche Droit & Justice, et les universités de Nantes et de Cardiff, cette mobilité scientifique m'a permis d'être étroitement associé aux travaux du comité éditorial du *Journal of Law & Society*, la plus illustre revue britannique de sociologie du droit¹². A l'université de Cardiff, j'ai pu développer, en

¹⁰ S. Tesson, *Sur les chemins noirs*, Gallimard, 2016, 137.

¹¹ Sur cette notion, v. P. Jestaz et Ch. Jamin, « L'entité doctrinale française », *Recueil Dalloz*, 1997, Chr. 167 ; et sur la polémique que sa formulation a suscitée, v. P. Jestaz, « 'Doctrines' vs sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, 139-157.

¹² C'est en ces termes (non usurpés) que *The Journal of Law & Society* est présenté sur le site web de son éditeur Wiley (<https://onlinelibrary.wiley.com/journal/14676478>) : « Established as the leading British periodical for Socio-Legal Studies The Journal of Law and Society offers an interdisciplinary approach. It is committed to achieving a broad international appeal, attracting contributions and addressing issues from a range of legal cultures, as well as theoretical concerns of cross-cultural interest. (...) It has a widely respected Book Review

collaboration avec Stewart Field, une recherche consacrée à la transformation des procédures pénales des deux côtés de la Manche. Celle-ci a donné lieu à la production d'un rapport scientifique intitulé *La fabrique des procédures pénales (Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive)* mis à disposition sur le site web de la Mission Droit & Justice. Le texte de ce rapport a été reproduit in extenso dans la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (2010/2, 13-41). Il a enfin été traduit et publié dans un ouvrage bilingue préfacé par Lord Phillips of Worth Matravers, président de la Cour suprême du Royaume-Uni, et Robert Badinter, président du Conseil constitutionnel : *The Transformation of Criminal Justice: Comparing France with England and Wales / Les transformations de la justice pénale : Une comparaison franco-anglaise*, L'Harmattan, 2011, 190 pages. Les résultats de cette recherche ont également été repris, quelques années plus tard, dans un article de synthèse intitulé : « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », in S. Guinchard, J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2015, 11-23.

(avec S. Field) : La fabrique des procédures pénales : comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive.

De nombreuses procédures pénales en Europe voient aujourd'hui leurs équilibres remis en cause sous l'influence de facteurs aussi divers que le droit international et européen des libertés fondamentales, l'irruption du « populisme pénal » dans l'espace public, ou la modernisation de l'administration judiciaire. Les justices anglaise et française ont été particulièrement exposées à ces contraintes nouvelles, et c'est par dizaines que se comptent, des deux côtés de la Manche, les lois de procédure et d'organisation juridictionnelle votées depuis trois décennies. L'objet de cette recherche est de comparer ces réformes législatives et, plus généralement, de confronter les évolutions contemporaines du système pénal en France, en Angleterre et au pays de Galles.

Fruit de la collaboration d'un juriste gallois et d'un juriste français, ce travail est pour chacun des auteurs le moyen de mieux connaître leurs droits respectifs, non seulement celui de l'autre, mais également le sien propre, dont l'identité spécifique se perçoit plus distinctement à la lumière de l'étranger. Au-delà de la compréhension affinée des droits nationaux par la mise en perspective de leurs ressemblances et dissemblances, cette recherche prétend contribuer aux débats contemporains sur l'harmonisation et la transformation des justices répressives européennes. L'observation des mouvements affectant les procédures pénales anglaise et française est en effet un moyen privilégié d'identification ou de réfutation de leur rapprochement. Elle doit permettre, par ailleurs, de mieux analyser les tensions à l'œuvre dans chaque pays entre des réformes poursuivant, tout à la fois, des objectifs de justice procédurale, d'efficacité répressive et d'économie administrative.

Portant sur des phénomènes juridiques dynamiques, la comparaison a été étendue des modifications du droit en vigueur aux processus de sa transformation. La démarche empruntée, qui prend en compte les forces créatrices de la procédure pénale pour mieux comprendre les évolutions de celle-ci, témoigne de puissantes convergences entre les systèmes judiciaires anglais et français. Des deux côtés de la Manche, la valorisation contemporaine de l'équité dans la procédure a occasionné une consolidation significative des droits des justiciables. Simultanément, sous l'influence d'un tournant idéologique sécuritaire, un renforcement de l'arsenal pénal a été entrepris pour améliorer l'efficacité répressive de la justice. Enfin, les politiques de modernisation de l'administration menées dans les deux pays ont eu un impact significatif sur les institutions et les procédures pénales, participant ainsi à un mouvement général d'érosion des différences entre les droits anglais et français.

Que nous révèle la mise en perspective des transformations récentes de la justice pénale en France, en Angleterre et au pays de Galles ? Le premier constat est celui du caractère massif des réformes

section and is cited all over the world. Challenging, authoritative and topical, the journal appeals to legal researchers and practitioners as well as sociologists, criminologists and other social scientists. Impact factor: 1.029; 2020 Journal Citation Reports (Clarivate Analytics): 93/151 (Law) & 112/149 (Sociology) ». Sur l'histoire du *Journal of Law & Society*, v. Ph. Thomas, C. Boukalas & L. Hayes, « The Journal of Law and Society at 40: History, Work, and Prospects », SLSA newsletter, Summer 2015, accessible à https://onlinelibrary.wiley.com/pb-assets/assets/14676478/jols_at_40-1509472962000.pdf

en cours dont le rythme et l'ampleur signalent un rapport changeant à la tradition juridique. Le deuxième est celui d'une proximité technique nouvelle entre des formes d'organisation judiciaire et des logiques procédurales jusqu'alors très différenciées, mais qui se ressemblent de plus en plus. Le troisième constat est celui de la constitution d'un imaginaire politique partagé des deux côtés de la Manche, et susceptible d'expliquer les évolutions en cours, y compris dans leurs contradictions apparentes.

Riche d'enseignements substantiels, cette recherche sur les justices pénales française, anglaise et galloise, a également nourri ma réflexion sur l'objet et le sens de la comparaison en droit. Opérant une montée en généralité, j'ai prolongé mon enquête sur le terrain de la méthodologie comparative et de la linguistique juridique. L'étude de la justice pénale anglo-galloise m'a permis de m'interroger sur la limite des taxinomies et les pièges de l'ethnocentrisme en droit comparé, et sur la diversité linguistique comme élément causal de certaines spécificités procédurales nationales.

« Les caractères d'une procédure de *common law* », in M. Cornu et M.-E. Laporte-Legeais (dir.), *Langues & Procès. Les nouveaux défis de la traduction juridique*, Poitiers, Presses universitaires de Poitiers, 2015, 19-27.

Afin d'apprivoiser l'étrangeté culturelle de cette tradition sans en nier la pluralité, il est préférable de l'aborder à travers l'une de ses expressions singulières, à la recherche des similitudes et des différences qu'elle entretient avec notre propre droit. Cette démarche comparative permet d'éviter l'inévitable simplification qui résulte de la mise en système d'une réalité complexe (les nombreuses procédures de *common law* ne se prêtent guère à une description globale et unifiée, sauf à prendre le risque d'en trahir la diversité). Et cette approche autorise à approcher au plus près une procédure étrangère particulière en assumant la nature située du point de vue de l'observateur : l'exposition d'une procédure de *common law* à partir d'un bagage intellectuel français, et à destination d'un lectorat francophone, gagne en relief à éclairer l'écart qui sépare les deux traditions. Cet article s'y essaie, à partir du cas anglo-gallois, en évoquant les différences qui distinguent les institutions pénales des deux côtés de la Manche, les convergences qui laissent deviner, depuis quelques décennies, un rapprochement entre les deux procédures, et le fossé linguistique qui les sépare irréductiblement.

2. Penser la criminologie de l'étranger

L'immersion précoce dans le bain universitaire gallois m'a très tôt amené à m'intéresser aux sciences criminelles britannique. Etudiant Erasmus à Cardiff en 1994, j'ai à l'époque suivi un enseignement de *criminology* qui m'a durablement marqué. Ma recherche sur la justice pénale britannique menée en 2008 m'a donné, plus tard, l'occasion de cartographier en détails cette discipline particulièrement bien représentée dans les universités outre-Manche.

Lorsqu'un décret institua en 2012 une section de criminologie au sein du Conseil national des universités, c'est avec intérêt et consternation que j'observai le microcosme universitaire français s'enflammer contre cette décision. Unis dans la défense du statu quo, les juristes les plus conservateurs et les sociologues les plus progressistes dénonçaient de concert l'officialisation d'une « fausse discipline » menaçant leur territoires respectifs.

L'évidente méconnaissance de l'histoire et du contenu de la criminologie anglo-américaine par mes collègues, y compris parmi les plus impliqués dans cette surréaliste croisade institutionnelle, m'a convaincu de la nécessité de les instruire sur l'objet qu'il croyait combattre. Alors que la bataille corporatiste faisait rage, j'ai produit une synthèse socio-historique portant sur la naissance et le développement de la criminologie britannique. Ce travail a été publié sous la forme d'un article par la *Revue internationale de droit comparé*.

« Quel devenir pour la criminologie ? Note historiographique sur l'exemple britannique », *Revue internationale de droit comparé*, 2012/2, 503-524.

La criminologie prospère au Royaume-Uni. De nombreuses universités lui consacrent des diplômes spécialisés. L'actualité éditoriale de la matière y est abondante, soutenue par la publication de manuels, monographies et ouvrages collectifs, et par l'existence de plusieurs revues.

Le présent article retrace l'histoire sociale, intellectuelle et politique de cette discipline. Il rend compte d'une tradition scientifique nationale qui a connu un essor remarquable depuis le début du XXe siècle et qui jouit, désormais, d'une forte légitimité dans le paysage universitaire britannique. Stimulant une propension naturelle à la réflexivité des chercheurs en science sociale, l'expansion rapide de cette discipline récente, dont l'objet reste discuté et les frontières incertaines, a suscité la curiosité de ses propres acteurs. Le processus de formation de la criminologie britannique a ainsi été l'objet de nombreux travaux qui relatent les faits sociaux, intellectuels et politiques ayant déterminé la constitution de ce corpus scientifique. S'inscrivant dans un temps court, l'histoire de cette discipline est écrite par des criminologues qui ne s'embarrassent pas d'une méthode historiographique très rigoureuse. Mais leur proximité avec les événements qu'ils décrivent leur permet une mise en intrigue très convaincante de l'origine et du développement de la tradition criminologique à laquelle ils appartiennent. C'est à la découverte de cette tradition scientifique nationale qu'invite le présent article, en présentant le récit de son devenir tel qu'il est raconté par ses protagonistes. Cette histoire au second degré, synthèse française de travaux en langue anglaise, rend compte de la naissance et des transformations de la criminologie britannique dans ses dimensions sociale, intellectuelle et politique. La perspective adoptée autorise, en conclusion, à porter un regard décalé sur les débats relatifs à la place de la discipline criminologique en France, et à accueillir sa consécration universitaire avec une certaine confiance.

Le combat vigoureusement mené par mes collègues français contre l'institutionnalisation de la criminologie dans les universités françaises pouvait, une fois « gagné », être rapidement oublié. Au sein de l'espace scientifique national, il n'y avait sans doute plus rien à en dire, l'« habitus disciplinaire »¹³ des uns et des autres justifiant qu'ils retournent à leurs objets de recherche respectifs sans plus se parler. Mais vu de l'extérieur, cet épiphénomène politico-académique se révélait riche d'enseignements sur les mœurs universitaires français.

Dans les grandes messes académiques organisées par la *European Society of Criminology*, les rares criminologues étrangers encore intéressés par le cas français me faisaient part de leur perplexité devant les gesticulations de leurs homologues gaulois. Après de longues conversations, et à leur demande, j'ai cherché à coucher sur le papier les raisons pour lesquels leur discipline universitaire était, en France, objet d'anathème.

Après avoir expliqué aux français ce qu'était la criminologie au Royaume-Uni, j'ai procédé à une inversion du regard et j'ai cherché à expliquer aux britanniques pourquoi les sciences criminelles ne pouvaient pas trouver leur place dans le champ académique français. Ce travail a donné lieu à la publication d'un article dans le vénérable *British Journal of Criminology*.

«Criminology à la française. French Academic Exceptionalism», *The British Journal of Criminology*, 2013, 53(4), 588-604.

On the 13th of February 2012, a decree established criminology as a new discipline in the French university system. Six months later, the new Ministry of Higher Education and Research rolled back the reform and abolished the newly created section of criminology. Presenting the ins and outs of the French criminology dispute provides an opportunity to set out some of the idiosyncratic features of French research on crime within the broader picture of French higher education, and to address the particulars of the species *homo academicus gallicus*. The boundaries and the functions of criminology are conceived in different terms on the two sides of the Channel. French and British academic communities are still shaped by national contexts in spite of the globalisation of problems and theories. Thus the strong and successful academic reaction triggered by the attempted institutionalisation of criminology in France can only be understood in the light of the history of the French university: the airtight disciplinary compartments which have been its basis for a long time still haunt the intellectual landscape, as does the figure of the public intellectual, prone to engage in political debate in the name of disinterested knowledge. Because French university governance remains centralized and corporatist, any project to transform an interdisciplinary field of research into a fully-fledged academic discipline is hard to carry out, all

¹³ Sur la notion d'habitus disciplinaire, voir P. Bourdieu, *Science de la science et réflexivité*, Paris, éd. Raisons d'agir, 2001, 86.

the more when the challenge is taken up in a political context generating resistance. It comes then as no surprise that in the much-disciplined French university, the disciplinary enterprise of institutionalising criminology is fraught with difficulties, not the least being the existence of an undisciplined academia.

3. Le droit pénal de l'Union européenne à la lumière du droit comparé

L'expérience de ma mobilité à Cardiff en 2008 a confirmé ce que je savais déjà. Ma production scientifique ne pouvait que gagner en qualité à fréquenter d'autres mondes que celui de la faculté de droit de Nantes. J'ai eu le grand privilège de pouvoir renouveler cette expérience au sein du département d'études juridiques de l'Institut universitaire européen (IUE) de Fiesole où j'ai été accueilli en qualité de Marie Curie Fellow de septembre 2011 à août 2013.

J'ai pu bénéficier à l'IUE d'un cadre de travail incomparable. Frappé du syndrome de Stendhal, je me suis promptement rétabli et je me suis mis d'arrache-pied au travail. Le projet de recherche qui justifiait mon accueil à l'Institut prétendait embrasser dans une perspective comparée les processus de fédéralisation de la justice pénale aux Etats-Unis et en Europe. Trop ambitieux pour être sérieux, je décidai de le redimensionner afin de le faire porter exclusivement sur le droit de l'Union.

Rien de tel, pour entamer un nouveau chantier scientifique que de se livrer à un état de l'art. L'invitation de l'*Oxford Yearbook of European Law* à procéder à la recension approfondie de deux ouvrages portant sur le droit de l'espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ) me donnait l'occasion de concrétiser cette étape dans une première publication.

Compte-rendu des ouvrages de Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law* (3rd ed., Oxford EU Library, Oxford University Press, 2011) et de Marise Cremona, Jörg Monar & Sara Poli (dir.), *The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice* (College of Europe Studies Vol. 13, ed. Peter Lang, 2011), *Oxford Yearbook of European Law*, 2012, 540-546.

Au-delà de la synthèse critique requise par cet exercice, ce compte-rendu fût l'occasion de mettre en évidence le profond réaménagement que l'institution de l'espace européen de liberté, sécurité et justice impose aux catégories disciplinaires du droit pénal et du droit international.

En cartographiant la doctrine anglophone, italianophone et francophone relative au droit pénal de l'Union européenne, j'ai pu mesurer à quel point cette littérature demeure engoncée dans un cadre dogmatique peu sensible à la réalité sociale des développements en cours. Articles et manuels sur le sujet se multiplient, mais ceux-ci ne mobilisent ni les ressources du droit comparé, ni celles de la sociologie du droit, pour comprendre l'impact des politiques européennes sur les ordres juridiques des Etats membres. C'est avec l'intention de mettre en lumière ce point aveugle de la recherche que j'ai profité de mon séjour à l'IUE pour organiser, avec mon compère Stewart Field, un colloque international consacré à ce sujet¹⁴.

Cet événement fut l'occasion d'échanges fructueux et décision fut prise de prolonger la réflexion. La direction d'un ouvrage collectif nous fût confiée, à Stewart Field et à moi. Porté par l'autorité des participant et l'actualité du sujet, le projet fût encouragé par les prestigieuses Presses universitaires de Cambridge qui l'accueillirent dans leurs collections.

Ce fût l'occasion de découvrir le « business model » de Cambridge University Press, une institution différente à bien des égards des maisons d'édition universitaires françaises. La direction du livre me permit par ailleurs de mesurer la grande variété des mœurs universitaires nationales : on ne dirige pas de la même manière un philosophe du droit danois, une juriste processualiste espagnole, une criminologue hollandaise, un sociologue italien, un

¹⁴ Le programme de ce colloque est reproduit dans la dernière partie de ce dossier.

politiste français, une pénaliste belge, un européeniste suédois, un comparatiste britannique... Le pari scientifique de l'ouvrage s'est vite doublé d'un défi communicationnel. Mais le jeu en valait la chandelle puisqu'au terme de trois ans de labeur, un travail collectif authentiquement européen est paru.

R. Colson et S. Field (eds.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 275 p.

EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity examines how questions of cultural difference between Member States' legal traditions are being constructed, addressed, and resolved in the development of the European Area of Freedom, Security, and Justice. The volume brings together leading socio-legal scholars and criminal justice professors from eight European countries and combines analytical approaches rooted in the social sciences with more normative approaches based on legal doctrine. It examines the construction of a common European criminal policy, explores some of the paths that may be followed by the EU in seeking to cope with national diversity in the field of criminal justice, and finally provides some insights into various forms of legal and cultural resistance offered by Member States to the European harmonization process. In so doing, it bridges disciplinary boundaries between law and social sciences and draws in a range of perspectives from around Europe.

CONTENTS

1 Legal Cultures in Europe: Brakes, Motors, and the Rise of EU Criminal Justice (Renaud Colson and Stewart Field)

Part I - Constructing a Common Policy

2 Is There an EU Criminal Policy? (Anne Weyembergh and Irene Wieczorek)

3 The Symbolic Purpose of EU Criminal Law (Thomas Elholm and Renaud Colson)

4 Why Some Old Dogs Must Learn New Tricks: Recognising the New in EU Criminal Justice? (Marianne L. Wade)

Part II - Dealing with Diversity

5 Eurojust in Action: An Institutionalisation of European Legal Culture? (Antoine Mégie)

6 Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law (Jacob Öberg)

7 Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts (Valsamis Mitsilegas)

8 Dealing with European Legal Diversity at the Luxembourg Court: Melloni and the Limits of European Pluralism (Lorena Bachmaier Winter)

Part III - Resisting Harmonization

9 Cultural Barriers on the Road to Providing Suspects with Access to a Lawyer (John Jackson)

10 Domesticating the European Arrest Warrant: European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation (Renaud Colson)

11 What Limits to Harmonising Justice? (Chrisje Brants)

12 Crimes, Remedies, and Videotape: An Unhappy Encounter with EU Law? (Estella Baker)

Co-auteur invisible de certaines des contributions de l'ouvrage (c'est le lot, je suppose, de tous les directeurs d'ouvrage), j'assume officiellement la paternité de trois d'entre elles. La première, co-écrite avec mon compère gallois Stewart Field, brosse l'histoire de l'intrusion de la question pénale dans l'ordre juridique communautaire et identifie une série de questions théoriques posées par ce développement. La deuxième, co-écrite avec mon collègue danois Thomas Elholm, porte sur la fonction symbolique du droit pénal de l'Union européenne. La troisième s'interroge, à partir de l'exemple du mandat d'arrêt européen, sur l'acculturation du droit pénal européen par les Etats membres de l'Union et sur l'avènement d'une culture juridique européenne.

(avec S. Field), « Legal Cultures in Europe: Brakes, Motors and the Rise of EU Criminal Justice », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 1-25.

The Treaty on the Functioning of the European Union provides a legal basis for the 'approximation of criminal laws' but this must be done with 'respect for' (Art 67) or 'taking account of' (Art 82) differences in legal systems and traditions of Member States. These aspirations have on the surface a certain obvious paradoxical quality and raise certain questions about the relationship between harmonisation and diversity that might be framed in terms of 'can, should and how' questions. First, *can* criminal justice cultures in Europe really be harmonised? To what extent is the diversity of legal cultures and procedural traditions in Europe likely to act as a constraint which threatens any such process? Secondly, there are 'should' questions about the normativity of legal diversity: how far does a valuing of legal cultures and procedural traditions suggest that we should defend diversity and deny the desirability of any 'coming together' in Europe? Lastly, if some kind of harmonisation is both possible and desirable, *how* might different legal cultures come together and what difficulties can one envisage in such a process?

(avec T. Elholm), « The Symbolic Purpose of EU Criminal Law », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 48-64.

Drawing on Durkheim's sociology of law and the contribution of other authors who have emphasized the expressive dimension of punishment, this paper argues that the symbolic function of criminal law, which can be observed at the national level in European Member States, also has significance at the level of the European Union. Just as national governments, the Union may have good strategic reasons to enact criminal law with strong elements of symbolic function. The identification of enemies - real or imaginary - has long served the constitution of polities and there is no reason to believe that our liquid societies can avoid such catalysts to maintain their cohesion. This is not to say that this anthropological characteristic should be exploited by the EU legislator to build the European demos and strengthen European institutions. Not only is the success of such an enterprise very uncertain. It also runs counter some of the technical features of the EU and carries important political risk.

« Domesticating the European Arrest Warrant: European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 199-220.

Careful comparative observations of the domestic processes of transposition of the European Arrest Warrant Framework Decision (EAW) suggest that the successful implementation of this piece of legislation throughout the European Union conceals entrenched differences and remarkable divergences in the way Member States actually incorporate the EAW within their legal systems. Yet this diversity in the law of surrender does not refute the idea of a rapprochement of domestic jurisdictions through European legal harmonization. Indeed, the development of judicial cooperation tools such as the EAW is fostering a remarkable cultural convergence which is impacting national legal systems in a much deeper way than one might think given the persistent plurality of national procedures of surrender between Member States.

L'approfondissement de la construction juridique européenne dans sa dimension pénale conservera, nul n'en doute, une forte actualité dans les années à venir. Le travail collaboratif engagé sur ce sujet avec mon binôme gallois a ainsi vocation à se prolonger de loin en loin, quand nos emplois du temps respectifs nous le permettent. C'est ainsi qu'une nouvelle mobilité de 6 mois en 2017 à l'université de Cardiff, en qualité d'*international visiting fellow*, nous a permis de poursuivre notre réflexion. La participation à un colloque sur le thème « Transnational criminal justice and international institutions »¹⁵ a été l'occasion d'un exposé commun intitulé « National legal traditions and EU criminal justice ». Cette communication a ensuite été approfondie pour donner lieu à publication dans un ouvrage collectif.

¹⁵ Colloque co-organisé à l'université de Cardiff par le *Cardiff Centre for Crime, Law and Justice* et le *Cardiff Centre of Law and Society* le 12 juin 2017.

(avec S. Field), « EU Criminal Justice and the diversity of legal cultures in Europe », in R. Pereira, A. Engel et S. Miettinen (dir.), *The Governance of Criminal Justice in the European Union: Transnationalism, Localism and Public Participation in an Evolving Constitutional Order*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 82-101.

Tensions between the national and the supranational are likely to be central to developments of EU criminal law in the coming years. That such tensions are an important issue is recognized very clearly in the Treaties themselves. In this article, we examine the challenge posed to any EU harmonization project by the diversity of national legal cultures and the challenge of building a common EU criminal justice culture. First, we discuss the concept of legal culture, particularly as it has been developed in comparative law, and ask what it may tell us about the prospects for attempts to reform the underlying assumptions of national legal systems. We then focus more specifically on its application in the particular sphere of criminal justice by examining the experience of various jurisdictions that have seen significant transformation of criminal procedure in recent years. We then focus specifically on evidence from the EU harmonization project itself. On the one hand, we discuss examples of the ways in which national criminal justice cultures have resisted the common application of EU norms. On the other, we examine the prospects of creating a common EU criminal justice culture.

4. Les processus de transfert de droit dans l'ordre pénal

De retour à l'université de Cardiff pour un semestre en 2017, ma collaboration avec Stewart Field s'est poursuivie et a porté sur de nouveaux objets : après la comparaison des procédures pénales française, anglaise et galloise, après l'étude socio-juridique de la fédéralisation européenne de la justice criminelle, nous nous sommes penchés sur la circulation transnationale des normes en matière répressive. L'organisation d'un workshop à la Law School de Cardiff, en mai 2017, intitulé « Best practice in security and justice: from cross-cultural explanation to transnational prescription? », s'est prolongée dans la publication d'un numéro spécial du *Journal of Law & Society* sur ce thème. Initié à Cardiff, ce travail collectif s'est conclu lors d'un séjour de recherche à l'Institut Max Planck de droit privé comparé et de droit international privé, à Hambourg, en 2019.

(avec S. Field), *Learning from Elsewhere: From Cross-Cultural Explanations to Transnational Prescription in Criminal Justice*, *Journal of Law and Society*, 46, Special Issue 1, 2019, 135 p.

CONTENTS

Learning from Elsewhere: From Cross-cultural Explanations to Transnational Prescriptions in Criminal Justice. An Introduction (Renaud Colson, Stewart Field)

Understanding Transnational Policy Flows in Security and Justice (Trevor Jones, Tim Newburn)

Whose Best Practices? The Significance of Context in and for Transnational Criminal Justice Indicators (David Nelken)

Explaining, Interpreting, and Prescribing: Some Tensions and Dilemmas in the Comparative Analysis of Youth Justice Cultures (Stewart Field)

Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law (Renaud Colson)

The Challenge of Universal Norms: Securing Effective Defence Rights Across Different Jurisdictions and Legal Cultures (Jacqueline Hodgson)

In a World of Their Own: Security-cleared Counsel, Best Practice, and Procedural Tradition (John D. Jackson)

La direction de ce numéro spécial a été l'occasion de réfléchir aux modalités de conception et de mise en œuvre des transferts de droit (*legal transplants*) en matière répressive. L'introduction co-écrite avec Stewart Field pose quelques jalons théoriques destinés à mieux analyser ces phénomènes en dépassant le clivage qui oppose traditionnellement les approches comparatives fonctionnalistes et les analyses culturalistes du droit.

(avec S. Field), « Learning from Elsewhere: From Cross-Cultural Explanations to Transnational Prescriptions in Criminal Justice », *Journal of Law and Society*, 46, Special Issue 1, 2019, 1-11.

Should comparatists resign themselves to oversimplification in order to shape the increasing normative exchanges which characterize criminal justice systems? Or should they sacrifice policy prescription on the altar of cultural complexity? At first sight, the fierceness of the ongoing methodological dispute and the depth of the epistemological discrepancy between the functionalist and the hermeneutic perspectives seem to rule out any reconciliation of the two points of view. Yet compromise should not be seen as precluded. Translation studies can provide a useful guide to the researcher involved in the comparison and the circulation of norms and practices between criminal justice systems. Both disciplines provide methods to mediate meanings and identify correspondence between distinct semiotic universes, and both engage in debates on the value of these methods and their results. Like the translator, the comparatist should reflect on the purpose of his research to determine what comparative strategy to adopt. This is all the more necessary if he is engaged in a process of law reform, whether it be new procedural guarantees for individuals, increased crime control efficacy or the administrative modernisation of criminal justice. In that case, he should remember that any legal transfer from one setting to another is fraught with uncertainty. All jurisdictions have an established framework for thinking and doing criminal justice (a criminal justice language) that imposes particular constraints but also offers specific opportunities. As a result, the most faithful transfer from one jurisdiction to the other may not be the most effective. Yet there may be occasions where showing one's fidelity to the original model may be a matter of important political symbolism and effectiveness in practice on the ground a lesser concern.

Les cadres méthodologiques posées, ma contribution personnelle à ce numéro du *Journal of Law and Society* consiste en une étude de cas portant sur la manière dont le droit comparé s'est emparé de la question de la prohibition des drogues. Cet article, intitulé « Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law » (*Journal of Law and Society*, 2019, 46, Special Issue 1, 73-94)¹⁶, s'inscrit dans mes travaux relatifs aux politiques des drogues et au droit des stupéfiants.

C. Itinéraire sulfureux : politiques des drogues et droit des stupéfiants

On ne fait pas carrière dans les facultés en étudiant le droit des stupéfiants ! L'avertissement, empreint d'une sympathie mêlée de fermeté, m'a été donné par une professeure de droit lors d'un séminaire tenu à la MSH de Nantes les 11 et 12 juin 2001. Ma thèse était à l'époque loin d'être finie et j'avais saisi l'occasion de cette rencontre pour changer de sujet et évoquer, dans un petit exposé, le traitement réservé par le droit à l'usager de stupéfiants. Ma discutante, jeune agrégée des facultés de droit, irradiait ce doux mélange d'autorité et de naïveté si caractéristique des membres de ce corps académique archaïque. Elle me fit comprendre que je devais laisser sous le boisseau ce mauvais objet scientifique si j'envisageais sérieusement d'être recruté un jour à l'université. Je pris bonne note du conseil et remerciait comme il se doit, tout en gardant une pensée de derrière. Car si à l'époque j'approfondissais, dans le monde des idées, une réflexion sur les fondements idéologiques de la légalité, je me trouvais en même temps aux premières loges pour observer, dans le monde vécu, la commission massive d'illégalismes liés à l'usage et à la revente de drogues.

Depuis l'âge de 14 ans, j'ai côtoyé des usagers de stupéfiants. Les communautés d'amitiés qui se forment à l'adolescence peuvent être durables. Il se trouve que celles dont j'ai fait partie réunissaient des amateurs de produits psychotropes illicites. A une époque où j'ignorais tout des règles de la méthode sociologique, je me suis ainsi retrouvé en position d'observateur participant dans un univers où l'usage et le négoce de drogues prohibées relevait d'une forme de normalité sociale. Si la vie ne s'expérimente pas sur le mode d'une enquête ethnographique menée dans une perspective longitudinale, elle n'en est pas moins source d'inspiration théorique pour le chercheur en herbe. La fréquentation précoce et régulière de personnes qui,

¹⁶ Voir infra p. 28.

à des périodes diverses de leur vie, ont consommé des stupéfiants, m'a conduit à réfléchir très tôt sur cette pratique. Aucune conclusion scientifique rigoureuse ne peut être tirée de ces observations empiriques. Celles-ci m'ont tout au plus permis de relativiser la dangerosité de produits souvent diabolisés et de murir quelques intuitions sur le rapport des usagers et des revendeurs au droit. L'immersion de longue durée dans un monde de consommateurs de drogues a en revanche attisé ma curiosité et m'a conduit à approfondir le sujet dans sa dimension théorique.

Les drogues illicites, conçues comme objet juridique, furent un remarquable catalyseur scientifique. Elles m'ont conduit à expérimenter des cadres épistémologiques et des protocoles de recherche fort variés. Je me suis abstenu de théoriser mon expérience personnelle sur le sujet, mais il ne fait guère de doute que celle-ci a aiguisé la rigueur de mon analyse. La stigmatisation qui frappe les consommateurs de drogues illicites peut évidemment faire redouter la perte d'objectivité du chercheur qui entretient un lien de familiarité trop grand avec eux. Mais la critique doit être écartée : la situation n'est pas différente de celle du spécialiste de droit de la famille marié et père de huit enfants, ou du professeur de droit des affaires qui exerce cette discipline à des fins lucratives. Dans les deux cas, la proximité du sujet savant et de son objet de savoir ne nuit pas nécessairement à la production de connaissance. On peut même considérer qu'elle autorise une meilleure compréhension du réel dès lors qu'elle ne menace pas la neutralité axiologique requise du chercheur dans son activité scientifique¹⁷.

Fait social total, la réglementation applicable aux stupéfiants peut être analysée d'un point de vue dogmatique. Mais l'histoire du droit de la drogue et les modalités sociales de sa mise en œuvre constituent autant de perspectives qui autorisent à penser la norme juridique en contexte. Investissant tout à tour divers postes d'observation, je me suis alternativement consacré à l'analyse interdisciplinaire de l'institution prohibitionniste (1), à la comparaison internationale des politiques des drogues (2) et à la reconstruction dogmatique des règles en vigueur (3). Cette activité scientifique multidirectionnelle s'est accompagnée d'un travail de dissémination à destination du grand public (4).

1. Analyse interdisciplinaire

Sitôt la thèse soutenue, je lançai ma réflexion sur le droit des stupéfiants. Fraîchement influencé par mes années de formation à la sociologie et à la théorie du droit, j'optais pour une position de surplomb et un point de vue externe. Le projet consistait à évaluer la pertinence du droit positif à la lumière des valeurs politiques qui le sous-tendent et des pratiques institutionnelles qu'il détermine. Sous couvert d'animer la vie facultaire dans le cadre d'une association de doctorants, je m'attelai à la tâche en organisant, en avril 2003, un colloque interdisciplinaire consacré à la prohibition des substances psychoactives¹⁸.

La rencontre connut un franc succès public et je convainquis les conférenciers (chercheurs, praticiens et militants) d'envisager une publication collective. L'ouvrage vit le jour deux ans plus tard. Ce fût ma première expérience de direction scientifique. Le succès de l'aventure

¹⁷ Une référence à Max Weber s'impose ici. Dans sa conférence de 1919 intitulée « *Wissenschaft als Beruf* » (publiée dans le *Le savant et le politique*, trad. fr. J. Freund, Plon, 2002), Weber affirme que « seul l'être qui se met purement et simplement *au service de sa cause* possède une « personnalité » dans le monde de la science » (86), mais il exige de lui une stricte neutralité (*werturteilsfreie Wissenschaft*) qui le contraint, non pas à renoncer à ses valeurs, mais à s'abstenir de s'en faire le champion « au nom de la science » (105). Sur la question de l'engagement et de la neutralité en sciences sociales, voir R. Pfefferkorn, « L'impossible neutralité axiologique. *Wertfreiheit* et engagement dans les sciences sociales », *Raison présente*, 2014/3, n° 191, 85-96.

¹⁸ Le programme de ce colloque est reproduit dans la dernière partie de ce dossier.

doit beaucoup au soutien et aux conseils de Serge Karsenty, à l'époque chargé de recherche CNRS au laboratoire Droit et Changement Social.

La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique. Presses universitaires de Rennes, 2005, 143 p.

Préface (Henri Leclerc)

Introduction (Renaud Colson)

Première partie : Figures juridiques du contrôle social

Les origines de la prohibition contemporaine des drogues (Igor Charras)

Le monopole étatique de la vente de drogue : le cas de la régie d'opium en Indochine. Un exemple de prophylaxie budgétaire (Olivier Ménard)

Le traitement légal de l'usager de drogues illicites (Renaud Colson)

Les nouvelles figures procédurales de la prohibition des stupéfiants (Jean Danet)

Deuxième partie : Regards d'acteurs sur le droit en vigueur

Prévention ou répression ? L'ambiguïté, vice principal de la loi de 1970 (André-Michel Ventre)

L'impossible prohibition du cannabis (Jean-Pierre Galland)

La loi du 31 décembre 1970 et la réduction des risques liés à l'usage de drogues : une contradiction indépassable (Fabrice Olivet)

Organiser un droit pour reconnaître une liberté (Georges Apap)

Troisième partie : Limites pratiques et théoriques de l'interdit légal

Le régime prohibitionniste et ses limites face aux transformations des pratiques sociales des drogues (Michel Kokoreff)

La référence à l'interdit légal dans la dynamique de la cure (Jean-Luc Vénisse)

Limites et effets pervers de la « guerre à la drogue » (Alain Labrousse)

Structure de marché et prohibition des drogues : aux sources de l'échec des politiques répressives (Sylvaine Poret)

Quatrième partie : Évolutions contemporaines des politiques publiques

La réduction des risques liés à l'usage de drogues, stratégie de changement des politiques à l'égard des drogues ? (Anne Coppel)

Une alternative à la prohibition des drogues : la légalisation contrôlée (Francis Caballero)

Les usages sociaux de l'interdit dans le champ des drogues (Serge Karsenty)

Outre le travail de cadrage, de mise en forme et de révision propre à l'exercice de direction scientifique, ma contribution à l'ouvrage publié consiste en une introduction générale et un article. Celui-ci porte sur la contradiction qui existe entre l'esprit des lois applicables aux usagers de stupéfiants et les modalités de leur mise en œuvre concrète.

« Le traitement légal de l'usager de drogues illicites », in R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique.* Presses universitaires de Rennes, 2005, 33-42.

À l'occasion des débats précédant le vote de la loi du 31 décembre 1970 *relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses*, les députés et les sénateurs ont unanimement témoigné leur attachement à un idéal thérapeutique privilégiant une politique sanitaire à l'égard des usagers de drogues illicites. Au regard de cet objectif, la loi n'a pas tenu ses promesses. Elle a en revanche permis de pénaliser, parfois lourdement, les consommateurs de substances stupéfiantes. Ce paradoxe témoigne d'une contradiction entre le fondement dogmatique de l'intervention du législateur et la logique juridique qui préside au texte finalement voté. Pareil phénomène n'est pas exceptionnel dans l'ordre juridique : les valeurs justifiant l'édiction d'une loi sont parfois trahies par la vie propre des

normes qui les expriment. La loi de 1970 est exemplaire de ce processus par lequel un texte législatif initie une politique en contradiction avec l'idéal qui le fonde.

La dérive répressive du droit applicable aux usagers de drogue n'était pas inscrite dans les textes qui gouvernent l'activité des institutions pénales. Elle résulte du tournant sécuritaire imposé aux politiques criminelles françaises à partir des années 1990. Plutôt que de déplorer le *zeitgeist*, est-il possible de l'instrumentaliser pour promouvoir une désescalade pénale au nom de la sécurité publique et de la sécurité sanitaire ? Ce pari utopique, explicité en 2014 dans un article consacré au potentiel émancipateur des politiques de sécurité, reste d'actualité.

« Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants », in K. Parrot et O. Cahn (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, 2014, 107-120.

La sécurité est désormais l'objectif prioritaire assigné à la justice par les partis de gouvernement quels qu'ils soient. Dans ce contexte idéologique, l'idéalisme de la posture anti-sécuritaire opère sur un mode essentiellement négatif, comme la mauvaise conscience, souvent inaudible, de l'esprit du temps. En ce domaine, une critique constructive ne peut se limiter à la dénonciation des évolutions juridiques et des processus sociaux à l'œuvre : elle doit être en prise sur la doxa sécuritaire pour en orienter le développement, en mobilisant le cas échéant les ressorts qui lui sont propres. Cela suppose de réorienter la critique des dispositifs répressifs vers leur efficacité (évaluation de la sécurisation) plutôt que sur leur finalité (recherche de la sécurité). Il devient alors possible de découvrir les vertus d'une logique sécuritaire qui, une fois civilisée, peut servir le renforcement des droits et libertés des personnes. Le souci de protéger les individus et la collectivité de la délinquance et du désordre est en effet porteur de promesses libérales qui vont bien au-delà de ce que laisse entendre la rhétorique populiste du « droit fondamental à la sécurité ». Car l'impératif de sécurité peut servir d'amorce à une véritable désescalade pénale : il a en effet la capacité de corroder en profondeur les dispositifs répressifs qui ne renforceraient pas directement, ou qui menaceraient indirectement la sûreté des personnes ou des biens. La présente contribution s'efforce de le démontrer à partir de l'exemple des infractions à la législation sur les stupéfiants, et plus particulièrement du traitement juridique réservé à l'utilisateur de drogues. Le raisonnement adopté conduit à exposer les dérives répressives d'un droit pénal empreint d'humanisme, plus préoccupé de (ré)éducation que d'ordre public (I), et à mettre en lumière la dimension nécessairement libérale que revêtirait une politique de sécurité dédiée à la réduction des risques sanitaires et criminels liés à l'usage et au trafic de drogues (II).

Si le droit applicable aux usagers de stupéfiants conserve aujourd'hui tout son potentiel répressif, les mesures institutionnelles de réduction des risques liés à la consommation de drogues se développent à bas bruit depuis des années. Cette évolution, positive à bien des égards, témoigne d'une nouvelle contradiction, non plus entre l'esprit de la loi et sa lettre, mais entre des dispositions légales qui interdisent d'une part, et sécurisent d'autre part, l'usage de produits psychotropes illicites. Loin d'être une simple malfaçon technique, cette antinomie juridique témoigne d'une évolution officiellement indicible : le renoncement du droit à imposer l'abstinence à ses sujets. Mettant en œuvre les leçons méthodologiques de François Ost (et notamment sa théorie de la validité), j'ai déconstruit les politiques publiques applicables aux consommateurs de drogues pour rendre compte de ce processus.

« De la prohibition des drogues à la réduction des risques liés à leur usage. Note prospective sur une antinomie juridique », *Revue juridique de l'Océan indien*, 2019, n° 26, 337-346, et *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2020, n° 10, 35-43.

La réduction des risques est une politique de santé publique qui vise à limiter les conséquences néfastes de l'abus de drogues sans exiger l'abstinence de la part des consommateurs. Comment le droit peut-il conférer un statut légal à des dispositifs destinés à sécuriser les conditions de consommation de produits dont l'usage est par ailleurs interdit ? L'analyse juridique de la politique française de lutte contre les drogues éclaire son caractère contradictoire. Dans le champ du droit de la drogue, l'antinomie est généralement passée sous silence, l'interdit pénal s'effaçant discrètement à mesure que le risque sanitaire croît. Ainsi, la libéralisation par décret de la distribution des seringues a donné lieu, en son temps, à de fortes résistances, mais aucune décision

juridique n'a constaté son incompatibilité avec les textes législatifs prohibitionnistes. Cette discrétion remarquable des interprètes officiels du droit sur les contradictions légales dont sont porteurs les dispositifs de réduction des risques a permis leur développement à bas bruit. Dans une perspective dynamique, cette antinomie peut s'interpréter comme l'indice du basculement d'un modèle à l'autre. L'ineffectivité du principe d'interdiction fragilisant ses fondements axiologiques, celui-ci est destiné à s'effacer progressivement pour que s'y substitue une logique de régulation, laquelle peut seule permettre un développement plus vigoureux de la réduction des risques.

Dans le prolongement de ces réflexions, j'ai poursuivi mon projet critique en l'étendant à d'autres ordres juridiques. Le dévoiement répressif de normes prétendument généreuses n'épargne pas le régime international de contrôle des drogues. J'en ai fait la démonstration dans une contribution qui mesure l'écart entre les fondements idéologiques du dogme prohibitionniste exprimé dans les traités internationaux et les modalités de leur mise en œuvre par les autorités des Etats parties.

« Prendre le droit de la drogue au sérieux ? Note sur les rationalités punitives du régime prohibitionniste », in D. Bernard et al. (dir.), *Les fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal européen et international*, Université Saint-Louis / Anthemis, 2013, 207-215.

Republié dans une version actualisée sous le titre « Les logiques punitives dans les législations antidrogues à la lumière du droit international », in A. Stella et A. Coppel (dir.), *Vivre avec les drogues*, Paris, L'Harmattan / Pepper, 2021, 161-169, et dans une version en langue anglaise : « Punitive Rationales in Anti-drug Legislation in the Light of International Law », in A. Stella et A. Coppel (dir.), *Living with Drugs*, London, ISTE/Elsevier, 2019, 147-156.

En quête de principes d'intelligibilité susceptibles de rendre compréhensibles les injonctions répressives établies par le droit international en matière de drogues, l'observateur peut opter pour une lecture interne des normes constitutives du régime prohibitionniste. Dans cette perspective, il éclairera, à l'aide des ressources de l'interprétation juridique, les dogmes et les finalités revendiquées du droit en vigueur (1). S'il opte au contraire pour une analyse externe des règles posées par la communauté internationale, scrutant leur origine historique et les usages sociaux dont elles font l'objet, il en découvrira les ressorts et les effets politiques (2). On ne sera pas surpris que les rationalités punitives ainsi mises en évidence expriment des logiques radicalement différentes. La première, déduite de sources juridiques formelles, reflète la logique officielle des textes internationaux. La seconde, produite des sources réelles du droit, rend compte de ses déterminants sociaux fondamentaux. Leur analyse successive fait apparaître des contradictions que l'on ne peut espérer dépasser qu'en se livrant à un travail d'interprétation critique du droit en vigueur (3).

Le régime international de contrôle des drogues s'est progressivement durci mais ce mouvement, désormais contesté dans un certain nombre de pays, pourrait à l'avenir s'inverser. Pour expliquer les transformations passées du corpus juridique et pronostiquer ses évolutions futures, il est nécessaire de procéder à sa mise en contexte historique et politique ainsi que je m'y efforce dans un article d'histoire juridique du temps présent publié dans la revue *Savoir/Agir* en 2019.

« Le régime international de contrôle des drogues : passé, présent et avenir », *Savoir/Agir*, n° 50, 2019, 45-51.

Les traités qui fondent le régime international de contrôle des drogues ont été ratifiés par presque tous les Etats du monde et sont généralement bien observés. Mais depuis quelques années, les déviations à l'orthodoxie conventionnelle se multiplient. Par-delà leur diversité, toutes ces politiques ont en commun de remettre en cause, de manière plus ou moins frontale, la prohibition de produits psychotropes jusqu'alors considérés comme indésirables. Pour prendre la mesure de l'affaiblissement d'un interdit longtemps triomphant à l'échelle mondiale, il convient tout d'abord d'en rappeler la genèse (1). La mise en lumière des valeurs et des intérêts qui ont présidé à l'institution du régime international de contrôle des drogues permet d'en mieux comprendre les principes normatifs et les ressorts bureaucratiques (2). Depuis les années 1970, l'évolution répressive de la lutte contre les drogues imposée par le droit international a eu des conséquences visiblement néfastes (3). Les effets de la prohibition sont difficiles à évaluer scientifiquement mais de sérieux doutes pèsent désormais sur son efficacité (4). Le démantèlement du régime de contrôle

international est improbable, mais il fera sans doute l'objet d'évolutions significative dans les années à venir pour l'accommoder aux expériences nationales de régulation des drogues qui se multiplient (5).

A mi-chemin entre le droit international et le droit national, le droit européen se préoccupe également de la question des drogues. Si la position du législateur européen se veut modérée, articulant finement impératifs sanitaires et sécuritaires, ce n'est pas sans arrière-pensée. La perspective d'une harmonisation du droit des Etats membres sert en effet autant la lutte contre la toxicomanie que l'intégration communautaire. Ce constat, impossible à faire lorsque l'on s'en tient à la description doctrinale des règles, apparaît de manière crue si on replace ces dernières dans leur contexte historique et si on analyse leurs effets, comme je le fais dans une contribution publiée en 2017.

« Harmonizing NPS legislation across the European Union: An Utopia? », in O. Corazza et A. Roman (dir.), *New Psychoactive Substances: Policy, Economics and Drug Regulation*, Basingstoke, Springer, 2017, 143-153.

With the emergence of more and more synthetic substances since the 1960's, and broader use occurring from the 1980's onwards, there has been an increasing commodification of the market in new psychoactive substances (NPS). The European Union took an active stance as regards the regulation of these new substances. Finding itself at the crossroads of public health policy, criminal law and judicial cooperation, the NPS market flouts Member States' borders and offers a nice field of experimentation to develop the European integrationist project. This chapter presents the development and current state of the cooperation as regards NPS legislation within the EU. The first part discusses the background and history of the first EU legislative efforts to deal with NPS. The second part reviews the current European governance framework that establishes a supra-national regulatory focus for this emergent public health threat. The third part evaluates the legal impact of this European supra-national response. Finally, the relevance of the EU strategy and its future are briefly discussed in the conclusion.

La nature multi-scalaire du droit de la drogue autorise des allers-retours entre droits nationaux, droit européen et droit international. Son caractère hybride, à la frontière du droit pénal et du droit de la santé, permet d'articuler des perspectives variées. Le sujet soulève par ailleurs diverses questions éthiques. C'est à une synthèse de ces différentes problématiques que je me suis livré dans l'entrée consacrée aux infractions à la législation sur les stupéfiants (Drug Offences) rédigé pour l'encyclopédie juridique de référence en cours de publication par Edward Elgar Publishing (*Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*). Ce travail a été réalisé lors d'un séjour de recherche à l'Institut Max Planck pour l'étude du crime, de la sécurité et du droit, à Fribourg-en-Brisgau en 2021.

« Drug offences », in V. Mitsilegas, P. Caeiro, S. Gless (eds.), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, 2022, 7500 w.

Drug offences are late comers in the history of criminal justice. They only became a core element of criminal law in the 20th century after the international prohibition of non-medical use of narcotic and psychotropic substances led to the world-wide criminalisation of many drug-related activities. While the legal definition of drug offences is very much influenced by United Nations conventions, the domestic enforcement of prohibition varies greatly from one country to the other. The recourse to criminal law in the fight against drugs is rooted in a philanthropic project which aims at eradicating the use of specific psychoactive substances. This strategy led to unintended harmful consequences the magnitude of which forces more and more countries to contemplate alternatives to criminalisation. This contribution summarizes the history of drug offences since the birth of modern drug prohibition until the most recent developments of the 'war on drugs'. It then brings into focus the definition of drug offences, both at international and national level, and outline the great diversity of enforcement policies carried out throughout the world. This article also highlights the various justifications for drug offences. It assesses the effects of drug criminalization and provides an overview of other possible drug policies, including harm reduction, decriminalization and legalization of drugs.

L'interdisciplinarité que je revendique pour rendre compte du traitement juridique des drogues suppose d'articuler différentes branches du droit mais elle implique également d'être à l'écoute de matières non juridiques : science politique, sociologie, économie, géographie, épidémiologie, philosophie... L'enjeu est d'éviter que le droit ne se transforme en une discipline autiste, repliée sur les textes juridiques, et devienne au contraire un champ intégrateur des multiples savoirs susceptibles d'informer son développement. C'est dans cette perspective que j'ai dirigé, dix ans après un premier ouvrage consacré à la prohibition des drogues¹⁹, un deuxième livre intitulé *Les drogues face au droit*. Co-dirigé avec Henri Bergeron, cet ouvrage examine le bien-fondé du régime d'interdiction des drogues et explore, sur un mode interdisciplinaire, les voies d'une politique raisonnée de lutte contre la toxicomanie.

(avec H. Bergeron), *Les drogues face au droit*, coll. « La vie des idées », Presses Universitaires de France, 2015, 110 p., partiellement accessible à <<http://www.laviedesidees.fr/Les-drogues-face-au-droit.html>>.

Introduction (Renaud Colson et Henri Bergeron)

Légaliser les drogues ? (Renaud Colson)

Le cannabis en France État des lieux et réponses publiques (Ivana Obradovic)

LSD : le retour de l'enfant terrible (Didier Acier)

Les salles de consommation à moindre risque. De l'épidémiologie à la politique (Marie Jauffret-Roustide)

Les marchés locaux de la drogue (Nacer Lalam)

La guerre contre la drogue. Bilan d'un échec (Pierre-Arnaud Chouvy)

La dépendance aux drogues à l'âge libéral (Patrick Pharo)

L'impossible réforme de l'interdit d'usage ? (Henri Bergeron)

Glossaire juridique (Renaud Colson)

La production de cet ouvrage, qui réunit des contributions d'horizons disciplinaires variés, a également donné lieu à l'écriture d'une introduction générale (avec Henri Bergeron) et à la production d'un glossaire juridique. S'y est ajouté un article évoquant les limites du droit en vigueur et les vertus d'une possible légalisation des drogues.

« Légaliser les drogues ? », in H. Bergeron et R. Colson (dir.), *Le droit face aux drogues*, coll. « La vie des idées », Presses Universitaires de France, 2015, 11-22.

L'intention louable de protéger nos concitoyens du fléau des drogues conduit, par un artifice rhétorique discutable, à refermer la discussion sur le bien-fondé de leur interdiction avant même que ne puisse être évoquées les données acquises de la science. Celles-ci mettent pourtant en évidence les limites du traitement pénal des usagers de drogues et invitent à envisager un assouplissement du droit. Vouloir maintenir un interdit symbolique en se prévalant de la conviction qu'il est préférable de vivre sans drogue est respectable, mais il est irresponsable d'y voir une réponse juridique opératoire aux défis de santé et de sécurité publique que posent de manière aiguë la consommation et le trafic de stupéfiants.

2. Comparaisons politiques

Ma réflexion sur le droit des stupéfiants aurait pu s'étioler avec l'internationalisation de ma carrière. Les projets justifiant mes mobilités à l'étranger imposaient, la plupart du temps, d'investir d'autres objets. La diversification de mes axes de recherche ne m'a heureusement pas contraint à abandonner mon sujet de prédilection. Au contraire, chacune de mes expatriations a été l'occasion de nouvelles rencontres offrant l'opportunité d'y revenir.

¹⁹ Voir supra p. 21.

Courant plusieurs lièvres à la fois, j'ai pu mettre à profit mes recherches sur la justice européenne et sur les transferts de droit pour étudier comment des ordres juridiques nationaux fort éloignés les uns des autres incorporent le dogme prohibitionniste. Mon séjour à l'Institut universitaire européen de Fiesole a servi de tremplin à cette réorientation comparatiste. Suivant une recette éprouvée, j'ai invité dans ce cadre idyllique un aréopage de chercheurs et de décideurs pour y discuter des politiques des drogues en Europe²⁰.

La qualité des échanges et le génie du lieu ont conféré à cette rencontre une intensité particulière justifiant qu'elle se prolonge dans une publication collective. Si tous les conférenciers ne purent y prendre part, d'autres chercheurs s'associèrent à l'entreprise. Henri Bergeron, qui fût un temps coordinateur scientifique de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, renforça la crédibilité du projet en s'engageant dans sa co-direction. La publication de ce livre collectif par les éditions Routledge date de 2017. Mme Ruth Dreifuss, présidente de la Confédération suisse, en a signé la préface.

(avec H. Bergeron), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Foreword by Ruth Dreifuss, Routledge, 2017, 313 p.

The purpose of this book is to describe the origins and the outcomes of the slow transformation by which new priorities have emerged in European drug policy. The contributions to this volume reflect the various contexts and different outcomes which characterise domestic policies in Europe, and to trace a gradual convergence in the emergence of a model favouring public-health strategies over a strictly penal approach to combating drugs. Reflecting the diversity of functions generally assigned to comparative research, the book has two distinct, although related, goals. In terms of analytical purpose, it aims at describing drug policies in a variety of settings. From a more evaluative perspective, it also critically assesses these policies in order to increase knowledge about various national approaches and provide tools to reformers in search of successful models. This book examines the various influences on drug policies in Europe: as the impetus for drug policy changes from grassroots movements, NGO networks, private foundations and academic research centres are increasingly confronting discourses of drug prohibition and criminalisation. Pursuing an interdisciplinary approach and bringing together legal scholars, social scientists and practitioners, it provides a comprehensive and critical assessment of drug policy reform in Europe.

CONTENTS

Foreword (Ruth Dreifuss)

European drug policies in context (H. Bergeron and R. Colson)

Part I - Regional dimensions of European drug policies

1 The politics of expertise and EU drug policy (M. Elvins)

2 Pathways to integration of European drug policy (C. Chatwin)

3 The soft power of the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (H. Bergeron)

Part II - Domestic drug policies in Europe

4 Belgian drug policy (C. Guilain)

5 Danish drug policy (E. Houborg)

6 French drug policy (I. Obradovic)

7 German drug policy (T. Holzer)

8 Italian drug policy (G. Zuffa)

9 Drug policy in the Netherlands (J.-P. Grund and J.J. Breeksema)

10 Polish drug policy (K. Malinowska)

11 Portuguese drug policy (C. Hughes)

²⁰ Le programme de ce colloque est reproduit dans la dernière partie de ce dossier.

12 Spanish drug policy (C. Diaz Gomez and E. Martin Gonzales)

13 Swedish drug policy (J. Edman)

14 Swiss drug policy (F. Zobel)

15 Drug policy in the United Kingdom (S. McGregor)

Part III - Trends and prospects in European drug policies

16 Changing paradigms in drug policies in EU Member States (F. Trautmann)

17 The changing face of harm reduction in Europe (D. Hedrich and A. Pirona)

18 Legal responses to drug possession in Europe (B. Hughes)

19 Cannabis social clubs in Europe: prospects and limits (T. Decorte and M. Parda)

La réalisation de cet ouvrage, qui réunit 20 contributions de chercheurs issus de 17 pays différents, a exigé une direction scientifique rigoureuse destinée à produire un état des lieux aussi exhaustif que possible des politiques des drogues européennes. J'ai rédigé l'introduction générale qui retrace à grands traits l'histoire des politiques des drogues européennes, analyse le rôle des puissances européennes dans l'avènement du droit international de la drogue, et éclaire les différences et les convergences entre Etats européens en ce domaine. Au terme de ce travail, j'ai acquis une expertise reconnue sur le sujet et j'ai été invité à contribuer, avec mon compère Bergeron, à rédiger le chapitre consacré aux politiques des drogues en Europe occidentale et en Europe centrale dans le *Research Handbook on International Drug Policy* publié par les éditions Edward Elgar en 2020.

(avec H. Bergeron), « Western and Central Europe: towards a cohesive model for drug policies? », in C. Hallam, D. R. Bewley Taylor et K. Tinasti (eds.), *Research Handbook on International Drug Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 94-112.

In Europe, the extent of drug use and drug trafficking vary greatly from region to region. This is also true of domestic drug policies which, against many indicators, are very diverse. However, the deepening of the integration process of the continent and the rise of subnational actors in the design of local responses to drug issues have led to a progressive convergence. In order to account for this dialectic of diversity and unity in the field of drug policy, this chapter provides an overview of the drug issue and of the governance structure of drug policies in Europe. First, we review the latest available figures on the prevalence of illicit drug use and the state of national markets which show that Europe is not only a land of consumption and trafficking but also of production and exportation. We then demonstrate how the continental integration process and the rise of subnational actors, especially cities, has challenged the centrality of European states and led to the development of multilevel governance in the design of drug policies. Finally, we identify a cultural model of drug policy that favours treatment and reintegration of users rather than deprivation of their liberty. This model, in which harm reduction plays an important role, is now dominant in Europe even though variation between states still exists with regard to legal penalties and sentencing practices that punish drug offences. Our argument also turns the spotlight on various legal instruments, be they transnational, such as the European Union (EU) response to new psychoactive substances, or national, such as the Portuguese decriminalization experience which demonstrate that Europe is a place of innovation in the field of drug policy.

La scène des politiques des drogues européennes minutieusement cartographiée, j'ai ensuite élargi le cadre de la comparaison au théâtre mondial. Initié à l'université de Cardiff et achevé à l'Institut Max Planck de Hambourg, ce projet s'inscrivait dans une recherche collective portant sur les transferts institutionnels en matière pénale²¹. Le régime international de contrôle des drogues constitue un exemple remarquable de diffusion d'une politique criminelle à l'échelle du globe. Cette gouvernance juridique internationale offre, dans ses multiples déclinaisons nationales, un champ d'étude privilégié pour le comparatiste. Ma

²¹ Voir supra p. 19.

contribution au numéro du *Journal of Law and Society* consacré à la circulation des politiques répressives en est l'illustration.

« Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law », *Journal of Law and Society*, 2019, 46, Special Issue 1, 73-94.

Drug prohibition is only one example among many of norms which travel across borders as transnational criminal law. Yet because it was internationalised a long time ago, it allows us to look back over a significant period of time to study the way that penal provisions framed at a supranational level flow, settle and unsettle across different countries. At a time of growing doubt about the benefit of criminalisation of drug use, it also provides a case study as to how epistemic communities may rely on comparative research to identify best practices and promote them as normative alternatives in the face of a long entrenched legal dogma. In order to explore these issues, this article looks at the UN drug control system from the perspective of comparative law. It shows how the concept of legal transplant provides a useful tool to understand the limits of transnational criminal law designed on a global scale to tackle the “drug problem”. In a second part, the article seeks to clarify the various types of legal comparison that might contribute to addressing this failed transplant and to assess the impact of comparative research on drug laws.

Cet article fait l'inventaire des méthodes de comparaison mobilisables pour exposer et expliquer les effets du régime international de contrôle des drogues. Parmi les fonctions assignées au droit comparé, il en est une instrumentale qui consiste à décrire le droit d'un lieu pour en tirer des leçons applicables à un autre. Cette forme de recherche comparative revendique, à l'instar de l'analyse interdisciplinaire du droit, une stricte neutralité axiologique, mais elle prétend dans le même temps être un outil de transformation du réel. J'ai saisi l'occasion d'un séjour de recherche de quelques mois à l'Institut universitaire sur les dépendances à Montréal pour adopter ponctuellement cette posture de « donneur de leçons » : à l'époque, un projet français d'expérimentation du cannabis thérapeutique semblait sortir des limbes et le dispositif de prescription canadien, développé depuis près de vingt ans, apparaissait riche d'enseignements.

« Cannabis thérapeutique : les leçons canadiennes », *Revue de droit sanitaire et social*, 2018/5, 847-861.

L'Agence Nationale de Sécurité du Médicament a récemment annoncé la création d'un comité scientifique sur « l'évaluation de la pertinence et de la faisabilité de la mise à disposition du cannabis thérapeutique en France ». Plusieurs pays ont déjà légalisé la prescription médicale de cette drogue et il semble judicieux de se pencher sur ces expériences. La variété des cultures juridiques rend délicat le transfert de dispositifs réglementaires d'un pays à l'autre sans prise en compte approfondie de la spécificité des contextes nationaux. Mais l'étude des expériences étrangères n'en est pas moins essentielle pour éviter certaines erreurs, prendre la mesure des risques que peut comporter telle ou telle réforme et s'inspirer de bonnes pratiques existantes. Dans cette perspective, l'exemple du Canada, qui fût l'un des premiers Etats à autoriser le cannabis médical, mérite toute notre attention. Quelles sont les modalités juridiques de cette expérience et quelles leçons peut-on tirer ? S'agit-il d'une mesure de santé publique suffisamment encadrée par le droit pour exclure toute confusion entre les usages thérapeutique et non thérapeutique du chanvre indien ? Ou faut-il y voir un dispositif hypocrite conférant aux médecins le pouvoir de prescrire du chanvre récréatif, et la première étape d'un processus qui mène inévitablement à la légalisation du cannabis ? Ces interrogations prennent un relief particulier à la lumière de l'actualité récente : le législateur canadien vient de retirer le cannabis de la liste des drogues prohibées après en avoir autorisé, il y a près de 20 ans, l'usage médical. Il apparaît donc opportun de se pencher sur ce processus de légalisation du cannabis thérapeutique (1) avant de présenter la réglementation qui encadre aujourd'hui son utilisation (2), et de rendre compte de la manière dont cette réforme a modelé les pratiques sociales (3).

Si le droit comparé permet d'apprendre de l'étranger, il est aussi parfois l'occasion de prodiguer des conseils aux chercheurs (et aux législateurs) d'autres pays. C'est dans cette

perspective que j'ai eu l'honneur d'être sollicité par la très vénérable revue *Addiction*²² pour rédiger un éditorial consacré aux enseignements que les Etats-Unis, plongés depuis plusieurs années dans une désastreuse « crise des opioïdes », pourraient tirer de l'expérience française.

(avec H. Bergeron), « What lessons from France's experience could be applied in the US in response to the addiction and overdose crisis? », *Addiction*, 2022, vol. 117, 1191–1192.

From the French point of view, the opioid crisis is an American disaster. Next to the 8,300 drug-related deaths in the European Union in 2018, the 100,000 fatal overdoses attributed to opioids in the United States in the last 12 months illustrate the grim severity of the American situation. In contrast, drug-related deaths in Europe have remained stable over the last decade, mainly affecting an ageing cohort of heroin users, with little evidence of an increase in initiation. The situation in France is in line with this evolution. The range of drugs used today are becoming more diverse but the number of fatal overdoses from acute intoxications – which peaked in the 1990s then quickly decreased – is now considered stable. This is no reason to be complacent. French drug policy can hardly be considered a success story. Compared to its European counterparts, France still stands out for its high levels of cannabis use, particularly among young people, as well as its high prevalence rates of cocaine use. However, in the light of the American crisis, the French nexus between a strongly institutionalized harm-reduction model and an enduring repressive legal framework may well prove inspiring.

3. Reconstruction dogmatique

L'analyse du droit de la drogue à l'aide d'une palette d'outils interdisciplinaires, qu'il s'agisse de l'histoire, de la sociologie ou de la philosophie, présente un caractère résolument jouissif, mais son impact juridique est nul : l'empereur dépeint dans sa nudité n'en continue pas moins à régner²³. Dans un domaine saturé d'idéologie comme peut l'être celui de la politique des drogues, le dévoilement des échecs du droit suffit rarement à convaincre de la nécessité de la réforme ceux qui ont exclu, par principe, de changer d'avis. Les mêmes restent généralement sourds aux leçons du droit comparé. Ils ne restent dès lors qu'une option ouverte au juriste soucieux de faire changer la norme : l'interprétation doctrinale, cette « forme intellectuelle de la désobéissance » ainsi que la définissait Jean Carbonnier²⁴. Cette évidence m'est apparue très tôt et j'y ai consacré un article en 2007, dans les actes d'un colloque consacré à l'engagement politique des juristes.

« L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue », in E. Dockès (dir.), *Au coeur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, 61-69.

En comparaison des vifs débats que suscite la pénalisation de l'usage de stupéfiants dans l'espace public, les discussions doctrinales sur la prohibition sont feutrées. Le droit des drogues illicites, s'il suscite des divergences de vues entre auteurs, ne diffère pas des autres branches du droit dans le traitement méthodologique que lui réserve la communauté des juristes savants. Les analyses dogmatiques du dispositif réglementant le traitement thérapeutique et la répression pénale de l'usager de stupéfiants sont, à ce titre, typiques de la manière dont la doctrine agit sur le droit en référence à des valeurs non juridiques. Combinant description systématique et appréciation critique du statut applicable aux consommateurs de drogues illicites, la dogmatique pénaliste apparaît doublement normative : par son objet tout d'abord, mais également par sa méthode. Malgré la posture positiviste des auteurs, qui distinguent conceptuellement le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être, les écrits doctrinaux multiplient les jugements de valeur déterminant la condition juridique des usagers de stupéfiants. Cet engagement doctrinal, évident lorsque *de lege ferenda* les auteurs raisonnent dans la perspective d'une amélioration du droit existant (A), caractérise également, quoique plus discrètement, les descriptions *de lege lata* des règles en vigueur (B).

²² Selon le site web de son éditeur Wiley : « *Addiction* publishes peer-reviewed research reports on pharmacological and behavioural addictions, bringing together research conducted within many different disciplines. The publication is an official journal of the Society for the Study of Addiction, and has been in publication since 1884. »

²³ Jack Herer, *The Emperor Wears No Clothes*, 12th ed., Ah Ha Publishing, 2010.

²⁴ J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, 25^e éd., PUF, 1997, 278.

En dépit du pouvoir subversif de la littérature dogmatique et de la capacité des ouvrages de droit à infléchir le cours du monde²⁵, j'ai longtemps renâclé à investir le champ doctrinal stricto sensu. C'est que les opportunités pour bousculer le droit de la drogue à coup d'interprétations audacieuses sont réduites par les fortes contraintes textuelles pesant sur la matière. Mes contributions doctrinales se sont, pour cette raison, souvent cantonnées à de modestes commentaires visant à saluer, déplorer, et plus rarement suggérer, certaines évolutions législatives.

Dans le prolongement de mes travaux de déconstruction du statut de l'utilisateur de stupéfiants, j'ai suivi avec attention les projets de contraventionnalisation de la consommation de drogues qui se succèdent depuis quelques années.

« 68 euros pour le premier usage de drogue ? Point de vue sur la contraventionnalisation du premier usage constaté de stupéfiants », *Recueil Dalloz*, 2012, 32-33.

« Usage de stupéfiants : l'hypothèse de la contraventionnalisation », *Recueil Dalloz*, 2017, 2170-2175.

« L'amende forfaitaire pour usage de stupéfiants », *Recueil Dalloz*, 2020, 1880.

« Retour sur la loi visant à prévenir les usages dangereux du gaz hilarant », *Recueil Dalloz*, 2021, 1232.

J'ai également veillé à informer les lecteurs du *Recueil Dalloz* des grandes manœuvres législatives nécessaires à la mise en œuvre d'une minuscule expérimentation visant à autoriser la prescription de cannabis thérapeutiques à quelques patients.

« Stupéfiants : usage de cannabis à visée thérapeutique », *Recueil Dalloz*, 2019, 77.

« Cannabis thérapeutique : légalisation par la loi de financement de la sécurité sociale », *Recueil Dalloz*, 2020, 21.

« Cannabis thérapeutique : vraie avancée ou pétard mouillé ? », *Recueil Dalloz*, 2020, 2300-2301.

A cette prose sans intérêt, si ce n'est celui de maintenir avec panache un certain niveau de visibilité aux vertus thérapeutiques d'une plante dont les utilisateurs à titre médical font encore l'objet de poursuites pénales, s'est ajoutée un coup d'éclat doctrinal plus remarquable. Interprétant créativement la réglementation en vigueur, j'ai en effet constaté la licéité du delta-9-tétrahydrocannabinol (Δ^9 -THC), le principe psychoactif du cannabis.

« La légalité du tétrahydrocannabinol à l'ère du cannabis industriel », *Recueil Dalloz*, 2018, 802-803.

Le delta-9-tétrahydrocannabinol (Δ^9 -THC), principal composant psychoactif du cannabis, est autorisé, par voie d'exception, par l'article R5132-86 (premier paragraphe, deuxième alinéa) du Code de la santé publique. Il est, en l'état du droit, impossible d'interdire la vente ou l'usage d'aliments, de gélules ou de e-liquides ne contenant que du Δ^9 -THC et des excipients autorisés. La production, le trafic et la consommation de feuilles, de fleurs et de résine de cannabis dont la teneur est supérieure à 0,2 % de Δ^9 -THC sont en revanche interdits par les dispositions du Code pénal applicables aux produits stupéfiants, et par les normes du Code de la santé publique réglementant les produits de santé.

Cette opinion doctrinale a été largement relayé par la meilleure presse (Libération, Le Parisien, Valeurs Actuelles, Le Point, 20 Minutes...). Elle n'a été réfutée par aucun tribunal. Il demeure qu'en l'absence de contentieux portant directement sur la détention ou le négoce de cette molécule, la plus grande prudence est de rigueur. La situation est en revanche désormais beaucoup plus claire pour le cannabidiol (CBD), ce principe relaxant extrait de la plante de cannabis dont la licéité n'est plus contestée, grâce à un travail d'interprétation du

²⁵ R. Encinas de Muñagorri, « A quoi servent les livres sur le droit ? », in F. Rousseau, S. Grunvald, G. Roussel (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean Danet*, Dalloz, 2020, 13.

droit en vigueur dont je revendique la paternité. Dès 2018, j'ai en effet défendu, contre l'opinion de la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA), la thèse selon laquelle, en l'état du droit européen et en l'absence de preuves scientifiques sur la dangerosité du CBD, aucune restriction à l'importation et à l'exploitation de ce type de marchandises ne peut être mise en œuvre.

« L'extension du domaine du chanvre légal », *Recueil Dalloz*, 2018, 1445-1146.

Cannabis Sativa L. est désormais légalement vendu en France sous forme de fleurs de chanvre, de e-liquides et d'aliments à base de cannabidiol (CBD). Cette activité commerciale se développe à la faveur d'exceptions à l'interdiction du cannabis étroitement définies. Contrairement à ce que laisse entendre une récente mise au point de la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives, ce commerce s'inscrit dans le cadre d'un marché licite qui autorise la circulation de produits dérivés du chanvre issus de plantes dont la teneur n'excède pas 0,2 % de delta-9-tétrahydrocannabinol (THC). En l'état du droit européen et en l'absence de preuves scientifiques sur la dangerosité du CBD, aucune restriction à l'importation et à l'exploitation de ce type de marchandises ne peut être mise en œuvre.

En l'absence de clarification législative, l'incertitude planant sur le statut juridique du CBD se devait d'être dissipée par voie contentieuse. Elle l'a été dans la décision *Kannavape* rendue le 19 novembre 2020 par la Cour de justice de l'Union européenne²⁶. Cet arrêt reprend le raisonnement de l'article susvisé, dont je m'étais assuré qu'il avait été intégré au dossier de procédure par un référendaire de la Cour. Faisant sienne mon interprétation, la haute juridiction constate la non-conformité de la réglementation hexagonale au droit européen et consacre la libre circulation du CBD de Brest à Varsovie en passant par Athènes. Cette décision, qui contribue puissamment à la normalisation sociale du cannabis en Europe, a été commentée par mes soins.

(avec A. Turmo), « Le cannabidiol extrait de la plante de cannabis est une marchandise qui peut librement circuler au sein du marché européen », note sous CJUE, 19 nov. 2020, *Recueil Dalloz*, 2021, 1020-1023.

La Cour de cassation a rapidement pris acte de la décision des juges européens. Elle a rendu, dans son prolongement, plusieurs décisions qui sécurisent le cadre juridique du marché du chanvre industriel. Je me suis chargé de commenter certaines d'entre elles pour le site *Dalloz actualité*.

« La Cour de cassation légalise le cannabidiol et les fleurs de chanvre », note sous Cass. crim., 15 juin 2021, et Cass. crim., 23 juin 2021, n° 20-84.212, FS-P, *Dalloz actualité*, 7 juillet 2021.

4. Vulgarisation scientifique

Les écrits scientifiques publiés dans des livres ou des revues universitaires ne prétendent qu'à une audience confidentielle. Ils sont inaccessibles au grand public. C'est pourquoi je mène une activité de vulgarisation destinée à disséminer, au-delà du cercle des lecteurs universitaires, les conclusions de mes travaux de recherche.

Le travail le plus conséquent que j'ai accompli en ce sens est la rédaction d'un ouvrage « Pour les nuls » consacré à la légalisation du cannabis. Publié en 2021, ce livre a été co-signé par mon compère Henri Bergeron, coordinateur scientifique de la Chaire santé de Sciences Po, vice-président du Comité scientifique de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, et préfacé par le Professeur Amine Benyamina, chef du service de psychiatrie et d'addictologie de l'Hôpital Paul-Brousse et président de la Fédération française d'addictologie

²⁶ CJUE 19 novembre 2020, *B S et C A*, C-663/18.

(avec H. Bergeron), *Faut-il légaliser le cannabis ?*. Préface de Amine Benyamina, coll. « Ça fait débat », Pour les Nuls / First Editions, 2021, 120 p.

Les problèmes de sécurité et de santé publique liés à l'usage et au trafic de cannabis suscitent dans les médias des débats récurrents entre les partisans et les opposants d'une éventuelle légalisation de cette drogue. Mais à s'en tenir aux arguments des uns et des autres, il peut être difficile de se forger une opinion éclairée. La discussion, quand elle a lieu, se résume souvent, d'un côté comme de l'autre, à l'exposition de convictions morales, certes respectables, mais qui font obstacle à une analyse raisonnée et dépassionnée des faits.

Le débat est d'autant plus difficile à mener qu'il est techniquement complexe et ne se résume pas à l'alternative simpliste entre interdiction absolue et liberté sans limite dans laquelle on veut trop souvent l'enfermer. Ainsi la prohibition, entendue comme défense générale de produire, faire commerce et consommer du cannabis, peut-elle être mise en œuvre de manière plus ou moins répressive. L'interdit légal s'accommode parfois d'un assouplissement de la sanction pénale, laquelle peut être réduite à une contravention, voire être purement et simplement supprimée. On parle alors de dépénalisation. Si la prohibition peut être laxiste, la légalisation peut à l'inverse être rigoureusement contrôlée. L'autorisation de cultiver, distribuer et consommer du cannabis n'exclut pas une intervention de l'État régulateur qui peut organiser de manière plus ou moins restrictive ces activités, comme c'est le cas pour l'alcool et le tabac.

L'objectif de ce livre est d'explorer les divers modèles de régulation du cannabis, de la prohibition la plus répressive à la légalisation la plus libérale en passant par les différents types de régimes intermédiaires, afin d'en évaluer les coûts et les bénéfices. Cet examen, qui se fonde sur les connaissances scientifiques acquises, mobilise les résultats des travaux d'évaluation des politiques publiques les plus récents sur le sujet. Armé de ces outils d'analyse, il devient possible d'évaluer le droit en vigueur de la manière la plus neutre possible, et de réfléchir aux conditions de sa réforme.

Plan de l'ouvrage

Ce livre est divisé en trois parties. La première présente le cannabis et la manière dont il est traité par le droit. La deuxième expose les principaux arguments en faveur et en défaveur de la légalisation de cette drogue. Enfin, la traditionnelle partie des Dix explique comment légaliser le cannabis.

Première partie : Petite histoire du cannabis, de la prohibition à la légalisation

Le cannabis, longtemps plus connu sous nos latitudes sous le nom de chanvre, est l'une des premières plantes domestiquées par l'homme. La solidité de ses fibres, le profil nutritionnel de ses graines, les vertus thérapeutiques de ses racines et de ses fleurs lui ont permis de trouver sa place, à un titre ou un autre, dans presque toutes les civilisations. Les effets psychédéliques de certaines de ses variétés ont néanmoins conféré au cannabis une aura sulfureuse, au point qu'il a été frappé, à partir du XXe siècle, par une prohibition internationale. En retraçant l'histoire de cette interdiction mondiale et les modalités nationales de sa mise en œuvre, et en présentant les résistances qu'elle suscite, la première partie du livre pose le décor du débat qui oppose aujourd'hui les tenants de la prohibition et les partisans de la légalisation.

Deuxième partie : La légalisation du cannabis, le pour et le contre

La décision de dépénaliser l'usage de cannabis, voire d'en légaliser la production et la distribution, dans un nombre croissant de pays interpelle. Faut-il y voir le signe avant-coureur d'une évolution mondiale qui sonne le glas de la prohibition et qui indique au législateur français la voie à suivre, ou a-t-on affaire à des politiques non seulement dangereuses, mais également vouées à l'échec ? Pour en décider, il faut comparer comment la prohibition et la légalisation protègent respectivement les individus et la société des dangers du cannabis. La deuxième partie de ce livre interroge les vertus et les limites de ces approches opposées en questionnant leurs présupposés éthiques, en analysant leurs conséquences sanitaires et leurs résultats en matière de sécurité publique, et en évaluant leur coût économique.

Troisième partie : La partie des Dix

La légalisation du cannabis est une décision politique qui ne relève pas de l'expert. Celui-ci peut en revanche éclairer le législateur sur les enjeux et les risques d'une évolution du droit, et l'informer sur les leviers d'action dont il dispose. Sans prétendre trancher au fond le débat sur la légalisation, la troisième partie du livre présente l'éventail des options juridiques envisageables.

Elle propose également des conseils pour engager une éventuelle réforme, et identifie les dispositifs réglementaires pouvant être mis au service une régulation juste et efficace des usages sociaux du cannabis.

La dissémination publique de ma recherche a également pris la forme d'articles dans des revues généralistes, des gazettes professionnelles, ou des journaux politiques plus ou moins recommandables :

« Le système français de la prohibition », *Swaps*, n° 85, 2016, 17-18.

« Les effets attendus d'une légalisation contrôlée », *Actualité et dossier en santé publique*, juin 2016, n° 95, 46-47 ; reproduit dans *Après-demain*, octobre 2017, n° 44, 27-29.

« Note sur l'histoire de la prohibition des drogues », *Raison présente*, 2019, n° 211, 37-43.

« La lutte pour un droit nouveau », *ASUD Journal*, n° 64, 2021, 38-40.

« La légalisation du cannabis à l'étranger », *Alternatives non-violentes*, 2021, n° 201, 18-20.

J'ai également publié plusieurs articles d'opinion dans la presse écrite et électronique nationale :

« Poutine, les "drogués" et nous », *AOC Média*, 4/04/2022.

« Avec la loi "sécurité globale", l'Etat s'abandonne aux sirènes de la répression pour traiter la toxicomanie », *Le Monde*, 21/04/2021.

« Faut-il légaliser le cannabis et en finir avec la politique de prohibition ? », *L'Humanité*, 25/06/2019.

« Légalisation du cannabis récréatif au Canada : une réforme qui vient de loin », *The Conversation*, 17/10/2018.

« Sanction de l'usage de stupéfiants : Le bateau ivre de la politique des drogues », *The Conversation*, 13/04/2018.

« La contravention pour usage de cannabis est-elle une réponse adaptée ? », *L'Humanité*, 1/02/2018.

« Les effets attendus d'une légalisation des drogues en France », *The Conversation*, 07/09/2016.

« Drogues : l'échec patent du tout-répressif » (avec H. Bergeron), *The Conversation*, 13/11/2015.

J'ai enfin donné un certain nombre d'interviews dans la presse quotidienne régionale (Ouest-France, 20 Minutes, Sud-Ouest, Le Télégramme...), dans des hebdomadaires nationaux (L'Express, Le Nouvel Observateur, Challenges...) et sur des sites web d'information générale. Cette activité de dissémination s'est également traduite dans la réalisation, en collaboration avec le service audiovisuel de l'université de Nantes, de petits films pédagogiques totalisant plusieurs dizaines de milliers de vues sur You Tube.

Mon expertise en droit de la drogue a été sollicitée à plusieurs reprises par les autorités et j'ai été formellement auditionné par la Direction de la protection judiciaire de la jeunesse, par la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives, et par deux commissions parlementaires. Ces auditions ont porté sur le cadre juridique le plus approprié pour répondre à l'usage de cannabis récréatif, sur l'établissement d'un référentiel destiné à organiser la réponse éducative devant être apportée à l'usage et au trafic de drogues par les mineurs, et sur les modalités réglementaires d'une éventuelle légalisation du cannabis.

D. Chemins de traverse

Arrivé au terme de cette tentative de présentation raisonnée de mon activité de recherche, force est de constater que certains travaux n'y ont pas trouvé leur place. Non seulement ne s'insèrent-ils pas logiquement dans les sections précédentes, mais ils n'ont guère de points communs entre eux, si ce n'est celui d'être le fruit de la contingence, le résultat de

promenades sur des chemins de traverse. Plutôt que de prétendre trouver un sens à cette diversité inclassable, fruit de commandes, de rencontres ou d'intérêts sans lendemain, on se contentera d'en faire un inventaire chronologique sans queue ni tête.

1. Law & Littérature à la française

A peine sortie de la thèse, la catégorie du justicier me parlait. Il y a là matière à théoriser, dans la lignée du courant *Law & Littérature*, et c'est ce à quoi cette petite entrée du grand *Dictionnaire de la justice* de Loïc Cadet s'essaie.

« Justicier », in *Dictionnaire de la justice*, publié sous la direction de M. Loïc Cadet, Paris, PUF, 2004, 801-804.

« Celui qui rend justice et aime à la faire rendre » (dictionnaire de Trevoux, 1752) peut œuvrer de deux manières, soit comme magistrat en charge d'un ministère légalement fondé, soit comme redresseur de tort investi d'une mission morale exercée en marge des lois. Dans les deux cas, le justicier poursuit des finalités proches, mais il s'incarne dans des figures très différentes selon qu'il relève de la première ou de la seconde hypothèse. Dans l'histoire française, c'est le roi, souverain très chrétien, qui représente avec le plus d'intensité le justicier institué par la loi. Disparaissant du champ institutionnel à partir de la Révolution française, le personnage subsiste sous les traits du héros romanesque agissant, le plus souvent, hors de tout cadre légal.

2. La procéduralisation du droit vue du prétoire

La thèse (toujours elle) aurait pu servir de point d'ancrage théorique à de nouvelles recherches. Mais elle se suffisait à elle-même et le seul produit dérivé que j'en ai tiré consiste en un article se concentrant plus particulièrement sur la notion de procéduralisation.

« L'office du juge et la procéduralisation du droit », in J. Hautebert et S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tome II, EJT, 2008, 277-296.

D'apparition récente dans le lexique, le terme de procéduralisation évoque un accroissement des règles de forme au détriment des normes substantielles. L'élaboration et l'utilisation de cette notion à la tonalité postmoderne trouvent leur justification dans l'extension constatée des règles gouvernant la procédure juridictionnelle à de nouveaux domaines du droit, et dans le renforcement de l'autorité juridique et politique de ces normes formelles. Si en effet l'existence d'une réglementation destinée à organiser l'administration de la justice est une donnée invariante du droit français, la valorisation de la procédure judiciaire illustrée par la montée en puissance de la notion de procès équitable est un phénomène moderne. Cette inflexion se donne à voir dans le travail de redéfinition de la fonction juridictionnelle mené depuis quelques années par la doctrine. Celle-ci renouvelle sa conception du jugement en affranchissant la décision de justice de la loi, et en la soumettant à une logique floue dont la procédure est garante. Une conception nouvelle du procès émerge alors, la résolution judiciaire du conflit devenant un modèle théorique pour penser non seulement le droit, mais également la politique et la raison.

3. Une approche du régime climat sous un angle techno-scientifique

Embarqué dans un projet collectif consacré la gouvernance du changement climatique, j'ai approfondi la question de l'articulation des normes juridiques et scientifiques en droit international du climat. Envisagé sous l'angle des *Science & Technology Studies*, ce sujet effrayant n'a pas fini de me hanter.

« L'observance des traités sur le changement climatique : Une gouvernance des experts par le droit », in R. Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, 159-174.

Ayant pour objet de garantir le respect des engagements découlant du Protocole de Kyoto, l'*observance* est un dispositif juridique original et complexe fruit d'une longue négociation. Opérant un véritable « saut qualitatif » dans le domaine des techniques de mise en œuvre du droit international de l'environnement, ce mécanisme institue un contrôle systématique, centralisé et intrusif, des Etats signataires du Protocole. Articulant la prévention des manquements et leur sanction, l'*observance* accompagne les Parties dans l'accomplissement de leurs obligations. Le

dispositif met l'accent sur la promotion du droit par des techniques d'assistance et d'incitation, mais il comprend également un volet répressif susceptible d'être déployé en cas d'infraction caractérisée au droit. L'intervention des experts dans le cadre du mécanisme d'observance est une étape parmi d'autres dans un processus de contrôle institué par le droit conformément aux canons de la procédure équitable. C'est en effet une juridiction, et non une instance d'expertise, qui boucle l'ensemble de ce processus d'examen : la Chambre de l'exécution du Comité de contrôle. Les jugements des experts ne se voient donc reconnaître une dimension coercitive que dans la mesure où ils sont validés et authentifiés par un organe juridictionnel.

3. Le traitement de la souffrance au travail par le droit

Les occasions d'ancrer la réflexion dogmatique dans l'observation du monde réel sont rares. L'observation participante offre cette possibilité, toujours au risque de l'erreur d'interprétation. Une autre voie consiste à co-écrire avec un acteur de terrain capable d'identifier, derrière les intentions généreuses du droit, les effets pervers de sa mise en œuvre. Je m'y suis essayé en droit social avec un des meilleurs avocats travaillistes nantais.

(avec J.-M. Poittevin, aka Dr. Babin), « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail », *Revue de droit du travail*, 2012/2, 80-86.

L'attention portée aux questions liées au harcèlement a conduit les partenaires sociaux au niveau européen et national à favoriser la mise en place de procédures internes destinées à éliminer ou à prévenir les risques psychosociaux. Ces procédures ont pour particularité d'introduire des garanties procédurales, souvent inspirées des règles du procès équitable, qui ne sont pas sans évoquer d'autres modes de règlement alternatifs des conflits. En a-t-on pour autant mesuré toute la portée ? Par-delà la louable intention de remédier aux problèmes de la violence au travail, il est à craindre que leur développement ait aussi pour conséquence de restreindre l'accès à la justice pour les salariés et représentants du personnel.

4. Une socio-histoire des facultés de droit française (en anglais)

Au sein de l'université française, la dogmatique est hégémonique et laisse peu de place aux analyses critiques et interdisciplinaires du phénomène juridique. Pour expliquer cette manière de penser le droit, énigmatique aux yeux des chercheurs anglo-américains, l'analyse (socio-historique) des facultés de droit s'impose.

(avec S. Field), « Socio-legal Studies in France: Beyond the Law Faculty », *Journal of Law and Society*, 2016, 43(2), 285-311.

In this article we argue that in France one can identify work that corresponds to the key strands of socio-legal research in Anglo-American societies but that 'socio-legal' as a category of research and scholarship does not have the presence it has in the United Kingdom. French law faculties continue to be strongly shaped by a traditional disciplinary orthodoxy rooted in a highly and distinctively structured form of doctrinal analysis. In the first part, we explain the relatively limited presence of socio-legal studies in French law faculties in terms of the historical and institutional mechanisms by which disciplinary closure has been created and maintained around traditional orthodoxies. In the second part, we trace the presence - predominantly outside law faculties - of significant fragments of socio-legal practice in the scholarship of law and allied disciplines.

5. Deux recensions sur des ouvrages dignes d'intérêt

Ecrire une recension fidèle et critique est un exercice difficile. Mais quand l'ouvrage est bon, le jeu en vaut la chandelle.

Compte-rendu de l'ouvrage de Hanoeh Dagan, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory* (Oxford / New York, Oxford University Press, 2013), *Droit & Société*, 2014 (<http://ds.hypotheses.org/471>).

Le volume réunit une série d'articles publiés, depuis le milieu des années 2000, dans divers revues et ouvrages collectifs de droit nord-américain. L'ambition du livre est de ranimer (revive) la tradition théorique du réalisme juridique américain qui a profondément marqué le paysage intellectuel outre-Atlantique, mais dont l'héritage est aujourd'hui malmené. Revendiqué par tous

(we are all realists now, p. 4), mais trahi par ceux qui s'en réclament le plus vigoureusement (en particulier le mouvement law and economics et les critical legal studies), ce patrimoine intellectuel en déshérence conserve tout son intérêt pour penser et transformer le droit. C'est du moins le pari de Hanoch Dagan qui se livre à une entreprise de reconstruction du réalisme juridique américain pour la mettre au service d'une compréhension renouvelée du droit privé.

Compte-rendu de l'ouvrage de J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert, dir., *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques* (LGDJ, 2000), *Sociologie du travail*, 2001, n° 4, 561-562.

Les *Leçons scientifiques* sur *La juridicisation du politique* s'inscrivent dans une vision de la recherche faisant prévaloir la nature du problème à traiter sur le souci de préserver l'intégrité de chacune des sciences sociales susceptibles de l'appréhender. Propice au désenclavement des savoirs et aux échanges interdisciplinaires, ce positionnement qui se veut résolument subversif semble d'emblée pertinent pour rendre compte de l'importance croissante du droit dans la régulation des rapports politiques. Hypothèse de départ du livre, ce mouvement de colonisation juridique relève en effet de plusieurs champs scientifiques et son étude en souffre, victime de cloisonnements disciplinaires peu propices à son approfondissement. Cherchant à dépasser l'obstacle, ce travail collectif vise à offrir, à partir d'un dialogue entre juristes, politologues, historiens et sociologues, de nouveaux éclairages sur les rapports qu'entretiennent droit et politique.

6. Une tribune collective sur la recherche juridique

Ce qui se dit en creux sur la misère des facultés de droit françaises dans cette tribune collective devrait nous faire réfléchir et peut-être même agir. Les choses ont plutôt empiré depuis 10 ans, mais il est apparemment urgent d'attendre pour mieux conserver. Quoi exactement ? La question reste ouverte.

(avec R. Encinas de Muñagorri *et al.*), « Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte », *Recueil Dalloz*, 2010, 1505-1507.

Qu'est-ce que la recherche dans le domaine juridique ? Les débats récents sur le statut d'enseignant-chercheur ont conduit les juristes académiques à s'interroger sur les perspectives et les conditions d'exercice du métier d'universitaire mais aussi, plus spécifiquement, sur l'épanouissement de leurs activités dans le contexte institutionnel et scientifique d'aujourd'hui. Les préoccupations des universitaires et chercheurs sont ici similaires à celles des professionnels de la justice et des groupements sociaux conscients de l'importance de mener une lutte juridique contre des tendances autoritaires et ploutocratiques actuelles. Dans ce contexte, il est particulièrement nécessaire de redéfinir ce qu'est la recherche juridique, de rappeler ses exigences, et d'interroger ses méthodes.

II – Le décalage comme méthode

Science is an essentially anarchic enterprise: theoretical anarchism is more humanitarian and more likely to encourage progress than its law-and-order alternatives.

This is shown both by an examination of historical episodes and by an abstract analysis of the relation between idea and action. The only principle that does not inhibit progress is: anything goes.

Paul Feyerabend, *Against Method*, 3rd ed., Verso, 1993, 5.

Au terme de ce tour d'horizon de mes travaux scientifiques, je m'abstiendrai de longs développements sur la démarche employée. Aux dires de Mallarmé, « toute méthode est une fiction, et bonne pour la démonstration »²⁷. A cette intuition poétique fait écho l'épistémologie anarchiste de Paul Feyerabend pour qui le principe du progrès scientifique, c'est que « tout est permis ».

Je ne démentirai ni l'un, ni l'autre. Pour autant, je ne me suis pas tout autorisé. Tout au plus revendiqué-je le recours au décalage dans ma recherche : dès que possible, enlever la cale qui maintient la stabilité de l'objet étudié pour le voir bouger ; se déplacer dans l'espace ou le temps à la recherche des différences ; là où le discours juridique cherche à produire de la concordance, interroger la discordance. A cela s'ajoute quelques recettes simples pour guider la recherche ou la rendre fructueuse.

Maîtriser la discipline

Histoire des idées, analyse des politiques publiques, histoire des institutions, droit comparé, théorie analytique du droit, dogmatique juridique... Quelle que soit la discipline choisie, il faut en respecter les règles. Le maintien de l'ordre n'est pas en cause ; il s'agit plutôt de crédibilité académique : l'iconoclaste doit donner des gages à la tradition²⁸. Je me suis donc efforcé de respecter les canons du genre dans lequel chacune de mes productions prétendait s'inscrire. Cela n'exclut pas, heureusement, de changer de terrain de jeu.

Jouer avec les épistémologies

Dans le cadre universitaire français, la posture de surplomb est de rigueur : la recherche de l'objectivité requiert un point de vue non situé. Il faut néanmoins savoir conserver une pensée de derrière. Le recours à une épistémologie du point de vue, qui confère à l'expérience vécue un rôle essentiel dans le façonnage de la vérité, est utile à la formulation d'hypothèse et propice à la découverte scientifique²⁹. On peut toujours, si le contexte social l'exige, faire œuvre de dissimulation et démonter les échafaudages de sa pensée.

Soumettre sa recherche à discussion

Une recherche en cours gagne à être discutée. On n'a pas toujours l'honneur de voir sa réflexion débattue sur un mode épistolaire. Il faut alors aller chercher l'échange de vive voix dans les colloques et les séminaires. L'ambiance y est malheureusement souvent trop guindée

²⁷ S. Mallarmé, *Œuvres complètes*, Gallimard, 1945, 851.

²⁸ S. Barbou des Places, F. Audren, « Eloge de la discipline : Le savoir juridique face au modèle disciplinaire », in S. Barbou des Places, F. Audren (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, LGDJ, 2018, 26.

²⁹ E. Lépinard, S. Mazouz, *Pour l'intersectionnalité*, anamosa, 2021, 41-51.

pour permettre à la critique de se déployer. Reste les discussions avec les collègues qui trouvent encore le temps de débattre³⁰, et avec les étudiants que la discipline pédagogique des facultés n'a pas définitivement inhibés.

Lire, penser et écrire en langue étrangère

Dans le passage d'une langue à l'autre, il y a une satisfaction poétique mais également un gain conceptuel. D'expérience je constate que l'on pense différemment en français, en anglais, en italien et en allemand. Il est impossible de dire exactement la même chose dans ces quatre langues, et ce n'est pas qu'une affaire de cultures³¹. L'astreignante pratique du plurilinguisme, requise dans tout exercice de droit comparé, sert plus généralement la pensée juridique en révélant la nature hautement conventionnelle (et non universelle) du propos doctrinal.

Travailler à deux, et parfois faire semblant

Ecrire à deux, après avoir réfléchi ensemble, est un exercice enthousiasmant. Le propos gagne en qualité et la rédaction est facilitée. Le *modus operandi* varie selon le co-auteur et la nature du travail. Parfois, l'expérience va de soi, mais ce n'est pas toujours le cas. Lorsque le co-auteur n'est pas à la hauteur, on peut toujours faire semblant : écrire seul pour avoir le plaisir de signer à deux. C'est irritant et néanmoins profitable : cela force à reconnaître la futilité de l'affaire, et c'est souvent à charge de revanche.

Chercher l'impact... ou non

Obsession universitaire anglo-américaine, l'impact est une notion nébuleuse. S'agit-il d'influence ou de visibilité ? Les deux phénomènes sont très différents. L'arrêt Kanavape (CJUE, 19 nov. 2020) témoigne de mon influence intellectuelle invisible. Le rapport de la Mission parlementaire d'information sur la réglementation et l'impact des différents usages du cannabis³² illustre très visiblement mon impuissance : être cité vingt fois dans un rapport parlementaire enterré, quel intérêt ?

Voyager

Michel de Montaigne, dans ses essais, le dit fort bien : « Il faut voyager pour frotter et limer sa cervelle contre celle d'autrui »³³. Il n'est pas nécessaire d'aller très loin. Le bon interlocuteur est parfois au coin de la rue. On peut aussi voyager sur place, en lisant, ou en invitant son prochain. C'est l'objet du Petit séminaire critique que j'anime depuis quelques années (voir programme en annexe). Mais rien ne vaut la vraie *peregrinatio academica*. Partir loin, longtemps, rafraîchit plus sûrement le regard.

³⁰ Ils ne sont pas si nombreux : bureaucratisation, hyperspécialisation, désertion et dépression contribuent à l'appauvrissement des échanges. Pour un début d'explication, v. Granger, *La destruction de l'université française*, La fabrique, 2015.

³¹ U. Ecco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, 2003. Rapp. W. Benjamin, « Die Aufgabe des Übersetzers » (1923), at: <https://www.textlog.de/benjamin-aufgabe-uebersetzers.html>

³² Rapport n° 3 sur le cannabis r<<http://assnat.fr/ISGjJr>>

³³ *Essais*, Livre 1 (1595).

PRESENTATION DU PROJET DE RECHERCHE

Que faire ? comme dirait l'autre³⁴. L'inertie et la facilité m'invite à prolonger une réflexion depuis longtemps engagée sur le droit de la drogue. Cela fait deux bonnes raisons d'abandonner cet objet (I). D'autant que le temps presse³⁵. Un changement de sujet s'impose : c'est de droit comparé de l'environnement dont il sera désormais question, vu du Sud, à partir de l'Inde (II).

I. Abandonner le droit de la drogue ?

Sauf accident historique majeur, la légalisation du cannabis est pour demain. Cette cause, désormais portée par des intérêts économiques puissants, n'a plus besoin de la doctrine universitaire. Elle se défend désormais toute seule : l'argent généré par le cannabis légal finance des cabinets d'avocats et de lobbying qui défonceront, dans les années à venir, la porte entrouverte par les militants de terrain et les activistes académiques. Il serait déontologiquement douteux de profiter de l'aubaine. Je m'abstiens donc de facturer des consultations aux épiciers qui font légalement commerce de cette mauvaise herbe.

Après avoir fait avancer l'idée de légalisation, il faut maintenant penser le strict encadrement d'un marché dont la libéralisation n'est pas sans risque. Les pistes sont identifiées : éviter les risques de capture réglementaire par les industriels, développer les (biens) communs à travers la reconnaissance des Cannabis Social Clubs, faire converger les politiques de l'alcool et du cannabis et réglementer rigoureusement ces produits avec pour objectif premier d'en réduire les risques. Si j'avais quelque chance d'être entendu par les bureaux où s'élabore le droit de demain, j'essaierais de traduire juridiquement ces idées. Mais c'est peine perdue : les ministères ont choisi d'autres informateurs. Quant au législateur, Antonin Artaud avait déjà compris, il y a près d'un siècle, qu'il n'y a rien à attendre lui en matière de stupéfiants³⁶.

Au-delà du cannabis, le combat pour la dépénalisation de l'usage de toutes les drogues doit encore être mené pour des raisons sanitaire et sécuritaire, mais également politiques. Les produits psychédéliques (LSD, psilocybine, MDMA...), que je recommande vivement au lecteur de ces lignes³⁷, pourraient, sous réserve que nous réussissions à les acculturer et en

³⁴ Lénine, *Que faire ? Questions brûlantes de notre mouvement*, Seuil, 1966, également disponible ici : <https://www.marxists.org/francais/lenin/works/1902/02/19020200.htm>

³⁵ Voir le résumé pour décideur attaché au sixième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (groupe de travail 2) : <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>. Rappr.G. Thunberg, *No One is too Small to Make a Difference*, Penguin, 2019.

³⁶ Voir sa « Lettre à monsieur le législateur de la loi sur les stupéfiants », publié dans *L'Ombilic des limbes* (Gallimard, NRF, 1925), disponible ici : https://ebooks-bnr.com/ebooks/pdf4/artaud_1_ombilic_des_limbes.pdf

³⁷ Cette formule constitue une évidente violation de l'article 3421-4 du Code de la santé publique qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende « le fait de présenter sous un jour favorable » l'usage de stupéfiants (peine portée à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque la provocation est commise dans des établissements d'enseignement). Je l'enfreins néanmoins volontiers pour quatre raisons. Premièrement, « l'université a pour objet la recherche désintéressée de la vérité, quelles qu'en puissent être les conséquences » (S. Leys, *Le Studio de l'inutilité*, Flammarion, 2012, 287). Deuxièmement, il s'agit de mon exercice quotidien de callisthénie anarchiste : « Chaque jour, si possible, enfoncez une loi ou un règlement mineur qui n'a aucun sens, ne serait-ce qu'en traversant la rue hors du passage piéton. Servez-vous de votre tête pour juger si une loi est juste ou raisonnable. De cette façon, vous resterez en forme ; et quand le grand jour viendra, vous serez prêt » (James Scott, *Two Cheers for Anarchism*, trad. fr. P. Cadorette et M. Heap-Lalonde, *Petit éloge de l'anarchisme*, Lux éditeur, 2019, 36). Troisièmement, la gestion différentielle des illégalismes en matière de drogues illicites me garantit une totale impunité : mes étudiants de M2 Droit privé ne s'y trompent pas, qui m'expliquent candidement, et sans que cela n'interroge leur sens de l'égalité, que la répression des infractions à la législation sur les stupéfiants, « c'est pour les arabes ». Quatrièmement, l'article 3421-4 du Code de la santé publique n'est pas du droit : non conforme à l'article 10 de la Convention européenne des droits de

ritualiser l'usage, contribuer à une transformation positive du monde. Je n'exclus pas de revenir à ce sujet un jour. Mais il faut avant cela passer par l'Inde et son droit

II. Quel(s) droit(s) pour l'environnement en Inde ?

La gouvernance écologique vue du Sud

Je suis accueilli, à partir de septembre 2022, à l'Institut français de Pondichéry pour y développer une recherche sur le droit indien de l'environnement. Le choix de cette thématique marque un tournant dans ma carrière scientifique mais ne constitue pas pour autant une rupture. S'agissant du droit indien, je suis familier de la matière pour l'avoir souvent enseigné dans mes cours de droit comparé, et pour avoir nourri, depuis longtemps, une grande curiosité pour ce pays. D'un premier voyage en Inde du Sud, il y a une vingtaine d'années, je garde le souvenir de quelques audiences au tribunal de Pondichéry. Je n'ai jamais cessé depuis de lire sur le monde indien, et d'entretenir des relations avec les universitaires indiens que j'ai rencontrés à l'Institut d'études avancées de Nantes et au cours de mes séjours de recherche à l'étranger. J'ai également été accueilli quatre mois, en 2016, à l'*Institute of Advanced Studies* de l'Université Jawaharlal Nehru (JNU, New Delhi) pour y poursuivre mes recherches.

Mon intérêt pour le droit de l'environnement est également ancien. J'ai très tôt eu l'occasion de travailler sur le régime climat dans le cadre d'une recherche collective dirigé par Rafael Encinas de Munagorri sur le thème « Expertise et gouvernance du changement climatique ». J'ai, depuis cette époque, maintenu une veille scientifique et une activité réflexive sur les questions de droit de l'environnement, notamment dans une perspective internationale et comparative. La réorientation de mon activité de recherche s'inscrit dans la continuité de cette réflexion.

Problématique

Introduction. L'urgence environnementale qui saisit le monde n'épargne pas l'Inde : pollution de l'air et des eaux, déforestation et perte de la biodiversité, traitement des déchets, hausse de l'empreinte carbone *per capita* des 1,3 milliards d'habitants. Les défis à relever sont multiples. Longtemps éclipsée par les impératifs de développement économique et social, la prise en compte des enjeux écologiques s'est imposée aux autorités. Dans le sillage des déclarations, traités et programmes d'action internationaux qui se sont multipliés depuis les années 1970, l'ordre juridique indien s'est enrichi d'instruments de protection de la nature. Incarné dans différents organes à l'échelle de la fédération indienne, des Etats fédérés, et des municipalités, ce tournant environnementaliste est sensible à tous les niveaux de la hiérarchie des normes.

Législation en vigueur. L'Inde a été l'un des premiers pays à conférer à la défense de l'environnement une valeur constitutionnelle. Le 42^e amendement de la Constitution, adopté en 1976, a ajouté aux principes directeurs de la politique de l'Etat indien (Directive Principles of State Policy of India), l'obligation de protéger l'environnement et de sauvegarder les forêts et la faune (Art. 48A). Si elle ne peut être directement invoquée devant les juridictions, cette disposition doit néanmoins servir de guide à l'interprétation juridique. Elle témoigne de l'intégration précoce des préoccupations environnementales au cœur du droit indien. Cette attention se décline dans un certain nombre de politiques sectorielles qui ont donné lieu à autant de lois particulières. Se sont ainsi succédés des textes législatifs destinés à lutter contre

l'homme, son application aux faits de l'espèce serait au surplus contraire au principe constitutionnel des libertés universitaires (Cons.Const., 20 janvier 1984, décision n° 83-165).

la pollution de l'eau³⁸ et de l'air³⁹, et à protéger la faune⁴⁰ et la forêt⁴¹. Plus récemment, l'Environment Protection Act 1986 a établi un cadre général permettant de fixer des objectifs environnementaux à l'échelle de l'Union et de coordonner l'activité des agences de protection de la nature existant au niveau fédéral (Central Pollution Control Board) et local (State Pollution Control Boards).

Originalité du droit indien de l'environnement. Le droit indien de l'environnement constitue un « écosystème » complexe. Celui-ci reflète l'identité plurielle de l'ordre juridique indien qui entremêle diverses strates normatives. Ses sources historiques (concepts de droit hindou, techniques de droit colonial, législation post-indépendance...), ses inspirations politiques (planification « développementaliste », dérégulation libérale...), et ses formes techniques (héritage procédural de *common law*, constitutionnalisme social...) lui confèrent un caractère composite. L'originalité du droit indien de l'environnement tient également aux contraintes structurantes de la gouvernance du sous-continent, notamment sa dimension fédérale et sa mosaïque administrative. D'autres facteurs institutionnels expliquent les formes qu'a pris le développement de la gouvernance écologique en Inde, au premier rang desquels l'action des hautes juridictions. A la faveur du développement d'un contentieux d'intérêt public (*public interest litigation*) ouvrant aux mouvements sociaux l'accès au prétoire, l'« écologisme des pauvres » a obtenu voix au chapitre et contribué à la production d'une jurisprudence audacieuse. Celle-ci a, par exemple, interprété le droit à la vie protégé par la Constitution (Art. 21) de manière à y inclure le droit à l'eau potable⁴², ou donné une assise juridique au principe de précaution⁴³ et à la règle pollueur-payeur⁴⁴. La judiciarisation du droit indien de l'environnement redessine la ligne de démarcation entre justice et administration. Ce processus a été renforcé par l'institution, en 2011, d'un « tribunal national vert » (Green national tribunal)⁴⁵ associant experts environnementalistes et juristes au sein d'une juridiction nationale itinérante destinée à résoudre les litiges écologiques.

Défis à relever. Le droit de l'environnement indien est confronté à de nombreux défis au premier rang desquels celui de l'effectivité. Régulièrement pointée du doigt, l'inefficacité des agences publiques de protection de l'environnement a de multiples causes : manque de coordination, lourdeur bureaucratique, absence de cadre procédural clair, incompétence et corruption. Ces défaillances placent les tribunaux en première ligne pour sanctionner la non-application de règles souvent très techniques, une tâche pour laquelle ils ne sont pas bien équipés. Un deuxième écueil tient à l'instrumentalisation du droit de l'environnement à des fins idéologiques n'ayant que peu à voir avec l'écologie. On songe notamment ici à la manière dont la décision de la Haute Cour de l'Etat de l'Uttarakhand a conféré la personnalité juridique au fleuve du Gange et à son affluent la rivière Yamuna, tous deux qualifiés d'« entités vivantes »⁴⁶. Cette décision, très largement saluée, soulève de délicates questions : souligner en droit le statut « sacré et vénéré » de ces cours d'eau aux yeux de la communauté hindouiste n'est pas sans effet symbolique dans un contexte de renforcement du nationalisme hindou (Hindutva).

³⁸ Water Prevention and Control of Pollution Act 1974 et Water Prevention and Control of Pollution Cess Act 1977.

³⁹ Air Prevention and Control of Pollution Act 1981.

⁴⁰ Wildlife Protection Act 1972.

⁴¹ Forest Conservation Act 1980.

⁴² Subbash Kumar v State of Bihar, AIR 1991, SC 420.

⁴³ Indian Council for Enviro-legal Action & Ors v Union of India, (1996) 3 SCC 212.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ National Green Tribunal Act, 2010.

⁴⁶ Mohd Salim v State of Uttarakhand & others, WPIL 126/2014 (High Court of Uttarakhand) 2017.

Premier objectif de la recherche. Le premier temps de la recherche, essentiellement descriptif, consiste à cartographier et décrire le droit indien de l'environnement. Cette photographie juridique, ancrée dans l'analyse des sources formelles (législation et jurisprudence) permettra de prendre la mesure de la dimension multi-scalaire de l'objet étudié (droit fédéral indien, droit du territoire de Pondichéry, des districts, des municipalités et des panchayat... sans oublier le droit de l'Etat du Tamil-Nadu, dont la ville de Pondichéry ne relève pas, mais au sein duquel elle est territorialement enclavée). L'étude s'enrichira d'une radiographie sociojuridique destinée à mettre en contexte les normes étudiées à travers 1/ une étude livresque des conditions culturelles de sa production (on fera usage ici de la littérature socio-historique et politiste existante sur le droit indien), 2/ une série d'entretiens avec des acteurs de ce droit (fonctionnaires, magistrats, activistes).

Deuxième objectif de la recherche. La deuxième partie de la recherche présente une dimension à la fois plus normative et plus théorique. Elle interrogera, d'une part, la pertinence et la possibilité de transferts juridiques techniques de l'Inde vers la France (par exemple concernant la création d'une juridiction environnementale spécialisée), et de manière plus générale des pays en développement vers les pays développés. Elle évaluera, d'autre part, l'apport potentiel de la pensée juridique indienne à la réflexion environmentaliste contemporaine. Cette partie de la recherche tentera d'articuler, à l'aune du droit indien de l'environnement, la théorie des transferts de droit (le plus souvent pensés dans le sens Nord-Sud) et les études post-coloniales, et de les inscrire dans le débat sur l'anthropocène et le nouveau régime climatique qui se déploie dans les sciences sociales.

Résultats escomptés

Le projet de recherche doit donner lieu à trois écrits relevant de genres disciplinaires différents : 1/ une synthèse doctrinale du droit indien de l'environnement ; 2/ une étude sociojuridique sur le contexte de production et de mise en œuvre de ce droit ; 3/ un essai de théorie du droit de l'environnement à la lumière de l'exemple indien. Chacun de ces écrits est susceptible de donner lieu à deux publications, l'une en français, l'autre en anglais, dans des revues scientifiques à comité de lecture. Ces travaux nourriront par ailleurs des publications grand public dans des revues ou sur des plateformes plus généralistes (<https://laviedesidees.fr/>, [https://theconversation.com/...](https://theconversation.com/))

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Monographies

- Annoussamy D, *Le droit indien en marche*, 2 vol., Société de législation comparée, 2001 et 2009.
- Annoussamy D, *L'intermède français en Inde : Secousses politiques et mutations juridiques*, L'Harmattan, 2005.
- Desai A, *Environmental Jurisprudence*, Vikas Publishing House, 1998.
- Dobson A, *Environmental Politics*, Oxford University Press, 2016.
- Halpérin J.-L., *Portraits du droit indien*, Dalloz, 2012.
- Joshi S, *Justice, Development and India's Climate Politics: A Postcolonial Political Ecology of the Atmospheric Commons*, Phd Thesis, University of Oregon, 2011, non publié.
- Latour B, *Face à Gaïa: Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, La Découverte, 2015.
- Naseem M, Naseem S, *Environmental Law in India*, 3rd ed., Wolters Kluwer, 2020.
- Nain Gill G, *Environmental Justice in India: The National Green Tribunal*, Routledge, 2016.
- Ost F, *La nature hors la loi : L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 1995.

- Romi R, *Droit international et européen de l'environnement*, 3^e éd., LGDJ, 2017.
- Stone C, *Should Trees Have Standing?: Law, Morality, and the Environment*, 3rd ed. Oxford University Press, 2010.
- Van Lang A, *Droit de l'environnement*, 4^e éd, PUF, 2016.

Articles

- Abraham C, Abraham S, « The Bhopal case and the development of environmental law in India », *International & Comparative Law Quarterly*, 1991, 40(2), 334-365.
- Ahmad F, « Origin and Growth of Environmental Law in India », *Journal of the Indian Law Institute*, 2001, Vol. 43(3), 358-387.
- Bhat S, « The paradox of environmental federalism in India “, in K. Robbins (dir.), *The Law and Policy of Environmental Federalism: A Comparative Analysis*, Edward Elgar, 2015, 327-352.
- Baxi U, « Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India », *Third World Legal Studies*, 1985, vol. 4, article 6 : <http://scholar.valpo.edu/twls/vol4/iss1/6>
- Berti D, « Animals in the Public Debate: Welfare, Rights, and Conservationism in India », *Religions* 2019, 10(8), 475-99 : <https://www.mdpi.com/2077-1444/10/8/475>
- Berti D, « Plaintiff deities. Ritual Honours as Fundamental Rights in India », in Berti, Tarabout, Voix (dir.), *Filing Religion. State, Hinduism and Courts of Law*, Oxford University Press, 71-100.
- D. Berti, « Gods’ Rights vs Hydroelectric Projects. Environmental Conflicts and the Judicialization of Nature in India », *Rivista di Studi Orientali*, 2015, vol. 88 (Supplemento 2), 111-29.
- Berti D, Tarabout G, « Religion et environnement dans les procédures judiciaires en Inde », *Cahiers de la justice*, 2015, 3, 409-20.
- Bridet G, « L'Inde, une ressource pour penser ? Retour vers les années 1920 », *Mouvements*, 2014, vol. 77(1), 119-130.
- Cohendet M-A, Fleury M, « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, vol. 122(2), 271-297.
- David V, « La lente consécration de la nature, sujet de droit : Le monde est-il enfin Stone ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2012, vol. 37(3), 469-485.
- David V, « la nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement*, 2017, vol. 42(3), 409-424.
- Deleuil T, « La protection de la ‘terre nourricière’ : un progrès pour la protection de l'environnement ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2017, vol. 42(2), 255-272.
- Desai B, Sidhu B, « On the Quest for Green Courts in India », *Journal of Court Innovation*, 2010, 3(1), 79–110 : <https://www.nycourts.gov/court-innovation/Winter-2010/jciDesai.pdf>
- Desai B, Sidhu B, « India », in E. Lees, J.E. Viñuales (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, 2019, 213-231.
- Gonzalez C, « Environmental Justice, Human Rights, and the Global South », *Santa Clara Journal of International Law*, 2015, 13, 151-195 : <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/631>
- Guha R, « Les idéologies de l'écologisme », *Mouvements*, 2014, vol. 77(1), 34-47.

- Halpérin J-L, « La doctrine indienne de la structure basique de la Constitution. Un socle indérogable et flexible ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, vol. 27 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-doctrine-indienne-de-la-structure-basique-de-la-constitution-un-socle-inderogable-et-flexible>
- Khoday K, Natarajan U, « Fairness and International Environmental Law from Below: Social Movements and Legal Transformation in India », *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25(2), 415-441.
- Lamèthe L, « La protection de la biodiversité en Inde du point de vue des investisseurs industriels étrangers ou les utopies de la diversité », *Revue internationale de droit comparé*, 2009, vol. 61(4), 817-837.
- Le Blanc C, « L'arbre en fleurs et la catastrophe : imaginaires indiens de l'environnement », *Atlantide*, 2020, n° 10, 57-67, accessible à <http://atlantide.univ-nantes.fr/L-arbre-en-fleurs-et-la>
- Martin G, « les angles morts de la doctrine juridique environnementaliste », *Revue juridique de l'environnement*, 2020, Vol. 45(1), 67-80.
- Menon N, « La Cour suprême de l'Inde : statut, pouvoir juridictionnel et rôle dans la gouvernance constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 27 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-supreme-de-l-inde-statut-pouvoir-juridictionnel-et-role-dans-la-gouvernance>
- Morand-Deville J, Bonichot J-C (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, IRJS, 2010.
- O'Donnell E, « At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India », *Journal of Environmental Law*, 2018, vol. 30(1), 135-144.
- Orubebe B, « Comparative Environmental Governance, Law and Policy: An Analysis of Judicial Techniques in India and Nigeria », *Comparative Law Review*, 2018, vol. 23, 49-81: <https://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/view/CLR.2017.002>
- Parikh M, « Critique of Environmental Impact Assessment Process in India », *Environmental Policy and Law*, 2019, vol. 49(4-5), 252-259.
- Ramakrishna K, « The Emergence of Environmental Law in the Developing Countries: A Case Study of India », *Ecology Law Quarterly*, 1985, Vol. 12(4), 907-935.
- Roy B, « Vue d'ensemble des conflits de distribution écologique en Inde », *Multitudes*, 2019, n° 75(2), 167-179.
- Ruet J, « réformes et nouvelle économie politique en Inde », *Critique internationale*, 2006, 32(3), 189-207.
- Rustomjee S, « Global Environmental Law and India », *International Journal of Legal Information*, 2008, Vol. 36(2), Article 17.
- Sen S, Albert N, « L'intérêt public en Inde. Contestation et confrontation devant la Cour suprême », *Diogenes*, 2012, n° 239-240, 37-65.
- Iyengar S, Dolšak N, Prakash A, « Selectively Assertive: Interventions of India's Supreme Court to Enforce Environmental Laws », *Sustainability*, 2019, 11, 7234.
- Nain Gill G, « Environmental Justice in India: The National Green Tribunal and Expert Members », *Transnational Environmental Law*, 2016, vol. 5(1), 175-205.
- Petit Y, « Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : Globalisation versus souveraineté nationale », *Revue juridique de l'environnement*, 2011/1, vol. 36, 31-55.
- Randeria S, « Global Designs and Local Lifeworlds: Colonial Legacies of Conservation, Disenfranchisement and Environmental Governance in Postcolonial India », *Interventions. International Journal of Postcolonial Studies*, 2007, vol. 9(1), 12-30.

- Richardson B, Mgbeoji I, Botchway F, « Environmental Law in Post-Colonial Societies: Aspirations, Achievements and Limitations », in Richardson, Wood (dir.), *Environmental Law for Sustainability*, Hart Publishing, 2006, 413-443.
- Roy B, Alier J-M, « Les mouvements pour la justice environnementale face aux violences en Inde », in Duterme (dir.), *L'urgence écologique vue du Sud*, Syllepse, 2020, 67-82
- Shrotria S, « Environmental justice: is the National Green Tribunal of India effective? », *Environmental Law Review*, 2015, vol. 17(3), 169-188
- Umashankar S, « Evolution of Environmental Policy and Law in India », 2014 : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2508852>

Listes complètes et détaillées de mes activités scientifiques

(à l'exception des travaux marqués d'un astérisque, toutes les publications sont reproduites en annexe)

I – PUBLICATIONS SCIENTIFIQUES

1° - Ouvrages

2011

- (avec S. Field), *The Transformation of Criminal Justice: Comparing France with England and Wales/Les transformations de la justice pénale : Une comparaison franco-anglaise*, Foreword by The Right Honourable The Lord Phillips of Worth Matravers, Avant-propos de Robert Badinter, L'Harmattan, 2011, 190 p.

2006

- *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Avant-propos de Guy Canivet, Préface de Loïc Cadiet, LGDJ, coll. fondation Varenne, 2006, 348 p.*

2° - Direction d'ouvrages et de revues

2019

- (avec S. Field), *Learning from Elsewhere: From Cross-Cultural Explanations to Transnational Prescription in Criminal Justice*, *Journal of Law and Society*, 46, Special Issue 1, 2019, 135 p.*

2017

- (avec H. Bergeron), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Foreword by Ruth Dreyfuss, Routledge, 2017, 313 p.*

2016

- (avec S. Field), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 275 p.*

2015

- (avec H. Bergeron), *Les drogues face au droit*, coll. « La vie des idées », Presses Universitaires de France, 2015, 110 p., partiellement accessible à <http://www.laviedesidees.fr/Les-drogues-face-au-droit.html>.*

2005

- *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Préface d'Henri Leclerc, Presses universitaires de Rennes, 2005, 143 p.*

3° - Articles dans des revues françaises

2021

- « Retour sur la loi visant à prévenir les usages dangereux du gaz hilarant », *Recueil Dalloz*, 2021, 1232.

2020

- « Cannabis thérapeutique : vraie avancée ou pétard mouillé ? », *Recueil Dalloz*, 2020, 2300-2301.
- « L'amende forfaitaire pour usage de stupéfiants », *Recueil Dalloz*, 2020, 1880.
- « Cannabis thérapeutique : légalisation par la loi de financement de la sécurité sociale », *Recueil Dalloz*, 2020, 21.

2019

- « Le régime international de contrôle des drogues : passé, présent et avenir », *Savoir/Agir*, n° 50, 2019, 45-51.

- « De la prohibition des drogues à la réduction des risques liés à leur usage. Note prospective sur une antinomie juridique », *Revue juridique de l'Océan indien*, 2019, n° 26, 337-346, et *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2020, n° 10, 35-43.
- « Stupéfiants : usage de cannabis à visée thérapeutique », *Recueil Dalloz*, 2019, 77.

2018

- « Cannabis thérapeutique : les leçons canadiennes », *Revue de droit sanitaire et social*, 2018/5, 847-861.
- « L'extension du domaine du chanvre légal », *Recueil Dalloz*, 2018, 1445-1446.
- « La légalité du tétrahydrocannabinol à l'ère du cannabis industriel », *Recueil Dalloz*, 2018, 802-803.

2017

- « Usage de stupéfiants : l'hypothèse de la contraventionnalisation », *Recueil Dalloz*, 2017, 2170-2175.

2012

- « Quel devenir pour la criminologie ? Note historiographique sur l'exemple britannique », *Revue internationale de droit comparé*, 2012/2, 503-524.
- (avec J.-M. Poittevin), « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail », *Revue de droit du travail*, 2012/2, 80-86.
- « 68 euros pour le premier usage de drogue ? Point de vue sur la contraventionnalisation du premier usage constaté de stupéfiants », *Recueil Dalloz*, 2012, 32-33.

2010

- (avec S. Field), « La fabrique des procédures pénales : comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/2, 13-41.
- (avec R. Encinas de Munagorri *et al.*), « Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte », *Recueil Dalloz*, 2010, 1505-1507.

2000

- « Genèse du concept de revirement de jurisprudence », *Revue de recherche juridique - Droit prospectif*, 2000/3, 991-1008.*

1996

- « La légalisation de la désobéissance à la loi : le cas du droit de grève et de l'état de nécessité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, 125-169.*

4° - Articles dans des revues britanniques et américaines

2022

- (avec H. Bergeron), « What lessons from France's experience could be applied in the US in response to the addiction and overdose crisis? », *Addiction*, 2022, n°117, 1191-1192.

2019

- (avec S. Field), « Learning from Elsewhere: From Cross-Cultural Explanations to Transnational Prescriptions in Criminal Justice », *Journal of Law and Society*, 46, Special Issue 1, 2019, 1-11.
- « Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law », *Journal of Law and Society*, 2019, 46, Special Issue 1, 73-94.

2016

- (avec S. Field), « Socio-legal Studies in France: Beyond the Law Faculty », *Journal of Law and Society*, 2016, 43(2), 285-311.

2013

- « Criminology à la française. French Academic Exceptionalism », *The British Journal of Criminology*, 2013, 53(4), 588-604.

5° - Contributions à des ouvrages collectifs en français

2021

- « Les logiques punitives dans les législations antidrogues à la lumière du droit international », in A. Stella et A. Coppel (dir.), *Vivre avec les drogues*, Paris, L'Harmattan / Pepper, 2021, 161-169.*

2015

- « Les caractères d'une procédure de *common law* », in M. Cornu et M.E. Laporte–Legeais (dir.), *Langues & Procès. Les nouveaux défis de la traduction juridique*, Presses universitaires de Poitiers, 2015, 19-27.
- (avec S. Field), « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », in S. Guinchard, J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2015, 11-23.*
- « Légaliser les drogues ? », in H. Bergeron et R. Colson (dir.), *Le droit face aux drogues*, Presses Universitaires de France, 2015, 11-22, accessible en ligne en anglais <<http://www.booksandideas.net/Drug-Legalization-A-French.html>>.
- (avec H. Bergeron), « Introduction », in H. Bergeron, R. Colson (dir.), *Le droit face aux drogues*, Presses Universitaires de France, 2015, 5-9.

2014

- « Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants », in K. Parrot et O. Cahn (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, 2014, 107-120.

2013

- « Prendre le droit international et européen de la drogue au sérieux ? Note sur les rationalités punitives du régime prohibitionniste », in D. Bernard, Y. Cartuyvels, Ch. Guillain, D. Scalia, M. van de Kerchove (dir.), *Les fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal européen et international*, Université Saint-Louis / Anthemis, 2013, 207-215.

2009

- « L'observance des traités sur le changement climatique », in R. Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, 159-174.

2008

- « L'office du juge et la procéduralisation du droit », in J. Hautebert et S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tome II, EJT, 2008, 277-296.

2007

- « L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue », in E. Dockès (dir.), *Au coeur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, 61-69.

2005

- « Le traitement légal de l'usager de drogues illicites », in R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Presses universitaires de Rennes, 2005, 33-42.
- « Introduction », in R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Presses universitaires de Rennes, 2005, 13-15.

2004

- V° Justicier, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Presses Universitaires de France, 2004, 801-804.

6° - Contributions à des ouvrages collectifs en anglais

2022

- « Drug offences », in V. Mitsilegas, P. Caeiro, S. Gless (dir.), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, 2022 (7500 mots).

2020

- (avec S. Field), « EU Criminal Justice and the diversity of legal cultures in Europe », in R. Pereira, A. Engel et S. Miettinen (dir.), *The Governance of Criminal Justice in the European Union: Transnationalism, Localism and Public Participation in an Evolving Constitutional Order*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 82-101.
- (avec H. Bergeron), « Western and Central Europe: towards a cohesive model for drug policies? », in C. Hallam, D. R. Bewley Taylor et K. Tinasti (dir.), *Research Handbook on International Drug Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 94-112.

2019

- « Punitive Rationales in Anti-drug Legislation in the Light of International Law », in A. Stella et A. Coppel (dir.), *Living with Drugs*, London, ISTE/Elsevier, 2019, 147-156.*

2017

- « Harmonizing NPS legislation across the European Union: An Utopia? », in O. Corazza et A. Roman (dir.), *New Psychoactive Substances: Policy, Economics and Drug Regulation*, Basingstoke, Springer, 2017, 143-153.
- (avec H. Bergeron), « European Drug Policies in Context », in R. Colson et H. Bergeron (dir.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Oxon, Routledge, 2017, 1-10.

2016

- (avec S. Field), « Legal Cultures in Europe: Brakes, Motors and the Rise of EU Criminal Justice », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity*, Cambridge University Press, 2016, 1-25.
- « Domesticating the European Arrest Warrant: European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity*, Cambridge University Press, 2016, 199-220.
- (avec T. Elholm), « The Symbolic Purpose of EU Criminal Law », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity*, Cambridge University Press, 2016, 48-64.

7° - Comptes-rendus

2014

- Compte-rendu de l'ouvrage de Hanoch Dagan, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory* (Oxford / New York, Oxford University Press, 2013), *Droit & Société*, 2014 (<http://ds.hypotheses.org/471>).

2012

- Compte-rendu des ouvrages de Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law* (3rd ed., Oxford EU Library, Oxford University Press, 2011) et de Marise Cremona, Jörg Monar & Sara Poli (dir.), *The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice* (College of Europe Studies Vol. 13, ed. Peter Lang, 2011), *Oxford Yearbook of European Law*, 2012, 540-546.

2007

- Compte-rendu de l'ouvrage de V. Mikalef-Toudic, *Le ministère public, partie principale dans le procès civil* (PUAM, 2006), *Revue internationale de droit comparé*, 2007, 723-725.

2001

- Compte-rendu de l'ouvrage de J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert, dir., *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques* (LGDJ, 2000), *Sociologie du travail*, 2001, n° 4, 561-562.

8° - Fascicules d'encyclopédies

2017

- « Recours en révision », *Rép. de procédure civile Dalloz*, 2005, actualisation 2012 et 2017 (19 p.).

2007

- « Contrat judiciaire », *Rép. de procédure civile Dalloz*, 2007 (12 p.).

2004

- « Procédure devant le tribunal d'instance », *Rép. de procédure civile Dalloz*, 2004 (21 p.).

9° - Notes de jurisprudence

2021

- « La Cour de cassation légalise le cannabidiol et les fleurs de chanvre », note sous Cass. crim., 15 juin 2021, et Cass. crim., 23 juin 2021, n° 20-84.212, FS-P, *Dalloz actualité*, 7 juillet 2021, <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cour-de-cassation-legalise-cannabidiol-et-fleurs-de-chanvre#.YOYjb5gzbIV>>.
- (avec A. Turmo), « Le cannabidiol extrait de la plante de cannabis, une marchandise qui peut librement circuler au sein du marché européen », note sous CJUE, 19 nov. 2020, *Recueil Dalloz*, 2021, 1020-1023.

2004

- Note sous Cass. civ. 1^e, 6 mai 2003, *JCP* 2004, II, 10 021.

10° - Contributions a des revues sans comité de lecture

2021

- « La lutte pour un droit nouveau », *ASUD Journal*, n°64, 2021, 38-40.
- « La légalisation du cannabis », *Alternatives non-violentes*, 2021, n°201, 18-20.

2019

- « Note sur l'histoire de la prohibition mondiale des drogues », *Raison présente*, 2019, n° 211, 37-43.

2016

- « Les effets attendus d'une légalisation contrôlée », *Actualité et dossier en santé publique*, juin 2016, n° 95, 46-47 ; reproduit dans *Après-demain*, octobre 2017, n° 44, 27-29.
- « Le système français de la prohibition », *Swaps*, n° 85, 2016, 17-18.

II – COMMUNICATIONS SCIENTIFIQUES (les conférences en **gras** ont été données en anglais)

- 1/07/2022, « Table ronde conclusive », Université d'été Facultatis iuris pictaviensis. 7^e édition : Le Poison, Université de Poitiers.
- 25/05/2022, « **National Legal Traditions and European criminal law** », Guest lecture, Institut Max Planck pour l'étude de la criminalité, de la sécurité et du droit (Fribourg-en-Brisgau).
- 22/04/2022, « Perspectives de droit comparée sur la peine de travail », *Journée d'études : La peine de travail a vingt ans – Retour d'expériences et réflexions croisées*, Groupe de recherche en matière pénale et criminelle (GREPEC), Université Saint Louis – Bruxelles.
- 16-18/11/2021, « Projections sur l'évolution de la législation », *Colloque : Le cannabis en Polynésie, entre justice, santé et économie*, université de la Polynésie française.
- 06/07/2021, « Légalisation du cannabis récréatif : perspectives internationale et nationale », *Webinaire évolution de la réglementation des inflorescences : la filière française du chanvre mise à l'épreuve*, SFR Condorcet - FR CNRS 3417, Université de Reims.
- 24-25/06/2021, « **Comparing the Machineries of Extradition** », *Conference on Extradition and Surrender*, Leiden University – Utrecht University - Maastricht University.
- 18/06/2021, « Faut-il légaliser le cannabis ? », Institut d'études avancées de Nantes.
- 18/06/2021, « Faut-il légaliser le cannabis ? », *Les débats du CSO* (Centre de sociologie des organisations), Sciences Po, replay : <<https://www.youtube.com/watch?v=Hbsq3agu00k>>
- 18/06/2021, « La loi du 31 décembre 1970 », *Le cannabis déconfiné*, Webinaire de Patients Experts Addictions, replay : <<https://www.youtube.com/watch?v=f0GY6MhpOso>>
- 18/06/2021, « Table ronde : nouvelles pratiques, loi inchangée », *Droits fondamentaux, usages de drogues et usagers*, Journée organisée par PROSES, avec le Collectif Galilée et le RESPADD.
- 12/03/2020, « **International Drug Control: A History of Failure** », School of Law, University of Limerick.
- 6-7/2/2020, « EU Criminal Justice and the Diversity of Legal Culture in Europe », *Towards European Criminal Procedural Law. Vers un droit européen de la procédure pénale*, Colloque international DCS – Alliance Europa), Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes.
- 2-4/7/2019, « L'affaiblissement du régime international de contrôle des drogues », *15^e Congrès de l'Association Française de Sciences Politiques*, Sciences Po, Bordeaux.
- 22-24/5/2019, « **Challenging cannabis prohibition with doctrinal writing** », *13th Annual Conference of the International Society for the Study of Drug Policy*, Paris School of Economics, Paris.
- 26-27/11/2018, **Contribution to plenary discussion & break-out sessions**, *New Frontiers in Drug Decriminalization*, Drug Policy Alliance / Open Society Foundations, New York.
- 12/09/2018, « **What's happening in France?** », *Medical Marijuana's Public Health Lessons*, Columbia University Global Center, Paris.
- 17/5/2018, « **The Reform of European Drug Policies** », *12th Annual Conference of the International Society for the Study of Drug Policy*, Simon Fraser University, Vancouver.
- 16/4/2018, « **Socio-legal studies: Trends, histories and institutional challenges/opportunities** », *Socio-legal studies/sociologie du droit: methods, traditions, theories in France and the UK* (International workshop), University of Kent in Paris.

- 4/4/2018, « Les politiques des drogues en Europe : Unies dans la diversité ? », *Centre international de criminologie comparée* (Cycle de conférences 2017-2018), Université de Montréal, (CAN).
- 16/11/2017, « Quel (dés)équilibre entre répression et réduction des risques ? », *Regards croisés sur les addictions* (Colloque CRJ/FRAR), Université de La Réunion.
- 4/11/2017, « Entre limites du modèle prohibitionniste et résistance à la politique de réduction des risques », *Les salles de consommation de drogues à moindre risque. Regards croisés sur une expérimentation* (Colloque pluridisciplinaire IODE – CNRS), Faculté de droit de Rennes.
- 12/06/2017, « **National legal traditions and EU criminal justice** », *Transnational Criminal Justice and International Institutions: The Law and Politics of Building and Dismantling Transnational Cooperation* (Joint workshop organized by Cardiff Centre for Crime, Law and Justice and Cardiff Centre of Law and Society), Cardiff Law School.
- 17/05/2017, « **Reforming drug prohibition laws. The Rise and possible fall of a global regime** », Cardiff Centre for Crime, Law and Justice Seminar Series, Cardiff Law School.
- 16/05/2017, « **Fixing transnational best practices in drug policy** », *Best practice in security and justice: from cross-cultural explanation to transnational prescription?* (Joint workshop organized by Cardiff Centre for Crime, Law and Justice and Cardiff Centre of Law and Society), Cardiff Law School.
- 30/03/2017, « **Witness statement** », *The Rollercoaster of Uncertainty. French Presidential Elections Talk* (French & German Society), University of Nottingham.
- 15/12/2016, « Le droit antisémite de l'Etat français », *Régimes de type autoritaire et (non) reconnaissance de droits* (Journée d'étude IRDP/CRINI), Université de Nantes.
- 28/10/2016, « Vers la reconnaissance d'un droit à l'usage de cannabis médical. Perspectives historiques et comparatives », *5^e conférence internationale UFCM-I Care sur les avancées pharmacologiques et les utilisations thérapeutiques des cannabinoïdes*, Faculté de pharmacie de Strasbourg.
- 10/10/2016, « Etat du droit et pistes de réforme », *Légalisation du cannabis : l'Europe est-elle condamnée à l'impasse ?* (Colloque CNAM, SciencesPo, Fédération Addiction), Sénat (France).
- 23/09/2016, « **Domesticating the European Arrest Warrant: European criminal law between fragmentation and acculturation** », *16th annual conference of the European Society of Criminology*, University of Münster (Germany).
- 18/4/2016, « **Indian drug policy: An Outsider perspective** », *Fellows Seminar - Institute of Advanced Study*, Jawaharlal Nehru University, New Delhi.
- 9-10/7/2015, « **French Report** », *Colloquium: Harmonisation and Public Trust across European Criminal Procedural Traditions*, Durham University (UK).
- 25/3/2015, « Les drogues à l'épreuve du droit », *Séminaire Addictions et risques : Enjeux sociologiques contemporains, terrains et méthodes*, Ecole des hautes études en sciences sociales, EHESS (FR).
- 5/5/2015, Rencontre autour du livre *Les drogues face au droit*, Laboratoire interdisciplinaire d'évaluation des politiques publiques, en partenariat avec LSE IDEAS, Sciences Po (FR).
- 20/5/2015, « **Cannabis regulation in Europe. Coloradan legal transplant ahead?** », *9th Annual Conference of the International Society for the Study of Drug Policy*, University of Gent (BE).

- 26/09/2014, « **Cannabis regulatory framework in Colorado. A Model for European drug policy?** », *European Society for Social Drug Research Annual Conference*, Université de Nantes.
- 27/03/2014, « **Discussing Hanoch Dagan's legal realism** », *Séminaire du Centre de théorie et d'analyse du droit : Legal Realism & Private Law Theory*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense.
- 28/11/2013, « L'urgence écologique et la désobéissance à la loi en droit européen », *Colloque international : L'intégration de l'environnement dans les politiques de l'Union européenne*, Université de Nantes.
- 15/11/2013, « Le trafic de drogues », *Colloque international : Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Université Saint-Louis, Bruxelles.
- 14/11/2013, « Le côté obscur de la citoyenneté européenne dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union », *Colloque international : L'Europe des citoyens et la citoyenneté européenne : Evolutions, limites et perspectives*, Université de Nantes.
- 6/02/2013, « Les caractères de la procédure dans les droits de *common law* », *Colloque Langues & Procès : Les nouveaux défis de la traduction juridique*, Faculté de droit et des sciences sociales, Poitiers.
- 28/01/2013, « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », *Conférence inaugurale du cycle de conférences consacré aux transformations de la justice pénale*, Cour de cassation, Paris.
- 13/09/2012, « **(No) Criminology à la française: French academic exceptionalism** », *12th annual conference of the European Society of Criminology*, Bilbao.
- 27/06/2012, « **Transnational trends in criminal justice reform? Comparing France with England and Wales** », *W G Hart Legal Workshop 2012: Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice*, Institute of Advanced Legal Studies, University of London.
- 12/03/2012, « Propos introductif », *Journées d'études radicales : Le principe de nécessité en droit pénal*, Université de Cergy-Pontoise.
- 9/02/2012, « L'addiction saisie par le droit », *Journée d'études « Psychotropes et société »*, Maison européenne des sciences de l'homme et de la société, Lille.
- 2/12/2011, « **The Drug prohibition regime: International law against human rights** », *Global Governance Seminar: Transnational Human Rights*, European University Institute, Florence.
- 12/04/2011, « **Transnational discourses of reform in criminal justice** », *Socio-Legal Studies Annual Conference 2011*, Sussex University, Brighton.
- 3/12/2010, « Transgressions et mandat judiciaire », *Journées d'auditions d'experts DPJJ/MILDT « Impact des stupéfiants dans les modes de socialisation des mineurs*, Ministère de la Justice, Paris.
- 18/11/2010, « L'articulation de la recherche scientifique et des politiques publiques sur les questions pénales : le cas de l'Angleterre », *36^{ème} Congrès de l'Association française de criminologie*, Université de Nantes.
- 29/09/2010, « **French roma policy** », *Drake Law School seminars*, Drake University (Des Moines, Iowa).
- 11/05/2010, « L'office du juge et le pluralisme normatif », *Journée d'études « Interprétation et normes » du Centre Atlantique de Philosophie*, Université de Nantes.

- 19/09/2008, « **The compliance challenge** », *Colloque « Climate Change : The Legal Challenge »*, Colloque annuel de l'Association des juristes franco-britanniques, Cardiff University.
- 19/10/2007, « Le rôle politique du juge : du Code de procédure civile au nouveau Code de procédure civile », Colloque « Législation procédurale et enjeux politiques », ACI « Elaboration des grands textes de procédure en Europe », Faculté de droit d'Angers.
- 18/09/2007, « Améliorer l'observance des traités sur le changement climatique », *Colloque « Expertise et gouvernance du changement climatique : quelle contribution des sciences sociales ? »*, ACI « Jeunes chercheurs » / Institut universitaire de France / MSH Ange Guépin, Université de Nantes.
- 25/10/2006 : « La fonction de juger », *Conférences thématiques de l'école doctorale de sciences juridiques et politiques*, Université Paris X – Nanterre.
- 11/05/2006 : « L'engagement doctrinal », *Colloque Pratique du droit, pensée du droit et engagement social*, Centre de recherche sur le droit des marchés et investissements internationaux, Faculté de droit de Dijon.
- 11/03/2004 : « La révolution de la justice civile (1789-1806) », *Journée d'étude sur l'histoire du procès civil à l'époque moderne*, Centre d'histoire du droit de la Faculté de Rennes 1.

III – ACTIVITES DE VALORISATION ET DE DISSEMINATION DE LA RECHERCHE

1° - Livres

- (avec H. Bergeron), *Faut-il légaliser le cannabis ?*, Préface de Amine Benyamina, coll. « Ça fait débat », Pour les Nuls / First Editions, 2021, 120 p.

2° - Articles de presse

- 4/04/2022 : « Poutine, les « drogués » et nous », *AOC Média* : <<https://aoc.media/opinion/2022/04/03/poutine-les-drogués-et-nous/>>
- 21/04/2021 : « Avec la loi “sécurité globale”, l'Etat s'abandonne aux sirènes de la répression pour traiter la toxicomanie », *Le Monde* : <https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/04/21/avec-la-loi-securite-globale-l-etat-s-abandonne-aux-sirenes-de-la-repression-pour-traiter-la-toxicomanie_6077491_3232.html>
- 25/06/2019 : « Faut-il légaliser le cannabis et en finir avec la politique de prohibition ? », *L'Humanité* : <<https://www.humanite.fr/criminalisation-et-sante-publique-faut-il-legaliser-le-cannabis-et-en-finir-avec-la-politique-de>>
- 17/10/2018 : « Légalisation du cannabis récréatif au Canada : une réforme qui vient de loin », *The Conversation* : <<https://theconversation.com/legalisation-du-cannabis-recreatif-au-canada-une-reforme-qui-vient-de-loin-105063>>
- 13/04/2018 : « Sanction de l'usage de stupéfiants : Le bateau ivre de la politique des drogues », *The Conversation* : <<https://theconversation.com/sanction-de-lusage-de-stupefiants-le-bateau-ivre-de-la-politique-des-drogues-94875>>
- 1/02/2018 : « La contravention pour usage de cannabis est-elle une réponse adaptée ? », *L'Humanité* : <<https://humanite.fr/apres-la-promesse-electorale-la-contravention-pour-usage-de-cannabis-est-elle-une-reponse-adaptee>>
- 07/09/2016 : « Les effets attendus d'une légalisation des drogues en France », *The Conversation* : <<https://theconversation.com/les-effets-attendus-dune-legalisation-des-drogues-en-france-64260>>

- 13/11/2015 : « Drogues : l'échec patent du tout-répressif » (avec H. Bergeron), *The Conversation* : <<https://theconversation.com/drogues-lechec-patent-du-tout-repressif-50606>>

3° - Interviews presse & web

- 03/05/2021: « Cannabis : la réalité c'est que l'on ne contrôle rien, on a donné les clés aux trafiquants », *AFP* repris par *Sud Ouest* : <<https://www.sudouest.fr/france/cannabis-la-realite-c-est-que-l-on-ne-controle-rien-on-a-donne-les-cles-aux-trafiquants-2384401.php>>, *Le Télégramme*, *Le Monde du tabac*.
- 03/10/2020 : « Amende pour les usagers de stupéfiants : 'Ça ne fera pas baisser la consommation de cannabis' », *Ouest France*.
- 21/11/2019 : « Légaliser ? 'Inévitable mais pas miraculeux' », *Ouest France*.
- 15/07/2019 : « Légaliser le cannabis, l'arme fatale contre les dealers », *Ouest France* : <<https://www.ouest-france.fr/pays-de-la-loire/nantes-44000/nantes-legaliser-l-arme-fatale-contre-les-dealers-6445507>>
- 14/11/2018 : « L'inévitable Renaud Colson », *Le Cannabiste* : <<https://lecannabiste.com/linevitable-renaud-colson/>>
- 23/04/2018 : « Une molécule de cannabis autorisée par la loi ? », *20 Minutes*.
- 12/03/2018 : « L'inévitable légalisation », *Presse-Océan*.
- 22/01/2018 : « Cannabis : L'amende systématique ne fera pas baisser la consommation », *L'Express* : <https://www.lexpress.fr/actualite/societe/cannabis-l-amende-systematique-ne-fera-pas-baisser-la-consommation_1978370.html>
- 5/11/2015 : « Que se passerait-il si toutes les drogues étaient légalisées en France? », *Vice* : <<http://www.vice.com/fr/read/legislation-de-toutes-les-drogues-en-france-291>>

4° - Interviews radios & télévision

- 26/01/2022 : « Réglementation du CBD : que change la décision du Conseil d'Etat ? », *La Question du jour*, animé par Guillaume Erner, France Culture : <<https://www.franceculture.fr/emissions/la-question-du-jour/reglementation-autour-du-cbd-que-change-la-decision-du-conseil-d-etat>>
- 27/05/2021, « Entretien : faut-il légaliser le cannabis ? », France Info : <https://www.francetvinfo.fr/sante/drogue-addictions/cannabis/entretien-faut-il-legaliser-le-cannabis_4639853.html>
- 2/09/2020 : « Amende pour usage de drogues : durcissement ou assouplissement ? », *La Question du jour*, animé par Guillaume Erner, France Culture : <<https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/la-question-du-jour/amende-pour-usage-de-drogues-durcissement-ou-assouplissement-8651283>>
- 24/01/2018 : « Une amende forfaitaire pour les consommateurs de cannabis ? », *Euronews* : <<http://fr.euronews.com/2018/01/24/une-amende-forfaitaire-pour-les-consommateurs-de-cannabis->>>
- 27/01/2018 : « Dépénalisation du cannabis : nous vivons une ère de populisme pénal », *Les chroniques de Sapir*, animé par Jacques Sapir, Radio Sputnik.
- 2/11/2017 : « La prohibition en question », *Entendez-vous l'éco ?*, animé par Maylis Besserie, France Culture : <<https://www.franceculture.fr/emissions/entendez-vous-leco/entendez-vous-leco-jeudi-2-novembre-2017>>

- 29/05/2017 : « Que vont changer les contraventions pour usage et détention de cannabis ? », *La Question du jour*, animé par Guillaume Erner, France Culture : <<https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/la-question-du-jour/que-vont-changer-les-contraventions-pour-usage-et-detention-de-cannabis-5612372>>
- 22/5/2016 : « Marc Valleur et Renaud Colson parlent des addictions », *Un pudding pour deux*, Radio Nova.
- 27/4/2015 : « Cannabis : Un marché florissant », *Le Journal de l'intelligence économique*, France 24 : <<http://www.france24.com/fr/2015045-cannabis-business-amsterdam-investissements-colorado-legalisation-france-rapport>>
- 27/4/2015 : « Weed and work: Could cannabis legalisation bring an economic jolt? », *Beyond Business*, France 24 : <<http://www.france24.com/en/20150425-beyond-business-weed-legalisation-cannabis-marijuana-amsterdam>>
- 5/12/2013 : « Faut-il légaliser le cannabis? », *Le Bien commun*, animé par A. Garapon, France Culture.
- 18/7/2011, « La dépénalisation des drogues », *Question d'éthique*, animé par M. Canto-Sperber, France Culture.

5° - Auditions officielles

- 10/02/2020 : audition à l'Assemblée nationale, Mission d'information commune sur la réglementation du cannabis : <<http://videos.assemblee-nationale.fr/commissions.impact-des-differents-usages-du-cannabis-mission>>
- 19/01/2015 : audition au Sénat par M. le sénateur Desessard, rapporteur sur la proposition de loi autorisant l'usage contrôlé du cannabis : <<http://www.senat.fr/leg/pp113-317.html>>
- 3/12/2010 : audition au ministère de la justice par la *Direction de la protection judiciaire de la jeunesse* et la *Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie* sur l'établissement d'un référentiel destiné à organiser la réponse éducative devant être apportée à l'usage et au trafic de drogues.

6° - Conférences publiques

- 24/06/2022 : « Les effets de la loi de 1970 sur les stupéfiants », *Journée d'échanges sur l'usage des drogues* (Caarud Oxygène), Faches-Thumesnil.
- 11/05/2022 : « La drôle d'histoire du CBD : un cannabinoïde au statut juridique incertain », *Université permanente*, Université de Nantes.
- 30/01/2020 : « 'Big Marijuana' », *Rencontres du Club des métiers du droit*, Paris.
- 13/11/2019 : « Cannabis thérapeutique : Quel encadrement juridique ? », *Université permanente*, Université de Nantes.
- 21/01/2019, « Faut-il légaliser le cannabis ? », *Dîner-débat – Club Boma France*, Paris.
- 16/01/2019, « Cannabis : quelles politiques de santé ? », *Café Santé #10 – La Santé à voix haute*, Nantes.
- 24/9/2018, « De l'interdiction des drogues à leur régulation », *Atelier Réseau Addiction*, Bergerac.
- 14/12/2017 : « La guerre perdue de la drogue », *Conférence-débat Place Publique*, Saint-Herblain.
- 24/1/2017 : « Faut-il légaliser certaines drogues ? », 27^{èmes} « *Semaine de la Science des Universités Paris Sud Orsay et Evry Val d'Essonne*, Espace Marcel Carné, Saint-Michel-sur-Orge.

- 9/12/2016 : « L'urgence de la légalisation », *Liberté, drogues, droit : quelles limites ?* 33^{èmes} Journées du Centre Accueil et de Soins pour les Toxicomanes de Reims, Médiathèque Falala, Reims.
- 6/11/2016 : « Faut-il légaliser les drogues ? », *Question(s) d'éthique : Les conférences de l'association EthicA*, Le Lieu Unique, Nantes.
- 15/6/2016 : « Droit et usage de drogues : Légaliser ou interdire ? », *Conférences organisé par la revue Place Publique et le Conseil de développement de Nantes Métropole*, CCO – Nantes.
- 8 mars 2015 : « Abécédaire philosophique : W comme Weed », *Les rencontres de Sophie : Les nourritures terrestres*, Le Lieu Unique, Nantes.
- 22 janvier 2015 : « Charlie-Hebdo : Généalogie d'une aventure éditoriale », *Conférence autour des événements du 7 janvier 2015*, Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes.
- 20 avril 2010 : « Le cannabis thérapeutique : une approche juridique », Cycle citoyen de l'Université permanente, Université de Nantes.
- 3 février 2003 : « Le pouvoir du droit », *Les escalas philosophique*, Le Lieu Unique, Nantes.

7° - Films pédagogiques

- « La légalisation du cannabis récréatif au Canada » (10 mn) WebTV de l'Université de Nantes (2018) : <<https://webtv.univ-nantes.fr/fiche/13053/renaud-colson-la-legalisation-du-cannabis-recreatif-au-canada>>
- « Peut-on dire que le cannabis a des effets thérapeutiques ? » (7 mn), WebTV de l'Université de Nantes (2018) : <https://webtv.univ-nantes.fr/fiche/11593/renaud-colson-peut-on-dire-que-le-cannabis-a-des-effets-therapeutiques>>
- « Les effets attendus d'une légalisation du cannabis » (12 mn), WebTV de l'Université de Nantes (2016) : <<https://webtv.univ-nantes.fr/fiche/8680/renaud-colson-les-effets-attendus-d-une-legalisation-du-cannabis>>
- « L'inévitable légalisation du cannabis » (18 mn), WebTV de l'Université de Nantes (2015) : <<http://webtv.univ-nantes.fr/fiche/6699/renaud-colson-l-inevitable-legalisation-du-cannabis>>

IV – ORGANISATION DE MANIFESTATIONS SCIENTIFIQUES

Colloques (programmes complets en annexe)

17-18 juin 2013 : Drug Control Policy: The European Perspective

Istituto Universitario Europeo (Florence).

Intervenants : Caroline Chatwin (professeure, Université du Kent), Ruth Dreifuss (ancienne Présidente de la Confédération suisse), Martin Elvins (professeur, Université de Dundee, UK), Christine Guillain (professeur, Université Saint-Louis - Bruxelles, Belgique), Kasia Malinowska-Sempruch (directrice du Global Drug Policy Program, Open Society Foundations, Pologne), Gary T. Marx (professeur émérite, Massachusetts Institute of Technology, USA), Ethan Nadelmann (directeur exécutif de la Drug Policy Alliance, USA), Aileen O'Gorman (chargée de recherche, University College Dublin, Irlande), Patrick Penninckx (secrétaire exécutif du Groupe Pompidou, Conseil de l'Europe), Nancie Prud'homme (chargée de projet, International Center on Human Rights and Drug Policy, Université d'Essex, Royaume-Uni), Peter Reuter (professeur, Université du Maryland, USA), Alex Stevens (professeur, Université du Kent, Royaume-Uni), Paola Tardioli-Schiavo (directrice adjointe de l'unité de la politique anti-drogue, DG Justice, Commission européenne), Franz Trautmann (responsable du service

des affaires internationales, Trimbos / Netherlands Institute of Mental Health and Addiction, Pays-Bas), Esther Wahlen (chercheuse, Institut universitaire européen, Italie), Frank Zobel (coordinateur scientifique, Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, Portugal), Grazia Zuffa (association Forum Droghe, Italie).

6-7 juin 2013 : EU Criminal Law Meets Legal Diversity: A Socio-Legal Approach

Istituto Universitario Europeo (Florence).

Intervenants : Estella Baker (professeure à l'Université De Montfort, Leicester, Royaume-Uni), Lorena Bachmaier Winter (professeure à l'Université Complutense de Madrid, Espagne), Chrisje Brants (professeure à l'Université d'Utrecht, Pays-Bas), David Chilstein (professeur à l'Université Panthéon Sorbonne – Paris 1, France), Marise Cremona (professeure à l'Institut Universitaire Européen, Florence, Italie), Thomas Elholm (professeur à l'Université Syddansk, Danemark), Stewart Field (professeur à l'Université de Cardiff University, Royaume-Uni), Ester Herlin-Karnell (Chercheuse à l'Université libre d'Amsterdam, Pays-Bas), John Jackson (professeur à l'Université de Nottingham, Royaume-Uni), Edwina Jaeger (chercheuse à l'Institut Universitaire Européen, Florence, Italie), Stefano Manacorda (professeur au Collège de France et la seconde université de Naples, Italie), Valsamis Mitsilegas (professeur à l'Université Queen Mary de Londres, Royaume-Uni), David Nelken (professeur à l'Université d'Oxford, Royaume-Uni, et à l'Université de Macerata, Italie), Jacob Öberg (chercheur à l'Institut Universitaire Européen, Florence, Italie), Helmut Satzger (professeur à l'Université Ludwig-Maximilians de Munich, Allemagne), Marianne Wade (professeure à l'Université de Birmingham, Royaume-Uni), Anne Weyembergh (professeure à l'Université Libre de Bruxelles, Belgique).

7 mai 2011 : Les drogues et le droit : 1970-2010, l'impasse

Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes.

Intervenants : Francis Caballero (avocat au barreau de Paris, agrégé des Facultés de droit), Renaud Colson (maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes), Rafael Encinas de Munagorri (professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes), Serge Karsenty (chercheur au laboratoire Droit et Changement Social), Pejman Pourzand (ATER au Collège de France attaché à la Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit), Dominique Raimbourg (député).

10 avril 2003 : La prohibition des drogues

Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes.

Intervenants : Francis Caballero (professeur de droit à l'Université Paris X), Jean Danet (maître de conférences en droit à l'Université de Nantes), Igor Charras (secrétaire général du Groupe d'étude et de recherche sur les normativités - CNRS), Anne Coppel (présidente de l'Association française pour la réduction des risques liés à l'usage de drogues), Serge Karsenty (chargé de recherche au CNRS), Michel Kokoreff (maître de conférences en sociologie à l'Université de Lille 1), Sylvaine Poret (chargé de recherche à l'École Nationale de la Statistique et de l'Administration Economique), Jean-Luc Venisse (médecin au service hospitalo-universitaire de psychiatrie et de psychologie médicale de Nantes), André-Michel Ventre (Secrétaire général du Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale).

26 avril 2001 : Droit des étrangers : Etat des lieux

Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes.

Intervenants : François Julien-Laferrière (professeur de droit public à l'Université Paris-Sud), Danièle Lochak (professeur de droit public à l'Université Paris X), Emmanuel Terray (professeur d'anthropologie à l'École des hautes études en sciences sociales), Patrick Weil (directeur de recherche au CNRS).

4 mai 2000 : Justice, Politique, Médias : les liaisons dangereuses

Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes.

Intervenants : Jacques Commaille (directeur de recherche au CNRS), Thomas Ferenczi (directeur adjoint de la rédaction au journal *Le Monde*), Jacques Floch (député), Anne-José Fulgéras (premier substitut au parquet de Paris) et Daniel Soulez Larivière (avocat au barreau de Paris).

Séminaires

- 2017-2019 : Co-organisateur du séminaire « Consommations et prohibitions des drogues : approche transversale » (9 séances de 3 heures, coordonné par Alessandro Stella), Ecole des hautes études en sciences sociales (EHESS), Paris.
- Depuis 2015 : Animation d'un séminaire hebdomadaire (Petit Séminaire Critique) de présentation de travaux à destination des chercheurs en droit et en sciences sociales de l'Université de Nantes (plus de 70 séances, sur des sujets variés).
- 1999-2003 : Animation d'un séminaire bi-mensuel de présentation de travaux à destination des doctorants et jeunes docteurs en droit et en sciences sociales de l'Université de Nantes (plus de 80 séances, parfois à deux voix, dans des domaines variés).

V – ACTIVITES DE RECHERCHE COLLECTIVE

- Evalueur occasionnel pour les revues : *Drogues, santé et société* ; *European Law Review* ; *Journal of Law and Society*.
- 2022 : Evalueur expert pour le Service fédéral belge de programmation de la politique scientifique (BELSPO).
- 2020 : Membre du comité scientifique du colloque « *Towards European Criminal Procedural Law. Vers un droit européen de la procédure pénale* » (Colloque DCS – Alliance Europa), 6-7 février 2020, Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes.
- 2017 : Membre du comité scientifique du colloque « *Les salles de consommation de drogues à moindre risque. Regards croisés sur une expérimentation* » (Colloque pluridisciplinaire IODE – CNRS), 7 novembre 2017, Faculté de droit de Rennes.
- 2004-2008 : Participation à l'action concertée incitative (ACI) dirigé par Rafael Encinas de Munagorri sur « Expertise et gouvernance du changement climatique »

VI - ACTIVITE D'ENCADREMENT DE LA RECHERCHE

Direction de mémoires dans le cadre du Master 2 Droit privé général (université de Nantes)

- 2021/2022 : BARDIN Anaïs (Le droit des congés parentaux à l'aune des théories féministes du droit), PASQUES Paul (Le droit de propriété à l'épreuve de la théorie des communs).
- 2020/2021 : PÂRIS Juliette (Regard féministe sur le droit de la filiation), KOUMBA Noëlle (Analyse économique du droit et doctrine privatiste), LAVERSIN Julien (La controverse doctrinale sur le mariage entre personnes de même sexe).
- 2019/202 : COHEN Tobie (La désobéissance civile et le droit privé), DAOLEH-EID Rim (Le statut juridique des enfants de djihadistes français), ROLIN Eloïse (Le combat des femmes face au pater familias).
- 2018/2019 : GICQUEL Audrey (Le droit au service de la désobéissance civile environnementale), PASQUIER Eva (Le droit de la famille à l'épreuve de la transsexualité).

VII - BOURSES, SUBVENTIONS, CONTRATS DE RECHERCHE

- Soutien à la mobilité de l'Institut d'études européennes et globales (Alliance Europa), avril-juillet 2022, 4.000 €.
- Bourse de recherche du Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Fribourg-en-Brigau, mars-juin 2021, 7.500 €.
- Bourse de recherche du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hambourg, mars-mai 2019, 7.500 €.
- Bourse de soutien à la mobilité internationale, InSHS CNRS – fév. 2018 (6.000 €), et bourse de chercheur en résidence, Institut universitaire sur les dépendances (IUD), Montréal, sept. 2017 (10.000 \$ CAD). Projet : *Politiques des drogues au Canada - De la réduction des méfaits à la légalisation du cannabis*.
- Cardiff Incoming Visiting Fellowship, février 2017 (5 000 £). Projet : *L'harmonisation de la justice pénale en Europe: Comparaison franco-anglaise*.
- Bourse de l'Open Society Foundations, janvier 2016 (3.000 \$). Soutien financier à la révision du livre *European Drug Policies: The Ways of Reform*.
- Bourse de l'Open Society Foundations, avril 2013 (14.000 \$). Soutien financier à l'organisation du colloque *Drug Control Policy: The European Perspective*
- Bourse de l'Academy of European Law, avril 2013 (3.000 €), et du Journal of Law and Society, mai 2013 (2000 £). Soutien financier à l'organisation du colloque *EU Criminal Law Meets Legal Diversity*.
- Marie Curie Intra-European Fellowships, European Commission, mai 2011 (251.275 €). Projet : *EU Criminal Justice in Comparative Perspective*.
- Bourse du GIP « Mission de recherche droit et justice », février 2008 (5000 €) et de la British Academy, mars 2008 (11 507 £). Projet : *Fair Trial and Managerialism in Criminal Justice : an Anglo-French Study in Comparative Law*.
- Allocation de recherche du Ministère français de l'éducation nationale et de la recherche, décembre 1997 (266 400 francs). Projet de recherche doctorale : *Les transformations de la fonction de juger*.

Copies des travaux

Les travaux reproduits le sont alternativement sous la forme de manuscrits soumis à l'éditeur, d'épreuves non corrigées ou de version finale publiée. Ils ne sont pas classés chronologiquement mais reproduits selon l'ordre thématique adopté dans la présentation synthétique de mes recherches.

A. Parcours imposé : représentations de la justice civile et procédure civile

1. Thèse de doctorat : « La fonction de juger : Étude historique et positive »

2. Le droit de la justice civile

- « La procédure de conciliation préalable qui résulte d'une stipulation contractuelle s'impose au juge », note sous Cass. civ. 1^e, 6 mai 2003, *JCP* 2004, II, 10 021.
- Rubrique « Contrat judiciaire », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2007 (12 pages).
- Rubrique « Procédure devant le tribunal d'instance », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2004 (21 pages).
- Rubrique « Recours en révision », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2005, actualisation 2012 et 2017 (19 pages).

B. Promenade exotique : le champ pénal à l'épreuve de la comparaison

1. La comparaison des systèmes de justice pénale

- (avec S. Field), *The Transformation of Criminal Justice: Comparing France with England and Wales/Les transformations de la justice pénale : Une comparaison franco-anglaise*, Foreword by The Right Honourable The Lord Phillips of Worth Matravers, Avant-propos de Robert Badinter, L'Harmattan, 2011, 190 p.
- « Les caractères d'une procédure de *common law* », in M. Cornu et M.-E. Laporte-Legeais (dir.), *Langues & Procès. Les nouveaux défis de la traduction juridique*, Poitiers, Presses universitaires de Poitiers, 2015, 19-27.

2. Penser la criminologie de l'étranger

- « Quel devenir pour la criminologie ? Note historiographique sur l'exemple britannique », *Revue internationale de droit comparé*, 2012/2, 503-524.
- « Criminology à la française. French Academic Exceptionalism », *The British Journal of Criminology*, 2013, 53(4), 588-604.

3. Le droit pénal de l'Union européenne à la lumière du droit comparé

- Compte-rendu des ouvrages de Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law* (3rd ed., Oxford EU Library, Oxford University Press, 2011) et de Marise Cremona, Jörg Monar & Sara Poli (dir.), *The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice* (College of Europe Studies Vol. 13, ed. Peter Lang, 2011), *Oxford Yearbook of European Law*, 2012, 540-546.
- R. Colson et S. Field (eds.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 275 p. (table des matières et présentation des contributeurs).
- (avec S. Field), « Legal Cultures in Europe: Brakes, Motors and the Rise of EU Criminal Justice », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 1-25.
- (avec T. Elholm), « The Symbolic Purpose of EU Criminal Law », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 48-64.
- « Domesticating the European Arrest Warrant: European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation », in R. Colson et S. Field (dir.), *EU Criminal Law and the Challenges of Legal Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 199-220.

- (avec S. Field), « EU Criminal Justice and the diversity of legal cultures in Europe », in R. Pereira, A. Engel et S. Miettinen (dir.), *The Governance of Criminal Justice in the European Union: Transnationalism, Localism and Public Participation in an Evolving Constitutional Order*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 82-101.

4. Les processus de transfert de droit dans l'ordre pénal

- (avec S. Field), *Learning from Elsewhere: From Cross-Cultural Explanations to Transnational Prescription in Criminal Justice*, *Journal of Law and Society*, 46, Special Issue 1, 2019, 135 p. (table des matières).
- (avec S. Field), « Learning from Elsewhere: From Cross-Cultural Explanations to Transnational Prescriptions in Criminal Justice », *Journal of Law and Society*, 46, Special Issue 1, 2019, 1-11.

C. Itinéraire sulfureux : politiques des drogues et droit des stupéfiants

1. Analyse interdisciplinaire

- *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Presses universitaires de Rennes, 2005, 143 p. (table des matières et présentation des contributeurs).
- « Le traitement légal de l'usager de drogues illicites », in R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Presses universitaires de Rennes, 2005, 33-42.
- « Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants », in K. Parrot et O. Cahn (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, 2014, 107-120.
- « De la prohibition des drogues à la réduction des risques liés à leur usage. Note prospective sur une antinomie juridique », *Revue juridique de l'Océan indien*, 2019, n° 26, 337-346, et *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2020, n° 10, 35-43.
- « Prendre le droit de la drogue au sérieux ? Note sur les rationalités punitives du régime prohibitionniste », in D. Bernard et al. (dir.), *Les fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal européen et international*, Université Saint-Louis / Anthemis, 2013, 207-215.
- « Le régime international de contrôle des drogues : passé, présent et avenir », *Savoir/Agir*, n° 50, 2019, 45-51.
- « Harmonizing NPS legislation across the European Union: An Utopia? », in O. Corazza et A. Roman (dir.), *New Psychoactive Substances : Policy, Economics and Drug Regulation*, Basingstoke, Springer, 2017, 143-153.
- « Drug offences », in V. Mitsilegas, P. Caeiro, S. Gless (eds.), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, 2022, 7500 w.
- (avec H. Bergeron), *Les drogues face au droit*, coll. « La vie des idées », Presses Universitaires de France, 2015, 110 p. (table des matières, présentation des contributeurs, introduction et glossaire)
- « Légaliser les drogues ? », in H. Bergeron et R. Colson (dir.), *Le droit face aux drogues*, coll. « La vie des idées », Presses Universitaires de France, 2015, 11-22.

2. Comparaisons politiques

- (avec H. Bergeron), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Foreword by Ruth Dreyfuss, Routledge, 2017, 313 p. (table des matières, présentation des contributeurs, introduction)
- (avec H. Bergeron), « Western and Central Europe: towards a cohesive model for drug policies? », in C. Hallam, D. R. Bewley Taylor et K. Tinasti (eds.), *Research Handbook on International Drug Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 94-112.
- « Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law », *Journal of Law and Society*, 2019, 46, Special Issue 1, 73-94.
- « Cannabis thérapeutique : les leçons canadiennes », *Revue de droit sanitaire et social*, 2018/5, 847-861.
- (avec H. Bergeron), « What lessons from France's experience could be applied in the US in response to the addiction and overdose crisis? », *Addiction*, 2022, vol. 117, 1191-1192.

3. Reconstruction dogmatique

- « L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue », in E. Dockès (dir.), *Au coeur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, 61-69.

- « 68 euros pour le premier usage de drogue ? Point de vue sur la contraventionnalisation du premier usage constaté de stupéfiants », *Recueil Dalloz*, 2012, 32-33.
- « Usage de stupéfiants : l'hypothèse de la contraventionnalisation », *Recueil Dalloz*, 2017, 2170-2175.
- « L'amende forfaitaire pour usage de stupéfiants », *Recueil Dalloz*, 2020, 1880.
- « Retour sur la loi visant à prévenir les usages dangereux du gaz hilarant », *Recueil Dalloz*, 2021, 1232.
- « Stupéfiants : usage de cannabis à visée thérapeutique », *Recueil Dalloz*, 2019, 77.
- « Cannabis thérapeutique : légalisation par la loi de financement de la sécurité sociale », *Recueil Dalloz*, 2020, 21.
- « Cannabis thérapeutique : vraie avancée ou pétard mouillé ? », *Recueil Dalloz*, 2020, 2300-2301.
- « La légalité du tétrahydrocannabinol à l'ère du cannabis industriel », *Recueil Dalloz*, 2018, 802-803.
- « L'extension du domaine du chanvre légal », *Recueil Dalloz*, 2018, 1445-1146.
- (avec A. Turmo), « Le cannabidiol extrait de la plante de cannabis est une marchandise qui peut librement circuler au sein du marché européen », note sous CJUE, 19 nov. 2020, *Recueil Dalloz*, 2021, 1020-1023.
- « La Cour de cassation légalise le cannabidiol et les fleurs de chanvre », note sous Cass. crim., 15 juin 2021, et Cass. crim., 23 juin 2021, n° 20-84.212, FS-P, *Dalloz actualité*, 7 juillet 2021.

4. Vulgarisation scientifique (sélection)

- (avec H. Bergeron), *Faut-il légaliser le cannabis ?*, Préface de Amine Benyamina, coll. « Ça fait débat », Pour les Nuls / First Editions, 2021, 120 p.
- « Poutine, les « drogués » et nous », *AOC Média*, 4/04/2022.
- « Avec la loi “sécurité globale”, l'Etat s'abandonne aux sirènes de la répression pour traiter la toxicomanie », *Le Monde*, 21/04/2021.
- « Légalisation du cannabis récréatif au Canada : une réforme qui vient de loin », *The Conversation*, 17/10/2018.
- « Les effets attendus d'une légalisation des drogues en France », *The Conversation*, 07/09/2016.

D. Chemins de traverse

- « Justicier », dans le *Dictionnaire de la justice*, publié sous la direction de M. Loïc Cadiet, Paris, PUF, 2004, 801-804.
- « L'office du juge et la procéduralisation du droit », in J. Hautebert et S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tome II, EJT, 2008, 277-296.
- « L'observance des traités sur le changement climatique : Une gouvernance des experts par le droit », in R. Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, 159-174.
- (avec J.-M. Poittevin, aka Dr. Babin), « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail », *Revue de droit du travail*, 2012/2, 80-86.
- (avec S. Field), « Socio-legal Studies in France: Beyond the Law Faculty », *Journal of Law and Society*, 2016, 43(2), 285-311.
- Compte-rendu de l'ouvrage de Hanoch Dagan, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory* (Oxford / New York, Oxford University Press, 2013), *Droit & Société*, 2014.
- Compte-rendu de l'ouvrage de J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert, dir., *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques* (LGDJ, 2000), *Sociologie du travail*, 2001, n° 4, 561-562.
- (avec R. Encinas de Muñagorri *et al.*), « Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte », *Recueil Dalloz*, 2010, 1505-1507.

Renaud COLSON

La fonction de juger

Étude historique et positive

Avant-propos de GUY CANIVET
Premier Président de la Cour de cassation

Préface de Loïc CADIET
Membre de l'Institut Universitaire de France
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Des dogmes établis par la science juridique médiévale aux problématiques posées par la doctrine contemporaine, la fonction de juger a été objet de multiples théories. Leur étude révèle leurs déplacements et leurs transformations dans l'entre-deux qui sépare les figures discursives de l'institution du juge par la loi et de la réalisation du droit par le juge. Ce jeu de représentations se déploie sous la royauté médiévale, forme étatique embryonnaire conceptualisée, notamment dans sa dimension justicière, à l'aide d'éléments puisés aux sources savantes du *ius commune*. Un certain rapport à la hiérarchie et au texte juridique s'y exprime, qui est progressivement consolidé, puis répété, par les juristes de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours. Cette conception se donne à voir dans les problématiques doctrinales relatives à l'autorité du magistrat, à l'organisation de son pouvoir et à l'exercice de son activité ; autant d'objets théoriques qui donnent lieu, pendant plus de huit siècles, à la déclinaison du thème de *l'institution du juge par la loi*. Toujours opératoire, cette trame conceptuelle perd de sa netteté à mesure qu'apparaissent au cours du XX^e siècle des discours porteurs d'un nouveau regard sur le judiciaire. L'élaboration de théories célébrant le pouvoir normatif des juridictions, la conceptualisation d'une fonction de juger polyvalente, la valorisation de la dimension procédurale du système juridique contribuent à redessiner l'image de la justice. Combinées au reflux de l'ordre légal et à son internationalisation, ces évolutions fragmentaires laissent deviner, à qui les saisit dans la longue durée, une recomposition des représentations dogmatiques mettant l'accent *sur la réalisation du droit par le juge*.

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE 1 : L'INSTITUTION DU JUGE PAR LA LOI

Chapitre 1 – La primauté de la loi sur le pouvoir judiciaire

Section 1 - Le pouvoir de juger et la puissance souveraine

§ 1 – Le souverain royal, source traditionnelle de toute justice

§ 2 – La loi souveraine, fondement rationnel du pouvoir de juger

Section 2 - Le pouvoir de juger dans l'État souverain

§ 1 – Le droit du judiciaire et l'articulation traditionnelle des pouvoirs

§ 2 – L'autorité judiciaire et la séparation rationnelle des pouvoirs

Chapitre 2 – La centralité de la loi dans l'activité judiciaire

Section 1 – L'application de la loi, objet de l'activité du juge

§ 1 – Le juge, gardien traditionnel des lois

§ 2 – Le jugement, mise en œuvre rationnelle de la loi

Section 2 – Le juge en activité, sujet soumis à la loi

§ 1 – L'encadrement traditionnel du juge en activité

§ 2 – L'aménagement rationnel de l'administration de la justice

PARTIE 2 : LA REALISATION DU DROIT PAR LE JUGE

Chapitre 1 – La découverte du droit par l'activité jurisprudentielle

Section 1 - L'interprétation jurisprudentielle de la loi

§ 1 – L'institution du discours judiciaire

§ 2 – La conceptualisation de la jurisprudence

Section 2 - L'adaptation jurisprudentielle du droit

§ 1 - La libération de la jurisprudence

§ 2 – L'adoration de la jurisprudence

Chapitre 2 – La procéduralisation du droit et le pouvoir judiciaire

Section 1 - La judiciarisation du droit

§ 1 – La pluralité des fonctions normatives du juge

§ 2 – La résolution judiciaire du pluralisme normatif

Section 2 - La procéduralisation du judiciaire

§ 1 – La légitimation procédurale de la justice

§ 2 – La procéduralisation du sens juridique

Conclusion

■ Contrats et obligations

10 021 - Les clauses de conciliation préalable s'imposent au juge

Une procédure préalable de conciliation ne peut résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge.

Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003 ; SA Clinique du Golfe c/ Cts Le Gall [arrêt n° 565 FS-P] [Juris-Data n° 2003-018907].

Mots-clés : Contrats et obligations - Clauses - Clause de conciliation préalable - Contrat entre un médecin et une clinique - Résiliation - Action en paiement d'une indemnité de préavis - Recevabilité - Procédure de conciliation préalable - Exigence (non) - Nécessité d'une stipulation contractuelle.

Juris-Classeur : Contrats-Distribution, Fasc. 190, par Loïc CA DIET.

LA COUR - (...) Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

● Attendu que la société Clinique du Golfe fait grief à l'arrêt attaqué (CA Rennes, 14 nov. 2000, n° 622) d'avoir, sur la demande en paiement d'indemnité de préavis formée à son encontre par M. Le Gall, médecin, rejeté la fin de non-recevoir tirée du non-respect par M. Le Gall de la procédure de conciliation préalable, et de l'avoir condamnée à payer à M. Le Gall, aux droits duquel se trouvent aujourd'hui ses héritiers, une somme de 2 304 795,42 F, avec intérêts, alors, selon le moyen :

1° qu'en retenant qu'une telle procédure ne pouvait résulter que d'une clause contractuelle écrite, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1135 et 1160 du Code civil, ensemble l'article 1443 du Nouveau Code de procédure civile ;

2° qu'en refusant de considérer que la procédure préalable de conciliation, prévue par tous les modèles de contrats établis par les organisations professionnelles, constituait un usage professionnel opposable aux parties, sans qu'elles aient à s'y référer, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et a violé les articles 1134, 1135 et 1160 du Code civil ;

3° qu'en faisant application du préavis de deux mois prévu par les modèles de contrats consacrant les usages de la profession, tout en refusant à la clinique le bénéfice de la procédure de conciliation préalable prévue par les mêmes modèles de contrats, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1135 et 1160 du Code civil ;

4° qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'explique pas les raisons pour lesquelles certaines des clauses des modèles types de contrats devaient être retenues comme consacrant les usages de la profession et d'autres non, a privé sa décision de base légale au regard de ces textes :

● Mais attendu que la cour d'appel a exactement jugé qu'une procédure préalable de conciliation ne pouvait résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge ;

● D'où il suit que, celle-ci étant inexistante en l'espèce, le moyen, qui n'est pas fondé en sa première branche, est inopérant pour le surplus.

Par ces motifs :

● Rejette le pourvoi ;

(...)

MM. Lemontey, prés., Renard-Payen, cons.-rapp., Sainte-Rose, av. gén. ; SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.

Note : Le succès des clauses de différend (1) par lesquelles les contractants tentent de prévenir le traitement judiciaire des conflits qui pourraient les opposer est, paradoxalement, à l'origine de litiges jusqu'alors inconnus. Illustration de cet état de fait, la décision de rejet rendu le 6 mai 2003 marque heureusement le terme d'une incertitude jurisprudentielle à l'origine d'un contentieux parfaitement évitable sur les clauses de conciliation. Dans le sillage d'un arrêt de chambre mixte rendu le 14 février 2003 (2), la première chambre civile consacre, pour la première fois, l'effet juridique des obligations contractuelles de conciliation préalable à une demande en justice (3) tout en conditionnant leur existence à un formalisme protecteur du droit au juge.

En l'espèce, un médecin contestait la durée du préavis de six mois qui lui avait été consenti suite à la rupture du contrat d'exercice professionnel le liant depuis plus de vingt ans à une clinique privée. Le praticien a assigné à ce titre l'établissement de soins en paiement de dommages-intérêts à hauteur de dix-huit mois d'honoraires, soit 2 304 795 francs (environ 351 363 euros). En l'absence d'une convention écrite organisant les rapports entre la clinique et le demandeur, celui-ci fondait ses prétentions sur un usage professionnel attesté, entre autres, par les modèles de contrats de l'Ordre national des médecins. Le Tribunal de grande instance de Vannes (4) et la Cour d'appel de Rennes (5) ont successivement fait droit à cette demande. L'établissement de soins s'est alors pourvu en cassation, faisant grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la fin de non-recevoir tirée du refus du médecin de participer à une tentative de conciliation préalable à son action judiciaire. Se prévalant, elle aussi, d'un usage professionnel consacré par les modèles de contrats établis par l'Ordre, la clinique dénonçait le non-respect de cette procédure préliminaire et invoquait une violation des articles 1134, 1135 et 1160 du Code civil.

Rejetant le pourvoi, la Haute juridiction a motivé sa décision par un attendu aussi clair que concis où elle affirme qu'une procédure de conciliation préalable « ne pouvait résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est (...) seule de nature à s'imposer au juge ». La première chambre civile précise ainsi en peu de mots sa position sur les conditions et les effets de cette technique conventionnelle de résolution des litiges. Revenant sur sa jurisprudence antérieure, la première chambre choisit de sanctionner le non-respect des procédures préalables de conciliation (1) formellement instituées par les contractants (2).

(1) Sur lesquelles, V. L. Cadiet, *Clauses relatives aux litiges* : J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 190, 1998. Rapp., du même auteur, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges* : Petites affiches 5 mai 2002, n° 90, p. 30.

(2) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003 : Bull. civ. I, n° 11 ; JCP G 2003, IV, 1614. Pour le commentaire : JCP G 2003, I, 128, n° 17, obs. L. Cadiet ; JCP G 2003, I, 134, n° 4, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; JCP G 2003, I, 142, n° 13, obs. G. Virassamy ; D. 2003, jurispr. p. 1386-1391, note P. Ancel et M. Cottin ; Petites affiches 12 mars 2003, n° 51, p. 13-17, note L. Bernheim ; Procédures 2003, comm. 96, obs. H. Croze ; Rev. arb. 2003, p. 403 et s., note Ch. Jarosson ; RTD civ. 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 349, obs. R. Perrot ; T. Montéran : Gaz. Pal. 30 mars-1^{er} avr. 2003, p. 8-12.

(3) Comp. Cass. com., 17 juin 2003 : JCP G 2003, IV, 2437, qui s'inscrit également dans la continuité de l'arrêt du 14 févr. 2003, préc. note (1).

(4) TGI Vannes, 20 oct. 1998, inédit.

(5) CA Rennes, 1^{re} ch. A, 14 nov. 2000, n° 622, inédit.

1 - La consécration judiciaire de l'obligation contractuelle imposant une procédure de conciliation préalable

Après avoir un temps refusé que les clauses de conciliation préalable soient dotées d'un effet juridique propre, la première Chambre civile de la Cour de cassation admet que celles-ci s'imposent au juge. Ce revirement, qui met fin à une incertitude jurisprudentielle (A), permet d'unifier l'interprétation de la Haute juridiction sur ce point (B).

A - Chronique d'un flottement jurisprudentiel

Répercussion inédite de la multiplication des clauses de différend dans les contrats, les juridictions ont eu à se prononcer, au cours de ces dernières années, sur la validité de procédures judiciaires engagées par une partie ne s'étant pas soumise à un préliminaire obligatoire de conciliation. Ce contentieux d'un type nouveau, entretenu par l'incertitude des règles applicables en la matière, a fait l'objet d'appréciations divergentes entre les formations de la Cour de cassation.

La possibilité d'opposer au demandeur une fin de non-recevoir d'origine conventionnelle, déjà mise en œuvre dans un contexte un peu différent (6), a logiquement trouvé à s'appliquer en cas d'inobservation d'une clause de conciliation préalable (7). Plusieurs chambres de la Haute juridiction ont, sans hésitation, opté pour cette solution (8). Ainsi, dans un arrêt du 5 juillet 1989, la troisième chambre civile cassait, au visa des articles 122 et 123 du Nouveau Code de procédure civile et 1134 du Code civil, la décision jugeant recevable l'action directement portée devant le juge sans demander l'avis d'un tiers qu'il avait été contractuellement prévu de solliciter avant toute action judiciaire (9). Quelques années plus tard, le 28 novembre 1995, c'est au tour de la chambre commerciale de censurer, toujours au visa de l'article 1134 du Code civil, l'arrêt d'appel qui, pour déclarer recevable une action en justice, a considéré que les parties avaient implicitement renoncé à la clause de médiation (10) dès lors qu'elles ne l'avaient pas mise en œuvre avant l'assignation en justice (11). Enfin, dans la même affaire et toujours dans le même esprit, la seconde chambre civile a jugé le 6 juillet 2000 que dans l'hypothèse où les parties se sont engagées à soumettre leur différend à deux conciliateurs avant toute action contentieuse « l'action en justice introduite (...) sans observation de la procédure prévue par cette clause est irrecevable » (12).

Cette solution n'a pas immédiatement emporté l'adhésion de la première chambre civile. Dans un arrêt rendu le 23 janvier 2001, celle-ci a en effet jugé « que la clause du contrat d'exercice professionnel subordonnant une action judiciaire à une conciliation des parties par l'autorité ordinale, qui ne constitue pas une fin de non-recevoir, n'est pas d'ordre public et ne se trouve assortie d'aucune sanction » (13). En d'autres termes, les parties qui s'engagent contractuellement à procéder à un préliminaire de conciliation demeurent libres, en cas de litige, de saisir directement

le juge. L'arrêt a, à juste titre, attiré l'attention de la doctrine qui en a déduit une divergence notable entre la première et la deuxième chambre civile (14). Le caractère inconciliable des décisions rendues par ces formations sur la question de l'effet des clauses de conciliation appelait une clarification au plus haut niveau. C'est ce qu'a permis un arrêt de chambre mixte rendu le 14 février 2003 (15). Affirmant solennellement l'efficacité processuelle de ces mécanismes contractuels, cette décision rendait opportune une évolution de la jurisprudence de la première chambre civile sur le sujet.

B - Opportunité d'un revirement jurisprudentiel

Dans l'arrêt précité, la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, a jugé, au visa des articles 122 et 124 du Nouveau Code de procédure civile, que « la clause licite d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge (...) constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent » (16). Le droit ainsi fixé par cet attendu impeccablement ciselé, la première chambre civile s'est logiquement inclinée.

Une lecture rapide de la décision commentée pourrait de prime abord en faire douter. Dans cette affaire, la Haute juridiction rejette le pourvoi d'une clinique faisant grief à la cour d'appel d'avoir écarté une fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une procédure obligatoire de conciliation préliminaire par le médecin avec lequel elle était contractuellement liée. Pour autant, cette décision n'est pas significative d'une résistance au principe posé en chambre mixte. Si, en l'espèce, les juges du droit refusent de constater l'irrecevabilité de la demande formée sans tentative préalable de règlement amiable, c'est en raison de l'absence d'une obligation de conciliation (17) et non au motif que l'inexécution de celle-ci serait dénuée de sanction. La Cour de cassation reconnaît au contraire expressément qu'une stipulation contractuelle obligeant les parties à se concilier avant de saisir la justice est « de nature à s'imposer au juge ». On est bien là en présence d'un revirement de la première chambre qui, moins de trois ans auparavant, estimait, dans une affaire ayant trait, comme en l'espèce, à un contrat d'exercice professionnel entre un médecin et une clinique, « que la clause (...) subordonnant une action judiciaire à une conciliation des parties (...) ne se trouve assortie d'aucune sanction » (18).

Il faut saluer cette consécration par la première chambre de l'effet des clauses de conciliation. Cette reconnaissance, discrète mais explicite, signale la fin des divergences jurisprudentielles qui agitaient la Cour de cassation sur ce point. Bénéfique en soi, cette unification se justifie tant au regard du droit des contrats que du droit processuel. Respectueuse de la force obligatoire des conventions, la solution adoptée prend tout son sens à la lumière des évolutions récentes de la procédure civile. Favorable aux arrangements à l'amiable, celle-ci tend en effet, de plus en plus, à permettre aux parties d'aménager le règlement des litiges qui les opposent (19) dès lors qu'elles en manifestent clairement la volonté.

2 - La manifestation formelle de la volonté contractuelle instituant une procédure de conciliation préalable

La sanction judiciaire du non-respect d'une procédure préalable de conciliation suppose qu'elle soit l'objet d'une obligation contractuelle. En conditionnant celle-ci à un engagement non équivoque, la première chambre civile impose aux juges du fond une interprétation littérale du contrat (A) dans le dessein de protéger la volonté des parties contractantes (B).

(6) Cass. civ., 24 oct. 1951 : D. 1952, p. 105, note A. Besson ; RTD civ. 1952, p. 254, obs. P. Hébraud et P. Raynaud.

(7) V. néanmoins les réserves de X. Lagarde qui préfère voir dans la suspension de l'action résultant du non-respect d'une clause de conciliation une exception dilatoire au sens de l'article 73 du NCPD : L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation : Rev. arb. 2001, p. 388.

(8) Rappr. la confirmation, par le Conseil d'État, d'une décision d'irrecevabilité opposée à la partie qui avait saisi le tribunal administratif au mépris d'une clause du contrat prévoyant une procédure préalable « d'arbitrage », CE, 9 déc. 1991 : Rec. CE, p. 423.

(9) Cass. 3^e civ., 5 juill. 1989 : Bull. civ. III, n° 158. Sur cette décision, V. G. Virassamy, Les collègues et les commissions dans le règlement des litiges contractuels : Études offertes à Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 2001, spéc. p. 956, n° 7.

(10) La distinction entre les clauses de médiation et les clauses de conciliation est ici sans objet. Elles sont en effet soumises, sur le terrain du droit des obligations, à un régime juridique identique.

(11) Cass. com., 28 nov. 1995 : Rev. arb., 1996, p. 613, note Ch. Jarosson.

(12) Cass. 2^e civ., 6 juill. 2000 : Contrats, conc. consom. 2001, comm. n° 2, note L. Leveneur ; RTD civ. 2001, p. 359, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. arb. 2001, p. 749, note Ch. Jarosson.

(13) Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001 : Bull. civ. I, n° 11 ; JCP G 2001, I, 330, obs. G. Virassamy.

(14) Rev. arb. 2001, p. 749, note Ch. Jarosson ; RTD civ. 2001, p. 359, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2001, somm. p. 3088, obs. J. Penneau.

(15) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, préc. note (2).

(16) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, préc. note (2).

(17) Infra 2.

(18) Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, préc. note (13).

(19) Sur ce point, V. notre thèse et la bibliographie qui y est référencée : La fonction de juger. Étude historique et positive : thèse, Nantes, 2003, spéc. p. 243-245, n° 429 à 433.

A - L'interprétation littérale de la loi contractuelle

Lato sensu, l'interprétation du contrat consiste à « déterminer l'existence et le contenu des obligations respectivement assumées par les contractants » (20). De la découverte du sens contractuel dépendait, en l'espèce, la recevabilité de la demande du médecin : s'il était tenu à un devoir de conciliation préalable, l'instance prenait fin sans décision au fond ; s'il ne l'était pas, elle trouvait un terme naturel dans le rejet du pourvoi.

Optant pour la seconde solution, la Cour de cassation ne s'est pas contentée de contrôler la pertinence de l'interprétation souveraine opérée par les juges d'appel. Elle a également posé le principe selon lequel une obligation conventionnelle de conciliation « ne pouvait résulter que d'une stipulation contractuelle ». Les juges du droit soumettent ainsi la reconnaissance d'un préliminaire obligatoire de conciliation par les juges du fond à une condition matérielle : l'existence d'une clause contractuelle, « élément expressément prévu dans une convention et en général formellement énoncé par écrit » (21). De cette exigence discrète résulte une directive herméneutique qui, contrairement aux règles facultatives du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil (22), s'impose aux juges de manière impérative lorsqu'ils déterminent le contenu d'un contrat litigieux.

Cette directive, qui écarte la reconnaissance d'une obligation de conciliation préalable en l'absence d'une clause contractuelle, heurte, par son formalisme, les méthodes traditionnelles d'interprétation des conventions. Elle restreint tout d'abord le champ de l'interprétation subjective, empêchant que ne soit prise en compte la volonté réelle d'instituer une procédure amiable en l'absence de déclaration formelle des parties. Égratignure au consensualisme, cette règle borne ainsi le pouvoir, théoriquement souverain, des juges du fond dans la recherche de la commune intention des contractants, fut-elle discordante avec la lettre de leurs engagements (*C. civ.*, art. 1156) (23). Plus fondamentalement, la décision de la Cour de cassation exclut qu'un préliminaire obligatoire de conciliation se déduise d'une interprétation objective du contrat. En d'autres termes, la Haute juridiction, écartant les articles 1135, 1159 et 1160 du Code civil, ne laisse aucune place à la prise en compte de l'équité ou des usages dès lors que se pose au juge la question de l'existence d'une obligation de conciliation préalable (24). En soumettant celle-ci à un formalisme renforcé, la première chambre conditionne l'évitement du juge étatique à une manifestation expresse de la volonté contractuelle.

B - La protection de la volonté des parties contractantes

Respectueuse de l'intention des parties, tant par l'effet qu'elle attache à leurs engagements, que par la garantie qu'elle offre à leur liberté de ne pas s'obliger, la décision commentée fait peu de cas des usages professionnels. Elle rappelle que, s'agissant d'une renonciation au droit au juge, ceux-ci ne sauraient suppléer la volonté des parties, même dans l'hypothèse où aucun écrit ne viendrait sceller leur accord.

En présence d'un contrat verbal, « ambigu pour des raisons congénitales » (25), l'interprétation judiciaire voit traditionnelle-

ment sa dimension créatrice magnifiée (26). Libéré du carcan de l'*instrumentum*, le juge peut, dans le respect d'une certaine moralité contractuelle (27), renforcer le contenu obligatoire de la convention (28). L'article 1135 du Code civil l'y autorise en disposant que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Le recours aux usages sur ce fondement est notamment admis par la Cour de cassation quand il est nécessaire, en présence d'un acte muet, de déterminer les obligations des contractants (29). Le cas n'est pas exceptionnel dans le secteur médical où médecins et cliniques n'hésitent pas à recourir au contrat verbal, en dépit de son interdiction de principe (30). Dans cet univers professionnel saturé d'obligations déontologiques (31), les clauses de conciliation figurent à titre de recommandation dans tous les modèles de contrats proposés par l'Ordre national des médecins. Si elles ne font pas partie des clauses dites « essentielles », c'est-à-dire obligatoires, au sens des articles 83 alinéa 4 et 91 alinéa 3 du Code de déontologie médicale, elles n'en sont pas moins dotées d'une forte autorité persuasive. Pourtant, alors qu'en l'espèce la durée du préavis de rupture du contrat était judiciairement calculée dans le respect des usages de la profession (32), aucun devoir de conciliation préalable n'a été mis à la charge des parties par les magistrats.

Par-delà les considérations d'opportunité justifiant la relégation dans le domaine du non-droit (33) de cette invite à la résolution amiable des litiges (34), une raison juridique commandait cette solution : l'impossible renonciation tacite au droit au juge. L'engagement de participer à une conciliation préalable a pour corollaire une obligation de ne pas agir en justice (35) qui se traduit, sur le terrain procédural, par l'irrecevabilité momentanée de la demande (36), autrement dit par la suspension du droit d'action. Or, si la protection juridique, constitutionnelle et internationale, dont bénéficie cette prérogative fondamentale (37) n'exclut pas qu'elle fasse l'objet d'aménagements conventionnels (38), il est en revanche acquis que son abandon doit résulter d'une manifestation de volonté expresse (39). Jurisprudence constante de la Cour de Strasbourg selon laquelle « la renonciation à l'exercice d'un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque » (40), ce principe consolide le droit pour toute personne

(20) J. Boré, La cassation en matière civile : Paris, Dalloz, 1997, p. 268, n° 1152.
 (21) V° Stipulation, Vocabulaire juridique publié sous la direction du Doyen G. Cornu par l'Association Henri Capitant : Paris, Quadrige - PUF, 2001, p. 834.
 (22) Sur ces articles dénués de force obligatoire et heureusement qualifiés de « petit guide-âne » par J. Carbonnier (*Droit civil*, t. 4, Les Obligations : 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 283), V. J. Dupichot, Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil : Études offertes à J. Flour, Paris, Répertoire du notariat Deffrénois, Paris, 1979, p. 179.
 (23) Sur cette règle à « valeur de principe », énoncée par l'article 1156 du Code civil, V. Ph. Simler, Contrats et obligations. Interprétation des contrats : J.-Cl. Civil Code, Fasc. 10, 2001, n° 38 à 41.
 (24) Sauf à imaginer, dans une hypothèse respectueuse du volontarisme défendu ici par la Cour de cassation, qu'une disposition de la convention litigieuse renvoie expressément aux usages de la profession.
 (25) T. Ivainer, L'ambiguïté dans les contrats : D. 1976, chron. p. 154, n° 6.

(26) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations : 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 448, n° 453.
 (27) Sur les traits saillants de cette moralité contractuelle, V. D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, L'avenir du droit : Mélanges en l'honneur de François Terré, Paris, Dalloz, PUF, Éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 603.
 (28) Sur le renforcement du contenu obligatoire du contrat par le juge, V. not. L. Leveneur, Le forçage du contrat : Dr. et patrimoine, mars 1998, n° 58, p. 69.
 (29) Cass. com., 9 janv. 2001 : JCP E 2001, p. 1337, note Leveneur - Cass. com., 17 juill. 2001 : D. 2001, jurispr. p. 2739, obs. X. Delpech ; et sur ces deux arrêts les observations de J. Mestre et B. Fages : RTD civ. 2001, p. 870.
 (30) B. Michel-Xiste, Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients : Bordeaux, Les études hospitalières, 2001, spéc. p. 184 et s.
 (31) G. Mémèteau, Cours de droit médical : Bordeaux, Les études hospitalières, 2001, p. 40-44 et p. 57 et s.
 (32) Pour un autre exemple, V. Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1997 : D. 1997, jurispr. p. 605, note G. Mémèteau, Rapp. M. Harichaux, La rupture des contrats médecins/cliniques : RD sanit. soc. 1996/1, spéc. p. 62.
 (33) Sur lequel, V. J. Carbonnier, Flexible droit : 8^e éd., Paris, LGDJ, 1995, p. 7 et s.
 (34) À ce titre pourraient être invoqués, pêle-mêle, la méfiance à l'égard des modes alternatifs de règlement des litiges, accusés par certains de se substituer à la justice étatique sans en offrir les garanties, le souci de protéger la partie la plus faible, victime de la résiliation unilatérale du contrat, ou bien encore la défiance à l'égard des autorités ordinaires, conciliateurs naturels des parties en l'absence de stipulation contractuelle.
 (35) Sur cette catégorie, V. Ph. Grignon, L'obligation de ne pas agir en justice : Mélanges Christian Mouly, Paris, Litec, 1998, t. 1, p. 115.
 (36) Supra 1.
 (37) M. Bandrac, L'action en justice, droit fondamental, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 1. V. également, sous la direction de J. Rideau, Le droit au juge dans l'Union européenne : Paris, LGDJ, 1988.
 (38) Sur ce thème, V. ss dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des litiges : Paris, Economica, 2001, spéc. la première partie : Les conventions sur la juridiction.
 (39) C'est le cas en matière d'arbitrage, l'article 1443 du NCPC prévoyant que « la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit ».
 (40) Arrêt Colozza c/ Italie, 12 févr. 1985 : Série A n° 89, § 29.- Comp. arrêt Neumeister

Contrat judiciaire

Par

Renaud COLSON

Maître de conférences à l'Université de Nantes

T A B L E D E S M A T I E R E S

Généralités, 1-6.

- SECT. 1. – Notion de contrat judiciaire, 7-39.**
- ART. 1. – VARIÉTÉ DES CONTRATS JUDICIAIRES, 8-19.
 - § 1. – *Contrats judiciaires portant sur le litige*, 9-14.
 - § 2. – *Contrats judiciaires portant sur le procès*, 15-19.
 - ART. 2. – CONTRAT JUDICIAIRE ET NOTIONS VOISINES, 20-39.
 - § 1. – *Notions associées*, 21-30.
 - § 2. – *Notions distinctes*, 31-39.
- SECT. 2. – Régime des contrats judiciaires, 40-92.**
- ART. 1. – FORMATION DU CONTRAT JUDICIAIRE, 41-71.
 - § 1. – *Contrat des parties*, 42-56.
 - § 2. – *Intervention du juge*, 57-71.
 - ART. 2. – EFFETS DU CONTRAT JUDICIAIRE, 72-92.
 - § 1. – *Force juridique du contrat judiciaire*, 73-86.
 - § 2. – *Recours contre le contrat judiciaire*, 87-92.

BIBLIOGRAPHIE

C. BOILLOT, *La transaction et le juge*, 2003, PU Clermont-Ferrand/LGDJ. – L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., 2004, Litec. – P. CATALA et F. TERRÉ, *Procédure civile et voies d'exécution*, 2^e éd., 1976, PUF. – G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., 2006, PUF. – G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 13^e éd., 2004, A. Colin. – G. COUCHEZ, avec la collaboration de J.-P. LANGLADE et D. LEBEAU, *Procédure civile*, 10^e éd., 1998, Dalloz. – H. CROZE et C. LAPORTE, *Guide pratique de procédure civile*, 2^e éd., 2004, Litec. – H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, 3^e éd., 2005, Litec. – A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, 2002, *Economica*. – S. GUINCHARD (sous la dir. de), *Droit et pratique de la procédure civile*, 2004, Dalloz. – J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., 2002, Montchrestien. – A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, 1992, PUAM. – R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1949, Sirey. – H. SOLUS et R. PERROT, *Traité de droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction. Notions fondamentales et organisation judiciaire*, 1961 ; t. 2, *La compétence*, 1973 ; t. 3, *Procédure de première instance*, 1991, Sirey. – S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile*, 28^e éd., 2006, *Précis Dalloz*.

I. BALENSI, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978. 42 et 1978. 233. – Y. DESDEVISES, *Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?*, *CD. 2000, chron. 284*. – J. HÉRON, *Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé*, *Droits* 1988. 85. – RANDON, *Le contrat judiciaire. Des conventions constatées par le juge de paix*, *Rép. Commaillé* 1952. 69. – G. WIEDERKEHR, *Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires*, *Mélanges Rieg*, 2000, Bruylant, p. 883 et s.

G.-V. APOSTOLEANU, *Théorie de l'homologation en droit privé français*, thèse, Paris, 1924. – L. BOYER, *La notion de transaction*, thèse, Toulouse, 1947. – G. BRÉAU, *Des contrats judiciaires. Études de jurisprudence*, thèse, Toulouse, 1911. – P. CELERS, *Des jugements d'expédient*, thèse, Paris, 1901. – E. MAUPOINT, *Le contrat*

Généralités.

1. Comme l'atteste la longue histoire de la transaction (V. Transaction), la résolution contractuelle des litiges est un phénomène ancien. Cette pratique juridique gagne en importance, depuis une trentaine d'années, dans le sillage du développement des modes alternatifs de règlement des conflits. Entretenant une dynamique de « contractualisation » de la justice (P. ANCEL [sous la dir. de], Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, 2000, Economica), l'engouement pour les techniques amiables de résolution des différends s'accompagne de la diversification des conventions dont l'objet vise à organiser le règlement juridictionnel des litiges, voire à s'y substituer. La multiplication de ces accords, qui ne sont pas tous à proprement parler des contrats judiciaires, donne une forte actualité à cette notion élaborée par la jurisprudence et la doctrine dans le silence de la loi.
2. L'expression « contrat judiciaire » a longtemps servi à désigner l'instance, c'est-à-dire le lien noué par les parties devant le juge (G. CORNU [sous la dir. de], Vocabulaire juridique). Cette définition aujourd'hui désuète repose sur une analyse ancienne, tirée du droit romain, selon laquelle le lien d'instance est de nature contractuelle. Cette conception du contrat judiciaire, qui trouve encore quelques échos en jurisprudence (Cass. com. 7 déc. 1954, D. 1955. 110, note L. Crémier ; Cass. 1^{re} civ. 10 oct. 1960, JCP 1961. II. 11980, note P. Esmein ; Cass. 2^e civ. 22 oct. 1970, Bull. civ. II, n^o 286) comme en doctrine (J. CARBONNIER, note sous CA Colmar, 13 avr. 1951, D. 1952. 604 ; P. CATALA et F. TERRÉ, Procédure civile et voies d'exécution, 2^e éd., 1976, PUF, p. 302 ; V. égal. P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD, obs. RTD civ. 1972. 639), semble aujourd'hui abandonnée. La majorité des auteurs (par ex., V. J. HÉRON et T. LE BARS, Droit judiciaire privé, 2^e éd., Montchrestien, 2002, n^o 121) s'accordent à définir l'instance comme un lien juridique dont l'origine est non pas contractuelle mais légale.
3. Détaché de sa signification primitive, le contrat judiciaire est désormais conçu comme un accord de volontés des parties dont l'existence est constatée par le juge (Cass. civ. 3 nov. 1947, D. 1948. 3). Formulé avec force au début du siècle dernier (A. TISSIER, note S. 1909. 1. 305), cette opinion aujourd'hui dominante conduit à voir dans le contrat judiciaire un acte hybride dont l'objet est judiciaire mais dont le fondement est conventionnel (H. SOLUS et R. PERROT, Traité de droit judiciaire privé, t. 3, Procédure de première instance, 1991, Sirey, p. 992).
4. Au regard du droit judiciaire privé, le contrat judiciaire est un acte processuel de nature conventionnelle (V. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, thèse, Paris I, 1995, p. 341 et 359) qui se range dans la catégorie des actes processuels dispositifs (ou « actes processuels de disposition »). Le contrat judiciaire révèle la faculté, pour les parties, de disposer librement de leur droit d'action en justice soit qu'elles y renoncent en tout ou partie, soit qu'elles en aménagent l'exercice et adaptent, de ce fait, le traitement judiciaire du litige.
5. Sous l'angle du droit des obligations, le contrat judiciaire procède d'un accord de volontés, auquel s'ajoute une intervention judiciaire provoquée par les parties. Il se distingue d'autres contrats consacrés par voie judiciaire (V. A. ENGEL-CRÉACH, Les contrats judiciairement formés, 2002, Economica) n'ayant pas pour objet la solution d'un litige mais sur lesquels le juge est chargé d'effectuer un contrôle, par voie d'autorisation ou d'homologation, en raison de la nature de la convention (par exemple, la convention de changement de régime matrimonial [C. civ., art. 1397]) ou de la qualité des contractants (par exemple, le soignant et le patient d'un même établissement psychiatrique [C. civ., art. 1125-1]).

6. L'hétérogénéité des accords portant sur un litige conclus en présence du juge ou constatés par lui ne facilite pas l'unification de la notion de contrat judiciaire. En l'absence de définition légale, les contours de cette catégorie restent flous et sa signification variable. Dans une acception large, dont il convient de préciser l'étendue (V. *infra*, n^{os} 7 et s.), le contrat judiciaire désigne tout acte dans lequel une juridiction constate un accord des parties (L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 4^e éd., 2004, Litec, n^o 119). Dans un sens plus étroit, le contrat judiciaire s'entend d'accords qui ont pour objet spécifique de régler une contestation pendante devant un juge (H. SOLUS et R. PERROT, t. 3, p. 991). L'ensemble de ces accords relève d'un régime juridique particulier (V. *infra*, n^{os} 40 et s.).

SECTION 1^{re}. – Notion de contrat judiciaire.

7. Dans son acception la plus large, à savoir tout accord de volontés des parties en litige dont l'existence est constatée par le juge, la notion de contrat judiciaire englobe une grande variété d'actes dont il convient de recenser les espèces (V. *infra*, n^{os} 8 et s.). Une fois identifié dans ses diverses expressions, le contrat judiciaire peut être distingué d'autres catégories juridiques qui, pour être voisines, ne doivent pas pour autant être confondues avec lui (V. *infra*, n^{os} 20 et s.).

ART. 1^{er}. – VARIÉTÉ DES CONTRATS JUDICIAIRES.

8. Expression de la faculté, pour les parties, de disposer librement de leur droit d'agir en justice, le contrat judiciaire peut avoir des objets très variés. Les parties peuvent s'accorder sur la solution à apporter au litige qui les oppose (V. *infra*, n^{os} 9 et s.); elles peuvent également, à défaut d'accord au fond, s'entendre pour aménager le traitement judiciaire de leur différend (V. *infra*, n^{os} 15 et s.).

§ 1^{er}. – Contrats judiciaires portant sur le litige.

A. – Transaction.

9. Aux termes de l'article 2044 du code civil, le contrat par lequel les parties terminent une contestation née est une transaction. Une telle convention, conclue pour résoudre une question litigieuse, peut l'être en dehors de toute procédure judiciaire : le consentement des parties suffit à lui conférer l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (C. civ., art. 2052 ; V. *infra*, n^o 84) sans l'intervention d'une juridiction. Le juge peut néanmoins être amené à consacrer l'accord transactionnel, éventuellement après l'avoir facilité. On est alors en présence d'un contrat judiciaire (CA Angers, 17 mars 1970, D. 1971, somm. 4, JCP 1970. II. 16425, note J.B., RTD civ. 1970. 812, obs. P. Hébraud et P. Raynaud ; CA Paris, 23 oct. 1987, D. 1988, somm. 126, obs. P. Julien ; Cass. 2^e civ. 8 nov. 1989, Bull. civ. II, n^o 199 ; Cass. 2^e civ. 12 juin 1991, CD. 1992. 320, note F. Durieux ; Cass. 3^e civ. 16 déc. 1992, n^o 91-12.502, Bull. civ. III, n^o 324, Rev. huissiers 1993. 286 ; CA Paris, 19 janv. 1993, CD. 1993, IR 120).
10. L'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile (Décr. n^o 98-1231 du 28 déc. 1998, CD. 1999. 106, JO 30 déc.) autorise l'une des parties à la transaction conclue en dehors de tout procès à saisir sur requête le président du tribunal de grande instance afin que celui-ci « confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». Si une partie de la doctrine voit dans cette opération une véritable homologation donnant naissance à des « contrats juridictionnalisables » soumis à un régime propre (Y. DESDEVISES, Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?, CD. 2000, chron. 284), il est également possible d'y voir un acte réceptif conférant à l'accord des parties la valeur d'un contrat judiciaire (en ce sens, V. S. GUINCHARD et F. FERRAND, Procédure civile, 28^e éd., 2006, Précis Dalloz, n^o 245).

11. La qualification de contrat judiciaire s'impose certainement lorsque le juge constate, à la demande des parties, l'accord auquel elles sont parvenues consécutivement à une demande aux fins de tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance (NCPC, art. 830). Cette procédure menée devant un conciliateur de justice ou devant le juge d'instance, en dehors de tout procès, peut en cas de succès donner lieu à l'homologation judiciaire du constat d'accord (NCPC, art. 832-8). À défaut d'être ainsi transformé en contrat judiciaire, l'acte signé par les parties constatant leur conciliation demeure une simple convention privée.
12. Une fois l'instance engagée, les parties peuvent toujours se concilier (V. Médiation et conciliation). Elles peuvent le faire d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge (NCPC, art. 127) auquel il appartient de donner force exécutoire à l'acte constatant leur accord. Le nouveau code de procédure civile prévoit cette intervention judiciaire que la conciliation des parties ait été obtenue devant le juge, hors de sa présence, ou à son initiative mais devant un médiateur (NCPC, art. 384, al. 3). Dans les deux premiers cas, la teneur de l'accord est constatée par le juge dans un procès-verbal (NCPC, art. 130) dont des extraits, valant titre exécutoire, peuvent être délivrés (NCPC, art. 131). Dans le troisième cas, le juge homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent (NCPC, art. 131-12). En toute hypothèse, l'opération aboutit à la formation d'un contrat judiciaire (CA Paris, 28 mars 1991, CD. 1992, somm. 124, obs. P. Julien \Rightarrow , Rev. arb. 1991. 471, note C. Jarrosson, et, sur pourvoi, Cass. 2^e civ. 16 juin 1993, Bull. civ. II, n^o 211, CD. 1993, IR 176 \Rightarrow ; TGI Paris, 16 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989. 2. 790, note J.-C. Fourgoux ; Cass. 2^e civ. 28 nov. 1973, Bull. civ. II, n^o 310 ; Cass. soc. 22 nov. 1946, D. 1947. 89 ; Cass. req. 4 juin 1931, DH 1931. 396 ; CA Montpellier, 6 déc. 1929, DH 1930. 140 ; Cass. civ. 7 déc. 1910, DP 1911. 5. 14).
13. La question est en revanche discutée de savoir si la qualification de contrat judiciaire s'applique lorsque le juge met fin à l'instance après avoir constaté l'acquiescement à la demande (V. Acquiescement) par le défendeur qui reconnaît le bien-fondé des prétentions de son adversaire et renonce à l'action (NCPC, art. 408, al. 1^{er}). La constatation par le juge de la disparition du litige explique l'identification de la décision de dessaisissement à un contrat judiciaire par la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1980, Bull. civ. I, n^o 116 ; Cass. 2^e civ. 20 oct. 1982, Bull. civ. II, n^o 128) qui en déduit un accord implicite des parties. Mais, si cette analyse présente une certaine cohérence, elle se heurte au caractère unilatéral de l'acquiescement et au fait que la renonciation du défendeur n'engage que celui-ci (*a contrario*, V. Cass. 2^e civ. 14 déc. 1992, Bull. civ. II, n^o 313, CD. 1993, IR 16 \Rightarrow).
14. Par ailleurs, un certain nombre de dispositions particulières propres à certaines procédures (notamment devant le juge de la mise en état du tribunal de grande instance, le tribunal d'instance, le conseil des prud'hommes, et le tribunal paritaire des baux ruraux) ou à certaines matières (par exemple, en matière de divorce ou de procédure collective) prévoient la constatation judiciaire d'un accord entre les parties sur une question litigieuse. L'hétérogénéité de ces accords et la variété des régimes qui leur sont applicable expliquent que la qualification de contrat judiciaire, admise pour certains d'entre eux, soit discutée pour d'autres (V. *infra*, n^{os} 28 et s.).

§ 2. – Contrats judiciaires portant sur le procès.

15. Au sens large, le contrat judiciaire « peut être étranger au fond du procès et avoir trait seulement à l'instance, par exemple, avoir pour objet la prorogation de la compétence du juge, la renonciation des deux parties au droit d'appel, le désistement de l'instance accepté par le défendeur » (A. TISSIER, note préc. [*supra*, n^o 3]). Loin d'être une hypothèse d'école, de tels accords sur la juridiction sont prévus par le nouveau code de procédure civile, lequel permet aux parties d'aménager conventionnellement les pouvoirs du juge et

le déroulement de l'instance (L. CADIET, Les conventions sur la juridiction, *in* P. ANCEL [sous la dir. de], *op. cit.* [*supra*, n° 1], p. 34).

A. – Pouvoirs du juge.

16. L'introduction de l'instance par voie de présentation volontaire des parties ou de requête conjointe (NCPC, art. 53) ne saurait être considérée comme un contrat judiciaire. La demande initiale est certes commune mais elle soumet au juge un litige, non un accord. La saisine en commun d'une juridiction peut cependant être l'occasion de véritables contrats judiciaires portant sur l'étendue des pouvoirs juridictionnels. Parmi ceux-ci comptent par exemple les accords de compétence (V. Compétence) en vertu desquels les parties conviennent que leur différend sera jugé par une juridiction théoriquement incompétente au regard du montant de la demande (NCPC, art. 41, al. 1^{er}). Les plaideurs, qui peuvent dans une certaine mesure proroger la compétence des juridictions de première instance, peuvent également, dès le litige né, renoncer à l'appel « en vertu d'un accord exprès » (NCPC, art. 41, al. 2 ; rappr. art. 556 à 558 ; V. égal. art. 12, *in fine*, dans l'hypothèse de l'« arbitrage judiciaire »).
17. L'office du juge lui-même peut faire l'objet d'un contrat judiciaire. Si le litige qui oppose les plaideurs présente un caractère d'extranéité, ceux-ci peuvent décider d'entraver partiellement les pouvoirs de la juridiction par un accord sur le droit applicable, dit « accord procédural », en vertu duquel le tribunal saisi doit appliquer une loi autre que celle désignée par la règle de conflit (V. Rép. internat., V^o Loi étrangère). Il s'agit là d'une application particulière de la règle, plus générale, selon laquelle les parties peuvent, par un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, lier le juge « par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » (NCPC, art. 12, al. 3). Les parties peuvent à l'inverse, par un pacte d'amiable composition (NCPC, art. 12, al. 4), inviter le juge à statuer en équité, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas expressément renoncé (par ex., V. TGI Paris, 27 mai 1987, Rev. arb. 1987. 519, note G. Flécheux).

B. – Déroulement de l'instance.

18. La liberté conventionnelle s'exerce également sur la marche de l'instance dont les plaideurs peuvent décider de suspendre le cours. Le législateur, suivant la jurisprudence (Cass. ass. plén. 24 nov. 1989, C.D. 1990. 25, concl. Cabannes, C.D. 1990. 429, note P. Julien, JCP 1990. II. 21407, note L. Cadiet, CRTD civ. 1990. 145, obs. R. Perrot), a prévu que, lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée, le juge doit retirer leur affaire du rôle (NCPC, art. 382). Il en va différemment pour les demandes conjointes de révocation de l'ordonnance de clôture (Cass. 3^e civ. 28 oct. 1985, JCP 1986. IV. 21, RTD com. 1986. 417, obs. R. Perrot) ou les demandes conjointes de renvoi à une audience ultérieure (Cass. ass. plén. 24 nov. 1989, préc.), qui ne sauraient être considérées comme des contrats judiciaires compte tenu du fait qu'elles ne s'imposent pas au juge, toujours libre de les rejeter. Pour cette raison, une décision de sursis à statuer, fût-elle prise avec l'accord des parties pour qu'il soit ordonné, ne constitue pas un contrat judiciaire.
19. À l'instar de la radiation conventionnelle du rôle, il convient de considérer le désistement d'instance (à distinguer du « désistement d'action » ; V. Désistement) comme un contrat judiciaire. Par son désistement, le demandeur abandonne sa demande ou son recours afin d'éteindre l'instance. Sauf exception (NCPC, art. 395, al. 2), cet acte ne s'impose au juge, qui en prend acte par une décision de dessaisissement (NCPC, art. 384), qu'à la condition d'avoir été accepté par le défendeur (NCPC, art. 395, al. 1^{er}). Cette règle imprime à la décision de dessaisissement le caractère d'un donné acte judiciaire consécutif à un accord des parties et il est logique que la jurisprudence (Cass. 2^e civ. 15 juin 1955, D. 1956, somm. 38 ; Cass. soc. 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 159) y voit une forme de contrat judiciaire.

20. Le concept de contrat judiciaire côtoie d'autres notions juridiques qui le recoupent partiellement et lui sont habituellement associées. Il en va ainsi du jugement de donné acte qui comprend, entre autres, les accords sur le fond du litige constatés par le juge (V. *infra*, n^{os} 21 et s.), et de la décision gracieuse par laquelle une demande est soumise au contrôle du juge en l'absence de tout litige (V. *infra*, n^{os} 25 et s.). Enfin, certaines notions qualifient des opérations distinctes des contrats judiciaires mais s'en rapprochent par certaines de leurs caractéristiques. C'est le cas du contrat de procédure (V. *infra*, n^{os} 31 et s.), de la décision entérinant une médiation pénale (V. *infra*, n^{os} 34 et s.) ou du jugement d'expédient (V. *infra*, n^{os} 37 et s.).

§ 1^{er}. – *Notions associées.*

A. – Jugement de donné acte.

21. Il est fréquent que les expressions « jugement de donné acte » et « contrat judiciaire » soient indifféremment utilisées. Pourtant, les deux actes ne se confondent pas en ce que le jugement de donné acte, entendu comme « le jugement qui fait état, à la demande d'une partie [ou des deux] et comme venant d'elle[s], d'une constatation, ou d'une déclaration » (G. CORNU [sous la dir. de], *Vocabulaire juridique*), est une notion plus vaste qui englobe, entre autres, le contrat judiciaire. Ce dernier suppose en effet l'accord d'au moins deux personnes, alors qu'il peut y avoir donné acte de la déclaration unilatérale d'une partie (Cass. 3^e civ. 1^{er} oct. 1975, Bull. civ. III, n^o 269, JCP 1975. IV. 335) ou de réserves judiciaires sur les droits d'une personne à l'occasion d'un jugement contentieux (Cass. 3^e civ. 6 nov. 1986, JCP 1987. IV. 16, Gaz. Pal. 1987. 1, somm. 276, obs. H. Croze et C. Morel ; Cass. 3^e civ. 13 mai 1997, *CRTD civ.* 1997. 744, obs. R. Perrot).
22. Bien qu'il n'existe pas de régime propre au donné acte, on s'accorde à dire qu'il est une simple déclaration, un constat dépourvu de conséquences juridiques particulières, le juge se bornant à constater un acte ou un fait. Le donné acte ne peut donc communément créer un droit ni constituer un titre au profit ou à l'encontre de l'une des parties (CA Colmar, 13 oct. 1950, D. 1951. 145, note anonyme ; Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 1958, Bull. civ. I, n^o 53 ; Cass. 1^{re} civ. 11 mai 1982, Bull. civ. I, n^o 166). Il en va cependant différemment en présence d'un contrat judiciaire.
23. Le donné acte à l'origine du contrat judiciaire est revêtu d'une certaine autorité. Certes, il n'a pas valeur de décision juridictionnelle (V. jugement) mais il est doté d'une force juridique qui le distingue d'un jugement de donné acte ordinaire. Tout d'abord, dans le cas du contrat judiciaire portant sur la solution d'un différend, le juge est tenu de donner acte aux parties de leur accord. La Cour de cassation précise que, « lorsque dans une instance une partie fait par conclusions des offres de nature à mettre fin au litige et que l'autre partie les accepte, les juges doivent en donner acte, afin de constater leur accord et de consacrer le contrat judiciaire qui est ainsi formé » (Cass. civ. 8 juill. 1925, DP 1927. 1. 21, note anonyme ; rappr. NCPC, art. 384, al. 3). Ensuite, le donné acte crée des droits au profit des parties, soit en interdisant de remettre en cause l'accord constaté et en fermant la voie de l'appel (V. *infra*, n^o 89), soit en liant le juge dans l'exercice de ses pouvoirs juridictionnels et dans la direction de l'instance (V. *supra*, n^o 17).
24. Dans un arrêt du 4 juillet 1960 (D. 1960. 647), la cour d'appel de Grenoble a clairement posé le principe d'une distinction entre le donné acte rendu dans le cas d'un contrat judiciaire et les autres jugements de donné acte. En l'espèce, l'une des parties reprochait aux juges du fond d'avoir statué *ultra petita* en donnant acte de l'offre (de régler les comptes) émise par l'autre partie. La cour déclare ce moyen non fondé aux motifs qu'« un tel donné acte n'a aucune valeur juridique tant que l'offre n'a pas été acceptée par l'autre partie et l'accord constaté par le juge : qu'à titre de comparaison, l'autre donné acte inclus dans l'ordonnance de référé : "donnons acte à Espie Jean de ce que son fils Espie

Auguste ne conteste pas la validité du congé" caractérise, lui, un contrat judiciaire constaté par le juge ».

B. – Décision gracieuse.

25. Certains auteurs ont vu dans l'acte du juge constatant un accord des parties sur le fond d'un litige une opération relevant de la matière gracieuse (H. SOLUS et R. PERROT, *Traité de droit judiciaire privé*, t. 1, Introduction. Notions fondamentales et organisation judiciaire, 1961, Sirey, p. 456, n° 490, note 2), d'autres une « extension de la juridiction gracieuse » (G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., 2006, PUF, p. 144). Relayée par certaines décisions de jurisprudence (Cass. 2^e civ. 10 mai 1984, *Rev. huissiers* 1986. 364, note J.A. ; Cass. 2^e civ. 20 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985. 2, panor. 270, note S. Guinchard et T. Moussa), cette opinion conduit à ranger le contrat judiciaire dans la catégorie des décisions gracieuses au motif que l'acte du juge ne tranche aucun litige et ne relève pas de sa juridiction contentieuse (TGI Paris, 6 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1981. 1. 254, note Angeli). Au surplus, certaines dispositions du nouveau code de procédure civile précisent que l'homologation, par le juge, de l'accord conclu entre les parties relève de la matière gracieuse (art. 131-12 et 832-8).
26. Cette analyse qui identifie le contrat judiciaire à un acte gracieux est cependant discutée par une partie de la doctrine notamment au regard de l'article 25 du nouveau code de procédure civile (J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 232 ; comp. D. LE NINIVIN, *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, 1983, Litec, p. 47). Cette disposition indique en effet que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ». Autrement dit, l'intervention gracieuse du juge résulte d'une exigence de la loi et implique du juge qu'il exerce un contrôle préventif des actes privés et, de manière plus générale, qu'il exerce un double contrôle de légalité et d'opportunité de l'acte qui lui est soumis. Or, dans le cas du contrat judiciaire, l'intervention judiciaire repose sur la volonté des plaideurs et se trouve limitée à la simple constatation de l'existence de l'accord de volontés.
27. Les auteurs refusant au contrat judiciaire la qualité de décision gracieuse préfèrent y voir un acte judiciaire non juridictionnel ne contenant aucune décision à proprement parler (G. WIEDERKEHR, *Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires*, Mélanges Rieg, 2000, Bruylant, spéc. p. 891). Par cet acte dit « réceptif » (S. GUINCHARD et F. FERRAND, *op. cit.*, n° 245), le juge constate et authentifie l'accord des parties sans se prononcer sur sa validité. Cette théorie conduit à critiquer les dispositions légales qualifiant de matière gracieuse l'intervention judiciaire donnant acte aux parties de leur accord. Elle contient également en germe une dénonciation de l'usage abusif du terme « homologation » parfois utilisé par le législateur pour désigner le constat par le juge d'un accord entre parties alors même que l'intervention judiciaire n'est pas nécessaire à la validité du contrat et ne donne lieu à aucun contrôle de son contenu (A. ENGEL-CRÉACH, *op. cit.*, p. 40).
28. L'homologation s'entend généralement d'une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne l'existence même d'un acte et suppose un contrôle d'opportunité. Cela conduit certains auteurs à refuser, contre la loi, de qualifier d'« homologation » l'acte par lequel le juge donne acte aux parties de leur accord (L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, *Justices*, n° 5, 1997, p. 138 et s.). *A contrario*, on ne saurait parler de contrat judiciaire pour désigner les accords de volontés soumis par la loi à une véritable homologation judiciaire. La question s'est posée tout particulièrement en matière de divorce par consentement mutuel, s'agissant de la décision par laquelle le juge homologue la convention définitive des époux et prononce leur divorce (NCPC, art. 1099). Dans cette hypothèse, le juge ne peut substituer sa propre volonté à celle des époux mais il a la possibilité de refuser de prononcer le divorce jusqu'à présentation d'une nouvelle convention s'il estime que les intérêts d'un époux ou des enfants sont insuffisamment

préservés (NCPC, art. 1100). Le juge opère ainsi un contrôle d'opportunité sur la convention de divorce. Or, comme il a déjà été dit, un tel contrôle n'existe pas en matière de contrat judiciaire, le juge se bornant à constater l'existence d'un accord des parties. Pour cette raison, à la différence du contrat judiciaire qui reste susceptible d'une action principale en nullité, la convention de divorce « acquiert, du fait de son homologation par un juge, le caractère d'une décision de justice qui ne peut en principe faire l'objet que des voies de recours réservées à cette décision judiciaire » (CA Versailles, 11 mars 1993, CD. 1994. 303, note J. Revel).

29. De la même façon, la convention des époux portant changement de leur régime matrimonial (C. civ., art. 1397) n'est pas un contrat judiciaire. En effet, le juge exerce, là encore, un contrôle d'opportunité de la convention en s'assurant de sa conformité à l'intérêt de la famille. On notera seulement que, à la différence de la convention de divorce, la convention de changement de régime matrimonial est soumise à un double régime s'agissant des voies de recours. Si le jugement d'homologation ne peut être attaqué que par les voies de recours, l'action en nullité demeure possible contre la convention des parties (Cass. 1^{re} civ. 14 janv. 1997, Bull. civ. I, n° 20, CD. 1997. 273, rapp. X. Savatier, JCP 1997. II. 22912, note Paillet, JCP 1997. I. 4047, n° 12, obs. G. Wiederkehr, RTD civ. 1997. 985, obs. Vareille).
30. La loi de sauvegarde des entreprises (CL. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, JO 27 juill., rect. JO 22 oct.) offre une parfaite illustration de la distinction entre le contrat judiciaire et la convention homologuée par le juge. Ce texte prévoit en effet que, si la conciliation entre le débiteur et ses principaux créanciers aboutit à un accord amiable, celui-ci peut être soit constaté à la demande des parties par le président du tribunal, soit homologué à la demande du débiteur par le tribunal après vérification, entre autres, que les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 611-8). Si la constatation de l'accord ne peut être refusé par le juge qui doit lui conférer force exécutoire, ce n'est pas le cas de l'homologation qui produit des effets juridiques plus importants puisqu'elle emporte notamment la création d'un privilège nouveau (C. com., art. L. 611-11). Dans le premier cas, il s'agit d'un contrat judiciaire dont le juge est tenu de donner acte, dans le second d'un acte gracieux conditionné à un contrôle d'opportunité.

§ 2. – *Notions distinctes.*

A. – Contrat de procédure.

31. Le rapprochement du contrat de procédure et du contrat judiciaire apparaît d'autant plus naturel que les deux expressions étaient synonymes chez les auteurs anciens (P. VOLLAUD, *Les contrats judiciaires*, thèse, Bordeaux, 1913, p. 37, note 1). Mais cette identification doit désormais être exclue, la notion de contrat de procédure revêtant aujourd'hui une toute autre signification (V. E. du RUSQUEC, *À propos du contrat de procédure*, JCP 1994. I. 3774).
32. Les contrats de procédure renvoient à des situations diverses, depuis la convention collective de procédure civile entre une juridiction et ses partenaires pour tel ou tel type de contentieux (par exemple, pour un protocole conclu entre une cour d'appel, son greffe et les bâtonniers du ressort, relativement au traitement des affaires prud'homales, V. JCP 1997, n° 22 [Actualités]) à l'accord conclu entre les parties, ou plus exactement leurs conseils, sous le contrôle du juge, par lequel est établi un calendrier procédural pour un litige particulier. Cette dernière hypothèse, désormais réglementée par le nouveau code de procédure civile (art. 764), permet de fixer, dès l'enrôlement de l'affaire, le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, ainsi que celle des débats et du prononcé de la décision (par dérogation à l'art. 450 NCPC). Déterminées conjointement, ces échéances sont inscrites dans un calendrier de la mise en état signé par les parties et dont le juge contrôle la bonne exécution (Cass. 1^{re} civ. 13 janv. 1993, n° 90-20426, Bull. civ. I, n° 8).

33. Bien qu'il s'en rapproche, le contrat de procédure se distingue du contrat judiciaire par plusieurs de ses caractéristiques. D'une part, il ne requiert pas une constatation formelle du juge ; d'autre part, à la différence du contrat judiciaire qui s'impose au juge tenu de le constater, le contrat de procédure n'est nullement opposable à ce dernier et ne modifie en rien son office sur le déroulement de l'instance. De ce qui précède, on retiendra que le contrat de procédure constitue une variété d'accord procédural qui, tout en trouvant naturellement sa place aux côtés du contrat judiciaire, s'en distingue néanmoins.

B. – Médiation pénale.

34. Prévue par l'article 41-5° du code de procédure pénale, la médiation pénale est une mesure alternative aux poursuites ordonnée par le procureur de la République, qui vise à mettre fin au trouble résultant de l'infraction et assurer la réparation du dommage causé (S. POKORA, La médiation pénale, *CAJ pénal* 2003. 58). L'idée est d'offrir à la victime une satisfaction matérielle et morale, et de faire prendre conscience au délinquant que son acte a eu des conséquences dommageables, tout en évitant un procès pénal.
35. En cas de succès, la médiation pénale aboutit à un accord qui peut être rapproché du contrat judiciaire en ce qu'il requiert, comme ce dernier, une intervention du magistrat. C'est en effet au procureur de la République qu'il revient de contrôler le déroulement de la procédure et d'entériner l'accord des parties. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (*CD. 2004. 737*) a renforcé l'efficacité de ce dispositif en prévoyant que, en cas de réussite, la médiation doit déboucher sur la signature d'un procès-verbal, dressé par le médiateur ou par le procureur de la République, dont une copie est remise aux parties. Cet acte, si l'auteur de l'infraction s'y est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, peut donner lieu à une procédure d'injonction de payer conformément aux règles prévues par le nouveau code de procédure civile (V. Injonction de payer). Cette procédure, diligentée devant le juge civil, permet ainsi de rendre exécutoire l'accord de médiation.
36. Pour autant, qu'on le qualifie de « transaction-médiation » (J. LEBLOIS-HAPPE, La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives, *Rev. sc. crim.* 1994. 525) ou de « contrat pénal indemnitaire » (G. BLANC, La médiation pénale, *JCP* 1994. I. 3760), l'accord de médiation pénale ne saurait se confondre avec le contrat judiciaire. En effet, alors que ce dernier lie le juge tenu d'en donner acte, le procureur n'est aucunement lié par l'accord des parties et sa décision de classement sans suite revêt un caractère purement provisoire, de sorte qu'il peut choisir, en dépit de l'accord réalisé, d'engager des poursuites sans avoir à justifier sa décision.

C. – Jugement d'expédient.

37. Le jugement d'expédient, ou « jugement convenu », s'entend de la décision rendue à l'issue d'un procès simulé, les parties feignant un litige et faisant en sorte que le tribunal statue conformément à leur volonté commune (G. COUCHEZ, avec la collaboration de J.-P. LANGLADE et D. LEBEAU, *Procédure civile*, 10^e éd., 1998, Dalloz, p. 436). Le jugement d'expédient suppose donc, comme le contrat judiciaire, un accord des parties constaté par le juge. Longtemps, les deux notions ont d'ailleurs été confondues (CA Toulouse, 21 janv. 1885, DP 1886. 2. 173, note E. Glasson ; Cass. civ. 11 août 1885, DP 1886. 1. 166, note Anon ; P. VOLLAUD, thèse préc., p. 31). Toutefois, elles sont aujourd'hui clairement dissociées sur la base d'une distinction proposée, dès le début du XX^e siècle, par A. TISSIER (note préc. [*supra*, n° 3], spéc. p. 306).
38. Le jugement d'expédient, acte juridictionnel, se distingue du contrat judiciaire, simple contrat, au regard du rôle exercé par le juge : dans le cadre du jugement d'expédient, le juge « s'approprie » l'accord des parties. Plus précisément, les parties présentent des conclusions conformes que le juge « fait siennes » en les reprenant dans son dispositif. Le jugement a par conséquent autorité de la chose jugée et peut faire l'objet de voies de recours ordinaires (H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, 3^e éd., 2005,

Litec, p. 56, n° 144). En revanche, dans le cadre du contrat judiciaire, le juge exerce un rôle purement passif puisqu'il se borne à « donner acte » aux parties de leur accord. Sa décision ne peut à ce titre faire l'objet d'une voie de recours mais le contrat judiciairement constaté peut, pour sa part, être remis en cause par une action en nullité de droit commun (V. *infra*, n° 87), ce qui n'est pas le cas des jugements d'expédient.

39. En définitive, l'originalité du jugement d'expédient provient de ce qu'il repose sur un contentieux fictif, la forme du débat judiciaire résultant de la seule volonté des parties qui simulent un litige afin d'obtenir du juge qu'il consacre officiellement leur accord. Il reste à savoir dans quelle mesure la maîtrise des parties sur le litige leur laisse la prérogative d'exiger du juge, qu'à leur discrétion, il continue fictivement le procès jusqu'à son terme, étant ainsi obligé de donner à leur accord la forme d'un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée (sur ce point, V. Y. MULLER, thèse préc., p. 96, n°s 90 et s.).

SECTION 2. – Régime des contrats judiciaires.

40. La variété des contrats judiciaires, susceptibles de porter sur le fond d'un différend ou sur le déroulement d'un procès, et l'incertitude relative à leur nature, gracieuse ou non, ne favorisent guère l'établissement d'un régime juridique homogène applicable à tous. Des réglementations particulières s'appliquent à certains de ces contrats seulement, par exemple la transaction (C. civ., art. 2044 à 2058), l'accord de conciliation (NCPC, art. 127 à 131), ou le désistement d'instance (NCPC, art. 394 à 399). Mises à part ces dispositions, dont la présentation relève de l'étude spéciale des accord qu'elles concernent, il est possible d'identifier certaines règles propres à la formation (V. *infra*, n°s 41 et s.) et aux effets de tous les contrats judiciaires (V. *infra*, n°s 72 et s.).

ART. 1^{er}. – FORMATION DU CONTRAT JUDICIAIRE.

41. Le contrat judiciaire naît de la juxtaposition d'un élément contractuel et d'un élément judiciaire mais il s'agit avant tout d'un contrat (Cass. 3^e civ. 13 mai 1997, RTD civ. 1997. 744, obs. R. Perrot). À ce titre, il doit satisfaire toutes les conditions de formation du contrat définies par la théorie générale des obligations (C. civ., art. 1108), notamment celles relatives au consentement et à la capacité des parties, et à l'objet et la cause de la convention (V. *infra*, n°s 42 et s.). L'intervention du juge, concomitante ou postérieure à l'accord des parties, est la condition pour que celui-ci soit qualifié de contrat judiciaire (V. *infra*, n° 57).

§ 1^{er}. – Contrat des parties.

A. – Accord de volontés des parties.

42. **Existence d'un accord de volontés.** – Le contrat judiciaire est une convention. Il suppose à ce titre l'accord de volontés de deux personnes au moins. La jurisprudence est venue le rappeler à de multiples reprises : le contrat judiciaire ne se forme que si « l'une des parties s'oblige et que l'autre partie accepte l'obligation », ou si « les deux parties s'engagent dans les mêmes termes » (Cass. req. 28 mars 1922, DP 1922. 1. 164 ; Cass. 3^e civ. 25 janv. 1983, D. 1983, IR 266 ; Cass. soc. 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 159 ; Cass. 2^e civ. 16 mai 1990, CD. 1990, IR 133 ; Cass. 2^e civ. 14 déc. 1992, n° 91-15231, Bull. civ. II, n° 313). *A contrario*, aucun contrat judiciaire ne peut naître en l'absence de la volonté des parties.
43. À défaut d'accord de volontés entre le vendeur et l'acheteur, le jugement d'adjudication qui réalise une vente sur saisie immobilière ne saurait être considéré comme un contrat judiciaire. Il ne s'agit en effet ni d'un « contrat réalisant ou constatant une vente » (Cass. 2^e civ. 3 oct. 2002, n° 00-18395, Petites affiches 2003, n° 119, p. 20, note S. Becquet), ni d'une « convention » (Cass. 2^e civ. 3 oct. 2002, CD. 2003. 1596, note M. Lehot, Gaz. Pal. 2003. 1. 1294, note C. Brenner). C'est donc justement que la Cour de cassation a abandonné la jurisprudence selon laquelle « la sentence d'adjudication qui ne statue sur

aucun incident ne fait que constater un contrat judiciaire et n'a pas le caractère d'un jugement » (par ex., V. Cass. civ. 29 juill. 1890, S. 1894. 1. 11 ; Cass. 3^e civ. 19 janv. 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 455, note J.V. ; Cass. 2^e civ. 9 juin 1982, Bull. civ. II, n^o 87, Rev. huissiers 1984. 341, note D. Talon ; Cass. 2^e civ. 20 mai 1985, Bull. civ. II, n^o 99, RTD civ. 1986. 431, obs. R. Perrot ; Cass. 2^e civ. 16 juill. 1987, Bull. civ. II, n^o 154, Rev. huissiers 1988. 1619, obs. D. Talon ; Cass. 2^e civ. 20 oct. 1993, C.D. 1994, somm. 349). L'adjudication est avant tout une expropriation forcée. Le créancier fixe les conditions de la vente tandis que le débiteur saisi reçoit sommation d'en prendre connaissance ; rien ne permet d'y voir un contrat et, *a fortiori*, un contrat judiciaire.

44. De manière plus évidente, l'aveu judiciaire et le serment décisoire, contrairement à une analyse ancienne (pour l'aveu, V. not. Cass. req. 24 janv. 1877, DP 1878. 1. 125 ; Cass. req. 29 févr. 1904, DP 1904. 1. 263 ; Cass. com. 6 nov. 1961, Bull. civ. III, n^o 394 ; et, pour le serment décisoire, V. Cass. 1^{re} civ. 28 févr. 1938, DH 1938. 274, note anonyme, DC 1942. 99, 1^{re} esp., note G. Hollaux), ne sauraient être qualifiés de contrats judiciaires faute d'être des conventions. En effet, on ne voit pas comment la simple déclaration unilatérale de l'une des parties, qu'il s'agisse de l'aveu ou du serment, permettrait d'aboutir à la formation d'un accord de volontés (en ce sens, V. A. TISSIER, note préc. [*supra*, n^o 3], spéc. p. 306). La distinction entre l'aveu judiciaire et le contrat judiciaire a clairement été établie par la jurisprudence qui a jugé que « si, en l'absence tant d'acceptation [du demandeur] que de toute constatation d'un accord par le tribunal, les juges d'appel ont inexactement qualifié de "contrat judiciaire" la reconnaissance de la réalité d'un empiètement de 38 mètres carrés exprimée par le [défendeur] dans ses conclusions de première instance, cette reconnaissance n'en constituait pas moins un aveu judiciaire faisant pleine foi contre son auteur de l'existence d'un fait dommageable... » (Cass. 3^e civ. 1^{er} oct. 1975, Bull. civ. III, n^o 267). De même a-t-il été jugé que la seule acceptation de prêter le serment décisoire ne constitue pas en soi un contrat judiciaire (Cass. 2^e civ. 3 avr. 1978, D. 1979, IR 480, obs. P. Julien).
45. **Expression des consentements.** – L'échange des consentements, qui s'incarne dans le croisement d'une offre et d'une acceptation, manifeste l'accord des parties. Celui-ci n'est soumis à aucune forme particulière et peu importe la manière dont il se manifeste (Cass. 1^{re} civ. 15 févr. 1973, Defrénois 1975, art. 31858). Mais, si le consentement d'une partie peut être simplement tacite (Cass. soc. 26 avr. 1966, Bull. civ. III, n^o 197), il ne doit en revanche pas laisser place au doute. La Cour de cassation décide pour cette raison qu'il ne peut y avoir de contrat judiciaire si le consentement de l'une des parties reste équivoque (Cass. 1^{re} civ. 3 juin 1964, Bull. civ. I, n^o 295). Quant à la déclaration faite par l'une des parties de « s'en remettre à la justice » ou de « s'en rapporter à justice », elle ne saurait être considérée comme l'expression d'une acceptation des prétentions du demandeur (Cass. 1^{re} civ. 25 nov. 1980, Bull. civ. I, n^o 303 ; Cass. com. 22 avr. 1986, Bull. civ. IV, n^o 69 ; Cass. com. 26 juin 1990, Cn^o 88-13283, Bull. civ. IV, n^o 187, Gaz. Pal. 1991. 1, panor. 85) : le rapport à justice s'analyse « non pas comme une approbation mais comme une contestation de la demande dont le bien ou mal-fondé est laissé à l'appréciation des juges du fond » (Cass. 1^{re} civ. 27 oct. 1993, Bull. civ. I, n^o 301, Gaz. Pal. 1994. 1, panor. 44, CRTD civ. 1994. 676, obs. R. Perrot).
46. Le plus souvent, l'offre est contenue dans les conclusions de l'une des parties (CA Rouen, 11 mars 1910, DP 1911. 2. 140 ; Cass. civ. 8 juill. 1925, DP 1927. 1. 21, note anonyme ; Cass. req. 17 déc. 1878, DP 1879. 1. 255) ou dans une déclaration verbale faite à l'audience (Cass. civ. 3 févr. 1915, DP 1918. 1. 41, note L. Sarrut ; CA Montpellier, 6 déc. 1929, DH 1930. 140). En revanche, la demande d'enquête adressée au juge par l'une des parties ne constitue pas une proposition de contracter. Dès lors, le fait pour le défendeur de ne pas s'être opposé à l'enquête proposée par le demandeur ne saurait s'analyser en une acceptation constitutive d'un contrat judiciaire (CA Nancy, 18 mai 1955, JCP 1955. IV. 138).

47. L'offre de contracter est bien sûr caduque si le destinataire manifeste sans équivoque la volonté de la rejeter (Cass. 2^e civ. 9 nov. 1971, Bull. civ. II, n^o 302 ; V. égal. Cass. req. 10 juin 1863, DP 1863. 1. 371). L'offre seule n'ayant pas force obligatoire, sa rétractation reste possible jusqu'à l'acceptation de l'autre partie. En ce sens, des offres de paiement faites par le débiteur et acceptées par le créancier ne constituent pas l'accord nécessaire à la formation d'un contrat judiciaire et ne lient pas le débiteur dès lors que celui-ci a, avant leur acceptation par leur créancier, manifesté directement son intention de les rétracter (Cass. civ. 9 janv. 1872, DP 1873. 1. 228 ; V. égal. Cass. civ. 3 janv. 1883, DP 1883. 1. 457).
48. L'offre de contracter doit être suivie d'une acceptation concordante. Celle-ci doit porter sur le même objet que l'offre et n'être assortie d'aucune réserve (Cass. 1^{re} civ. 1^{er} avr. 1896, DP 1897. 1. 118). A ainsi été censurée la décision qui, pour condamner l'usager d'un chemin privé à participer aux frais de remise en état de ce chemin, retient l'existence d'un contrat judiciaire sur le seul fondement de sa déclaration assortie de réserves, faite à l'expert, selon laquelle il n'était pas opposé à participer aux frais d'entretien du chemin mais demandait une étude des travaux à effectuer (Cass. 3^e civ. 25 janv. 1983, Bull. civ. III, n^o 23, D. 1983, IR 266, Rev. huissiers 1985. 827). Dans le même sens, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel pour avoir retenu l'existence d'un contrat judiciaire alors que les parties ne s'étaient pas engagées dans les mêmes termes (Cass. 2^e civ. 16 mai 1990, [C.D. 1990, IR 133](#)).

B. – Validité du contrat.

49. **Intégrité du consentement.** – Les règles de validité du contrat judiciaire répondent aux conditions du droit commun des obligations. Les parties doivent à ce titre disposer de la capacité et du pouvoir de contracter, et l'intégrité de leur consentement doit être respectée. À cet égard, la jurisprudence rappelle « que le contrat dont il est donné acte [...] demeure [...] rescindable, comme tous les contrats, pour vice du consentement » (CA Montpellier, 6 déc. 1929, DH 1930. 140 ; Cass. req. 4 juin 1931, DH 1931. 396). Des trois vices du consentement visés par le code civil (art. 1109), l'erreur est la plus fréquemment invoquée. En effet, le dol et la violence se conçoivent plus difficilement en raison des conditions particulières dans lesquelles se forme le contrat judiciaire (V. néanmoins Cass. 1^{re} civ. 13 mars 1979, Bull. civ. I, n^o 88).
50. Pour conduire à l'annulation du contrat, l'erreur doit être substantielle (Cass. 1^{re} civ. 8 mars 1966, Bull. civ. I, n^o 171). C'est le cas lorsque l'offre de verser une indemnité d'éviction pour refus de renouvellement du bail commercial a été faite en raison de la croyance erronée que l'indemnité était due, alors que les conditions posées par les textes n'étaient pas réunies (Cass. com. 28 nov. 1967, JCP 1968. II. 15464, note B. Boccara). De même, on ne saurait tenir comme une sollicitation valable formant le premier élément du contrat, une demande acceptée par le défendeur, lorsqu'il est certain que c'est par erreur du copiste que la demande s'est trouvée réduite au chiffre porté dans la copie de l'exploit (CA Grenoble, 6 nov. 1906, DP 1909. 2. 30).
51. La jurisprudence admet l'annulabilité du contrat judiciaire pour erreur de droit (Cass. 1^{re} civ. 13 juin 1961, Bull. civ. I, n^o 309 ; Cass. 2^e civ. 20 oct. 1982, Bull. civ. II, n^o 128). Encore faut-il réserver les cas où l'accord des parties est soumis à un régime spécifique, comme pour la transaction (C. civ., art. 2052, al. 2).
52. En tout état de cause, qu'il s'agisse d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit, celle-ci doit être excusable pour ouvrir droit à l'annulation du contrat judiciaire. Ainsi, l'erreur invoquée par une société, partie contractante à un contrat judiciaire, ne peut-elle provoquer l'annulation dudit contrat dès lors qu'elle résulte d'une négligence de cette société qui n'avait pas consulté les registres publics susceptibles de la renseigner exactement sur ses droits (Cass. 3^e civ. 27 nov. 1979, Bull. civ. III, n^o 215, D. 1980, IR 465, obs. P. Julien, Defrénois 1980. 1209, obs. J.-L. Aubert).

53. **Objet du contrat.** – Le contrat judiciaire présente une certaine originalité dans la mesure où il se rattache, d'une manière plus ou moins directe, au procès dans le cadre duquel il intervient (sur les différents types de contrat judiciaire, V. *supra*, n^{os} 8 et s.). S'il se rapporte au fond du litige, et non au déroulement de la procédure ou aux pouvoirs du juge, le contrat judiciaire peut porter sur l'ensemble du différend ou sur l'un seulement de ses éléments (V. Cass. 1^{re} civ. 3 juin 1964, Bull. civ. I, n^o 295 ; rappr. *a contrario* l'art. 130 NCPC qui envisage l'hypothèse d'un accord partiel consécutif à une conciliation).
54. L'objet du contrat judiciaire doit être licite (par ex., V. Cass. soc. 3 mars 1977, Bull. civ. V, n^o 162) et déterminé ou du moins objectivement déterminable. Cette dernière condition, énoncée pour le contrat de vente par l'article 1591 du code civil, a été reprise par la chambre commerciale de la Cour de cassation, en matière de contrat judiciaire, dans un arrêt du 20 juin 1989 (Bull. Joly 1989. 721, § 261, CRTD civ. 1990. 648, obs. J. Mestre) : à la suite d'un contentieux entre les associés d'une société créée de fait, un jugement du tribunal de Cannes avait rejeté la demande de dissolution présentée par l'un d'eux et avait donné acte aux autres de leur offre de racheter les droits sociaux de celui-ci. Mais, bien qu'il ait souscrit à l'offre de ses coassociés en acceptant le jugement, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que la vente n'était pas devenue effective au motif « qu'une vente, même si elle résulte d'un contrat judiciaire, ne peut être effective avant que le prix n'en soit déterminé ».
55. Le contrat judiciaire ne peut, pas plus que tout autre contrat, déroger aux lois d'ordre public. Ainsi, il n'est pas possible d'y inclure une clause contredisant une règle impérative (Cass. soc. 3 mars 1977, Bull. civ. V, n^o 162). Par ailleurs, conformément au droit commun des obligations, les parties ne peuvent conclure une convention que sur des droits disponibles. Pour cette raison, il ne saurait y avoir de contrat judiciaire « dans les matières où, comme pour tout ce qui concerne la garde de la personne des mineurs, et ses accessoires tels que l'exercice du droit de visite et d'hébergement, les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits » (CA Paris, 15 oct. 1986, D. 1986, IR 484 ; en ce sens, V. égal. Cass. 2^e civ. 15 juill. 1981, Bull. civ. II, n^o 158, Gaz. Pal. 1982. 1. 12, note J. Viatte, RD sanit. soc. 1982. 189, obs. P. Raynaud). Aussi, bien que le premier juge ait donné acte aux parties de leur accord en ce qui concerne le droit de visite et d'hébergement et la pension pour l'enfant commun, le père est recevable en son appel relatif aux mesures provisoires édictées sur ces deux chefs (CA Paris, 15 oct. 1986, préc. ; rappr. Cass. 2^e civ. 11 juill. 1983, Gaz. Pal. 1984. 2. 719).
56. Il ne faudrait pas pour autant en déduire qu'aucun accord entre les parties ne peut intervenir dans un litige portant sur des droits indisponibles. En effet, est ici visé l'objet du contrat et non pas l'objet du litige, l'un et l'autre n'étant pas nécessairement identiques. Un contrat peut donc être conclu au cours d'une procédure relative à un litige portant sur des droits indisponibles dès lors qu'il ne porte pas lui-même sur le litige mais, par exemple, sur la marche de l'instance (V. *supra*, n^o 18).

§ 2. – Intervention du juge.

A. – Activité du juge.

57. **Rapprochement de parties.** – Le rôle du magistrat dans la formation du contrat judiciaire se borne à une simple constatation, mais il n'est pas rare qu'il contribue préalablement au rapprochement des parties conformément à la mission conciliatrice que lui confie le nouveau code de procédure civile (NCPC, art. 21). À cet égard, l'intervention judiciaire peut prendre des visages variés, le juge étant libre d'inviter les parties à trouver un terrain d'entente devant un médiateur (NCPC, art. 131-1) ou même un expert (NCPC, art. 323).
58. Certes, le juge ne peut donner mission au technicien de concilier les parties (NCPC, art. 240). Mais le rapport de l'expert (NCPC, art. 238), accepté d'un commun accord par les deux parties et « homologué » ou « entériné » par le juge à la demande de ces dernières, est constitutif d'un contrat judiciaire (Cass. req. 30 nov. 1863, DP 1864. 1. 216 ;

Cass. civ. 19 avr. 1870, DP 1870. 1. 219 ; Cass. req. 21 déc. 1932, Gaz. Pal. 1933. 1. 446). La Cour de cassation a ainsi pu juger que, si les parties acceptent les conclusions de l'expert fixant un taux de loyer pour la période litigieuse, un contrat judiciaire se forme quant au montant du loyer, ce qui a pour effet de rendre la créance du propriétaire certaine, liquide et exigible (Cass. 2^e civ. 16 juill. 1975, Bull. civ. II, n^o 222).

59. Faute de rapprochement des parties, le juge ne peut les obliger à régler elles-mêmes à l'amiable leur litige. Il a alors obligation de statuer conformément à l'article 12 du nouveau code de procédure civile (Cass. soc. 21 févr. 1980, Bull. civ. V, n^o 173).
60. **Constatation de l'accord.** – Le juge doit s'assurer de la réalité de l'accord des parties. Il dispose, sur ce point, d'un pouvoir souverain d'appréciation qui doit l'amener à en cerner l'objet et en définir la portée : le contrat judiciaire portant règlement du litige « n'existe qu'autant que le juge a constaté l'accord des parties sur le point qui en fait l'objet » (Cass. soc. 3 mars 1981, Bull. civ. V, n^o 159). La Cour de cassation vérifie pour sa part si la qualification de contrat judiciaire est conforme aux faits souverainement constatés par les juges du fond et, à ce titre, elle exige de ces derniers « qu'ils précisent l'acte ou les circonstances sur lesquels ils se fondent pour constater l'accord des parties » (Cass. 1^{re} civ. 16 mai 1990, [CRTD civ. 1990. 648, obs. J. Mestre](#) ↗).
61. Si le juge considère qu'aucun contrat ne s'est réalisé entre les parties, il reste saisi et, conformément aux règles du procès, il doit statuer sur le litige. Dans ce cas, il ne peut lui être reproché de s'être prononcé en méconnaissance d'un contrat judiciaire dont il ne reconnaît pas l'existence (Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1980, Bull. civ. I, n^o 116).
62. Le juge peut seulement constater le contrat judiciaire sans en modifier le contenu, ni substituer sa volonté à celle des parties (CA Aix-en-Provence, 7 mai 1934, DH 1934. 436). Ainsi, dans un litige où un accord est intervenu entre les parties à l'instance, « les juges doivent en donner acte afin de [...] consacrer le contrat judiciaire qui est ainsi formé » ; en refusant de le faire, ils contreviennent à l'article 1134 du code civil (Cass. civ. 8 juill. 1925, DP 1927. 1. 21). De la même façon, la Cour de cassation a censuré la décision des juges d'appel qui « avaient subordonné l'exécution de la convention des parties à une condition qui n'y figurait pas » (Cass. 3^e civ. 11 oct. 1977, D. 1978, IR 76, obs. G. Roujou de Boubée).
63. **Contrôle restreint.** – Contrairement à certaines conventions dont la validité est conditionnée à un contrôle juridictionnel poussé de la teneur de l'accord (V. *supra*, n^{os} 27 et s.), le contrat judiciaire ne donne lieu qu'à un contrôle formel. En effet, l'intervention du juge à l'égard du contrat judiciaire est passive : elle est comparable à celle d'un notaire. Le juge se borne à vérifier l'existence d'un accord de volontés mais il ne lui appartient pas de contrôler l'intégrité des consentements, laquelle peut éventuellement être contestée par la voie d'un recours en annulation pour vice de consentement. Le juge n'a pas non plus à se prononcer sur l'opportunité de l'accord dont il lui est demandé de donner acte.
64. Le rôle passif du juge ne doit pas pour autant priver ce dernier du pouvoir de contrôler la conformité du contrat judiciaire à l'ordre public. Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer clairement sur ce point dans un arrêt du 19 mars 1971 (Mergui, Rec. CE, p. 234, concl. M. Rougevin-Baville, RD publ. 1972. 235, note M. Waline, RTD civ. 1972. 638, obs. P. Hébraud et P. Raynaud). En l'occurrence, un accord était intervenu entre le ministre de l'Intérieur et des propriétaires par lequel celui-ci acceptait de verser à ses derniers une indemnité en réparation du préjudice subi par le refus du concours de la force publique pour l'exécution d'une ordonnance d'expulsion à l'encontre de leur locataire. Toutefois, le tribunal administratif refusait d'entériner l'accord ainsi conclu et décidait de modifier le montant de l'indemnité offerte par le ministre en déduisant les loyers qu'il estimait avoir été payé aux propriétaires par leur locataire. Appelé à se prononcer, le Conseil d'État décide que « si, à l'occasion d'un litige, une collectivité publique a offert de verser une indemnité à la victime d'un dommage, si cette offre a été acceptée et si les

parties concluent à ce que le juge administratif sanctionne l'accord ainsi réalisé, il n'appartient à la juridiction compétente de donner acte de cet accord qu'à la condition que ce dernier ne méconnaisse aucune règle d'ordre public ».

65. En l'absence de toute décision jurisprudentielle, on ne peut affirmer avec certitude que cette solution est transposable en matière civile. Mais, dans la mesure où le contrat judiciaire requiert des parties qu'elles aient la libre disposition de leurs droits (V. *supra*, n° 55), il est permis de penser que, dans le cas où elles n'en disposeraient pas librement, la liaison du juge serait inopérante. Dans ce cas, le juge doit pouvoir soulever la nullité du contrat judiciaire et refuser d'en donner acte. La règle est identique lorsqu'il est porté atteinte à l'ordre public procédural, la maîtrise des parties sur le fond du droit ne pouvant, sur ce point, faire obstacle au pouvoir du juge dans l'instance. Dans l'hypothèse où le juge aurait néanmoins entériné un accord des parties contrevenant à des dispositions d'ordre public, la sanction devrait être la recevabilité de l'appel, la décision du juge ne pouvant tout simplement s'analyser comme la constatation d'un contrat judiciaire des parties.

B. – Acte judiciaire.

66. À l'exception de la Cour de cassation (Cass. 3^e civ. 29 nov. 1967, Bull. civ. III, n° 391), tout juge régulièrement saisi est *a priori* compétent pour constater un contrat judiciaire. Cela vaut pour les juridictions du fond, qu'elles soient ou non spécialisées, mais également pour le juge de la mise en état (Cass. 3^e civ. 16 janv. 1973, Bull. civ. III, n° 47 ; rappr. NCP, art. 768) ou le juge des référés (Cass. 2^e civ. 8 févr. 1967, Bull. civ. II, n° 54). Chacune de ces juridictions a le pouvoir, dès lors qu'elle agit dans son champ de compétence (éventuellement prorogé), de constater l'accord des parties.
67. L'acte consacrant le contrat judiciaire est susceptible de prendre des formes variables en fonction de l'objet du contrat. Il peut s'agir, selon les cas, d'un procès-verbal de conciliation (NCP, art. 130), d'une décision de dessaisissement (NCP, art. 384), ou encore d'un jugement de donné acte... Sous réserve des dispositions propres à chacun de ces actes, on retiendra que l'acte judiciaire doit être signé du juge mais que la signature des parties n'est pas systématiquement requise dès lors qu'il n'est « ni contesté ni contestable que lors de la comparution personnelle des parties, ces dernières ont pris un accord devant le juge rapporteur » (T. com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. 555, note P. Decheix).
68. La constatation par le juge de l'accord des parties fait preuve du contrat judiciaire (Cass. req. 2 juin 1908, S. 1909. 1. 305) mais elle est également une condition de sa réalisation. La jurisprudence rappelle en effet avec constance que le contrat judiciaire n'existe pas sans constatation expresse du juge (par ex., V. Cass. civ. 3 févr. 1915, DP 1918. 1. 41, note L. Sarrut ; Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1980, Bull. civ. I, n° 116 ; Cass. 3^e civ. 25 janv. 1983, D. 1983, IR 266, Bull. civ. III, n° 23 ; Cass. soc. 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 159 ; Cass. 2^e civ. 14 déc. 1992, Cⁿ 91-15231, Bull. civ. II, n° 313).
69. Certains auteurs voient dans le constat du juge une condition de validité du contrat judiciaire, lequel est alors conçu comme un acte solennel dont la formation est subordonnée à la décision de donné acte (V. not. Y. MULLER, thèse préc., conclusion générale). Dans cette perspective, tant que la constatation judiciaire n'a pas eu lieu, les parties ne sont liées que par une promesse d'acte solennel, laquelle ne « vaut » pas contrat définitif. Par conséquent, en l'absence d'intervention du juge, la convention des parties est impuissante à faire naître des obligations susceptibles d'exécution forcée et aucune fin de non-recevoir tirée de son existence ne peut être invoquée par l'une des parties (Cass. req. 28 mars 1922, DP 1922. 1. 164).
70. En l'absence de décision jurisprudentielle clarifiant la portée de l'intervention du juge, il est néanmoins permis de penser que celle-ci conditionne moins la validité de l'accord conclu entre les parties que sa qualification de contrat judiciaire. Cette thèse semble confirmée par certains arrêts de la Cour de cassation qui affirme, d'une part, que « le contrat

judiciaire [...] n'est pas mis à néant par l'annulation de la décision qui le constate » (Cass. 3^e civ. 10 juill. 1991, *CD*. 1991, IR 196, JCP 1991. IV. 353), d'autre part, que « les parties sont liées par leur convention avant même qu'elle ait revêtu la forme judiciaire, à moins qu'elles n'aient subordonné leur engagement à cette condition de forme » (Cass. req. 21 déc. 1932, Gaz. Pal. 1933. 1. 446, note anonyme). Dans cette perspective, le contrat existe indépendamment de toute intervention judiciaire mais il doit, pour produire l'ensemble de ses effets, être constaté par le juge.

71. Que l'on conçoive le contrat judiciaire comme un acte solennel dont l'existence est conditionnée à l'intervention d'une juridiction ou, au contraire, comme un acte consensuel soumis à une simple formalité judiciaire, la constatation de l'accord par le juge est toujours nécessaire à son efficacité processuelle. Ainsi, le contrat portant sur la solution d'un litige n'acquiert son caractère authentique et sa force exécutoire qu'une fois constaté par le juge (V. *infra*, n^{os} 80 et s.). Quant au contrat portant sur le déroulement du procès (V. *supra*, n^{os} 15 et s.), il existe dès l'accord des parties mais demeure privé de tout effet tant qu'il n'a pas été soumis à la juridiction pour que celle-ci en prenne acte.

ART. 2. – EFFETS DU CONTRAT JUDICIAIRE.

72. En raison de sa double dimension conventionnelle et judiciaire, le contrat judiciaire est doté d'une force juridique particulière qui se révèle dans une série d'effets, les uns rattachés à l'accord de volontés des parties, les autres au titre établi par le juge (V. *infra*, n^{os} 73 et s.). La nature hybride du contrat judiciaire explique qu'il soit soumis à un régime de recours étroitement encadré permettant l'annulation du contrat mais limitant les possibilités de contestation de l'acte judiciaire qui le constate (V. *infra*, n^{os} 87 et s.).

§ 1^{er}. – Force juridique du contrat judiciaire.

A. – Force obligatoire.

73. Conformément au droit commun des obligations, le contrat judiciaire a force obligatoire entre les parties (C. civ., art. 1134) et chacune d'elles doit l'exécuter de bonne foi (CA Bordeaux, 3 févr. 1914, Gaz. Pal. 1914. 1. 405, RTD civ. 1914. 417, obs. J. Hémar). Une fois régulièrement formé et constaté par le juge, le contrat judiciaire est irrévocable (Cass. 1^{re} civ. 20 juill. 1961, Bull. civ. I, n^o 421 ; Cass. 1^{re} civ. 4 janv. 1979, Gaz. Pal. 1979. 1, somm. 234). L'une des parties ne saurait donc modifier unilatéralement ce qui a été convenu d'un commun accord (par ex., V. Cass. soc. 30 oct. 1962, Bull. civ. IV, n^o 766 ; Cass. 1^{re} civ. 20 juill. 1961, Bull. civ. I, n^o 421).
74. Les parties ne sont liées qu'en ce qui touche l'objet même de la convention et que dans la qualité en laquelle elles ont contracté. Sous cette réserve, les obligations (de faire, de payer une somme d'argent, de livrer un bien...) auxquelles le contrat judiciaire peut donner naissance obligent les parties comme un contrat synallagmatique ordinaire et peuvent, le cas échéant, faire l'objet d'une exécution forcée.
75. **Effet à l'égard du juge.** – Si l'accord des parties porte sur le fond du litige, le juge doit se borner à en donner acte sans se prononcer sur son opportunité. Si, au contraire, l'accord est relatif au déroulement du procès, le juge doit non seulement le constater mais également adapter ses pouvoirs ou aménager le déroulement de l'instance, voire y mettre fin, conformément à la volonté des parties. Dans tous les cas, le contrat s'impose à la juridiction qui ne peut aménager les obligations auxquelles les parties ont consenti (Cass. com. 13 oct. 1964, Bull. civ. III, n^o 421 ; Cass. com. 22 mars 1965, Bull. civ. III, n^o 210 ; Cass. 3^e civ. 8 févr. 1972, Bull. civ. III, n^o 870).
76. Une fois l'accord judiciairement constaté, le juge peut toujours l'interpréter (Cass. 1^{re} civ. 10 oct. 1960, Bull. civ. I, n^o 427 ; Cass. com. 20 févr. 1963, Bull. civ. III, n^o 115). Ainsi, dans une affaire où les parties avaient convenu de soumettre leur litige à un expert, la Cour de cassation a jugé que « le tribunal, en présence de ce contrat judiciaire, a pu

décider qu'il y avait obligation pour elles de ne faire aucun acte de procédure avant le dépôt du rapport d'expertise » (Cass. req. 28 nov. 1938, DH 1939. 99).

77. Le risque de dénaturation existe néanmoins et le juge doit s'en prémunir (V. Cass. com. 18 janv. 1949, Bull. civ. III, n° 30 ; Cass. 1^{re} civ. 3 juin 1964, Bull. civ. I, n° 295) même s'il se voit reconnaître certains pouvoirs d'accompagnement dans la mise en œuvre du contrat judiciaire. La jurisprudence admet ainsi que le juge prenne les mesures nécessaires pour garantir l'exécution des engagements pris par les parties sans que cela entraîne une dénaturation dudit contrat (CA Angers, 17 mars 1970, D. 1971, somm. 4, RTD civ. 1970. 812, obs. P. Hébraud et P. Raynaud ; Cass. 2^e civ. 12 juin 1991, CD. 1992. 320, note F. Durieux).
78. **Effets à l'égard des tiers.** – Conformément à l'article 1165 du code civil, le contrat judiciaire ne produit d'effet qu'à l'égard des parties entre lesquelles il est intervenu ; il est inopposable aux tiers. Cependant, dans la mesure où le contrat judiciaire intervient dans le cadre d'un procès, se pose la question de l'intervention d'un tiers (NCPC, art. 66, al. 1^{er}), cette demande incidente qui modifie le cadre subjectif du procès en intégrant une personne nouvelle dans le rapport juridique d'instance.
79. S'agissant de l'intervention volontaire, celle-ci est possible en tout état de cause. L'immixtion du tiers dans le procès a pour conséquence la caducité de l'accord des plaideurs, sauf à réserver l'hypothèse où le contrat judiciaire emporte extinction d'instance. L'intervention volontaire accessoire disparaît alors avec l'instance principale, l'intervenant n'ayant pas plus de droits que celui dont il soutient les prétentions (Cass. req. 22 juill. 1902, DP 1902. 1. 399). En revanche, il semble que l'intervention volontaire principale subsiste puisque l'intervenant invoque un droit propre.

B. – Autorité renforcée.

80. **Force authentique.** – La constatation du contrat judiciaire par le juge lui confère l'authenticité, cette qualité probatoire propre aux actes reçus par un officier public. La jurisprudence considère en effet que « l'ordonnance ou le procès-verbal qui constate une convention ou un accord des parties sur un objet déterminé est un acte judiciaire ayant la force probante d'un acte authentique » (CA Montpellier, 6 déc. 1929, DH 1930. 140). Le juge qui donne acte d'un contrat judiciaire l'authentifie comme pourrait le faire un notaire. Il s'ensuit que l'acte du juge fait pleine foi de la convention passée entre les parties conformément à l'article 1319 du code civil, et seule la voie de l'inscription de faux est ouverte pour contester l'existence de l'accord judiciairement constaté (CA Colmar, 20 janv. 1933, DP 1935. 2. 25, note A. Chéron). S'agissant des énonciations des parties et non des faits personnellement constatés par l'officier public, la preuve contraire est néanmoins admise sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure d'inscription de faux (par ex., V. Cass. 1^{re} civ. 13 mai 1986, Bull. civ. I, n° 122, RTD civ. 1988. 145, obs. J. Mestre).
81. **Force exécutoire.** – Le contrat judiciaire, ou plus exactement l'acte du juge qui constate l'accord des parties, constitue un titre exécutoire. Si l'une des parties à la convention constatée par le juge n'exécute pas ses obligations, l'autre peut procéder contre elle par voie d'exécution forcée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un jugement de condamnation (par ex., V. CA Angers, 17 mars 1970, D. 1971, somm. 4, RTD civ. 1970. 812, obs. P. Hébraud et P. Raynaud). Cette solution est consacrée de manière générale par l'article 384 du nouveau code de procédure civile. En vertu de ce texte, il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, fût-il conclu hors de sa présence, dès lors qu'il en résulte une extinction de l'instance.
82. D'autres dispositions particulières rappellent, pour tel ou tel type de contrat judiciaire, que la force exécutoire est attachée à l'intervention du juge. Ainsi, l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile dispose-t-il que le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, lui confère force exécutoire. De la même

manière, l'article 131 du même code prévoit que les extraits du procès-verbal signés par le juge constatant la conciliation et par les parties en cours d'instance valent titre exécutoire.

83. Cette règle est également posée par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (JO 14 juill.). Indiquant ce qu'il faut entendre par titre exécutoire, l'article 3 de ce texte vise, entre autres et à côté des décisions de justice, les transactions soumises au président du tribunal de grande instance et les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties. Pour autant, le contrat judiciaire portant sur le *quantum* d'une pension alimentaire n'est pas susceptible de faire l'objet d'un paiement direct car il n'entre pas, contrairement aux décisions judiciaires exécutoires, dans les prévisions de l'article 1^{er} de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 instituant cette procédure (JO 3 janv.) [Cass. 2^e civ. 7 mars 2002, [n° 00-11.228](#), Petites affiches 2003, n° 6, p. 15, note G. Chabot].
84. **Autorité de la chose jugée.** – La question de l'autorité du contrat judiciaire au regard de celle du jugement ne se pose que dans l'hypothèse – mais c'est la plus fréquente – où le contrat judiciaire vient résoudre un litige et se substituer à la décision judiciaire finale. Le risque de confusion entre le jugement, acte juridictionnel, et le contrat judiciaire est alors alimenté par l'article 2052 du code civil qui reconnaît « autorité de la chose jugée en dernier ressort » à la transaction dont l'objet est, par définition, de terminer une contestation.
85. En réalité, si le contrat judiciaire présente une analogie remarquable avec le jugement, on ne saurait confondre l'autorité émanant des deux actes, lesquels sont d'essences radicalement distinctes. Le jugement est le résultat du pouvoir de juger reconnu à un fonctionnaire public. Le contrat judiciaire est au contraire l'expression de la volonté des parties de mettre fin à l'amiable au litige qui les oppose. Il s'ensuit que le jugement tire son autorité de l'intervention juridictionnelle du juge, alors que la force obligatoire du contrat judiciaire repose sur l'accord de volontés des parties : au jugement ayant autorité de la chose jugée s'oppose un contrat ayant force obligatoire, à l'acte juridictionnel s'oppose l'acte contractuel.
86. Dès lors, si l'article 2052 du code civil confère l'autorité de la chose jugée à la transaction, il ne l'assimile pas pour autant à un jugement ; tout au plus exprime-t-il l'effet extinctif de l'accord terminant une contestation. Cet effet extinctif, qui bénéficie à tout contrat judiciaire portant règlement d'un litige, signifie tout d'abord que le juge n'a pas à statuer sur le différend conventionnellement résolu et qu'il doit s'en dessaisir. L'article 2052 emporte également interdiction, pour les parties, de saisir la justice d'une prétention identique à celle qui fait l'objet de l'accord. Si, néanmoins, l'une des parties prétendait engager une action ayant un objet identique à celui du contrat judiciaire, l'autre partie pourrait s'y opposer en invoquant une fin de non-recevoir tirée de l'existence dudit contrat. Véritable exception de transaction (*exceptio litis finitae per transactionem* ; V. Cass. req. 28 mars 1922, DP 1922. 1. 164, *a contrario*), cette fin de non-recevoir d'origine conventionnelle n'est pas d'ordre public. Elle doit donc être soulevée par l'une des parties. Pour cette raison, les juges d'appel ne peuvent rejeter la demande de l'appelant en se fondant sur un contrat judiciaire formé en première instance si l'existence de cet accord n'a pas été soutenue devant eux (Cass. 1^{re} civ. 8 mars 1972, Bull. civ. I, n° 78).

§ 2. – *Recours contre le contrat judiciaire.*

A. – *Action en nullité contre le contrat des parties.*

87. La jurisprudence admet de manière constante que le « contrat judiciaire est exposé aux [...] voies de nullité ou de rescision susceptibles d'atteindre les contrats » (Cass. 3^e civ. 10 juill. 1991, [n° D. 1991, IR 196](#), Bull. civ. III, n° 208). Le demandeur peut donc toujours poursuivre, à titre principal ou par voie d'exception (Cass. 2^e civ. 19 janv. 1977, Bull. civ. II, n° 128), l'annulation du contrat judiciaire, voire sa résolution ou sa résiliation (Cass. soc. 20 févr. 1964, Bull. civ. IV, n° 159).

88. L'annulation du contrat judiciaire peut être demandée pour défaut d'une de ses conditions de validité. Elle est le plus souvent fondée sur l'erreur, qui peut être de fait ou de droit (V. *supra*, n^{os} 49 et s.). Il a ainsi été jugé que le contrat judiciaire constaté par un procès-verbal de conciliation rendu en matière d'accident du travail, et portant engagement du chef d'entreprise de payer une rente viagère à la victime, peut être rescindé pour cause d'erreur lorsqu'il apparaît que l'incapacité de la victime résultait, non pas de l'accident de travail, mais d'une affection osseuse (Cass. req. 4 juin 1931, DH 1931. 396). De la même façon, l'acquiescement à la demande résultant de l'offre de payer formulée par une partie dans ses conclusions a pu être révoqué, au motif que le consentement donné « au contrat judiciaire [...] a été vicié par l'erreur de droit qu'elle a commise en croyant que le syndic pouvait se prévaloir contre elle d'une créance » (Cass. 2^e civ. 20 oct. 1982, Bull. civ. II, n^o 128).

B. – Voies de recours contre le donné acte du juge.

89. **Absence de voies de recours.** – La nature contractuelle du contrat judiciaire explique la recevabilité de l'action principale en nullité en même temps qu'elle exclut toutes les voies de recours normalement ouvertes contre les jugements (Cass. 1^{re} civ. 20 juill. 1961, D. 1962, somm. 4 ; CA Paris, 2 févr. 1978, D. 1978, IR 472, obs. A. Bernard). Cette règle vaut pour les voies de recours ordinaires comme l'appel (Cass. 2^e civ. 11 juill. 1978, Bull. civ. II, n^o 189 ; Cass. 2^e civ. 20 mai 1985, Bull. civ. II, n^o 99) et pour les voies de recours extraordinaires comme le pourvoi en cassation (Cass. 2^e civ. 6 janv. 1966, Bull. civ. II, n^o 1 ; Cass. 2^e civ. 5 mars 1970, D. 1971, somm. 27 ; Cass. 2^e civ. 19 nov. 1986, Bull. civ. II, n^o 167), le recours en révision (Cass. 2^e civ. 20 mai 1985, Bull. civ. II, n^o 99) ou la tierce opposition (Cass. 2^e civ. 10 mai 1984, Bull. civ. II, n^o 80).
90. **Exceptions.** – Dans certaines hypothèses néanmoins, l'intervention du juge à l'origine du contrat judiciaire peut faire l'objet d'un recours. Il en va ainsi de la décision qui donne acte aux parties de leur accord sur certains éléments tout en tranchant d'autres points restés litigieux. La Cour de cassation a en effet décidé que « si un jugement qui constate l'accord des parties [...] ne peut être attaqué, pour cause d'erreur, que par voie d'action principale en nullité, à l'exclusion de toute voie de recours, il n'en est ainsi que si toutes les difficultés qui divisaient les plaideurs ont été réglées de leur consentement réciproque, hors l'œuvre du juge » (Cass. com. 10 mars 1952, D. 1952. 417, note anonyme).
91. La formation d'un recours contre la décision homologuant l'accord conclu entre les parties consécutivement à une procédure de médiation (NCPC, art. 131-12) ou à une tentative préalable de conciliation (NCPC, art. 832-8) paraît quant à elle possible sur le mode de l'appel contre une décision gracieuse (NCPC, art. 950 et s.). La solution s'impose au regard de la qualification de matière gracieuse, par ailleurs critiquée (V. *supra*, n^o 26), que le nouveau code de procédure civile attribue à ces décisions d'homologation particulières créatrices de contrats judiciaires.
92. Enfin, dans l'hypothèse particulière où le président du tribunal de grande instance donne force exécutoire à une transaction (NCPC, art. 1441-4), la possibilité d'un recours judiciaire semble acquise alors même que la nature de l'acte rendu par le juge reste incertaine (R. PERROT, L'homologation des transactions, Procédures 1999, chron. 10). Que l'on y voit l'expression de l'*imperium* du président du tribunal (CA Paris, 26 sept. 2003, CD. 2004. 1042, note H. Kenfack ↻, JCP 2004. I. 133, n^o 13, obs. L. Cadiet), ou au contraire une décision juridictionnelle (CA Versailles, 18 juin 2003, CD. 2004. 1332, note A. Merveille et R. ThomINETTE ↻), rien ne s'oppose à ce que cette décision fasse l'objet d'un référé-rétractation conformément à l'article 497 du nouveau code de procédure civile.

Procédure devant le tribunal d'instance

par

Renaud COLSON

Docteur en droit

DIVISIONS

Généralités, 1-3.

SECTION 1^{re} : Exercice de l'action, 4-67.

ART. 1^{er} : Comparution, assistance et représentation des parties, 5-18.

§1. – Comparution personnelle, 6-8.

§2. – Assistance et représentation, 9-15.

§3. – Validité du mandat ad litem, 16-18.

ART. 2 : Tentative préalable de conciliation des parties, 19-35.

§1. – La demande aux fins de tentative préalable de conciliation, 20-24.

§2. – Tentative préalable de conciliation menée par un conciliateur, 25-30.

§3. – Tentative préalable de conciliation menée par le juge, 31-35.

ART. 3 : Formes de la demande initiale, 36-67.

§1. – L'assignation à toutes fins, 37-55.

§2. – La requête conjointe et la présentation volontaire des parties, 56-63.

§3. – La déclaration au greffe, 64-67.

SECTION 2^e : Déroulement de l'instance, 68-130.

ART. 1^{er} : Introduction de l'instance, 69-90.

§1. – Naissance de l'instance, 70-79.

§2. – Fixation des audiences, 80-84.

§3. – Renvois de compétences, 85-90.

ART 2^e : Instruction et débats, 91-116.

§1. – Conciliation des parties, 92-98.

§2. – Mise en état des causes, 99-108.

§3. - Oralité de la procédure, 109-116.

ART. 3 : Dénouement de l'instance, 117-130.

§1. – Accord des parties, 118-122.

§2. – Jugement définitif, 123-127.

§3. – Voies de recours, 128-130.

SECTION 3^e : Procédures particulières, 131-139.

ART. 1^{er} : Ordonnances de référé, 132-135.

ART 2^e : Ordonnances sur requête, 136-137.

ART 3^e : Procédure sur décision de renvoi de la juridiction pénale, 138-139.

BIBLIOGRAPHIE

L. Blanc et J. Viatte, *Le nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles*, 1977, mise à jour 1980, Éd. Journal des notaires et des avocats. – L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., 2000, Litec. – P. Catala et F. Terré, *Procédure civile et voies d'exécution*, 2^e éd., 1976, PUF. – G. Couchez, *Procédure civile*, 12^e éd., 2002, Armand Colin. – G. Couchez, avec la collab. de J.-P. Langlade et D. Lebeau, *Procédure civile*, 10^e éd., 1998, Dalloz. – H. Croze et C. Laporte, *Guide pratique de procédure civile*, 2001, Litec. – H. Croze, C. Morel et O. Fradin, *Procédure civile*, 2^e éd., 2003, Litec. – S. Guinchard (sous la dir. de), *Droit et pratique de la procédure civile*, 2002, Dalloz. – J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., 2002, Montchrestien. – A. Jauffret, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution* (par J. Normand), 1984, LGDJ. – R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 1949. – H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1 : *Introduction, notions fondamentales et organisation judiciaire*, 1961 ; t. 2 : *La compétence*, 1973 ; t. 3 : *Procédure de première instance*, 1991, Sirey. – J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27^e éd., 2003, Dalloz.

J. Baland, La simplification de la procédure devant le tribunal d'instance, *Rev. huissiers* 1976, 85. – J. Barrère, Tribunal d'instance. Procédure, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 330 et 331. – C.-P. Barrière, L'oralité des débats devant le tribunal d'instance, *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 420 ; Nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.* 2001, doct. 270 ; L'obligation du secret entre les juges d'instance et les conciliateurs de justice, *Gaz. Pal.* 2002, doct. 1256. – V. Blum, Du nouveau au tribunal d'instance, *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. 255 – M. Caratini, À propos des tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.* 1989, 2, doct. 331. – Cros, Des conclusions devant le tribunal d'instance, *Ann. trib.* 1960, 419. – P. David, Tribunal d'instance. Référé, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 382. – Y. Desdevises, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, *D.* 1981, chron. 241. – P. Estoup, La procédure devant le tribunal d'instance, *D.* 1985, chron. 245 ; Conciliation judiciaire et extra-judiciaire dans les tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.* 1986, 1, doct. 288 ; Le juge d'instance. Attributions et procédure, *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 67 ; Le juge d'instance. Structures et organisation judiciaire, *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 197 ; Le juge d'instance. Les adaptations procédurales nécessaires, *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 338, La saisine du tribunal d'instance : une réforme simple et nécessaire, *Gaz. Pal.* 1988, 2, doct. 698 ; Le juge d'instance : saisine et répartition géographique, *Gaz. Pal.* 1991, 1, doct. 215. – M. Gaget, Le contrat de procédure au tribunal d'instance de Lyon, *Gaz. Pal.* 1987, 2, doct. 498. – J. Guilbaud, Le nouveau code de procédure civile, les huissiers de justice et les tribunaux d'instance, *Rev. huissiers* 1976, 29 ; Le référé devant le tribunal d'instance, *ibid.*, 77. – A. Lescaillon, La requête conjointe et la présentation volontaire des parties devant le tribunal d'instance. Un succédané (illégal) : l'avis d'audience par voie postale, *Rev. huissiers* 1986, 1513. – R. Perrot, L'unification des procédures suivies devant les juridictions autres que les tribunaux de grande instance, communication à l'Association française de droit judiciaire, colloque IEJ, Lyon, *Ann. fac. dr. Lyon* 1970, II, 632 – J.-P. Rousse, Le principe de la contradiction devant les tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.* 1972, 1, doct. 260. – J. Salvaire, L'autonomie procédurale des tribunaux d'instance, *JCP*, 1964, I, 1859. – H. Solus, Le tribunal d'instance, juridiction de droit commun, *D.* 1964, chron. 133.

Procédure devant le tribunal d'instance

Généralités.

1. *Esprit de la procédure.* - A l'image des attributions du tribunal d'instance (v. *Compétence devant le tribunal d'instance*), la procédure suivie devant cette juridiction est plurielle. Les règles gouvernant son activité varient selon l'objet de son intervention, contentieuse ou non contentieuse, et la nature de sa compétence, principale ou subsidiaire. La palette étendue des missions du tribunal d'instance en fait une juridiction hybride, ni vraiment juge d'exception, ni tout à fait juge de droit commun (*contra* H. Solus, Le tribunal d'instance, juridiction de droit commun, *D.* 1964, chron. 133), dont la caractéristique essentielle est de rendre une justice de proximité. Proche du citoyen, le juge d'instance l'est par ses attributions puisqu'il a vocation à connaître des litiges de la vie quotidienne rencontrés en qualité de consommateur ou de vendeur, de locataire ou de loueur, de débiteur ou de créancier, de voisin ou de parent. Pour apaiser ou, à défaut, trancher ces différends d'un intérêt patrimonial souvent limité mais qui n'en altèrent pas moins profondément le lien social, le juge d'instance entretient une forte proximité procédurale avec les justiciables. Le cadre institutionnel dans lequel il exerce sa fonction (v. *Tribunaux d'instance*) lui permet de rendre une justice géographiquement proche des plaideurs dans des délais relativement courts et pour un cout réduit. Statuant à juge unique (COJ, art. L. 321-4) sans formalisme excessif, le tribunal d'instance partage avec les autres juridictions d'exception un esprit de simplicité, de rapidité et d'économie. Il n'en est pas moins tenu de se conformer au standard du procès équitable (Conv. EDH, art. 6§1) dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle (fût-elle purement gracieuse : CEDH, 28 nov. 2000, Req. n° 36350/97, Aff. Siegel c/ France : *Procédures* 2001, n° 83).

2. *Historique.* - L'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 (*D.* 1959, Lég. 26) a institué le tribunal d'instance pour le substituer à la justice de paix (art. 2). Ce règlement, qui a transformé en profondeur la justice de proximité française en professionnalisant son personnel et en allégeant son implantation territoriale (P. Hébraud, Justice 59. Les juridictions, *D.* 1959, chron. 151), a déclaré applicables à la nouvelle juridiction la procédure jusqu'alors en vigueur devant le juge de paix (art. 3). Exposée dans le Livre 1^{er} du Code de procédure civile (ancien), celle-ci conférait une forte autonomie procédurale au tribunal d'instance (J. Salvaire, L'autonomie procédurale des tribunaux d'instance, *JCP* 1964, I, 1859), tant à l'égard du tribunal de grande instance que des autres juridictions d'exception. Cette situation a perduré jusqu'à l'unification de la procédure par les décrets de 1971, 1972 et 1973 à l'origine du Nouveau code de procédure civile. Abrogeant plusieurs dispositions particulières applicables au tribunal d'instance, ces textes l'ont soumis, en de nombreuses matières, aux règles communes à toutes les juridictions (H. Solus, Le problème de l'unification de la procédure civile, *D.* 1975, chron. 45). Depuis, la procédure devant le tribunal d'instance a fait l'objet de réformes ponctuelles. La vocation conciliatrice de cette juridiction, héritée des justices de paix et consacrée par le nouveau code (Y. Desdevises, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, *D.* 1981, chron. 241), en est chaque fois sortie renforcée (v. not. les décrets n° 96-652 du 22 juillet 1996, *D.* 1996, Lég. 489, et n° 98-1231 du 28 décembre 1998, *D.* 1999, Lég. 106), au point qu'il a été décidé, lors de l'institution des juges de proximité (L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002, *D.* 2002, Lég. 2584 ; v. *Juridictions de proximité*), que ceux-ci statuassent selon les règles de procédure applicables devant le tribunal d'instance (COJ, art. 133-3).

3. *Sources.* - Il existe une seule procédure ordinaire devant le tribunal d'instance (NCPC, art. 829 et suivants) et de multiples dispositions y dérogeant. Contenues dans des textes éparpillés, codifiées ou non, ces règles dérogatoires extrêmement diverses définissent des

régimes procéduraux autonomes qui adaptent le fonctionnement du tribunal à l'objet de son intervention. Qu'il se substitue à une juridiction défailante (par exemple, le tribunal paritaire des baux ruraux), qu'il statue sur un contentieux spécifique (par exemple, en matière électorale) ou qu'il soit sollicité pour exercer un pouvoir qui lui est propre (par exemple, délivrer une injonction de payer), le juge d'instance doit à chaque fois se soumettre à des règles de procédure particulières. Abstraction faite de ces hypothèses, pratiquement très nombreuses, le déroulement de la procédure devant le tribunal d'instance est régie par deux catégories de règles : d'une part, celles contenues dans le Livre I^{er} du Nouveau code de procédure civile, qui s'appliquent à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire ; d'autre part, celles figurant au Titre II du Livre II du même code (articles 827 à 852-1), qui sont exclusivement consacrées au juge d'instance et à la juridiction de proximité. Les développements à venir décrivent, en respectant autant que faire se peut l'ordre d'une procédure ordinaire, les modalités d'exercice de l'action (v. *infra*, n^{os} 4 et s.) et le déroulement de l'instance (v. *infra*, n^{os} 67 et s.). Sont ensuite présentées certaines des procédures particulières susceptibles d'être mise en œuvre devant le tribunal d'instance (v. *infra*, n^{os} 130 et s.).

SECTION 1^{re}

Exercice de l'action

4. *L'action.* – L'action, c'est-à-dire le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin qu'un juge la dise bien ou mal fondée (art. 30 NCPC), s'exerce, devant le tribunal d'instance, selon des modalités spécifiques qui visent à faciliter l'accès du justiciable à cette juridiction et à favoriser le règlement amiable de son différend. Ce souci de proximité procédurale se révèle dans les règles de comparution, d'assistance et de représentation des parties (v. *infra*, n^{os} 5 et s.), dans la possibilité de déclencher une procédure de conciliation autonome avant l'instance contentieuse (v. *infra*, n^{os} 19 et s.) et dans la variété des formes possibles de la demande initiale (v. *infra*, n^{os} 36 et s.).

ART. 1^{er} : Comparution, assistance et représentation des parties

5. *Plan.* - Posant en son article 827 le principe de la comparution personnelle des parties devant le tribunal d'instance (v. *infra*, n^{os} 6 et s.), le Nouveau code de procédure civile leur reconnaît la faculté d'y être assistées et représentées par des mandataires autorisés (v. *infra*, n^{os} 9 et s.) dans le cadre réglementé de la représentation *ad litem* (v. *infra*, n^{os} 16 et s.).

§1. – Comparution personnelle

6. *Droit de comparaître en personne.* – Faisant écho à la disposition liminaire du Nouveau code de procédure civile (art. 18) selon laquelle, sauf exception légale, “ les parties peuvent se défendre elles-mêmes ”, l'article 827 du même code donne toute sa force à cette règle devant le tribunal d'instance. Comme devant d'autres juridictions spécialisées (pour le tribunal de commerce, NCPC, art. 853 ; pour le juge de l'exécution, D. 31 juill. 1992, art. 12 ; pour le tribunal de sécurité sociale, CSS, art. R 142-20) et à l'inverse du tribunal de grande instance où la constitution d'un avocat est obligatoire (NCPC, art. 751), la représentation y est facultative. Devant le tribunal d'instance, la partie qui décide de se défendre elle-même est libre de faire valoir ses droits ou ses intérêts (comme demandeur ou défendeur) sans assistance ni représentant. Elle comparaît alors directement devant le juge, en chair et en os pour la personne physique ou sous les traits de ses représentants statutaires pour la personne morale.

7. *Limites au droit de comparaître en personne.* - Cette comparution personnelle est possible sous réserve, pour les personnes physiques, de ne pas être frappé par une incapacité d'exercice les empêchant d'agir en justice. Dans ce cas en effet, seul le représentant de l'incapable, mineur non émancipé ou majeur protégé, est habilité à agir en son nom et, le cas échéant, à comparaître personnellement. Le principe de cette représentation *ad agendum* connaît quelques exceptions. Certains incapables majeurs conservent ainsi l'exercice du droit d'ester en justice (c'est notamment le cas de la personne placée sous sauvegarde de justice, C. civ., art. 491-2, et, pour les actions patrimoniales seulement, du curatelaire, Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 1994, n° 92-20.149 : *Bull. civ.* I, n° 274 ; *RTD civ.* 1995, 327, obs. Hauser). Quant aux mineurs, l'article R321-23 du Code de l'organisation judiciaire dispose que le tribunal d'instance peut les " autoriser (...) à ester en justice devant lui pour faire valoir les droits découlant de l'apprentissage ou de l'exercice d'une profession ".

8. *Obligation de comparaître en personne.* - Principe essentiel de la procédure devant le tribunal d'instance, la comparution personnelle n'est qu'exceptionnellement obligatoire. Outre les cas où le tribunal d'instance, appelé à se substituer au tribunal paritaire des baux ruraux ou au conseil de prud'hommes, impose la comparution personnelle conformément à la procédure suivie devant ces juridictions, les parties ne sont tenues de se soumettre à cette exigence que dans deux cas : lors de la tentative de conciliation préalable à l'assignation (NCPC, art. 831 ; v. *infra*, n° 28 et n° 32) ou à la demande du juge dans le cadre de son instruction (NCPC, art. 184 ; v. *infra*, n° 106). Dans ces deux situations, les parties conservent le droit d'être assisté par un des mandataires autorisés, en toute autre hypothèse, à les représenter devant le tribunal d'instance.

§2. – Assistance et représentation

9. *Textes légaux.* - Aux termes des articles 827 (al.2) et 828 du Nouveau code de procédure civile, les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter par " un avocat ; leur conjoint ; leurs parents ou alliés en ligne directe ; leurs parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus ; les personnes exclusivement attachées à leur service personnel ou à leur entreprise ". L'État, les départements, les communes et les établissements publics peuvent pour leur part se faire représenter ou assister " par un fonctionnaire ou un agent de leur administration. " L'institution de ces mandataires, seuls autorisés à représenter les parties devant le tribunal d'instance (v. *infra*, n°s 10 et s.), n'exclut pas qu'exceptionnellement certains actes de procédure devant cette juridiction puissent être accomplis par d'autres personnes, non comprises dans cette liste (v. *infra*, n°s 13 et s.).

A – Liste des mandataires habilités par la loi

10. *Mandataires avocats.* - En tête de la liste dressée par l'article 828 du Nouveau code de procédure civile, l'avocat est naturellement autorisé à assister et à représenter les parties devant le tribunal d'instance, comme devant les autres juridictions spécialisées, à condition d'être régulièrement inscrit au barreau. La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 (*D.* 1991, Lég. 310) relative à l'aide juridique prévoit que les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle permettant de prendre en charge la rétribution de leur avocat (*V. Aide juridique*). Cette aide peut-être accordée " en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense devant toute juridiction " (art. 10) et, par conséquent, devant le tribunal d'instance bien que l'entremise de l'avocat n'y soit pas obligatoire.

11. *Mandataires non-avocats.* - Les plaideurs peuvent choisir de se faire assister ou

représenter par un mandataire n'étant membre d'aucun barreau. L'article 828 du Nouveau code de procédure civile identifie deux catégories différentes de personnes autorisées à intervenir à ce titre devant le tribunal d'instance : d'une part, celles qui ont des liens familiaux avec les parties : leurs conjoints, parents ou alliés en ligne directe ou collatérale jusqu'au troisième degré inclus ; d'autre part celles qui exercent une activité professionnelle les liant aux parties en dehors du procès : les fonctionnaires ou agents des administrations publiques engagées dans une instance et les personnes exclusivement attachées au service personnel des parties ou à leur entreprise. Par ailleurs, l'article 24-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, modifié par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (JORF 18 janvier 2002), permet aux locataires de se faire représenter, en cas de litige avec le bailleur (litige relevant de la compétence du tribunal d'instance ; v. *Compétence civile des tribunaux d'instance*), par une association siégeant à la Commission nationale de concertation ou par une association de défense des personnes en situation d'exclusion (v. R. Martin, *JCP* 2001, I, 348, n° 12).

12. *Protection du monopole des avocats.* - La liste des mandataires autorisés à représenter les parties avait été enrichie par le décret n° 98-1231 du 23 décembre 1998 (préc.). Celui-ci y adjoignait, en sus du conjoint du plaideur, son concubin. Par ailleurs, le décret n'exigeait plus que les représentants attachés au service des parties ou à leur entreprise le soient à titre exclusif, au risque de voir se développer, en marge des professions judiciaires réglementées, des spécialistes rémunérés de la représentation devant le tribunal d'instance. Par une décision en date du 6 avril 2001 (CE § avril 2001, Ordre des avocats au Barreau du Mans : *D.* 2002, J. 193, note A. Van de Wynckele-Bazela ; *PA* 2002, n° 83, 19, note C. Pigache) le Conseil d'État a annulé ces dispositions modificatives, qui menaçaient le monopole des avocats, après avoir constaté leur illégalité au regard de l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Cet arrêt opère pratiquement un retour au *statut quo ante*, ni le concubin, ni le signataire d'un "pacs" ne pouvant porter la parole de leur compagnon devant le tribunal d'instance. Quant à la partie qui, pour se faire représenter, désigne une personne à son service, celle-ci doit toujours lui être "exclusivement" attachée.

B – Liberté relative dans le choix du mandataire

13. *Principe : liberté restreinte dans le choix du mandataire.* - L'article 828 du Nouveau code de procédure civile, qui s'interprète restrictivement, conduit *a contrario* à écarter des fonctions de représentation ou d'assistance devant le tribunal d'instance tout mandataire s'il n'est prévu par la loi. Cette exclusion s'applique avant même l'introduction de l'instance contentieuse, dès la tentative facultative de conciliation préalable (v. *infra*, nos 19 et s.). Que cette tentative soit menée par un conciliateur (NCPC, art. 832-1 al. 3) ou par le juge lui-même (NCPC, art. 833 al. 2), les parties sont à chaque fois averties de la possibilité de s'y faire assister par une personne ayant qualité à le faire devant le tribunal d'instance, c'est-à-dire l'une de celles énumérées à l'article 828. Une fois l'instance liée et jusqu'au terme de la procédure ordinaire, le droit d'être assisté s'étend à celui d'être représenté, mais les parties qui désignent un mandataire restent tenues de le choisir parmi les personnes autorisées par la loi. Il en est de même en cas de référé d'instance, la doctrine s'étant unanimement rangée à l'opinion selon laquelle cette procédure d'urgence (v. *infra*, nos 132 et s.) justifie la transposition des règles relatives à l'assistance et à la représentation des parties devant le tribunal d'instance (v. cependant P. David, Tribunal d'instance. Référé, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 382, n° 5 et les références citées).

14. *Exception : liberté totale dans le choix du mandataire.* - Il est néanmoins des hypothèses

ou ces règles d'assistance et de représentation plient pour permettre à d'autres mandataires d'intervenir. Ainsi, contrairement à l'injonction de faire qui ne peut-être sollicitée que par le demandeur ou l'un de ses représentants mentionnés à l'article 828 (art. 1425-3, al. 1, NCPC), la requête en injonction de payer est formée devant le tribunal d'instance par le créancier ou par un mandataire quelconque (art. 1407, al. 1, NCPC). De même, l'article 852 du Nouveau code de procédure civile dispose que dans le cadre de la procédure d'ordonnance sur requête, le juge d'instance peut être saisi par le requérant ou par tout mandataire. Si la portée de ce texte est controversé (V. not. P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Paris, Litec, 1998, p. 284), sa formulation ne laisse aucun doute sur son caractère dérogatoire en matière de représentation devant le juge d'instance. Compte tenu de la part non négligeable que constituent les injonctions de payer et les procédures sur requête dans l'activité des tribunaux d'instance, il n'est pas excessif d'affirmer que la libre représentation des parties y est sinon la règle, du moins une exception courante.

15. *L'huissier de justice, mandataire devant le tribunal d'instance.* - Ce qui vaut pour toute personne non désignée par l'article 828 du Nouveau code de procédure civile vaut également pour les huissiers de justice, quand bien même ceux-ci ont très tôt été exclus des fonctions de représentation devant les juges de paix. L'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 mai 1838, depuis abrogé, comportait sur ce point une interdiction formelle assortie de sanctions (art. 19). Mais la pratique et la jurisprudence ont traditionnellement admis que cette loi devait être interprétée restrictivement. Ce texte visait les causes portées devant le juge de paix mais aujourd'hui, c'est sur le fondement de l'article 828 du Nouveau code de procédure civile que la Cour de cassation décide qu'un huissier de justice n'a pas qualité pour représenter une partie devant le tribunal d'instance (Cass. 2^e civ. 1^{er} juill. 1981 : *Bull. civ.* II, n^o 145 ; *RTD civ.* 1982, 477, obs. R. Perrot). Par contre, cet auxiliaire de justice peut parfaitement donner des conseils pour engager le litige ou en préparer la discussion (Cass. civ. 16 janv. 1922 : *DP* 1922. 1. 44, 1^{er} arrêt), préparer des conclusions après signature d'un pouvoir (2^e arrêt), rédiger une assignation (Cass. 2^e civ. 7 déc. 1966, *Rev. huissiers* 1969. 263) ou présenter une requête en injonction de payer (Cass. 2^e civ. 5 nov. 1975 : *D.* 1976, IR 34 ; *RTD civ.* 1976, 204, obs. R. Perrot).

§3. – Validité du mandat *ad litem*

16. *Défaut de qualité du mandataire.* - Admises à se faire représenter par toute personne légalement habilitée (art. 414, NCPC), les parties à l'instance ne peuvent *a contrario* choisir un mandataire non prévu par la loi. Il résulte du non-respect de cette règle une irrégularité de fond, laquelle est constituée, aux termes de l'article 117 du Nouveau code de procédure civile, par le défaut de pouvoir de la personne assurant la représentation en justice (sur le régime des nullités fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure, v. NCPC, art. 118 à 121 ; v. aussi *Nullités*). Illustrant cette hypothèse, la désignation, par une partie à l'instance, d'un représentant privé d'habilitation légale, affecte la validité des actes accomplis par lui et constitue une cause de nullité même en l'absence de grief. Cette nullité est susceptible d'être relevée d'office par le juge, les dispositions légales qui énumèrent limitativement les personnes pouvant assister ou représenter les parties devant les juridictions ayant un caractère d'ordre public (Cass. soc. 8 mai 1947, *D.* 1947, 315).

17. *Irrégularités du mandat.* - Plus généralement, c'est la représentation régulière des parties qui présente un caractère d'ordre public ; elle est en effet liée à l'organisation judiciaire (Cass. com., 9 mai 1950 : *S.* 1951, 1, 29). L'article 415 du Nouveau code de procédure civile, qui prévoit que le nom du représentant et sa qualité doivent être portés à la connaissance du juge par déclaration au secrétariat de la juridiction, permet à la juridiction de sanctionner une

possible irrégularité (Cass. 1^o civ., 18 nov. 1981 : *Gaz. Pal.* 1982, 1, 209, note J. Viatte). Cette information du magistrat se réalise, le plus souvent, par l'indication de ces renseignements dans l'acte introductif d'instance et les actes de procédure suivants.

18. *Pouvoirs du représentant.* - Aux termes de l'article 828 du Nouveau code de procédure civile, le représentant devant le tribunal d'instance, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial. Cette règle, application particulière de l'article 416 du Nouveau code de procédure civile selon lequel toute personne prétendant représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission, souffre quelques exceptions. Comme l'avocat, dont le pouvoir est présumé du fait de son état d'auxiliaire de justice (art. 416, al. 2, NCPC), l'huissier de justice est dispensé d'apporter la preuve du mandat l'habilitant à représenter ou assister les parties (art. 416, al. 3, NCPC), à condition d'agir dans le ressort de sa compétence territoriale (Cass. 2^e civ., 10 mai 1995, n^o 93-16.028 : *Bull. civ. II*, n^o 136 ; *RTD civ.* 1995, 956, obs. R. Perrot ; *D.* 1996, somm. 136, note P. Julien). Par ailleurs la Cour de cassation a affirmé, dans une décision controversée, que le dépôt d'une requête en injonction de payer pour le compte d'autrui n'exige pas la preuve d'un mandat de représentation en justice (Cass. 2^e civ., 27 juin 2002, n^o 98-17.028 : *Bull. civ. II*, n^o 147 ; *D.* 2002, IR 2381 ; *JCP* 2002, IV, 2426 ; *Procédures* 2002, n^o 183, obs. R. Perrot). A l'exception de cette dernière hypothèse, les règles du mandat *ad litem* devant le tribunal d'instance ne présente aucune particularité : son contenu, sa durée et sa fin sont soumis au droit commun de la représentation en justice quelle que soit la qualité du mandataire (NCPC, art. 411 à 420 ; v. *Représentation et assistance en justice*).

ART. 2 : Tentative préalable de conciliation des parties

19. *Plan.* - Le Nouveau code de procédure civile organise, dans ses articles 830 et suivants (NCPC, Sous-titre 1, Chap. 1), une tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance (v. *infra*, n^{os} 20 et s.). Cette procédure amiable, dont la demande est facultative, peut être menée par un conciliateur (v. *infra*, n^{os} 25 et s.) ou par le juge lui-même (v. *infra*, n^{os} 31 et s.).

§1. – La demande aux fins de tentative préalable de conciliation

20. *Généralités.* - Admise par la pratique au XIX^e siècle, la possibilité ouverte aux parties de demander aux juges de paix de procéder à une tentative de conciliation a été consacrée par une loi du 28 mai 1838. Un temps facultative, cette étape a été rendue obligatoire avant tout procès par une loi du 2 mai 1855. Les limites du préliminaire obligatoire de conciliation, souvent réduit à une formalité sans utilité, lui ont valu de nombreuses critiques. Comme il donnait parfois de bons résultats, les rédacteurs du Nouveau code de procédure civile ont décidé de le conserver tout en lui rendant son caractère facultatif. Depuis, le législateur a conféré, par une loi n^o 95-125 du 8 février 1995 (*D.* 1995, Lég. 177), un statut législatif à la conciliation et à la médiation. Un décret d'application n^o 96-652 en date du 22 juillet 1996 (*D.* 1996, Lég. 489) modifiant les articles 831 à 835 du Nouveau code de procédure civile a permis que le préliminaire de conciliation devant le tribunal d'instance soit mené, non seulement par le juge, mais également par un " conciliateur " désigné à cet effet et habilité conformément aux dispositions fixées par le décret n^o 78-381 du 20 mars 1978 modifié relatif aux conciliateurs (NCPC, art. 831). Plus récemment, le décret n^o2003-542 du 23 juin 2003 (JORF 25 juin 2003) relatif à la juridiction de proximité a renforcé les pouvoirs dont dispose le juge d'instance en matière d'incitation à la conciliation.

21. *Principe* - Toute personne qui intente une action en justice devant le tribunal d'instance a

la faculté de provoquer une tentative de conciliation avant d'assigner (NCPC, art. 829, al. 1^{er}). Une telle demande, laissée à la discrétion d'une partie, ne vaut pas citation en justice. Préalable au procès, elle ne lie pas l'instance même si elle est susceptible d'en constituer rétrospectivement la première étape.

22. *Effets procéduraux.* - Parce qu'elle n'engage pas à proprement parler une procédure contentieuse, la demande de conciliation préalable formée devant le juge n'emporte aucun des effets procéduraux attachés à un acte introductif d'instance. Elle n'interrompt pas la prescription, sauf lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit (art. 2245, C. Civ.). Cette règle du Code civil donne une dimension rétroactive à l'interruption de la prescription résultant d'une assignation précédée d'une tentative de conciliation. Elle est reprise par l'article 835 du Nouveau code de procédure civile, selon lequel la demande aux fins de tentative préalable de conciliation interrompt la prescription si l'assignation est délivrée dans les deux mois à compter, selon le cas, du jour de la tentative de conciliation menée par le juge, de la notification aux parties de l'échec de la tentative de conciliation menée par le conciliateur ou de l'expiration du délai accordé par le demandeur au débiteur pour exécuter son obligation.

23. *Juridiction compétente.* - La demande aux fins de tentative préalable de conciliation se distingue d'un acte introductif d'instance mais elle est soumise, comme celui-ci, aux règles de compétence en vigueur. A ce stade de la procédure, le litige n'est pas judiciairement ouvert mais il existe en germe, suffisamment du moins pour que puisse être déterminé, à partir des prétentions du demandeur, devant quel tribunal d'instance doit être formée la demande de conciliation. Les parties peuvent théoriquement procéder à une prorogation de la compétence matérielle de cette juridiction en lui soumettant aux fins de conciliation un différend dont l'enjeu excéderait sa compétence habituelle (NCPC, art. 41, par analogie). En revanche, aucune extension conventionnelle de la compétence territoriale du juge d'instance ne peut lui être imposée sachant que la conciliation ne relève pas de la matière contentieuse (NCPC, art. 93).

24. *Mise en demeure.* - La demande aux fins de tentative préalable de conciliation est formée verbalement ou par lettre simple au secrétariat-greffe (NCPC, art. 850, al. 1^{er}). Le demandeur doit indiquer les nom, prénoms, profession et adresse des parties ainsi que l'objet de sa prétention (NCPC, art. 830, al. 2). Depuis le décret n° 96-652 en date du 22 juillet 1996 (v. *supra*, n° 2), le préliminaire de conciliation peut être réalisé par un conciliateur, à moins que le juge n'y procède lui-même (NCPC, art. 831).

§2. – Tentative préalable de conciliation menée par un conciliateur.

25. *Pouvoirs du juge.* - Le préliminaire de conciliation préalable à l'assignation devant le tribunal d'instance, quand il est mené par un conciliateur, demeure sous la responsabilité du juge. C'est lui qui ordonne, renouvelle ou met fin à la conciliation et ses décisions ne sont, en ce domaine, pas susceptibles d'appel (NCPC, art. 832-10). C'est également le juge qui décide de désigner un conciliateur. En ce cas, il en avise préalablement les parties par lettre simple et les invite à lui faire connaître leur acceptation dans un délai de quinze jours (NCPC, art. 832-1, al. 1^{er}). La lettre doit préciser qu'en cas de refus le magistrat procédera lui-même à la tentative (NCPC, art. 832-1, al. 2) et que chaque partie peut se présenter devant le conciliateur avec une personne ayant qualité pour l'assister devant le tribunal d'instance (NCPC, art. 832-1, al. 3) ; celle adressée au défendeur doit en outre mentionner les nom, prénoms, profession et adresse du demandeur ainsi que l'objet de la demande (NCPC, art. 832-1, al. 4).

26. *Refus des parties.* - Si, dans le délai imparti, les parties ne se sont pas manifestées, il y a refus implicite. Le juge peut alors leur enjoindre de rencontrer un conciliateur chargé de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation (art. 829, al. 3, NCPC ; rapp. art. 21, al. 6, L. n° 95-125 du 8 février 1995 modifiée par L. n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, art. 8). En cas de refus persistant de l'une des parties, l'acceptation de l'autre ne peut suffire ; c'est alors au juge de tenter la conciliation (NCPC, art. 832-1, al. 2).

27. *Acceptation des parties.* - En cas d'accord, le juge désigne, dès réception de l'acceptation des parties, le conciliateur et fixe le délai qu'il lui impartit pour accomplir sa mission (NCPC, art. 832-2, al. 1^{er}). Initialement celle-ci ne peut avoir une durée excédant un mois mais le conciliateur peut demander à ce qu'elle soit renouvelée une fois, pour une période équivalente (NCPC, art. 832). Les parties sont alors avisées de cette désignation, de même que le conciliateur auquel le juge joint une copie de la demande (NCPC, art. 832-2, al. 2). En l'absence de disposition spéciale, cet avis peut-être verbal ou écrit, auquel cas une lettre simple est suffisante.

28. *Modalités de la conciliation.* - C'est le conciliateur qui décide des lieu, jour et heure auxquels aura lieu la tentative préalable de conciliation. Il convoque les parties (NCPC, art. 832-3) qui doivent comparaître en personne mais peuvent se faire assister (NCPC, art. 832-1, al. 3 ; v. *supra*, n° 13). Le texte ne précise pas la forme de la convocation mais, comme dans la tentative préalable de conciliation menée par le juge il est prévu que le greffier convoque les parties par lettre simple, on peut valablement considérer qu'il peut en être ainsi. Le conciliateur peut décider de se rendre sur les lieux (NCPC, art. 832-4, al. 1^{er}). Il peut aussi, si les parties sont d'accord, entendre toute personne dont l'avis lui paraît utile, sous réserve cependant de son acceptation (NCPC, art. 832-4, al. 2). Il doit par ailleurs tenir le juge au courant de toutes les difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission (NCPC, art. 832-5) tout en conservant une nécessaire discrétion sur les échanges auxquels elle donne lieu. En effet, aux termes de l'article 8 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978, le conciliateur de justice est tenu à l'obligation du secret : les informations et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être produites ou invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni, en tout état de cause, dans une autre instance (NCPC, art. 832-9 ; v. C.-P. Barrière, L'obligation du secret entre les juges d'instance et les conciliateurs de justice, *Gaz. Pal.* 2002, doct. 1256).

29. – *Succès de la conciliation.* – La tentative préalable de conciliation peut réussir totalement ou partiellement. Le conciliateur en informe alors le juge, il établit un procès-verbal de constat total ou partiel d'accord signé par les parties (NCPC, art. 832-7). S'il y a accord total, les parties demandent l'homologation du constat et leur demande est transmise par le conciliateur au juge. C'est par une décision gracieuse que le juge prononce l'homologation du constat, ce qui met fin au litige (NCPC, art. 832-8 ; v. *infra*, n° 120). S'il y a accord partiel, la procédure est identique mais le litige subsiste sur les points qui n'ont pas été réglés par l'accord. Dans l'un et l'autre cas, l'article 131 du Nouveau code de procédure civile, qui prévoit que des extraits du procès-verbal constatant la conciliation et valant titre exécutoire peuvent être délivrés, s'applique.

30. *Échec de la conciliation.* - La tentative préalable de conciliation peut échouer. Ce peut être le cas si le conciliateur ou l'une des parties demandent au juge d'y mettre fin avant tout accord ou si le juge, s'apercevant que le bon déroulement de la conciliation est compromis, prend d'office la décision de l'arrêter. Le conciliateur est alors avisé et le greffe notifie aux parties la décision du juge par lettre (recommandée avec demande d'avis de réception) leur indiquant qu'elles ont la faculté de saisir la juridiction compétente aux fins de jugement

(NCPC, art. 832-6). Ce peut être le cas enfin lorsque, la procédure ayant suivi son cours, les parties n'arrivent à aucun accord. Le conciliateur informe alors le juge de l'échec de la tentative préalable de conciliation. Le greffe adresse aux parties une lettre recommandée avec demande d'avis de réception leur rappelant qu'elles ont, comme précédemment, la faculté de saisir la juridiction compétente aux fins de jugement (NCPC, art. 832-7).

§3. - Tentative préalable de conciliation menée par le juge.

31. *Convocation des parties.* - Lorsque le juge ne souhaite pas désigner un conciliateur ou lorsque, l'ayant fait, l'une des parties ou les deux n'acceptent pas la désignation, il procède lui-même à la tentative de conciliation. En ce cas, le greffier doit aviser le demandeur par lettre simple des lieu, jour et heure auxquels elle se déroulera (NCPC, art. 833, al. 1^{er}). Le défendeur est également convoqué par lettre simple qui doit mentionner les nom, prénoms, profession et adresse du demandeur, l'objet de la demande ainsi que les lieu, jour et heure auxquels sera tentée la conciliation (NCPC, art. 833, al. 2).

32. *Comparution personnelle.* - L'article 831 du Nouveau code de procédure civile énonce que les parties doivent se présenter en personne (v. *supra*, n° 8). Cette obligation est heureuse ; la présence des intéressés peut en effet faciliter la conciliation. L'ancien article 833 du Nouveau code de procédure civile exigeait, avant le décret de 1996, que l'obligation de comparution personnelle fût mentionnée par écrit. Désormais le dernier alinéa de l'article 833 énonce simplement que " l'avis et la convocation précisent que chaque partie peut se faire assister par une des personnes énumérées à l'article 828 ". Or si les parties peuvent être assistées, elles ne sauraient *a contrario* se faire représenter.

33. *Modalités de la conciliation.* - La loi n'impose aucune règle quant au lieu de la tentative de conciliation. Le juge d'instance peut notamment entendre les parties en son cabinet. L'article 840 du Nouveau code de procédure civile vise cette faculté à propos de la procédure sur assignation à toutes fins. Sans doute a-t-il été jugé inutile de la rappeler dans une matière où elle s'impose de toute évidence. Cette faculté permet d'organiser la tentative de conciliation dans une salle d'audience où le public n'aurait pas accès, ou même en d'autres lieux en cas de nécessité (NCPC, art. 128). La même liberté est laissée au juge pour le choix du moment de la conciliation. Le Nouveau code de procédure civile ne prévoit aucun délai entre le dépôt de la demande aux fins de conciliation, ou sa réception par le défendeur, et le jour et l'heure où la conciliation doit avoir lieu.

34. - *Échec de la conciliation.* - Si le demandeur ne comparaît pas à l'audience de conciliation, sa demande est caduque. Si c'est le défendeur qui est absent, on considère que la tentative de conciliation a échoué, à moins qu'il n'ait pu comparaître pour une raison légitime, ce qui permettrait au juge de renvoyer à une prochaine audience. Les parties peuvent aussi, bien qu'étant présentes, se refuser à toute conciliation ; dans ce cas, l'affaire pourra, plus ou moins rapidement, venir en audience de jugement. Tout dépend de la volonté des parties. Le litige est immédiatement jugé si les parties y consentent (NCPC, art. 834). Il est alors procédé selon les modalités de la présentation volontaire (V. *infra*, n^{os} 61 et s.). Lorsque les intéressés n'ont pas demandé à bénéficier de la faculté qui leur est offerte par l'article 834, le demandeur procédera par voie d'assignation dans la mesure, évidemment, où il persiste dans son intention d'obtenir une décision de justice.

35. *Pouvoirs du juge.* - Pour éviter la non-conciliation, le juge peut inviter les parties à reconsidérer leur décision et, à cette fin, leur accorder un délai de réflexion. Il peut également s'entretenir séparément avec chacune d'elles. Il peut enfin leur enjoindre de rencontrer un

conciliateur chargé de les informer sur l'objet et le déroulement d'une mesure de conciliation (NCPC, art. 829, al. 3). Si les parties se concilient, elles sont libres de demander au juge de constater leur conciliation (NCPC, art. 129). La teneur de l'accord, même partiel, est consignée dans un procès-verbal signé par le juge et les parties (art. 130). Des extraits du procès-verbal constatant la conciliation peuvent alors être délivrés ; ils valent titre exécutoire (NCPC, art. 131).

ART. 3 : Formes de la demande initiale

36. *Variétés des formes de la demande initiale.* - Si la tentative de conciliation a échoué ou si le demandeur n'a pas voulu utiliser la faculté qui lui était offerte d'y recourir, la demande en justice est formée par assignation à toutes fins (v. *infra*, n^{os} 37 et s.). Elle peut également être formée " soit par la remise au secrétariat-greffe d'une requête conjointe, soit par la présentation volontaire des parties devant le juge " (v. *infra*, n^{os} 56 et s.), soit, dans certains cas seulement, " par une déclaration au greffe " (v. *infra*, n^{os} 64 et s.).

§1. – L'assignation à toutes fins

37. *Plan.* - L'assignation à toutes fins devant le tribunal d'instance présente les caractères généraux d'une citation en justice (v. *infra*, n^{os} 39 et s.). Elle doit à ce titre contenir les mentions requises de tout acte d'huissier de justice (v. *infra*, n^{os} 42 et s.) et celles propres aux assignations en général (v. *infra*, n^{os} 45 et s.) ou résultant de dispositions spéciales relatives à la matière du litige. S'y ajoutent des mentions particulières aux citations devant le tribunal d'instance (v. *infra*, n^{os} 51 et s.).

A – Généralités

38. *Définition.* - Procédé traditionnel d'introduction de la demande en justice (D. Lochouarn, Histoire d'un acte de procédure fondamentale : l'évolution de l'assignation ; *Rev. Huissiers* 1998, 397), l'assignation est l'acte d'huissier par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge (NCPC, art. 55 ; v. *Assignation*). Devant le tribunal d'instance, cette demande prend la forme d'une assignation à toutes fins, c'est-à-dire à fin de conciliation et, à défaut, de jugement (NCPC, art. 829).

39. *Forme.* - Une circulaire du 2 mai 1974 relative à la rédaction des actes d'huissier de justice (JO 11 mai 1974) a proposé des formules d'assignation et un modèle de signification afin de rendre plus compréhensibles ces opérations par les justiciables ; mais ces normes, simplement incitatives, ne font l'objet d'aucune sanction. L'utilisation de la langue française s'impose en revanche obligatoirement lors de la rédaction de l'assignation (D. 2 thermidor an II, Arr. 22 prairial an XI ; art. 2, al. 2, Constitution de 1958). Quant à la construction de l'acte, l'usage est de distinguer entre *l'en-tête*, contenant la plupart des mentions obligatoires, le *corps*, exposant la demande et son argumentation, et le *pied* qui comprend, outre la formule rituelle " sous toutes réserves ", la liste des pièces invoquées.

40. *Signification.* - Aux termes de l'article 4 du Code de procédure civile ancien modifié par les décrets n^{os} 65-1006 du 26 novembre 1965 et 72-788 du 28 août 1972, qui demeure en vigueur, la citation est signifiée " par tout huissier de justice du ressort du tribunal d'instance ou, en cas d'empêchement, par celui qui sera commis par le juge ". Le ressort de la juridiction visé par cet article est celui où réside, fût-ce occasionnellement, le défendeur, et non pas nécessairement celui du tribunal devant lequel il est invité à comparaître. Les formalités requises par l'opération de signification sont définies aux articles 653 à 664 du Nouveau code

de procédure civile, lesquels organisent la notification par acte d'huissier de justice (v. *Actes de procédure*). Régie par les dispositions gouvernant la nullité des actes de procédure (NCPC, art. 694), l'irrégularité de l'intervention matérielle de l'huissier peut constituer un vice de fond et entacher l'assignation d'une nullité d'ordre public susceptible d'être soulevée en tout état de cause, même en l'absence de grief (Cass. 2^e civ., 20 mai 1976 : *D.* 1977, 125, note G. Cornu ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, 182, note J. Viatte ; *RTD civ.* 1976, 218, obs. R. Perrot). Il a ainsi été jugé que l'assignation à toutes fins délivrée par un cleric non assermenté est nulle pour vice de fond par application de l'article 117 du Nouveau code de procédure civile (TI Menton, 13 décembre 1988 : *D.* 1990, somm. 339, obs. P. Julien). Quant à la signification opérée, dans une procédure d'instance, par un huissier de justice territorialement incompétent, elle constitue une irrégularité de fond justifiant la nullité de la citation même en l'absence de grief (TI Menton, 12 juin 1990 : *D.* 1990, somm. 339, obs. P. Julien).

41. *Mentions obligatoires.* - Le contenu de l'assignation devant le tribunal d'instance est fixé par l'article 836 du Nouveau code de procédure civile, lequel renvoie, en cascade, aux articles 56 et 648 du même code. Selon ces dispositions, la citation à comparaître devant le tribunal d'instance doit inclure, à peine de nullité, un certain nombre de mentions. En l'absence d'une ou de plusieurs d'entre elles, l'assignation est soumise au droit commun des nullités de procédure (NCPC, art. 649) et plus particulièrement, puisqu'il s'agit d'un vice de forme, aux articles 112 et suivants du Nouveau code de procédure civile (v. *infra*, n° 44 et n° 55).

B – Mentions de l'assignation, exploit d'huissier

42. *Mentions propres aux exploits d'huissiers.* - Acte d'huissier par définition (NCPC, art. 55), l'assignation à toutes fins devant le tribunal d'instance doit indiquer, comme tout exploit et indépendamment des mentions prescrites par ailleurs, un certain nombre d'informations énumérées par l'article 648 du Nouveau code de procédure civile. En tête de cette liste (NCPC, 648, 1), la date de l'acte présente une importance particulière puisqu'elle situe le point de départ des effets de mise en demeure et d'interruption de prescription attachés à la demande en justice (v. *infra*, n° 73). L'assignation étant datée du jour où elle est signifiée, c'est à l'huissier instrumentaire d'apposer la date lors de la signification, en même temps que ses nom, prénoms, demeure et signature (NCPC, 648, 3).

43. *Identification des parties.* - L'assignation doit permettre l'identification du requérant (NCPC, 648, 2), c'est-à-dire du demandeur ayant " requis " l'intervention de l'huissier. S'il s'agit d'une personne physique, doivent être indiqués ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance. S'il s'agit d'une personne morale, sont mentionnés sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe la représentant mais pas nécessairement l'identité du représentant lui-même (Cass. 2^e civ., 14 janvier 1987 : *Bull. civ.* II, n° 4 ; *RTD civ.* 1987, 399, obs. R. Perrot). Il est donc possible d'user, pour identifier le représentant d'un groupement, d'une simple formule de style, par exemple : " en la personne de ses représentants légaux en exercice ". Le destinataire de l'acte doit également être désigné précisément par la mention de ses nom et domicile ou, s'il s'agit d'une personne morale, de ses dénomination et siège social (NCPC, 648, 4).

44. *Nullités.* - Aux termes de l'article 648 du Nouveau code de procédure civile, les mentions susvisées sont prescrites à peine de nullité de l'acte d'huissier, laquelle est régie par les dispositions gouvernant la nullité des actes de procédure (NCPC, art. 649). La jurisprudence tend à voir dans l'absence d'une ou plusieurs de ces mentions un vice de forme dont la sanction relève des articles 112 et suivants du Nouveau code de procédure civile, notamment en ce qui concerne l'exigence d'un grief (pour l'absence de date, v. Cass. 2^e civ., 12 décembre

1990, n° 89-18.876 : *Bull. civ. II*, n° 267 ; pour l'identification incomplète du requérant, v. Cass. 2° civ., 24 mai 1984, n° 83-12.820 : *Bull. civ. II*, n° 90, *Gaz. Pal.* 1984, 2, Panor. 257, obs. Guinchard ; pour le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale, v. Ch. Mixte 22 févr. 2002, n° 00-19.639 et 00-19.742 : *Bull. civ.*, n° 1, *D.* 2002, J. 2083, note J.-B. Racine ; pour l'omission des nom et prénoms de l'huissier, v. Cass. 2° civ., 7 novembre 2002, n° 01-00.379 : *Bull. civ. II*, n° 245, *D.* 2002, IR 3185 ; *JCP* 2002, IV, 3059).

C – Mentions spécifiques à l'assignation

45. *Mentions requises de toute assignation.* - Acte d'huissier soumis aux formes requises de tout exploit, l'assignation obéit également, en tant que citation en justice, aux prescriptions de l'article 56 du Nouveau code de procédure civile. Cette disposition fixe le contenu des actes ayant pour objet d'informer une personne qu'un procès lui est fait. L'assignation doit comporter à ce titre et à peine de nullité plusieurs mentions essentielles précisant les modalités de la convocation devant le juge et les raisons de l'initiative du demandeur.

46. *Indication de la juridiction.* - La juridiction devant laquelle la demande est portée doit être identifiée précisément (NCPC, art. 56, 1°) par sa nature (compétence d'attribution) et par le lieu où elle siège (compétence territoriale). Si l'adresse précise de la juridiction n'est pas requise, elle peut-être utilement mentionnée dans le cas de l'assignation devant le tribunal d'instance. En ce cas en effet, le défendeur est invité à comparaître à une audience déterminée et il n'est pas superflu de l'informer du lieu où elle se tiendra. L'information est d'autant plus pertinente que le destinataire de l'assignation n'est pas nécessairement assisté ou représenté.

47. *Objet de la demande.* - L'assignation contient l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit (NCPC, art. 56, 2°). Il est d'usage de faire précéder le "dispositif" contenant la demande, des "motifs" énumérant les moyens mais cette forme particulière n'est pas imposée (Cass. 2° civ., 1^{er} juin 1983 : *Bull. civ. II*, n° 118 ; *RTD civ.* 1983, 781 obs. J. Normand, 789, obs. R. Perrot), l'essentiel étant que le destinataire ne puisse se méprendre sur le sens de l'acte. Justifiée par la nécessité d'informer précisément le défendeur de la prétention dirigée contre lui, le libellé exhaustif de la demande s'impose également à la lumière du dernier alinéa de l'article 56 selon lequel l'assignation vaut conclusion. Si l'oralité de la procédure devant le tribunal d'instance impose que le demandeur fasse à l'audience verbalement référence à cet écrit, lequel peut voir son contenu complété et précisé à la barre (v. *infra*, n°s 109 et s.), l'assignation demeure pour le juge le premier moyen de prendre connaissance de l'affaire. Depuis le décret n° 98-1231 du 23 décembre 1998 (...), l'objet de la demande doit être exposé "en fait et en droit". Cet ajout au code, censé permettre "une formalisation plus grande des procédures" (J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Paris, La documentation française, 1996, p. 79), impose la qualification juridique des prétentions des parties à peine de nullité. Cette exigence doit néanmoins être entendu de manière souple, l'important étant que la demande soit fondée en droit.

48. *Défaut de comparution.* - L'assignation doit informer son destinataire que, faute de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire (NCPC, art. 56, 3°). Le risque encouru, censé encourager le défendeur à exposer ses propres moyens en réponse, n'autorise pas pour autant le juge, en l'absence de contradicteur, à faire droit à une demande si celle-ci n'est pas régulière, recevable et bien fondée (NCPC 472, al. 2).

49. *Indication des pièces.* - L'assignation doit indiquer les pièces sur lesquelles la demande

est fondée et, depuis le décret n° 98-1231 du 23 décembre 1998, celles-là sont énumérées dans un bordereau annexé à l'assignation (NCPC, art. 56, al. 2). Contrairement aux mentions précédentes, aucune sanction n'est expressément prévue en cas de violation de cette règle et la jurisprudence ne semble pas vouloir y voir une formalité substantielle. Il a ainsi été jugé que l'obligation d'annexer à l'assignation un bordereau des pièces versées au débat n'est pas sanctionnée par sa nullité (Cass. 2^e civ., 3 avril 2003, n° 00-22.066 : *Bull. civ.* II, n° 94 ; *Procédures* 2003, n° 132, obs. R. Perrot).

50. *Matières particulières.* – Dans certaines hypothèses, pratiquement importantes, l'assignation devant le tribunal d'instance comportera des observations particulières. Ainsi, si cela est rendu nécessaire par l'objet du litige, la citation indiquera les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier (NCPC, art. 56, 4°). Des textes spécifiques prévoit par ailleurs qu'en cas d'exercice d'une action en réparation de dommage corporel, l'assignation doit parfois comporter des indications facilitant le recours d'organismes ayant contribué au paiement d'indemnités. C'est le cas pour les accidents corporels imputables à un tiers quand la victime est assujettie à la sécurité sociale (CSS, art. L. 376-1) ou lorsque le préjudice relève du fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse (C. assur., art. R 421-15).

D – Mentions propres à l'assignation à toutes fins devant le tribunal d'instance

51. *Textes légaux.* – Assignation à fin de conciliation et à défaut de jugement, la citation devant le tribunal d'instance doit contenir des informations particulières. Renvoyant aux dispositions prescrites par l'article 56 du Nouveau code de procédure civile et, indirectement, à celles de l'article 648, l'article 836 du Nouveau code de procédure civile énumère par ailleurs les mentions obligatoires qui donnent à l'assignation à toutes fins sa spécificité.

52. *Assignation à jour fixe.* – La citation devant le tribunal d'instance contient à peine de nullité les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle la conciliation sera tentée si elle ne l'a déjà été, et le cas échéant, l'affaire jugée (NCPC, art. 836, 1°). Il résulte de cette disposition que l'assignation devant le tribunal d'instance est toujours délivrée pour un jour déterminé, sans autorisation préalable du juge (v. *infra*, n° 82). La date de l'audience sera fixée aux jours et heures des audiences en tenant compte de ce que l'assignation doit être délivrée au défendeur quinze jours au moins avant la date de l'audience (NCPC, art. 837) et remise au secrétariat greffe huit jours avant celle-ci (NCPC, art. 838, al. 2), ces délais pouvant être raccourcis, en cas d'urgence, par décision du juge (NCPC, art. 839, rapp. NCPC, art. 646). Les règles de computation des délais en vigueur (NCPC, art. 640 et suivants ; v. *Délais*) disposent que le jour de l'acte de signification ne compte pas, l'intervalle de temps fixé expirant le dernier jour à minuit.

53. *Election de domicile.* – Si le demandeur réside à l'étranger, l'article 836 exige que l'assignation contienne les nom, prénoms et adresse de la personne chez qui elle élit domicile en France. La règle, qui se justifie pour des raisons pratiques, ne s'étend pas au demandeur résidant en France dont l'avocat devra éventuellement mentionner qu'il fait élection de domicile à son cabinet. Elle ne s'applique pas non plus au défendeur demeurant à l'étranger.

54. *Assistance et représentation.* – L'assignation à toutes fins devant le tribunal d'instance doit mentionner les conditions dans lesquelles le défendeur peut se faire assister ou représenter (NCPC, art. 836, al. 2). Ces conditions sont fixées par l'article 828 du Nouveau code de procédure civile (v. *supra*, n° 9 et s.), texte dont le rédacteur de l'assignation peut reprendre les dispositions *in extenso* dans l'avertissement au défendeur. En outre, le

demandeur doit mentionner, s'il y a lieu, le nom de son mandataire *ad litem*.

55. *Nullités.* – Sauf exception (v. *supra*, n° 49), les mentions prévues par les articles 56 et 648 du Nouveau code de procédure civile sont prescrites à peine de nullité. En ce qui concerne celles prescrites par l'article 836 pour l'assignation devant le tribunal d'instance, une distinction s'impose. Si les indications relatives à l'audience et à l'élection de domicile du demandeur résidant à l'étranger sont édictées à peine de nullité, ce n'est pas le cas de celles relatives aux conditions d'assistance et de représentation des parties (*contra* J. Guilbaud, *Le Nouveau code de procédure civile, les huissiers de justice et les tribunaux d'instance, Rev. huissiers* 1976, 29, spéc. n° 49 *in fine*). En tout état de cause, la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public (NCPC, art. 114, al. 2). De plus, la nullité peut être couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief (NCPC, art. 115).

§2. – La requête conjointe et la présentation volontaire des parties

56. *Demande en commun.* – En prévoyant que les parties peuvent exposer conjointement leurs prétentions au juge, l'article 845 du Nouveau code de procédure civile institue, devant le tribunal d'instance, un alternative à l'assignation. Ouvrant aux justiciables la possibilité d'exercer leur action en formant une demande commune plutôt qu'en manifestant leur volonté par un acte unilatéral, ce mode conventionnel d'introduction de l'instance s'apparente à l'arbitrage par sa mise en œuvre. Si elles choisissent cette option, les parties peuvent initier leur demande par voie de requête conjointe (v. *infra*, n°s 57 et s.) ou par présentation volontaire devant le juge (v. *infra*, n°s 61 et s.).

A – Requête conjointe

57. *Généralités.* – Selon l'article 845 du Nouveau code de procédure civile, les parties peuvent exposer leurs prétentions au tribunal d'instance par requête conjointe. Il s'agit d'un acte commun par lequel les demandeurs soumettent au juge leur litige (NCPC, art. 57). Cette forme de demande en justice est utilisable, au même titre que l'assignation, devant toutes les juridictions depuis que le Nouveau code de procédure civile en a généralisé l'application (V. Requête conjointe). Élevée par l'article 54 du Nouveau code de procédure civile au rang de mode ordinaire d'introduction de l'instance, la requête conjointe est en pratique peu utilisée.

58. *Objet de la requête.* – Mode conventionnel d'introduction de l'instance, la requête conjointe doit contenir les prétentions des parties, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs (art. 57). Valant conclusion pour les deux litigants (NCPC, art. 57, al. 5), l'objet de la requête doit permettre au juge d'avoir une vue générale et complète du différend les opposant. Aucune sanction n'est prévue par la loi en cas d'omission des prétentions des requérants, mais dans la mesure où celles-ci constituent le cœur même de la demande en justice, on peut logiquement penser qu'une telle lacune emporte inexistance de la requête conjointe (H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Tome 3, Paris, Sirey, 1991, p. 157).

59. *Mentions obligatoires.* – Simple écriture privée, la requête conjointe n'a pas, contrairement à l'assignation, à être signifiée. Elle doit en revanche être datée et signée par les parties (NCPC art. 57, al. 4). Par ailleurs, parce qu'elle introduit l'instance comme une

assignation, on retrouve dans la requête conjointe la plupart des mentions requises dans celle-là. L'article 57 du Nouveau code de procédure civile énumère les indications devant y figurer, à commencer par l'identification précise des requérants. Sont exigés les mêmes renseignements que ceux demandés pour l'auteur de l'assignation à savoir, pour une personne physique, ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance, et pour une personne morale, sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe la représentant (NCPC, art. 57, 1°). S'y ajoutent l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée (NCPC, art. 57, 2°) et, le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier (NCPC, art. 57, 3°). Toutes ces informations sont prescrites à peine d'irrecevabilité et non, contrairement à l'assignation, de nullité. C'est que la requête conjointe n'est pas un acte unilatéral valant sommation mais un acte conventionnel destiné à saisir le juge. N'étant pas fondées à se prévaloir d'une exception de nullité pour un vice de forme qui leur serait imputable, les parties peuvent en revanche soulever l'irrecevabilité de la requête, au même titre que le juge.

60. *Aménagement conventionnel des pouvoirs du juge.* - La requête ayant été rédigée en commun, chaque partie connaît avec précision les prétentions de l'autre et le juge, lorsqu'il est ainsi saisi, n'a plus qu'à examiner leurs moyens respectifs en vue de trancher les points de désaccord. Les demandeurs peuvent, s'ils le souhaitent, lier le magistrat de manière plus étroite encore. La requête conjointe se prête bien à l'aménagement conventionnel de l'office du juge, comme le révèle la reprise par l'article 58 du Nouveau code de procédure civile de certaines dispositions de l'article 12 du même code. Selon ces textes, les parties peuvent imposer à la juridiction saisie les qualifications et les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat (NCPC, art. 58 *in fine* ; rappr. art. 12, al. 3 ; J. Miguet, *Réflexions sur le pouvoir de lier le juge par les qualifications et les points de droit*, *Mélanges Pierre Hébraud*, 1981, p. 587). Enfin, pour les droits dont elles ont la libre disposition, " les parties peuvent, si elles ne l'ont pas déjà fait depuis la naissance du litige, conférer au juge dans la requête conjointe, mission de statuer comme amiable compositeur [...]" (NCPC, art. 58 ; sur la question, v. P. Estoup, *L'amiable composition*, *D.* 1986, chron. 221 ; comp. J.P. Brouillaud, *Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire*, *D.* 1997, chron. 234).

B. – Présentation volontaire des parties

61. *Généralités.* – Forme simplifiée de la requête conjointe, la présentation volontaire des parties est, comme celle-ci, un substitut amiable à l'assignation par lequel les litigants conviennent ensemble de soumettre leur différend à une juridiction. Conditionnée à l'existence d'un accord sur la saisine du juge, la présentation volontaire se distingue par la facilité de sa mise en œuvre, les plaideurs n'étant pas tenus de rédiger leur demande mais simplement de se présenter en personne devant le magistrat pour faire juger leurs prétentions. Conforme à l'esprit de proximité caractérisant la procédure du tribunal d'instance, ce mode de saisine du juge n'est pas nouveau : il était déjà prévu par le Code de procédure civile de 1807 que les parties puissent se présenter devant les justices de paix pour " demander jugement ".

62. *Formes.* – Caractérisée par sa simplicité, la présentation volontaire des parties devant le tribunal d'instance n'est cependant pas dénuée de tout formalisme. En effet, si les articles 829 alinéa 2 et 845 du Nouveau code de procédure civile laissent entendre que les litigants se présentent spontanément devant le juge, la lettre du code prévoit également que la juridiction est saisie par la signature d'un procès verbal (NCPC, art. 846, al. 1). Dans le silence de la loi, il faut supposer que la rédaction en incombe au greffier qui décharge ainsi les parties de l'obligation d'élaborer l'acte de saisine du juge. Mais comme dans le cas de la requête conjointe, l'introduction de l'instance nécessite la production d'un écrit qui, aux termes de

l'article 846, al. 2 NCPC, doit contenir les mentions prévues par l'article 57 NCPC (v. *supra*, n° 59).

63. *Utilisation.* - La présentation volontaire des parties a vocation à être utilisée en cas d'échec de la tentative préalable de conciliation menée par le juge. En ce cas, les deux parties en présence peuvent demander au magistrat de statuer sur le champ, après que le procès-verbal prévu par l'article 846 du Nouveau code de procédure civile ait opéré saisine de la juridiction. L'hypothèse est toutefois rare et la présentation volontaire des parties semble, plus généralement et comme la requête conjointe, peu utilisée aujourd'hui.

§3. – La déclaration au greffe

64. *Généralités.* - Afin de faciliter le règlement des petits litiges, le décret n° 88-209 du 4 mars 1988 a introduit, aux articles 847-1 et 847-2 du Nouveau code de procédure civile, la possibilité de saisir le tribunal d'instance par simple déclaration au greffe (V. E. Blanc, obs., *Journ. not.* 1988. 1300 ; P. Estoup, Le décret du 4 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 1, doct. 281 ; F. Zenati, obs., *RTD civ.* 1988. 426). Cette forme d'introduction de l'instance contentieuse, que l'on retrouve devant le conseil des prud'hommes (C. trav., art. R. 516-9) et le tribunal paritaire des baux ruraux (NCPC, art. 885), est à rapprocher de la possibilité de déposer les demandes en matière gracieuse par simple déclaration verbale enregistrée au secrétariat-greffe devant le tribunal d'instance (NCPC, art. 62). La demande contentieuse par déclaration au greffe présente les avantages de la simplicité et de la gratuité. Elle n'en est pas moins facultative et le requérant peut toujours lui préférer l'assignation du défendeur.

65. *Domaine.*- Aux termes de l'article 847-1, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile, seules les demandes dont le montant n'excède pas le taux de compétence en dernier ressort, à savoir 3800 euros (COJ, art. R. 321-1), peuvent donner lieu à une déclaration au greffe. Il faut logiquement en déduire que cette faculté n'est pas ouverte lorsque la demande est indéterminée, quand bien même le tribunal d'instance serait compétent en dernier ressort. *A contrario*, lorsque que le tribunal statue à charge d'appel sur une demande dont le montant est inférieure à 3800 euros, une saisine par déclaration au greffe est envisageable (J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 456).

66. *Forme et contenu de la déclaration.* - Mode simplifié d'introduction de l'instance, la déclaration au greffe peut consister en un exposé verbal fait au greffe du tribunal compétent ou en une demande écrite remise ou adressée à ce même greffe par lettre simple (art. 847-1, al. 1). Elle ne saurait en revanche résulter d'une conversation téléphonique (Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-40.559 : *Bull. civ.* V, n° 457 ; *D.* 1992, IR 228 ; *RTD civ.* 1993, 198, obs. R. Perrot), ni même semble-t-il d'un simple fax (Cass. 2^e civ., 8 juin 1995, deux arrêts, n° 95-60.028 et n° 93-10.775 : *Bull. civ.* II, n° 175 et n° 180 ; *Justices* 1996, 366, obs. J. Héron ; *contra* CA Toulouse 20 janvier 1995 : *Procédures* 1995, n° 298, note H. Croze). Quant à son contenu, la demande doit indiquer les nom, prénoms, profession et adresse des parties, ou, pour les personnes morales, leur dénomination et leur siège (NCPC, art. 847-1, al. 2). Elle doit aussi contenir l'objet de la demande et un exposé sommaire de ses motifs ; en revanche, aucune motivation en droit n'est exigée du demandeur. Prévues par la loi, ces indications ne sont pas pour autant prescrites à peine de nullité ou d'irrecevabilité. En effet, le formalisme de la demande par déclaration au greffe du tribunal d'instance est non seulement allégé mais également peu contraignant.

67. *Suites de la déclaration.* - Une fois la demande enregistrée au greffe, les parties sont convoquées à l'audience par le greffier au moyen d'une lettre recommandée avec demande

d'avis de réception à laquelle est annexée une copie de la déclaration (NCPC, art. 847-2). Cette convocation est réitérée le même jour par lettre simple. Il est prévu par ailleurs que le demandeur puisse être convoqué verbalement contre émargement. La convocation doit mentionner que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire (NCPC, art. 847-2, al. 2) ; aucune mention relative aux conditions d'assistance et de représentation devant le tribunal d'instance n'est en revanche exigée. L'article 847-2 du Nouveau code de procédure civile dispose expressément que la convocation adressée au défendeur vaut citation. Néanmoins, dans l'hypothèse où celle-ci n'a pu être remise à son destinataire, il est fait application de l'article 670-1 du Nouveau code de procédure civile, lequel prévoit que le demandeur est alors invité à procéder par voie de signification, en l'occurrence d'assignation à toutes fins (v. *supra*, n° 37).

SECTION 2° Déroulement de l'instance

68. *L'instance*. - Phase judiciaire du procès, l'instance désigne plus précisément la suite des actes et délais de la procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'au jugement ou aux autres modes d'extinction de l'instance, y compris instruction et incidents divers (V° Instance, G. Cornu, dir., Vocabulaire juridique, Paris, Quadrige / Presses universitaires de France, 2001). Le déroulement de cette séquence procédurale présente, devant le tribunal d'instance, certaines particularités qui, de l'introduction de l'instance (v. *infra*, n°s 69 et s.) à son dénouement (v. *infra*, n°s 117 et s.) en passant par l'instruction et les débats (v. *infra*, n°s 91 et s.), tendent à rendre plus accessible le juge et à favoriser la conciliation des parties.

ART. 1^{er} : Introduction de l'instance

69. *Plan*. - L'introduction de l'instance peut s'analyser comme la naissance d'une situation juridique créatrice d'effets originaux pour les parties comme pour le juge (v. *infra*, n°s 70 et s.). Devant le tribunal d'instance, les modes de fixation de l'audience (v. *infra*, n°s 80 et s.) et les renvois de compétence avec la juridiction de proximité (v. *infra*, n°s 85 et s.) contribuent à donner à cette première étape du procès une spécificité certaine.

§1. – Naissance de l'instance

70. *Distinction*. - Aux termes de l'article 53 du Nouveau code de procédure civile, la demande initiale par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions introduit l'instance. Contre la lettre de cette disposition, certains auteurs considèrent que la création du lien d'instance est conditionnée à la saisine de la juridiction et ne se confond pas avec l'acte par lequel le plaideur prend l'initiative du procès (L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., Paris, Litec, 2000, p. 500). Pour d'autres, l'instance est ouverte dès qu'une personne forme une demande initiale à l'encontre d'une autre et lui notifie ses prétentions sans qu'il soit besoin d'évoquer la saisine du juge (J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 437). Entretien par une jurisprudence changeante, l'incertitude sur le moment de création du lien d'instance ne porte pas à conséquence devant le tribunal d'instance. Les effets de la demande du justiciable et ceux de la saisine du juge sont en effet clairement distingués, que ces deux étapes soient différenciées, (comme c'est le cas pour l'assignation à toutes fins ; v. *infra*, n°s 71 et s.), ou confondues (dans tous les autres cas ; v. *infra*, n°s 76 et s.).

A - Demande antérieure à la saisine

71. *Hypothèse.* - La signification d'une assignation à toutes fins ne saurait se confondre avec la saisine du tribunal d'instance, laquelle suppose l'accomplissement d'une formalité supplémentaire à savoir l'enrôlement de l'affaire. Chacune de ces étapes génère des effets juridiques qu'il convient de distinguer avec attention, sachant que la demande initiale et la saisine de la juridiction ne sont pas simultanées et que la première n'est pas toujours suivie de la seconde.

72. *Effets de l'assignation à toutes fins.* - A condition d'être confirmée ultérieurement par l'inscription au rôle du tribunal d'instance, l'assignation à toutes fins produit un certain nombre d'effets procéduraux. Elle vaut conclusion pour le demandeur (NCPC, art. 56) et oblige le défendeur à comparaître sous peine d'être jugé sans avoir été entendu. La citation produit par ailleurs des effets sur le fond du droit avant même sa remise au greffe. Elle vaut mise en demeure, au sens de l'article 1139 du Code civil, et emporte à ce titre transfert des risques (C. civ., art. 1138) et intérêts moratoires à partir du jour de la signification (C. civ., art. 1153) sauf en cas de condamnation à indemnités (C. civ., art. 1153-1). Par ailleurs, aux termes de l'article 2244 du Code civil, l'assignation à toutes fins signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire interrompt la prescription et les délais pour agir (ou délais de forclusion).

73. *Interruption de la prescription par la citation.* - Dès le jour de sa signification, la citation en justice fait échapper à la prescription le droit litigieux invoqué par le demandeur (C. civ., art. 2244). Cet effet interruptif de prescription est affecté par certains événements. Par exemple, en cas de tentative de conciliation précédant l'assignation, l'interruption peut, à certaines conditions, se réaliser à compter de la mise en œuvre de cette procédure amiable (C. civ., art. 2245 ; NCPC, art. 835 ; v. *supra*, n° 22). En revanche, l'interruption est non avenue si la citation est nulle pour défaut de forme, si le demandeur se désiste ou laisse périmer l'instance, si la demande est rejetée (C. civ., art. 2247) ou formée devant une juridiction inexistante (Cass. 2^e civ., 23 mars 2000 ; n° 97-11.932 : *Bull. civ.* II, n° 53 ; *JCP* 2000, II, 10348, note J.-P. Desideri ; *Procédures* 2000, n°141, obs. R. Perrot). Quant au placement de l'assignation devant le tribunal d'instance, il est sans influence sur l'effet interruptif de prescription. Peu importe que la citation soit enrôlée devant un juge incompétent (C. civ., art. 2246 ; néanmoins, la règle ne s'applique pas au délai de forclusion de deux ans de l'article L 311-37 C. cons., qui donne compétence au tribunal d'instance en matière de crédit à la consommation, Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1996 : *Procédures* 1997, n° 25, obs. R. Perrot), voire qu'elle ne soit pas déposée du tout. Contrairement à la citation devant le tribunal de grande instance (NCPC, art. 757), l'ajournement devant le tribunal d'instance peut être purement conservatoire (Cass. 2^e civ., 12 nov. 1987 : *Bull. civ.* II, n° 224, *D.* 1988, somm. 124, obs. Julien ; *RTD civ.* 1988, 179, obs. R. Perrot). Mais à défaut de mise au rôle dans les délais requis, l'effet interruptif de prescription n'est pas suspensif et une nouvelle prescription recommence à courir immédiatement (Cass. Com. 18 déc. 1984 : *Bull. civ.* IV, n° 356 ; *RTD civ.* 1985, 445, obs. R. Perrot).

74. *Effets de l'enrôlement.* - Le tribunal d'instance n'est pas saisi par la délivrance de l'assignation à la partie adverse (CA Paris, 22 janvier 1998 : *Gaz. Pal.* 1998, 1, somm. 285, obs. J. Rémy) mais par la remise au secrétariat-greffe d'une copie de l'assignation par l'une ou l'autre des parties (NCPC, art. 838). Cette remise (ou placement) s'accompagne, au titre des articles 726 à 729 du Nouveau code de procédure civile, de l'inscription de l'affaire au répertoire général du tribunal (mise au rôle) et de l'ouverture d'un dossier où seront insérées les pièces essentielles de la procédure. Cependant, le placement devant le tribunal d'instance est plus qu'une simple formalité administrative : il emporte d'importants effets procéduraux.

C'est en effet seulement à compter de la mise au rôle que peut être invoquée la litispendance (Cass. 3^e civ., 10 déc. 1985 : *Bull. civ.* III, n° 167 ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 328, note S. Guinchard et T. Moussa ; *D.* 1986, I.R. 225, obs. P. Julien). C'est également à partir de cet instant que le délai de péremption commence à courir (Cass. 2^e civ., 29 fév. 1984 : *Bull. civ.* II, n° 43, *RTD civ.* 1984, 559, obs. (crit.) R. Perrot) et que l'interruption de prescription réalisée le jour de la demande devient suspensive.

75. *Placement tardif de l'assignation.* - Dès lors que l'assignation a été délivrée au défendeur avant que le droit allégué ne soit prescrit, il importe peu que la mise au rôle du tribunal d'instance soit postérieure à cette date-butoir. La solution, qui vaut logiquement pour le délai de prescription, s'applique également au délai de forclusion prévu par l'article L 311-37 C. cons. (Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1998, n° 96-12.907 : *D.* 1999, somm. 219, obs. P. Julien ; *Procédures* 1998, n° 60, obs. R. Perrot). Le placement doit en revanche avoir lieu au plus tard huit jours avant la date d'audience indiquée dans l'assignation (NCPC, art. 838), sauf à obtenir du juge une réduction de ce délai en cas d'urgence (NCPC, art. 839 ; v. *supra*, n° 52). Le respect du délai de huitaine n'est cependant assorti d'aucune sanction (E. du Rusquec, Placement tardif de l'assignation devant les juridictions d'exception, *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. 271). Son inobservation ne constitue pas un empêchement à la poursuite de la procédure car elle n'entraîne pas de conséquences dommageables pour l'adversaire. En effet, soit les parties sont présentes à l'audience et on applique la procédure prévue en cas de présentation volontaire (v. *supra*, n°s 61 et s.), à moins qu'elles ne sollicitent un renvoi à une audience ultérieure ; soit une seule se présente, celle qui a opéré le placement tardif, et le juge renvoie lui-même à une audience dont la date permettra de respecter le délai de l'article 838. Reste qu'en cas de refus d'enrôlement par le greffe du fait de l'inobservation du délai de huitaine (hypothèse qui se rencontre en pratique ; v. R. Perrot, *RTD civ.* 1985, 615), le demandeur est contraint de réitérer sa citation. Il convient alors de vérifier que la deuxième assignation, éventuellement délivrée " Sur et aux fins " de la première, contient toutes les mentions requises (v. *supra*, n°s 37 et s.) afin d'éviter qu'elle ne soit annulée pour vice de forme (Cass. 2^e civ., 15 nov. 1995 : *Gaz Pal.* 1996, 2, 389, note E. du Rusquec).

B - Demande valant saisine

76. *Hypothèses.* - A l'exception de l'assignation à toutes fins, qui suppose la signification de la demande puis sa remise au greffe, toutes les formes d'introduction de l'instance devant le tribunal d'instance confondent la demande et la saisine en une seule et même opération. En cas de requête conjointe, de présentation volontaire des parties ou de déclaration au greffe, le juge est directement saisi et cette saisine, qui vaut demande en justice, produit tous les effets attachés à l'introduction de l'instance.

77. *Requête conjointe.* - La demande en justice exprimée par requête conjointe est formée à compter de sa remise au secrétariat greffe (NCPC, art. 54). C'est à cette date que l'instance est réputée introduite et le juge saisi. L'architecture similaire des demandes formées par assignation et par requête conjointe pourrait faire douter de cette solution. Il a ainsi été relevé (J. Barrère, Tribunal d'instance. Procédure. Exercice de l'action, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 330, n° 183) qu'à la signature de l'huissier de justice et à l'indication de la date sur l'exploit d'assignation (NCPC, art. 648, al. 1 ; v. *supra*, n°42) correspondait l'obligation, pour la requête conjointe, d'être datée et signée des parties (NCPC, art. 57, al. 4). Dans cette perspective, la prescription devrait être interrompue à compter de la date de signature de la requête et non de celle de sa remise au greffe (à moins qu'aucune date ne soit indiquée sur l'acte des parties, auquel cas la date de remise au greffe sera retenue ; v. H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, p. 170, n° 167). La lettre de l'article 54 ne permet cependant pas une telle

interprétation et il est préférable de faire produire les effets substantiels de la demande en justice (mise en demeure et effet interruptif de prescription), à partir de la remise de la requête à la juridiction. Il faut par ailleurs remarquer que devant le tribunal d'instance, cette remise est faite au juge (NCPC, art. 846, al. 1). Caractéristique de l'esprit de simplicité animant la procédure devant le tribunal d'instance, cette disposition ne doit pas s'entendre restrictivement. En pratique, la requête conjointe peut être remise au secrétariat-greffe (rapp. NCPC, art. 829, al. 2) comme c'est le cas devant les tribunaux de grande instance (NCPC, art. 795).

78. *Présentation volontaire des parties.* - Aux termes de l'article 846, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile, le tribunal est saisi par la signature d'un procès verbal constatant que les parties se présentent volontairement pour faire juger leurs prétentions (v. *supra*, n° 62). Contenant les prétentions des parties et dressé par le greffier du tribunal d'instance, cet acte vaut, à compter de sa signature, à la fois demande en justice et saisine de la juridiction. Il produit tous les effets juridiques, procéduraux et substantiels, propres à l'introduction de l'instance.

79. *Déclaration au greffe.* - La déclaration au greffe du tribunal d'instance produit un effet immédiat : dès son enregistrement, elle interrompt la prescription qui menace le droit subjectif allégué et les délais pour agir (NCPC, art. 847-1, al. 3), alors même que le défendeur n'est pas encore informé de la demande du déclarant (sur ce point, v. les observations critiques de J. Barrère, Tribunal d'instance. Procédure. Exercice de l'action, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 330, n° 204). L'enregistrement effectué auprès du greffe, celui-ci a alors la charge de convoquer les parties à l'audience (v. *supra*, n° 67). Cette convocation, adressée par lettre recommandée avec accusé de réception au défendeur, vaut citation (NCPC 847-2). A ce titre, elle fait courir les intérêts moratoires et emporte l'obligation pour le défendeur de comparaître. On remarquera au passage que l'effet interruptif de prescription, habituellement attaché à la citation, résulte ici de l'enregistrement qui lui est antérieur, avec pour effet bénéfique de mettre le demandeur à l'abri en cas d'annulation ultérieure de la convocation. Reste la question de la date de saisine du tribunal, question plus théorique que pratique du fait de la précision des textes régissant les étapes de ce mode d'introduction de l'instance. La saisine résulte-t-elle de l'enregistrement de la déclaration du demandeur au greffe ou de la convocation du défendeur à l'audience ? Faute de pouvoir se référer aux critères traditionnels en raison de l'originalité de cette procédure, on doit logiquement considérer que, si la déclaration saisit le greffe, la saisine du tribunal ne s'opère quant à elle que par l'envoi de la convocation valant citation (P. Estoup, Le décret du 4 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. 282).

§2. – Fixation des audiences

80. *Organisation générale des audiences.* - Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, les juges d'instance étaient libres de fixer la date de leurs audiences quand ils le souhaitaient, à condition d'en tenir au moins deux par semaine (anc. C. pr. civ, art. 8). Aujourd'hui abrogée, cette disposition a été remplacée par l'article R. 321-44 du Code de l'organisation judiciaire, selon lequel “ pendant la première quinzaine du mois qui précède l'année judiciaire, le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance, fixe, après avis des chefs du tribunal de grande instance, le nombre, le jour et la nature des audiences du tribunal d'instance et de la juridiction de proximité ”. L'année judiciaire commençant le 1^{er} janvier (COJ, art. R. 711-1), la fixation annuelle des dates et du rythme des audiences doit être effectuée durant les quinze premiers jours du mois de décembre. En ce qui concerne le lieu des audiences, aucune indication n'étant donnée par les textes. Il faut en déduire que, sauf situation exceptionnelle dans le cadre du référé (v. *infra*, n°

135), elles seront tenues au siège du tribunal d'instance dans le local affecté au service de cette juridiction. Rien n'interdit cependant que le juge d'instance tienne des audiences foraines, en des communes de son ressort autres que celle où est fixé son siège (COJ, art. L. 7-10-1-1), dès lors que le premier président de la cour d'appel l'y autorise, après avis du procureur général de ladite cour (COJ, art. R. 7-10-1-1).

81. *Fixation de l'audience par la juridiction.* - A l'exception de l'assignation à toutes fins, la demande en justice remise au tribunal d'instance ne contient aucune indication sur le jour et l'heure de la première audience. C'est au juge, une fois saisi, de décider, avec le concours du greffe, quand seront appelées les parties. Il en va ainsi en cas de tentative préalable de conciliation, la convocation des litigants étant le fait du greffe (NCPC, art. 833) ou du conciliateur éventuellement désigné (NCPC, art. 832-3). La maîtrise du calendrier par la juridiction est également la règle en cas de requête conjointe ou de présentation volontaire. Dans ces hypothèses, le juge peut statuer immédiatement sur la demande, mais il n'y est pas tenu et peut aussi bien renvoyer l'affaire à une audience ultérieure. En cas de déclaration au greffe, les parties ne disposent pas non plus du choix du jour de l'audience. Elles sont convoquées par le greffier (NCPC, art. 847-2, al.1) qui fixe librement cette date en s'assurant toutefois que le défendeur a disposé d'un délai suffisant entre la convocation et le jour de l'audience (Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1993, n° 90-11.615 : *Bull. civ.* I, n° 336). Enfin, dans les situations d'urgence, le juge d'instance dispose logiquement de larges pouvoirs pour déterminer le moment de l'audience. Il en va ainsi lorsque le tribunal d'instance agit en référé (NCPC, art. 485, al. 2 ; v. *infra*, n° 135) ou se prononce sur une demande visant à raccourcir les délais de comparution ou de remise de l'assignation (NCPC, art. 839).

82. *Assignation à jour fixe.* - Hormis le cas où l'auteur d'une citation devant le tribunal d'instance obtient une réduction des délais légaux de comparution et de remise de l'assignation (NCPC, art. 839), auquel cas c'est le juge qui fixe le moment de la première audience, le demandeur choisit le jour et l'heure de celle-ci. L'assignation à toutes fins, qui mentionne cette information à peine de nullité (NCPC, art. 836 ; v. *supra*, n° 52), doit être signifiée au défendeur au moins quinze jours avant la date choisie (NCPC, art. 837) et être remise au greffe du tribunal d'instance dans les huit jours qui la précèdent (NCPC, art. 838, al. 2). Si le placement tardif de l'assignation n'est assorti d'aucune sanction (v. *supra*, n° 75), l'inobservation par le demandeur du délai de comparution de quinze jours semble devoir être appréciée plus sévèrement. Ainsi a-t-il été jugé, dans une procédure commerciale au cours de laquelle un délai du même type (NCPC, art. 856) n'avait pas été respecté et où le défendeur n'avait pas comparu, que l'assignation était nulle, ainsi que le jugement subséquent (Cass. 2^e civ., 12 juin 2003, n° 01-11.441 : *Bull. civ.* II, n° 196, *JCP* 2003, IV, 2387 ; rapp. Riom, 23 juin 1988 : *D.* 1989, somm. 182, obs. P. Julien). Par ailleurs, il a été avancé que le non-respect de ce délai de comparution devait permettre au défendeur présent à l'audience d'opposer une exception dilatoire (NCPC, art. 108) obligeant le juge à suspendre l'instance et à renvoyer l'affaire à une audience fixée au moins quinze jours après la citation (J. Barrère, Tribunal d'instance. Procédure. Exercice de l'action, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 330, n°161).

83. *Assignation à une date erronée.* - Si c'est l'auteur de la citation et non le juge d'instance qui détermine la date de l'audience, il arrive que ce soit en réalité l'huissier de justice, auteur matériel de l'assignation (NCPC, art. 55), qui se charge de cette tâche. Quand il instrumente dans le ressort du tribunal d'instance où l'affaire est appelée, il connaît ses périodes d'audience. Parfois cependant l'huissier, se méprenant sur celles-ci, assigne le défendeur hors des jours ou des horaires d'audience. La date erronée peut alors être rectifiée par la délivrance d'une autre assignation à jour fixe " aux fins de la précédente " ou d'un avis à comparaître du greffe. Dans un cas comme dans l'autre, le défendeur doit être informé de la date d'audience

utile quinze jours au moins avant le jour fixé, quand bien même la première assignation aurait été délivrée plus de deux semaines avant cette date (Cass. 2^e civ., 12 juin 2003, n° 01-11.441 : *Bull. civ.* II, n° 196 ; *Procédures* 2003, n° 190, obs. R. Perrot).

84. *Critique de l'assignation à jour fixe.* – La faculté exorbitante laissée aux parties devant le tribunal d'instance de décider de la date à laquelle leur affaire viendra à l'audience pour être plaidée a fait l'objet de vives critiques (P. Estoup, *La saisine du tribunal d'instance : une réforme simple et nécessaire*, *Gaz. Pal.* 1988, 2, doct. 698). Ce système, qui permet au demandeur d'assigner au jour de son choix sans se préoccuper de l'état du rôle, est accusé de produire des effets pernicioeux, notamment l'alternance d'audiences "blanches" auxquelles aucune affaire n'est inscrite et d'audiences surchargées nuisant au travail du juge. Confrontée à ces difficultés, la pratique a trouvé un palliatif dans l'organisation d'audiences d'appel des causes au cours desquelles les affaires sont réparties entre les magistrats et fixées aux audiences ultérieures (P. Estoup, *La procédure devant le tribunal d'instance*, *D.* 1985, chron. 245). Le surcroît de travail ainsi imposé à la juridiction pourrait néanmoins être évité par une réforme, inspirée des méthodes d'audiencement devant le tribunal de grande instance, qui permettrait au juge d'instance de regagner la maîtrise de son rôle en déterminant lui-même la date de la première audience (v. not. les articles précités de P. Estoup).

§3. – Renvois de compétences

85. *Généralités.* - La demande en justice formulée devant une juridiction incompétente peut, à certaines conditions, justifier le renvoi de l'affaire devant un juge différent. Le règlement des incidents de compétence est organisé par une série de règles du Nouveau code de procédure civile (NCPC, articles 75 à 99 ; v. *Incompétence*) qui organisent le transfert d'une instance, déjà liée, d'une juridiction à une autre. Ces dispositions sont applicables à toutes les juridictions civiles, notamment au tribunal d'instance qui peut ainsi être amené à juger une affaire introduite devant un autre juge. Les renvois de compétence entre le tribunal d'instance et la juridiction de proximité (v. *Juridictions de proximité*) dérogent à ce régime général et font l'objet de règles particulières.

86. *Renvois de compétence entre le tribunal d'instance et la juridiction de proximité.* - Institués par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 (COJ, art. L. 331-4) et par le décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 (NCPC, art. 847-4 et 847-5), les renvois de compétence entre le tribunal d'instance et le juge de proximité se justifient en vertu des liens fonctionnels étroits unissant ces deux juridictions. Nommés pour exercer "une part limitée des fonctions des magistrats des juridictions judiciaires de première instance" (Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958, art. 41-17), les juges de proximité, dont l'activité est organisée dans le cadre du tribunal d'instance (art. 41-18, ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958), connaissent en effet d'actions personnelles et mobilières qui relevaient jusqu'alors des juges d'instance. Les domaines de compétence respectifs de ces deux juridictions s'articulent autour d'un taux fixé à 1500 euros au delà duquel le litige relève du tribunal d'instance (à condition toutefois de ne pas excéder 7600 euros, COJ, art. R. 321-1) et en deçà duquel la juridiction de proximité est compétente (COJ, art. L. 331-2, al.1). Plusieurs raisons militaient pour que la frontière fixée par ce taux ne fût pas trop rigide (nécessité d'autoriser le juge de proximité à renvoyer les affaires difficiles devant un magistrat professionnel, volonté de réduire les risques d'incident de compétence et souci d'en simplifier le règlement). Ces raisons ont conduit le législateur à mettre en place des "passerelles" entre le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, dérogeant au droit commun du règlement des incidents de compétence.

87. *Renvoi pour difficulté juridique sérieuse : principe.* - Les articles 331-4 du Code de

l'organisation judiciaire et 847-4 du Nouveau code de procédure civile instituent une procédure de renvoi facultatif devant le tribunal d'instance des affaires trop complexes dont est saisi le juge de proximité. Ce mécanisme original combine une prorogation de la compétence du tribunal d'instance sur décision du juge de proximité et une renonciation de ce dernier à trancher un litige relevant de sa compétence. Le caractère exceptionnel d'une telle procédure justifie que son utilisation soit restreinte aux hypothèses où se pose une "difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation du contrat liant les parties" (COJ, art. L. 331-4 et NCPC, art. 847-4, al.1). Peu importe en revanche qu'il s'agisse d'une procédure ordinaire ou d'une procédure d'injonction de payer ou de faire. La loi précise en effet que dans ces deux hypothèses particulières, l'article 847-4 est applicable (NCPC, art. 1406, al. 3 et art. 1425-1 al. 2).

88. *Renvoi pour difficulté juridique sérieuse : mise en œuvre.* - Le renvoi est conçu pour être mis en œuvre simplement et très rapidement afin d'éviter de retarder le règlement du litige. Il s'opère par une simple mention au dossier (NCPC, art. 847-4, al. 2) et suppose seulement que les litigants aient été au préalable entendus par le juge (NCPC, art. 847-4, al. 1). Prise d'office par la juridiction de proximité ou à la demande d'une partie (COJ, art. L. 331-4), la décision de renvoyer l'affaire devant le tribunal d'instance est une mesure d'administration judiciaire (NCPC, art. 847-4, al. 2) qui ne peut faire l'objet d'aucun recours (NCPC, art. 537). Le juge de proximité décidant du renvoi transmet immédiatement le dossier au tribunal d'instance (NCPC, art. 847-4, al. 1), lequel reprend la procédure en l'état sans que les droits procéduraux des parties ne soient affectés. Tout au plus le juge d'instance est-il contraint de réentendre les parties qui auraient déjà plaidé devant la juridiction de proximité afin de respecter le principe du contradictoire (NCPC, art. 847-4, al.3).

89. *Renvoi pour incompétence.* - Devant le risque de confusion entre la juridiction de proximité et le tribunal d'instance, le renvoi de l'une à l'autre de ces juridictions a été organisé de manière à pouvoir être facilement mis en œuvre. dérogeant à l'article 92 du Nouveau code de procédure civile selon lequel l'incompétence ne peut être prononcée d'office qu'en cas de violation d'une règle d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas, l'article 847-5, alinéa 2, du Nouveau code de procédure civile dispose que le juge de proximité peut toujours relever d'office son incompétence (il y est tenu s'il est saisi incidemment d'une question de nature pétitoire, COJ, art. R. 331-2, al. 2). La même faculté est reconnue au tribunal d'instance au profit du juge de proximité, la décision par laquelle le premier constate son incompétence et renvoie l'affaire au second étant sans recours (NCPC, art. 847-5, al. 3).

90. *Renvoi pour règlement de compétence.* - La perspective de nouveaux incidents de compétence générés par la création de la juridiction de proximité (v. C. Bléry, La compétence civile du nouveau juge de proximité. De quelques questions qu'elle suscite, *D.* 2003, chron. 566) et la volonté d'unifier leur règlement ont conduit le législateur à soumettre ce type de difficultés au tribunal d'instance. Aux termes de l'article 847-5, le juge de proximité renvoie, par simple mention au dossier, toutes les exceptions d'incompétence au juge d'instance. Celui-ci statue sans recours s'il estime que l'affaire relève de sa compétence ou s'il la renvoie à une juridiction de proximité de son ressort (NCPC, art. 847-5, al. 3). Dans ce dernier cas, l'affaire est inscrite (ou réinscrite si elle avait été initialement portée devant le juge compétent) au rôle de la juridiction de proximité par le greffe commun, sans qu'il soit fait application de l'article 97 du Nouveau code de procédure civile relatif aux modalités de transmission du dossier de l'affaire à un tribunal désigné (P. Chevalier et T. Moussa, Le décret relatif à la juridiction de proximité, *JCP* 2003, I, 181, n° 14). Le droit commun des incidents de compétence reste néanmoins applicable (NCPC, art. 847-5 *in fine*) chaque fois que le relevé d'incompétence du tribunal d'instance profite à une autre juridiction civile, pénale ou administrative.

ART 2^e : Instruction et débats

91. *Plan.* - Une fois l'instance liée, le juge d'instance a pour fonction première de concilier les parties (v. *infra*, n^{os} 92 et s.). En cas d'échec, le litige est mis en état d'être jugé selon un calendrier fixé par le tribunal (v. *infra*, n^{os} 99 et s.). Soumise aux dispositions communes à toutes les juridictions civiles, la procédure devant le tribunal d'instance se distingue par son caractère oral (v. *infra*, n^{os} 109 et s.).

§1. – Conciliation des parties

92. *Conciliation judiciaire des parties.* - Bénéficiant de l'engouement contemporain pour les modes alternatifs de règlement des litiges (sur lesquels v. P. Chevalier, Y. Desdevises et P. Milburn (sous la dir. de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La Documentation Française, 2003), la promotion de la conciliation au sein de l'instance civile est désormais assurée par une série de dispositions légales applicables à toutes les juridictions civiles, y compris le tribunal d'instance. Au cœur de ce dispositif, l'article 21 du Nouveau code de procédure civile élève la mission conciliatrice du juge au rang de principe directeur du procès. Les articles 127 à 131 du même code (NCPC, Livre 1, Titre VI) précisent l'étendue de cette mission en disposant que la conciliation peut être tentée tout au long de l'instance (NCPC, art. 127) aux lieu et moment que le juge estime favorables (NCPC, art. 128). D'autres textes autorisent par ailleurs le juge, dans l'exercice de sa fonction contentieuse, à recourir à une tierce personne pour résoudre un litige (médiateur, NCPC, Livre 1, Titre VI, art. 131-1 à 131-15, ou conciliateur de justice, Décret n^o 78-381 du 20 mars 1978). Ces diverses dispositions donnent la faculté à toutes les juridictions civiles d'introduire une dimension amiable dans telle ou telle procédure judiciaire particulière. Le tribunal d'instance est libre de constater l'accord des parties en application de ce droit commun de la conciliation (v. *infra*, n^o 120). Reste que devant cette juridiction particulière, l'application du principe général conférant au juge une mission conciliatrice est subsidiaire puisque la tentative de conciliation y est érigée en institution autonome intégrée à l'instance.

93. *Principe : la conciliation par le tribunal d'instance.* - Comme toute juridiction civile, le tribunal d'instance a la mission de concilier les litigants. Il a en outre l'obligation de procéder à une tentative de rapprochement des parties dès le début de l'instance. Dès lors qu'il est saisi dans le cadre de la procédure ordinaire, que ce soit par assignation à toutes fins (NCPC, art. 840, al.1), par requête conjointe ou présentation volontaire (NCPC, art. 847 al.1) ou par déclaration au greffe (NCPC, art. 847-3 al.1), le tribunal d'instance " s'efforce de concilier les parties ". Il s'agit là d'une obligation de moyens (le succès de la conciliation reposant sur les parties), qui existe indépendamment du mode d'introduction de l'instance choisie. Cette recherche de la conciliation par le juge fait partie intégrante de l'instance dont elle constitue la première phase, préalable à l'instruction et aux débats. Ce n'est qu'à défaut d'accord entre les parties que l'examen du litige au fond peut être poursuivi (comp. NCPC, art. 841, 847 al. 3 et 847-3 al. 3 ; rapp. NCPC, art. 836,1^o).

94. *Exception.* - L'obligation faite au juge d'instance de concilier les parties n'existe plus si le demandeur a déjà provoqué une tentative préalable de conciliation (v. *supra*, n^{os} 19 et s.) et que, suite à son échec, il a introduit l'instance contentieuse. En ce cas, l'obligation de conciliation a été satisfaite antérieurement, par le juge ou un conciliateur désigné à cet effet, au cours d'une audience ayant ce seul objet. Puisque la tentative de rapprochement des parties a échoué, il est superflu de la renouveler et le juge peut directement instruire ou juger. La solution ne fait aucun doute en cas d'assignation à toutes fins, l'article 836 du Nouveau code

de procédure civile énonçant que celle-ci doit indiquer “ les lieu, jour et heure de l’audience à laquelle la conciliation sera tentée si elle ne l’a déjà été ”. Il semble justifié d’étendre, par analogie, cette exception aux autres modes d’introduction de l’instance. En tout état de cause le juge conserve tout au long de la procédure le pouvoir de rechercher un accord, mais il ne s’agit plus là que d’une faculté.

95. *Pratique de la conciliation par le tribunal d’instance.* - Le tribunal consacre le début de l’audience à la conciliation des parties. Aucune disposition spécifique ne règle le déroulement de cette tentative de rapprochement amiable à l’exception de l’article 840, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile, qui prévoit qu’elle peut avoir lieu dans le cabinet du juge mais n’exclut pas, *a contrario*, qu’elle se tienne en audience publique. Dans le silence de la loi et contrairement aux dispositions organisant la tentative préalable de conciliation (NCPC, art., 831, al. 2 ; v. *supra*, n° 32), les parties sont libres de ne pas comparaître en personne et peuvent se faire représenter par un mandataire (sur les conditions de cette représentation ; v. *supra*, n° 9 et s.). En revanche, l’absence d’une partie non représentée à l’audience de conciliation vaut échec de celle-ci.

96. *La conciliation des parties par un conciliateur de justice.* - Depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, le juge peut confier à un conciliateur de justice la conduite de la conciliation. Cette possibilité est ouverte dans toute procédure ordinaire se déroulant devant le tribunal d’instance, qu’elle ait été introduite par assignation à toutes fins (NCPC, art. 840, al. 1), par requête conjointe ou présentation volontaire des parties (NCPC, art. 847, al. 2) ou par déclaration au greffe (NCPC, art. 847-3, al. 2). Le recours au droit commun de la médiation (NCPC, art. 131-1 et s.) et la nomination d’un médiateur ne sont pas pour autant exclus, mais ils apparaissent peu probables compte tenu de l’existence de conciliateurs de justice exerçant leur activité à titre bénévole (Décret n° 78-381 du 20 mars 1978, art. 1, al. 3). Faute d’accord des parties, le juge ne peut exiger que la tentative de conciliation soit menée par un conciliateur de justice mais il peut leur enjoindre, aux termes de l’article 8 de la loi n° 2002-1138 modifiant l’article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, de rencontrer une personne chargée de les informer “ sur l’objet et le déroulement de la mesure de conciliation ” (rapp. NCPC art. 829, al. 3, qui vise l’hypothèse de la tentative de conciliation préalable à l’instance ; sur ce “ nouveau pouvoir d’injonction en matière de conciliation judiciaire ”, v. J. Joly-Hurard, *D.* 2003, chron. (crit.) 928).

97. *Pratiques des conciliateurs de justice.* - En n’exigeant aucune formalité particulière lors de la désignation d’un conciliateur de justice par le tribunal d’instance (NCPC, art. 840, al. 1, 847, al.2 et 847-3, al. 2), le législateur a permis le développement de pratiques procédurales originales (C.-P. Barrière, *Nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d’instance*, *Gaz. Pal.* 2001, doct. 270). La plus fréquente consiste pour le juge à inviter le conciliateur de justice à assister à l’audience. Après l’appel des causes, le président indique aux parties présentes qu’un conciliateur est à leur disposition durant toute la durée de l’audience. Les justiciables intéressés sont alors invités à se retirer en chambre du conseil, accompagnés éventuellement d’une personne de leur choix (Décret n° 78-381 du 20 mars 1978, art. 6, al. 2), pour essayer de trouver un accord sous l’autorité du conciliateur. Si nécessaire, la procédure de conciliation peut se prolonger ailleurs, par delà l’audience, aucun délai n’étant posé par la loi. Cette façon de procéder n’est cependant pas la seule : une autre formule, plus souple encore, permet au conciliateur de justice d’exercer son office en dehors de l’audience. Mise en œuvre par certaines juridictions dans le cadre de la procédure de déclaration au greffe, cette pratique consiste, pour le greffier accusant réception des demandes, à proposer une conciliation auprès d’un conciliateur de justice, lequel prend directement contact avec les parties pour leur proposer ses services. En cas de refus des

litigants ou d'échec de la négociation, le conciliateur informe alors le juge qui convoque les parties à l'audience de jugement la plus proche.

98. *Défaut de comparution.* - Dans l'hypothèse où l'une des parties ne comparait pas à la première audience, rien n'empêche le juge d'instance de trancher le litige immédiatement (v. *infra*, n° 123). S'agissant d'une audience consacrée à la conciliation, il peut cependant être inopportun d'appliquer les règles du Nouveau code de procédure civile relatives au défaut de comparution (H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, p. 401). La conciliation ayant échoué, il conviendra alors de convoquer à nouveau les parties pour juger leur différend à une date communiquée par lettre simple (NCPC, art. 841).

§2. – Mise en état des causes

99. *Cadre légal.* - En cas d'échec, total ou partiel, de la conciliation, le tribunal d'instance doit régler au fond le litige qui lui est soumis. Il en va de même lorsqu'il est saisi consécutivement à une tentative préalable de conciliation infructueuse, auquel cas le juge n'est plus tenu de procéder au rapprochement des parties (NCPC, art. 836, al.1, 1° ; v. *supra*, n° 94). Dans les deux cas, l'instance se déroule en vue d'aboutir au jugement de la cause. Consacrées essentiellement à l'exercice de l'action, les dispositions particulières aux tribunaux d'instance figurant dans le Nouveau code de procédure civile sont relativement discrètes en ce qui concerne le déroulement de la procédure et l'instruction de l'affaire. La prise en compte des dispositions communes du code (NCPC, Livre 1), applicables par principe au tribunal d'instance (NCPC, art. 749), est donc indispensable à la description de la chronologie procédurale devant cette juridiction (v. *infra*, n°s 100 et s.) et des pouvoirs du juge (v. *infra*, n°s 104 et s.).

A - Chronologie de la procédure

100. *Jugement immédiat.* - Aux termes de l'article 841 du Nouveau code de procédure civile, à défaut de conciliation par le juge d'instance, l'affaire est immédiatement jugée. Bien que l'article 841 soit inséré dans le chapitre relatif à la procédure sur assignation à toutes fins (NCPC, Livre 2, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2), il est applicable quel que soit le mode d'introduction de l'instance. Si la tentative de conciliation infructueuse s'inscrit dans le cadre d'une procédure préalable (v. *supra*, n° 19 et s.) et qu'elle a été menée antérieurement à la citation, à la convocation ou à la présentation volontaire des parties, le juge peut statuer immédiatement au fond. Dans le cas d'une demande "à toutes fins", le tribunal peut également trancher le litige dès la première audience, après avoir constaté la non-conciliation des parties. L'absence de l'une ou plusieurs des parties ne fait pas obstacle à ce jugement immédiat : elle appelle en revanche l'application des dispositions générales régissant le défaut de comparution (NCPC, art. 467 et suivants).

101. *Causes de renvoi à une audience ultérieure.* – La nécessité de traiter rapidement le flux des affaires nouvelles ne saurait justifier une justice expéditive. C'est pourquoi aucune décision sur le fond ne peut être rendue immédiatement si le litige n'est pas en état d'être jugé. Dans cette dernière hypothèse, extrêmement fréquente en pratique, le juge d'instance doit réserver son jugement et il lui appartient (v. *infra*, n° 105) de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure (NCPC, art. 841). Plusieurs renvois successifs peuvent être nécessaires pour mettre l'affaire en état tant les événements susceptibles de compliquer le litige sont nombreux. La nécessité d'assurer le respect du principe du contradictoire, le dépôt de demandes incidentes (NCPC, art. 53 à 70), la prise en compte des moyens de défense, notamment les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir (NCPC, art. 73 à 126), et

les mesures d’instruction proprement dites (v. *infra*, n° 106 et n° 107) sont autant de raisons qui peuvent justifier que l’affaire soit renvoyée à une nouvelle audience, après un laps de temps plus ou moins long.

102. *Information des parties.* – En cas de renvoi à une audience ultérieure, l’instance se poursuit à la diligence du juge sans formalité particulière. Le juge doit néanmoins veiller à ce que les parties soient informées de la nouvelle date d’audience. Cette information est faite verbalement en cas de renvoi ordonné contradictoirement à une date déterminée (NCPC, art. 841). Elle l’est par lettre simple, à la diligence du greffe, en l’absence d’une au moins des parties (NCPC, art. 841) ou lorsque la date d’audience n’a pas été fixée immédiatement (dans l’attente de l’exécution d’une mesure d’instruction ou de l’expiration d’un délai de sursis à statuer, NCPC, art. 842). Si l’une des parties n’a pas été avertie de la nouvelle date d’audience (Cass. com., 30 juin 1987 : *Bull. civ.* IV, n° 170 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 41, note M. Richevaux) ou si aucune mention du jugement ou du dossier ne permet d’établir qu’elle l’ait été (Cass. 2^e civ., 14 mars 1984 : *Bull. civ.* II, n° 51 ; *Gaz. Pal.* 1984, 2. Panor. 223, obs. S. Guinchard ; *RTD civ.* 1984, 564, obs. R. Perrot), le jugement est nul pour violation des droits de la défense. Par contre, si l’une des parties ou les deux ne se présentent pas devant le juge bien qu’elles aient été avisées de la date de renvoi, il y a lieu d’appliquer les règles communes régissant le défaut de comparution.

103. - *Aménagement contractuel de la procédure.* – La faiblesse de la réglementation concernant le déroulement de la procédure devant le tribunal d’instance, notamment en ce qui concerne la mise en état des causes, laisse à chaque juge une relative liberté dans l’organisation de l’instance. L’institution d’un contrat de procédure entre les parties et leurs représentants, d’une part, et les magistrats, d’autre part, est l’un des modes d’aménagement rationnel de l’instance mis en place par certaines juridictions (P. Estoup, *La procédure devant le tribunal d’instance*, *D.* 1985, chron. 246). Applicables aux affaires contradictoires nécessitant une instruction, ce contrat a pour objet la maîtrise du temps procédural dans le respect du contradictoire. Il fixe, dès l’enrôlement de l’affaire, les termes de l’instruction ainsi que les dates de dépôt du dossier et de plaidoirie. Dans ce schéma, l’affaire ne doit pas être renvoyée plus de deux fois à partir de l’audience d’entrée, aucun renvoi ne pouvant excéder une durée prédéfinie (pour un exemple particulier, v. M. Gaget, *Le contrat de procédure au tribunal d’instance de Lyon*, *Gaz. Pal.* 1987, 2, doct. 498).

B - Pouvoirs du juge

104. *Conduite de l’instance.* – Les dispositions liminaires du Nouveau code de procédure civile ne remettent pas en cause le “ principe dispositif ” selon lequel le procès - matière d’intérêts privés - est avant tout la chose des parties. Celles-ci “ conduisent l’instance sous les charges qui leur incombent ” (NCPC, art. 2) mais il appartient au juge de veiller “ au bon déroulement de l’instance ” (NCPC, art. 3). Le tribunal d’instance, comme toutes les juridictions civiles, se voit reconnaître à ce titre un certain nombre de pouvoirs relatifs, entre autres, à la gestion du calendrier procédural, à l’instruction de l’affaire et au déroulement des débats.

105. *Maîtrise du calendrier procédural.* – En l’absence de disposition légale, il n’est pas toujours aisé de savoir si un acte de procédure relève du pouvoir des parties dans la conduite de l’instance ou de l’office de juge chargé de son bon déroulement. Il en va ainsi du renvoi de l’affaire à une audience ultérieure, mode habituel d’organisation de la mise en état devant le tribunal d’instance (v. *supra*, n° 101). Le juge peut décider d’un tel renvoi d’office ou à la demande d’une des parties. Il est libre en revanche de le refuser, quand bien même il serait

sollicité par toutes les parties, dès lors que celles-ci ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral (Ass. Plén., 24 nov. 1989, n° 88-18.188 : *Bull. civ.* n° 3 ; *JCP* 1990, II, 21407, note L. Cadiet ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 358, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *RTD civ.* 1990, 145, obs. R. Perrot). Ce pouvoir discrétionnaire trouve néanmoins une limite dans la possibilité ouverte aux litigants, soucieux de différer une solution judiciaire, de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose au juge (même arrêt). Par ailleurs, le juge peut toujours supprimer l'affaire du rang des affaires en cours pour sanctionner le défaut de diligence des parties (NCPC, art. 381).

106. *Instruction de l'affaire : droit commun.* – Si l'affaire présente certaines zones d'ombre lors de la première audience, le juge d'instance dispose de tous les pouvoirs reconnus aux juridictions civiles pour la mettre en état. Il peut inviter les parties à fournir les explications de fait (NCPC, art. 8) ou de droit (NCPC, art. 13) nécessaires. Il peut également statuer sur la communication des pièces entre les litigants ou sur leur production, qu'elles soient détenues par un tiers ou une partie (NCPC, art. 132 et suivants). Enfin, il peut ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (NCPC, art. 10) et à ce titre mener certaines vérifications personnelles (NCPC, art. 179 et s.), faire comparaître les parties (NCPC, art. 184 et s.), auditionner les témoins (NCPC, art. 204 et s.) ou consulter un technicien (NCPC, art. 232 et s.).

107. *Instruction de l'affaire : disposition propre au tribunal d'instance.* – Le législateur a cru bon d'édicter une disposition relative aux pouvoirs d'instruction propres au tribunal d'instance. L'article 844 du Nouveau code de procédure civile prévoit ainsi que le juge " peut inviter les parties à fournir les explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer faute de quoi, il peut passer outre et statuer, sauf à tirer toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus ". Cette disposition est généralement considérée par la doctrine comme inutile eu égard aux pouvoirs de mise en état dont dispose le tribunal d'instance en vertu du droit commun (v., par exemple, G. Couchez, J.-P. Langlade et D. Lebeau, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998, p. 221, n° 570).

108. *Tenue des débats.* – En l'absence de dispositions particulières, l'organisation des débats devant le tribunal d'instance est réglée par les dispositions du Nouveau code de procédure civile communes à toutes les juridictions (art. 430 et s.). Les débats sont publics, sauf exception prévue par la loi (NCPC, art. 433) ou décision prise par le juge de procéder hors la présence du public pour protéger la vie privée des parties ou la sérénité de la justice (NCPC, art. 435). Le juge d'instance veille à l'ordre de l'audience (NCPC, art. 438) et dispose à cette fin du pouvoir d'expulser toute personne qui n'obéirait pas à ses injonctions (NCPC, art. 439, al. 2). Dans la direction des débats, le juge doit veiller avec une particulière attention à faire observer et à observer lui-même le principe de la contradiction (NCPC, art. 16). Il invite le demandeur puis le défendeur à exposer leurs prétentions (NCPC, art. 440, al. 2). Le ministère public, représenté par le procureur de la République dans le ressort duquel se trouve le tribunal d'instance (COJ, art. L. 311-15), peut également prendre la parole, soit comme partie principale, soit comme partie jointe auquel cas il intervient le dernier (NCPC, art. 443).

§3. - Oralité de la procédure

109. *Justification de l'oralité.* – Le tribunal d'instance partage avec les autres juridictions civiles spécialisées la règle de l'oralité de la procédure (NCPC, art. 843 pour le tribunal d'instance ; NCPC, art. 871 pour le tribunal de commerce ; C. trav., art. R. 516-6 pour le conseil de prud'hommes ; NCPC, art. 882 pour le tribunal paritaire des baux ruraux). Au

plaideur, notamment celui qui se défend lui-même, l'oralité donne l'opportunité d'exprimer de manière simple, rapide et économique ses demandes et ses moyens de défense. Au juge, elle permet une plus grande proximité avec les parties dans un cadre formel allégé. Pour toutes ces raisons, la procédure devant le tribunal d'instance est orale comme elle l'était devant les justices de paix, où les débats se tenaient sans écritures préalables (R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949, n° 520),.

110. *Champ d'application de l'oralité.* - L'article 843, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile consacre la règle de l'oralité devant le tribunal d'instance dans le chapitre relatif à la procédure sur assignation à toutes fins (NCPC, Livre 2, Titre 2, Sous-titre I, Chap. 2). Il n'est cependant pas contesté que cette règle vaut également en cas de saisine du juge par voie de requête conjointe, de présentation volontaire ou de déclaration au greffe (sur ces modes d'introduction de l'instance, v. *supra*, n^{os} 56 et s.). Dans toutes ces hypothèses, la procédure devant le tribunal d'instance est conditionnée à l'existence d'un acte écrit par l'une ou les deux parties (assignation, déclaration écrite au greffe, requête conjointe) ou par le greffier (procès verbal de présentation volontaire, enregistrement d'une déclaration verbale). A son terme, l'instance se clôt habituellement par le prononcé d'un jugement rédigé (v. *infra*, n° 125). Entre ces deux actes écrits, la règle de l'oralité s'applique.

111. *Signification de l'oralité.* - L'oralité de la procédure signifie qu'une fois l'instance introduite, les litigants peuvent saisir le tribunal par simple déclaration verbale de leurs moyens, en fait et en droit, et de leurs prétentions. Peuvent à ce titre être formées oralement, et sans aucune écriture, toutes les demandes incidentes à savoir la demande additionnelle, la demande reconventionnelle et l'intervention (NCPC, art. 63 et s.). L'oralité de la procédure, dont le corollaire est l'absence d'écriture obligatoire, n'exclut pas que le ministère public, exceptionnellement appelé à intervenir devant le juge d'instance, puisse faire connaître son avis par le biais de conclusions écrites (NCPC, art. 431, al. 2). L'oralité n'interdit pas non plus aux parties de consigner leurs prétentions et leurs arguments dans des notes déposées auprès de la juridiction mais celles-ci n'ont qu'une portée limitée. Elles ne constituent pas à proprement parler des conclusions, ce qui n'empêche pas les parties d'y avoir fréquemment recours (C.-P. Barrière, L'oralité des débats devant le tribunal d'instance, *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 420), notamment en raison des inconvénients de l'oralité (R. Martin, Le point noir de la procédure orale, *Procédures* 2000, chron., n° 13).

112. *Preuve des moyens et des prétentions des parties.* - L'oralité de la procédure dispense les parties de toute écriture durant l'instance. La loi exige en revanche que le dossier ouvert par le tribunal contienne certaines informations écrites (NCPC, art. 727 et s.), ne serait-ce que pour permettre un contrôle sur la régularité de la procédure par la juridiction supérieure. L'article 843, alinéa 2, du Nouveau code de procédure civile prévoit ainsi que les prétentions des parties doivent être notées, soit par une simple référence si elles ont été formulées par écrit, soit par une mention au dossier ou par un procès-verbal si elles ont été formulées oralement. Cette disposition légale, qui autorise les plaideurs à s'en remettre aux notes prises à l'audience par le greffier, n'est pas sans poser de délicats problèmes probatoires en cas de contestation sur le contenu des conclusions oralement déposées. Sachant que la jurisprudence fait peser sur la partie qui se prévaut d'un moyen la charge de la preuve que celui-ci a bien été soulevé à l'audience (Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974 : *Bull. civ.* I, n° 273 ; *JCP* 1975, IV, 189, obs. R. Martin ; *RTD civ.* 1975, 594, obs. R. Perrot ; Com., 2 mars 1999, n° 97-10.503 : *Bull. civ.* IV, n° 53), il est conseillé aux plaideurs de consigner par écrit leurs demandes et leurs arguments. En renvoyant verbalement à cet écrit durant l'audience, son auteur s'assure qu'il en sera fait mention au dossier (NCPC, art. 843, al. 2) et il pré-constitue ainsi la preuve du contenu de ses conclusions orales.

113. *Nécessité de comparaître.* – Devant le tribunal d’instance, le plus important n’est pas tant de parler que de comparaître. En effet, le principe de l’oralité ne se confond pas avec l’obligation de plaider, les parties n’étant pas tenues de développer verbalement les conclusions déposées à la barre (Cass. soc., 17 juill. 1997, n° 96-44.672 : *Bull. civ.* V, n° 281 ; *Procédures* 1997, n° 238, obs. J.-M. Sportouch ; *RG proc.* 1998, 114, obs. Y. Desdevises). S’ils sont libres d’exprimer oralement leur position ou de se référer à leurs écritures, les litigants doivent en revanche comparaître à l’audience, en personne ou par mandataire interposé (v. *supra*, n°s 5 et s.). Le défaut de comparution ne peut-être suppléé par l’envoi d’un dossier (Cass. 3^e civ., 16 juill. 1998, n° 95-20.683 : *Procédures* 1998, n° 259, obs. R. Perrot). Quant aux conclusions écrites adressées au juge, elles sont irrecevables dès lors que leur auteur n’est ni présent ni représenté à l’audience (Cass. 2^e civ., 14 juin 1989, n° 88-14.425 : *Bull. civ.* II, n° 129 ; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 223, obs. H. Croze et C. Morel ; *D.* 1991, somm. 245, obs. N. Fricero ; Cass. 2^e civ., 4 mars 2004, n° 02-11.423 : *D.* 2004, IR 853). En rendant la comparution des parties obligatoire pour qu’elles exposent leur demande, fût-ce par un simple renvoi verbal à leurs écritures, la jurisprudence est fidèle à l’esprit de proximité propre au tribunal d’instance. Il n’est pas sûr cependant que ce régime se justifie au regard des impératifs de simplicité et d’équité procédurale qui caractérisent également cette juridiction (F. Ekollo, *Le rôle des écritures dans les procédures orales*, *Gaz. Pal.* 2000, doct. 190).

114. *Primauté de l’audience.* – Devant le tribunal d’instance, le débat est exclusivement lié par les déclarations faites à la barre, de sorte que les écrits échangés entre les parties et le juge n’ont de valeur juridique que dans la mesure où il y est fait oralement référence à l’audience. A défaut d’un tel renvoi verbal, ces notes, qui n’ont pas le statut de conclusions, sont dénuées d’efficacité procédurale : les parties ne peuvent se prévaloir ni de leur existence, ni de leur irrégularité. Cette conception de l’oralité, selon laquelle les déclarations à la barre priment sur les écritures non réitérées à l’audience, conduit en cas de contradiction entre les deux à faire prévaloir la parole sur l’écrit (Cass. soc., 17 juill. 1997, préc. n°). L’idée selon laquelle les prétentions et les moyens des parties ne s’apprécient qu’au jour de l’audience doit cependant être nuancée. Il a en effet été jugé que la prescription est interrompue dès le dépôt de conclusions écrites, même devant une juridiction où la procédure est orale, à condition toutefois que la partie qui a conclu compareisse le jour de l’audience (Cass. 2^e civ., 26 nov. 1998, n° 96-12.262 : *Bull. civ.* II, n° 283 ; *Procédures* 1999, n° 25, obs. R. Perrot). Par ailleurs, le point est débattu de savoir si une exception de compétence peut être soulevée oralement après le dépôt d’écritures au fond mais avant que celles-ci ne soient évoquées à l’audience (en ce sens CA Paris, 19 janv. 2000, *Procédures* 2000, n° 187, obs. H. Croze ; Cass. 2^e civ., 16 oct. 2003, n° 01-13.036, *Bull. civ.* II, n° 311, *JCP* 2003, IV, 2907 ; *contra* Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, n° 96-22.143 : *Bull. civ.* II, n° 82 ; *RTD civ.* 1999, 700, obs. Perrot ; Com., 6 juin 2000, n° 97-22.330 : *Bull. civ.* IV, n° 120 ; *Procédures* 2000, n° 181, note R. Perrot ; Cass. 2^e civ., 12 juin 2003, n° 01-11.824 : *Bull. civ.* II, n° 190 ; *JCP* 2003, IV, 2383).

115. *Respect du contradictoire.* – L’oralité de la procédure peut être un moyen privilégié pour le juge et les parties de discuter les différents aspects du litige, mais elle ne vaut pas en soi respect du principe de la contradiction. Comme toute juridiction, le tribunal d’instance doit veiller avec une particulière attention à faire observer et à observer lui-même ce principe (NCPC, art. 16 ; v. *Principes directeurs du procès*). Il lui appartient notamment de renvoyer l’affaire à une autre audience en cas de conclusions orales développées pour la première fois à la barre (Cass. 2^e civ., 27 janv. 1993, n° 91-15.950 : *Bull. civ.* II, n° 41). Le principe du contradictoire ne saurait en revanche autoriser le juge à exiger des plaideurs qu’ils déposent des conclusions écrites au motif que des observations orales seraient insuffisantes pour présenter une demande ou un argument particulièrement complexe (*contra* J.P. Rousse, *Le*

principe de la contradiction devant les tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.*, 1, 1972, doct. 260).

116. *Non-respect du contradictoire.* – Libre d'ordonner la réouverture des débats, le juge peut y être contraint chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement (NCPC, art. 444). Cette obligation, mise à la charge du tribunal d'instance en cas de non respect du principe de la contradiction, est cependant neutralisée par une présomption de régularité de la procédure certes réfragable mais malaisée à combattre. La jurisprudence déduit en effet de l'oralité de la procédure que les moyens retenus par le jugement sont présumés avoir été débattus contradictoirement devant le juge (Cass. soc., 16 févr. 1977 : *Bull. civ.* V, n° 126 ; *RTD civ.* 1977, 825, obs. Perrot ; Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1992, n° 89-16.438 : *Bull. civ.* I, n° 291) et il est très difficile d'apporter la preuve contraire.

ART. 3 : Dénouement de l'instance

117. *Plan.* – Le litige objet de la procédure devant le tribunal d'instance peut être résolu par l'accord des parties (v. *infra*, n°s 118 et s.) ou tranché par la décision du juge (v. *infra*, n°s 123 et s.). Dans les deux cas l'instance s'éteint mais il arrive que lui succède une autre procédure, lorsque l'une des parties forme un recours contre l'acte à l'origine de cette extinction (v. *infra*, n°s 128 et s.).

§1. – Accord des parties

118. *Causes d'extinction de l'instance.* – Parmi les diverses causes d'extinction de l'instance prévues par les articles 384 et 385 du Nouveau code de procédure civile, la transaction, le désistement du demandeur et l'acquiescement du défendeur requièrent, sauf exception, l'accord des parties. Cet accord s'exprime avec une intensité particulièrement forte lorsque, au terme d'une conciliation, une transaction met fin au litige par le biais de concessions réciproques. L'accord des parties s'exprime également, quoique plus discrètement, en cas de désistement d'instance ou d'acquiescement à la demande, aucun de ces incidents d'instance ne pouvant se réaliser contre la volonté de l'un des litigants.

119. *Diversité des accords de conciliation.* – La vocation conciliatrice du tribunal d'instance explique que plusieurs types de procédure menés devant cette juridiction soient susceptibles de déboucher sur un accord des parties. Avant même la liaison de l'instance, le préliminaire facultatif de conciliation peut donner lieu à une transaction (v. *supra*, n° 29 et n° 35). Durant l'instance elle-même, la conciliation peut être le résultat de l'activité du juge d'instance, d'un conciliateur de justice ou d'un médiateur désigné par lui, ou être obtenue sans aucune intervention judiciaire. Quelle que soit la voie suivie, les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur accord, même partiel (NCPC, art. 129). Dans ce cas, le tribunal reste saisi des points litigieux. Si en revanche l'accord entre les parties est total, le juge est tenu de constater l'extinction de l'instance par une décision de dessaisissement (NCPC, art. 384).

120. *Régime des accords de conciliation.* – En cas de conciliation obtenue en cours d'instance par le tribunal ou par un conciliateur de justice, un procès verbal d'accord est dressé et signé par le juge et les parties (NCPC, art. 130). De ce procès verbal, qui donne acte de la conciliation, il peut être délivré des extraits valant titre exécutoire (NCPC, art. 131). La jurisprudence considère qu'un tel jugement de donné acte n'est pas une décision judiciaire puisque, si le juge confère force authentique à la convention des parties, il se contente d'en reprendre les termes et ne tranche aucune difficulté (TGI Paris, 6 juin 1980 : *Gaz. Pal.* 1981, 1, 254, note M.-J. Angeli). La situation est moins claire en revanche si la conciliation a été menée avant la liaison de l'instance (v. *supra*, n°s 19 et s.) ou dans le cadre d'une médiation

(NCPC, articles 131-1 et s.). Dans ces deux cas, les parties peuvent soumettre leur accord au juge afin qu'il l'homologue. La loi précise que cette homologation relève de la juridiction gracieuse (NCPC, art. 131-12 et art. 832-8). Cette qualification, critiquée par certains auteurs qui en ont minoré la portée (J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, p. 256), emporte théoriquement des effets spécifiques (en ce qui concerne les voies de recours, v. *infra*, n° 130).

121. *Désistement d'instance.* – Devant toutes les juridictions civiles, il est possible de se désister d'une demande en vue de mettre fin à l'instance (NCPC, art. 394 et s. ; v. *Désistement*). Libre tant qu'aucun moyen de défense n'a été opposé au demandeur, un tel désistement requiert l'acceptation du défendeur lorsque les débats sont liés (NCPC, art. 395). Or, devant le tribunal d'instance, la procédure est orale et les débats liés exclusivement par les déclarations verbales faites à l'audience (v. *supra*, n° 114). La période durant laquelle le demandeur peut se désister sans l'accord du défendeur s'en trouve singulièrement allongée. L'échange d'écritures entre les parties préalablement à l'audience ne fait pas échec à un désistement unilatéral exprimé à la barre (par analogie avec la procédure suivie devant le tribunal de commerce, Cass. 2^e civ., 26 nov. 1998, n° 96-14.917 : *Bull. civ.* II, n° 285 ; *Procédures* 1999, n° 2, obs. R. Perrot). En revanche, tant que les débats ne sont pas ouverts, le demandeur peut se désister en déposant au greffe des conclusions écrites en ce sens (Cass. soc., 29 avril 2003, n° 01-41.631 : *Bull. civ.* n°146 ; *D.* 2003, IR 1548 ; *Procédures* 2003, n° 162, obs. R. Perrot).

122. *Acquiescement à la demande.* – Le défendeur qui acquiesce à la demande avant le jugement reconnaît du même coup le bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonce à l'action (NCPC, art. 408 ; v. *Acquiescement*). Lorsque cet acquiescement est implicite (NCPC, art. 410), le comportement du défendeur doit être apprécié en tenant compte des spécificités procédurales propres à la juridiction saisie. Là encore, l'oralité de la procédure devant le tribunal d'instance emporte certaines conséquences pratiques. Elle conduit à limiter formellement les possibilités d'acquiescement implicite du défendeur, en exigeant que la volonté de celui-ci soit exprimée verbalement dans une déclaration faite à la barre, et en excluant que cette volonté soit déduite d'une simple absence de conclusions écrites (Cass. 2^e civ., 25 mai 1994, n° 93-10.881 : *Bull. civ.* II, n° 134 ; *D.* 1995, somm. 107, obs. N. Fricero).

§2. – Jugement définitif

123. *Droit commun.* – Faute de conciliation ou d'incident affectant l'existence de l'instance, le tribunal est appelé à trancher le litige qui lui est soumis en faisant usage de son pouvoir juridictionnel. Une fois les débats clos, aucune règle particulière n'organise les modalités du jugement devant le tribunal d'instance. En la matière s'appliquent les dispositions générales du Nouveau code de procédure civile, tant en ce qui concerne le délibéré du juge que la rédaction du jugement et son prononcé (NCPC, art. 430 et s. ; v. *Jugement*).

124. *Délibéré.* – Le juge d'instance qui a connu des débats est seul admis à statuer (NCPC, art. 432, 444 et 447). Il peut le faire “ sur-le-champ ” ou renvoyer le prononcé du jugement une date ultérieure dont il informe les parties (NCPC, art 450). Juge unique, le juge d'instance délibère avec lui-même, en secret (NCPC, art. 448). Il n'est pas tenu de prendre en compte les notes et les pièces déposées par les parties après la clôture des débats (NCPC, art. 445).

125. *Rédaction du jugement.* – L'oralité de la procédure devant le tribunal d'instance n'affecte pas le principe, commun à toutes les juridictions civiles, selon lequel le jugement doit être rédigé. Une décision de justice exprimée sous une forme purement verbale serait en effet non

pas nulle mais inexistante. Œuvre du magistrat, le jugement peut être rédigé par le greffier, dès lors que ce dernier écrit sous la dictée du juge ou s'inspire de ses notes. Le juge doit en revanche signer l'original du jugement, également qualifié de minute, qui doit également porter la signature du secrétaire de la juridiction (NCPC, art. 456).

126. *Contenu du jugement.* – La décision rendue par le juge d'instance doit contenir, à peine de nullité (NCPC, art. 458), un certain nombre de mentions afin de permettre le contrôle de sa régularité formelle et son bien-fondé. Sur un plan formel, le jugement doit indiquer de quel tribunal d'instance il émane, le nom du juge qui a délibéré, à quelle date il a été rendu et les noms des litigants ainsi que ceux de leurs éventuels représentants (NCPC, art. 454). Par ailleurs, il doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens avant de motiver sa décision, laquelle est énoncée sous forme de dispositif (NCPC, art. 455).

127. *Visa des prétentions et des moyens.* – Modifiant l'article 455 du Nouveau code de procédure civile, le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 prévoit que l'exposé des prétentions et moyens des parties dans le jugement peut revêtir la forme d'un simple visa de leurs conclusions avec l'indication de leur date. Cette disposition nouvelle a suscité certaines interrogations sur son applicabilité devant les juridictions où la procédure est orale (L. Cadiet, *JCP* 1999, I, 130). En ce cas en effet, les conclusions au sens strict ne sont pas admises, et seules les déclarations verbales et les écritures déposées à l'audience sont recevables (*supra*, n° 114). Cette particularité semble néanmoins insuffisante pour neutraliser la règle posée par l'article 455, lequel s'impose à toutes les juridictions civiles compte tenu de sa localisation dans le Nouveau code de procédure civile (Livre 1^{er} : Dispositions communes à toutes les juridictions). Il faut donc considérer que le juge d'instance peut évoquer dans son jugement définitif les prétentions et les moyens des parties en faisant référence aux écrits déposés à l'audience et aux déclarations faites à la barre (G. Henon, Procédure orale et article 455 du Nouveau code de procédure civile modifié par le décret du 28 décembre 1998, *Gaz. Pal.* 1999, 1, doct. 839). Pour des raisons évidentes de preuve, il convient de limiter ce visa aux écritures des parties jointes au dossier de l'affaire et aux déclarations verbales consignées et reprises dans le registre d'audience. Le tribunal ne saurait en effet se borner à énoncer qu'il se prononce eu égard aux termes du litige et aux demandes formulées par les parties (Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, n° 01-00.0238 : *Bull. civ.* I, n° 213 ; *JCP* 2003, IV, 2996).

§3. – Voies de recours

128. *Généralités.* - Une fois le jugement rendu ou l'accord des parties judiciairement constaté, l'instance est éteinte et le tribunal dessaisi (NCPC, art. 384 ; rappr. art. 481). Le greffe restitue alors les pièces du dossier aux parties, mais il conserve dans un dossier les actes, notes et documents relatifs à l'affaire, qu'il adressera à la juridiction compétente en cas de recours (NCPC, art. 729). Les parties ont en effet la possibilité de contester la situation juridique consacrée par le juge d'instance selon des voies procédurales variant en fonction de la nature de l'affaire et de son mode de règlement.

129. *Recours contre un jugement.* – Les recours ouverts contre les jugements rendus par le tribunal d'instance ne sont réglés par aucun texte particulier. Ils sont organisés par les dispositions communes à toutes les juridictions civiles (NCPC, Livre 1^{er}, Titre XVI, art. 527 et suivants), qui distinguent les voies de recours ordinaires (v. *Appel*, *Opposition*) et extraordinaires (v. *Pourvoi en cassation*, *Tierce opposition* et *Recours en révision*). L'acte de notification du jugement aux parties, qui marque le point de départ des délais d'exercice du recours (NCPC, art. 528), doit indiquer selon quelles voies et quelles modalités celui-ci doit être exercé (NCPC, art. 680). Le contenu de cette information diffère notamment en fonction

de la valeur du litige, laquelle détermine si la décision est rendue en premier ou en dernier ressort. En deçà d'un seuil fixé à 3800 euros par l'article R. 321-1 du Code de l'organisation judiciaire, seul le recours en cassation est ouvert ; au delà de ce seuil, l'appel est possible.

130. *Recours contre un accord.* – En cas de conciliation des parties constatée par un procès-verbal signé par le juge d'instance, la procédure ordinaire s'achève pas sur un jugement à proprement parler. En effet, un tel accord, malgré sa composante judiciaire, est avant tout un contrat. Il est de ce fait soumis au droit commun des obligations, et c'est sur ce terrain que devront se positionner les plaideurs pour obtenir l'annulation de la transaction qu'ils ont conclue sous l'œil du juge. La convention qui met fin à l'amiable à un litige doit en effet satisfaire aux conditions requises par le Code civil pour la formation de tout contrat (C. civ., art. 1108). L'intervention du tribunal d'instance n'ayant pas pour effet de purger l'accord des vices éventuels qui pourraient entacher sa validité, les parties peuvent agir en nullité du contrat devant le juge compétent. En revanche, le procès verbal de conciliation constatant l'accord ne peut lui-même faire l'objet d'un recours judiciaire (Cass. soc., 1^{er} février 1957 : *RTD civ.* 1957, 386, obs. P. Hébraud et P. Raynaud ; comp. Cass. 3^e civ., 10 juillet 1991, n° 90-11.847 : *Bull. civ.* III, n° 208 ; *D.* 1991, IR 196), et un appel serait irrecevable (Cass. 2^e civ., 14 avril 1988 : *Bull. civ.* II, n° 79 ; *D.* 1988, IR 177) tout comme un pourvoi en cassation (Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 90-60.452 : *Bull. civ.* V, n° 420), un recours en révision (Cass. 2^e civ., 20 mai 1985, *Bull. civ.* II, n° 99) ou la tierce opposition (Cass. 2^e civ., 10 mai 1984 : *Bull. civ.* II, n° 80). Reste la délicate question des décisions par lesquelles le juge d'instance homologue un accord obtenu dans le cadre d'une tentative préalable de conciliation ou à la suite d'une médiation (v. *supra*, n° 120). Le Nouveau code de procédure civile laisse en effet entendre qu'une telle homologation relève de la matière gracieuse (art. 131-12 et 832-8), laquelle autorise théoriquement l'appel (NCPC, art. 950).

SECTION 3^e

Procédures particulières

131. *Diversité des procédures particulières.* - Droit commun du procès devant le tribunal d'instance, la procédure ordinaire, réglée par les articles 829 et suivants du Nouveau code de procédure civile, coexiste avec des régimes dérogatoires applicables à certaines situations particulières. Ainsi le tribunal d'instance, lorsqu'il est exceptionnellement substitué à une juridiction spécialisée ne pouvant fonctionner, doit statuer conformément aux règles en vigueur devant celle-ci (pour le conseil de prud'hommes, C. trav., art. L. 512-11 et R. 516-43, v. *Prud'hommes* ; pour le tribunal des baux ruraux, COJ, art. L. 443-5, v. *Tribunaux paritaires des baux ruraux*). Plus fréquemment, le juge d'instance appelé à exercer des fonctions spécifiques, comme celles de juge des tutelles (C. civ., art. 393 ; v. *Administration légale et tutelle*) ou de juge de l'exécution (sur délégation du président du tribunal de grande instance, COJ, art. L. 311-12, v. *Juge de l'exécution*), est soumis à une procédure idoine. La loi prévoit également l'application de règles procédurales spécifiques à certains contentieux particuliers pour lesquels le tribunal d'instance est compétent : c'est par exemple le cas des contestations sur les conditions des funérailles (COJ, art. R. 321-12), des actions relatives à l'indemnisation des dégâts causés aux récoltes (C. rur., art. R. 226-22 à R. 226-29) ou du contentieux électoral (J. Barrère, Tribunal d'instance. Contentieux électoral, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 322). Mais c'est sans conteste le développement des procédures rapides qui a le plus contribué à la diversification des règles en vigueur devant le tribunal d'instance. Au prix d'une complexité accrue de la matière procédurale, il est désormais possible d'obtenir, dans des conditions de célérité maximales, des mesures provisoires en toutes matières et des décisions au fond dans le contentieux de l'exécution en nature des obligations. Avec les ordonnances d'injonction (v. *Injonction de payer* et *Injonction de faire*), les procédures

rapides ont essentiellement pour objet les ordonnances de référé (v. *infra*, n^{os} 132 et s.) et les ordonnances sur requête (v. *infra*, n^{os} 136 et s.). Consacrant plusieurs dispositions à ces dernières (NCPC, art. 848 à 852), le titre du Nouveau code de procédure civile relatif au tribunal d'instance (Livre 2, Titre II), s'achève par une description de la procédure sur décision de renvoi de la juridiction pénale (v. *infra*, n^{os} 138 et s.).

ART. 1^{er} : Ordonnances de référé

132. *Diversité des référés.* - Un temps réservé au président du tribunal de grande instance, la faculté de rendre des ordonnances de référé n'appartenait pas, à l'origine, au tribunal d'instance (J. Gaudart, Est-il nécessaire d'introduire le référé devant le tribunal d'instance ?, *JCP* 1965, I, 1906). Malgré la relative simplicité et la rapidité de la procédure en vigueur devant cette juridiction, le référé d'instance a finalement été institué en 1976 par le Nouveau code de procédure civile. Au gré de réformes législatives qui en ont plusieurs fois élargi les contours, ce référé s'est progressivement étendu à de nouvelles matières (P. David, Tribunal d'instance. Référé, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 832). Le pouvoir du juge d'instance d'ordonner des mesures provisoires à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, loin de se limiter aux situations d'urgence trouve désormais à s'appliquer à un grand nombre d'hypothèses. Outre divers référés spéciaux prévus par des textes particuliers (v. P. Estoup, *La pratique des procédures rapides, op. cit.*, p. 166 et s.), quatre types de référés généraux peuvent être mis en œuvre devant le tribunal d'instance.

133. *Référé généraux.* - Les articles 848 et 849 du Nouveau code de procédure civile distinguent selon que le tribunal d'instance ordonne une mesure d'urgence, une mesure conservatoire ou de remise en état, un référé provision ou bien encore l'exécution d'une obligation de faire. Premier cas d'ouverture du référé prévu par l'article 848, l'urgence autorise le juge à prendre, " dans les limites de sa compétence ", " toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ". L'article 849, plusieurs fois modifié, donne au juge du tribunal d'instance le pouvoir de prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite et ce " même en présence d'une contestation sérieuse " (v. J. Normand, *RTD civ.* 1988, 168). Dans son second alinéa, l'article 849 prévoit que lorsque l'existence d'une obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge peut ordonner son exécution, " même s'il s'agit d'une obligation de faire ", ou accorder une provision au créancier, c'est le référé provision. La rédaction des articles 848 et 849 du Nouveau code de procédure civile réglementant le référé du tribunal d'instance est identique à celle des articles 808 et 809 du même code, lesquels concernent le président du tribunal de grande instance. Les conditions d'exercice des différents référés définis par ces textes sont semblables devant les deux tribunaux. On ne commentera pas en détail ces conditions qui sont d'ailleurs communes à presque toutes les juridictions civiles (v. *Référé civil*).

134. *Champ d'application.* - L'originalité du référé fondé sur l'urgence, du référé-préventif, du référé-provision et du référé-injonction, tels qu'exercés par le juge du tribunal d'instance réside dans leur domaine d'application. Limité (explicitement par l'article 848, NCPC, implicitement par l'article 849, NCPC), ce domaine est calqué sur la compétence d'attribution du tribunal d'instance définie par les articles R. 321-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire (v. *Compétence du tribunal d'instance*). Compétent pour connaître d'un litige au fond, le juge du tribunal d'instance l'est également pour ordonner une mesure provisoire. Dans le cas contraire, le magistrat peut se déclarer incompétent en référé, sous réserve de l'application des articles 92 et suivants du Nouveau code de procédure civile, relatifs à

l'incompétence relevée d'office (v. *Incompétence*), et des règles applicables en matière de prorogation de compétence. Cette correspondance étroite entre la compétence du tribunal d'instance au fond et en référé explique que loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 (D. 1979, Lég. 81), en réservant au conseil des prud'hommes l'essentiel des contestations nées à l'occasion d'un contrat de travail, a réduit la compétence des tribunaux d'instance tant au fond qu'en référé. Cette redistribution de compétence a eu pour conséquence de faire perdre son actualité à l'article 850 du Nouveau code de procédure civile relatif aux ordonnances de référé du juge d'instance en matière prud'homale.

135. *Procédure.* – N'étant pas régi par les articles 829 et suivants du Nouveau code de procédure civile, exclusivement applicables à la procédure ordinaire, le référé devant le tribunal d'instance obéit aux règles communes à tous les référés civils exposées aux articles 484 et suivants du même code (V. *Référé civil*). En vertu de ces dispositions, la demande en référé est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet, aux jour et heure habituels des référés. Le juge, si le cas requiert célérité, peut permettre d'assigner à heure indiquée même les jours fériés ou chômés, soit au lieu ordinaire des audiences, soit à son domicile portes ouvertes (NCPC, art. 485). L'article 485 ne prévoit que l'assignation comme mode de saisine du juge des référés et dans la pratique elle est seule utilisée. Ne doit pas cependant être exclue une saisine du juge des référés par voie de requête conjointe ou de présentation volontaire (S. Guinchard, dir., *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2003, n° 3258), *a fortiori* devant le tribunal d'instance qui se caractérise par un formalisme allégé. Le juge doit, en toute hypothèse, s'assurer qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense (NCPC, art. 486 ; v. P. Estoup, *Les flag's civils*, *Gaz. Pal.* 1998, 2, doctr. 436). Les règles relatives à la comparution et à la tenue de l'audience ne présentent pas d'autres particularités.

ART. 2° : Ordonnances sur requête

136. *Champ d'application.* - Décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse (NCPC, art. 493 ; v. *Ordonnances sur requête*), l'ordonnance sur requête peut être sollicitée du juge d'instance dans deux séries d'hypothèses prévues par l'article 851 du Nouveau code de procédure civile. Le juge d'instance peut tout d'abord être saisi par voie de requête dans tous les cas spécifiés par la loi (NCPC, art. 851, al. 1). Nombreux et variés, ceux-ci correspondent essentiellement à la fonction de juge du quotidien, accessible et prompt à la décision, propre au tribunal d'instance (par exemple en matière de tutelle, d'injonction de payer ou d'injonction de faire). L'article 851, alinéa 2, du Nouveau code de procédure civile reconnaît également au juge d'instance une compétence générale pour ordonner sur requête, dans les limites de sa compétence, toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement. Ce magistrat a la possibilité de se prononcer par voie d'ordonnance sur requête en toute matière relevant de la compétence au fond du tribunal d'instance. Malgré les nombreuses possibilités d'intervention ainsi ouvertes au juge d'instance, celui-ci n'est en pratique que rarement saisi par voie de requête (v. P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, *op. cit.*, p. 282 et p. 283).

137. *Procédure.* – La saisine du juge d'instance par voie de requête est régie par une disposition particulière propre au tribunal d'instance, l'article 852 du Nouveau code de procédure civile, et par les articles 493 à 498 du même code, communs à toutes les juridictions civiles. Il résulte de ces textes que la requête doit être remise ou adressée au secrétariat-greffe par le requérant ou par tout mandataire (NCPC, art. 852), sauf en cas

d'urgence, auquel cas elle peut être présentée au domicile du juge (NCPC, art. 494, al. 3). La requête doit être présentée en double exemplaire et être motivée ; elle doit, en outre, comporter l'indication précise des pièces invoquées (NCPC, art. 494, alinéa 1). Si l'article 62 du Nouveau code de procédure civile prévoit par ailleurs que, devant le tribunal d'instance, la demande en matière gracieuse peut être formée et le tribunal saisi " par déclaration verbale enregistrée au secrétariat-greffe de la juridiction ", il est en revanche incertain que cette forme simplifiée de saisine du juge soit compatible avec la procédure d'ordonnances sur requête.

ART. 3^e : Procédure sur décision de renvoi de la juridiction pénale.

138. *Principe.* – L'article 852-1 du Nouveau code de procédure civile, fruit du décret n° 83-1155 du 23 décembre 1983 (D. 1984, Lég. 41) entré en vigueur le 1^{er} janvier 1984, donne au juge d'instance l'occasion de statuer, en urgence, sur les intérêts d'une partie civile à une instance pénale ayant donné lieu à une relaxe. Cette procédure, qui suppose que la juridiction pénale ait renvoyé l'affaire par décision non susceptible de recours devant le tribunal d'instance (CPP, art. 470-1), oblige ce dernier à se prononcer sur la demande de réparation des dommages résultant des faits ayant fondé la poursuite.

139. *Mise en œuvre.* - En cas de renvoi d'une affaire par la juridiction pénale devant le tribunal d'instance, le secrétariat-greffe doit convoquer à l'audience, au moins un mois à l'avance, par lettre recommandée (avec demande d'avis de réception), les parties à l'instance civile ainsi que les tiers responsables mentionnés dans la décision de renvoi. Le secrétariat-greffe adresse le même jour aux mêmes personnes copie de la convocation par lettre simple. La convocation à laquelle est annexée une copie de la décision de renvoi vaut citation en justice (NCPC, art. 852-1, al. 1^{er}). Dans la convocation, il est précisé que, si les parties ne comparaissent pas, des décisions exécutoires à titre provisoire peuvent être prises contre elles, excepté la victime du dommage, et contre les tiers responsables mentionnés dans la décision de renvoi (NCPC, art. 852-1, al. 2). Si les organismes de sécurité sociale et le fonds de garantie sont intervenus devant la juridiction pénale, ils sont convoqués par lettre recommandée (avec demande d'avis de réception), et le secrétariat-greffe joint à cette convocation copie de la décision de renvoi (NCPC, art. 852-1, al. 3). A l'audience s'appliquent les règles de la procédure ordinaire visées aux articles 840 à 844 du Nouveau code de procédure civile, à cette exception près que le président du tribunal peut toujours accorder, en référé, une provision au demandeur dans les conditions prévues par l'article 849, alinéa 2 (NCPC, art. 852-1 *in fine*).

Recours en révision

Par

Renaud COLSON

Maître de conférences à l'université de Nantes

TABLE DES MATIERES

Généralités, 1-4.

CHAP. 1. – Action en révision, 5-36.

SECT. 1. – Décisions susceptibles de recours en révision, 6-26.

ART. 1. – CONDITION GENERALE DU RECOURS : LA FORCE DE CHOSE JUGEE, 7-13.

§ 1. – *Principe*, 7-9.

§ 2. – *Conséquences*, 10-13.

ART. 2. – OUVERTURE DU RECOURS EN TOUTE MATIERE, 14-20.

§ 1. – *Principe*, 14-15.

§ 2. – *Matière arbitrale*, 16-17.

§ 3. – *Matière gracieuse*, 18.

§ 4. – *Jugements de divorce*, 19-20.

ART. 3. – DECISIONS JUDICIAIRES EXCLUES DU RECOURS, 21-26.

§ 1. – *Décisions provisoires*, 22-24.

§ 2. – *Arrêts de la Cour de cassation*, 25.

§ 3. – *Décisions rendues par les juridictions pénales*, 26.

SECT. 2. – Parties au recours en révision, 27-36.

ART. 1. – DEMANDEUR AU RECOURS EN REVISION, 28-33.

§ 1. – *Intérêt*, 29.

§ 2. – *Qualité*, 30-33.

ART. 2. – DEFENDEUR AU RECOURS EN REVISION, 34-35.

ART. 3. – INTERVENTION DES TIERS, 36.

CHAP. 2. – Causes de révision, 37-74.

SECT. 1. – Caractères communs à toutes les causes de révision, 38-47.

ART. 1. – CARACTERE LIMITATIF ET EXCLUSIF DES CAUSES DE REVISION, 39-40.

ART. 2. – ABSENCE DE FAUTE DU DEMANDEUR, 41-43.

ART. 3. – DIMENSION DECISIVE DE LA CAUSE ALLEGUEE, 44-47.

SECT. 2. – Caractères propres à chaque cause de révision, 48-74.

ART. 1. – FRAUDE, 49-57.

§ 1. – *Notion de fraude*, 50-53.

§ 2. – *Conditions requises de la fraude*, 54-56.

§ 3. – *Preuve de la fraude*, 57.

ART. 2. – RECOUVREMENT DE PIECES DECISIVES, 58-61.

§ 1. – *Notion de pièce*, 59.

§ 2. – *Rétention par une partie*, 60.

§ 3. – *Caractère intentionnel de la rétention*, 61.

ART. 3. – FAUX, 62-74.

§ 1. – *Pièces fausses*, 63-69.

§ 2. – *Attestations, témoignages et serments déclarés faux*, 70-74.

CHAP. 3. – Procédure de révision, 75-122.

SECT. 1. – Introduction de la procédure de révision, 76-111.

ART. 1. – DELAI DU RECOURS, 77-98.

§ 1. – *Point de départ du délai*, 78-88.

§ 2. – *Durée du délai*, 89-98.

ART. 2. – JURIDICTION DE REVISION, 99-103.

§ 1. – *Compétence de la juridiction*, 100-101.

§ 2. – *Impartialité de la juridiction*, 102-103.

ART. 3. – DEMANDE EN REVISION, 104-111.

§ 1. – *Formes de la demande*, 104-108.

§ 2. – *Effets de la demande*, 109-111.

SECT. 2. – Déroulement de la procédure de révision, 112-122.

ART. 1. – INSTANCE EN REVISION, 113-114.

ART. 2. – DECISION STATUANT SUR LE RECOURS, 115-119.

ART. 3. – VOIES DE RECOURS, 120-122.

BIBLIOGRAPHIE

CADIET et JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., 2016, Litec. – CHAINAIS et GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et droit de l'union européenne*, 33^e éd., 2016, Dalloz. – COUCHEZ et LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., 2014, Armand Colin. – COUCHEZ avec LANGLADE et LEBEAU (collab.), *Procédure civile*, 10^e éd., 1998, Dalloz. – CROZE et LAPORTE, *Guide pratique de procédure civile*, 5^e éd., 2017, Litec. – CROZE, *Procédure civile*, 5^e éd., 2014, Litec. – DAUCHY, *Les voies de recours extraordinaires : proposition d'erreur et requête civile de l'ordonnance de Saint-Louis à l'ordonnance de 1667*, 1989, PUF. – FERRAND, CHAINAIS et GUINCHARD, *Procédure civile*, 4^e éd., 2015, Dalloz. – GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile : droits interne et de l'Union européenne 2017-2018*, 9^e éd., 2016, Dalloz. – HÉRON et LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., 2015, Montchrestien. – MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, *Bibl. de droit privé*, t. 284, 1997, LGDJ. – MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1949, Sirey. – SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1 : Introduction, notions fondamentales et organisation judiciaire, 1961 ; t. 2 : La compétence, 1973 ; t. 3 : Procédure de première instance, 1991, Sirey.

BARRÈRE, *La rétractation du juge civil*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, 1981, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 1 s. – BOYER, *Réflexions sur la requête civile*, *RTD civ.* 1955. 55. – DEFFERRARD, *Le recours en révision comme moyen de rétablir la contradiction dans le procès civil*, in *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)* (sous la direction de PÉTEL-TEYSSIE et PUIGELIER), Editions Panthéon-Assas, 2016, p. 427 s. – LANDRY, *Le recours en révision en question*, *JCP* 2013. 1003. – MARCHAND et SÉRAPIONIAN, *Recours en révision*, *J.-Cl. Pr. civ.*, fasc. 746 et 747.

MERCIER, *La révision des décisions juridictionnelles*, thèse, Bordeaux IV, 2000.

Généralités

1. Les adages *Res judicata pro veritate habetur* (« La chose jugée est tenue pour la vérité ») et *Lata sententia judex desinit esse judex* (« La sentence prononcée, le juge cesse d'être juge ») témoignent de l'attachement de l'ordre juridique à l'autorité de la décision du juge. Le jugement doit clore le débat pour préserver la paix sociale. En certaines circonstances cependant, une même juridiction est autorisée à se prononcer deux fois sur la même affaire. En ce cas, le juge peut réviser sa décision et lui substituer l'expression d'une volonté nouvelle. Pour être exceptionnelles, les hypothèses de révision n'en sont pas moins multiples. Elles ne sont étrangères ni au juge administratif (V. *Rép. cont. adm.*, v^o *Recours en révision*) ni au juge pénal (V. *Rép. pén.*, v^o *Révision*). Devant les tribunaux civils, l'idée de révision « en substance » d'un jugement se retrouve dans diverses techniques autorisant la « révocation » (C. civ., art. 370) ou la « rectification » (C. pr. civ., art. 462) de certaines décisions juridictionnelles. Mais c'est le recours en révision qui illustre le mieux la possibilité offerte au magistrat de corriger, par une nouvelle décision, le jugement qu'il a rendu.

2. En procédure civile, le recours en révision est une voie de recours extraordinaire (C. pr. civ., art. 527) par laquelle une partie demande à la juridiction qui a rendu une décision passée en force de chose jugée de la rétracter afin qu'il soit de nouveau statué en fait et en droit (art. 593). Ultime recours contre les erreurs judiciaires, ce mécanisme procédural permet de remettre en cause un jugement alors que les délais pour exercer les autres voies de recours sont expirés, parfois depuis longtemps. Son champ d'application est celui des décisions rendues de façon erronée sur le fondement d'une information incomplète qui a faussé gravement l'appréciation première des juges. Sa mise en œuvre suppose la révélation nouvelle d'éléments de faits décisifs, insoupçonnés au moment de la décision attaquée.
3. Le recours en révision a remplacé, dans le nouveau code de procédure civile, l'ancienne requête civile. Héritée de l'Ordonnance d'avril 1667 qui inspira l'ancien code de procédure civile, cette voie de recours autorisait une partie à demander au tribunal de rétracter un jugement rendu en dernier ressort pour l'une des causes prévues par la loi. Les unes étaient constituées par des erreurs de faits provoquées par une partie ou un tiers (erreurs *in judicando*), les autres par des erreurs commises involontairement par le juge dans la conduite de la procédure (erreurs *in procedendo*). Encadrée par une procédure longue et coûteuse, la requête civile était très critiquée et de nombreuses suggestions avaient été formulées pour la réformer. Les modifications proposées visaient notamment à en alléger les formes et à mieux en délimiter le domaine qui chevauchait celui du recours en cassation (L. BOYER, *Réflexions sur la requête civile*, RTD civ. 1955. 55). Suivant ces recommandations, les rédacteurs du nouveau code de procédure civile ont entièrement remodelé l'ancienne requête civile pour façonner le recours en révision. Ils ont réduit les cas dans lesquels cette voie de recours est ouverte afin de lui donner plus d'homogénéité et de cohérence. Mais le recours en révision demeure l'héritier de la requête civile, et la jurisprudence dégagée sous l'empire de l'ancien code a souvent été reconduite depuis l'entrée en vigueur du nouveau code.
4. Le code de procédure civile consacre au recours en révision un chapitre (livre I^{er}, titre XVI, sous-titre III, chap. II) qui compte une dizaine d'articles (C. pr. civ., art. 593 à 603). La procédure de révision est soumise aux dispositions communes à toutes les voies de recours (art. 528 à 537) ainsi qu'à celles applicables aux voies extraordinaires de recours (art. 579 à 581). L'ensemble de ces dispositions auxquelles s'ajoutent celles, plus générales, concernant le droit d'agir en justice, ainsi qu'une abondante jurisprudence, permettent de cerner les contours de l'action en révision (V. *infra*, n^{os} 5 s.), de préciser les causes d'ouverture de ce recours (V. *infra*, n^{os} 37 s.) et de décrire les modalités de sa mise en œuvre (V. *infra*, n^{os} 75 s.).

CHAPITRE 1. – Action en révision

5. Le droit de former un recours en révision autorise son titulaire à saisir le juge afin que soit rétracté un jugement pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Cette prérogative juridique est une espèce d'action au sens où la définit l'article 30 du code de procédure civile. Il s'agit en effet du droit, ouvert au requérant, d'être entendu sur le fond d'une prétention – la rétractation de la décision contestée – afin que le juge la dise bien ou mal fondée et qu'il se prononce à nouveau, le cas échéant, sur les faits litigieux. La recevabilité du recours en révision est à ce titre subordonnée aux conditions générales de l'action en justice. Celles-ci reçoivent néanmoins des aménagements propres à la nature de cette voie de recours. L'objet du recours en révision, qui réside dans la rétractation d'un jugement (C. pr. civ., art. 593), est borné par la loi et la jurisprudence, lesquelles définissent les décisions pouvant ou non être révisées (V. *infra*, n^{os} 6 s.). Quant à l'auteur du recours et au défendeur, ils doivent nécessairement satisfaire à certaines conditions (V. *infra*, n^{os} 27 s.). L'irrecevabilité de la demande en révision, à raison de la décision contestée ou des parties en cause, doit être relevée d'office par le juge en vertu de l'article 125 du code de procédure


civile qui attribue un caractère d'ordre public aux fins de non-recevoir « lorsqu'elles résultent [...] de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

SECTION 1. – Décisions susceptibles de recours en révision

6. Le code de procédure civile conditionne le recours en révision à l'existence d'un jugement passé en force de chose jugée (V. *infra*, n^{os} 7 s.). Cette voie de recours extraordinaire n'est pas attachée à une catégorie de jugements : elle est ouverte en toute matière (V. *infra*, n^{os} 14 s.). Les décisions juridictionnelles qui lui échappent constituent des exceptions (V. *infra*, n^{os} 21 s.), car le recours en révision est destiné à réparer des vices susceptibles d'affecter tous les jugements.

ART. 1. – CONDITION GENERALE DU RECOURS : LA FORCE DE CHOSE JUGEE

§ 1. – Principe

7. L'article 593 du code de procédure civile dispose que le recours en révision « tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée ». Employée au sens générique, la notion de jugement s'entend indifféremment des décisions rendues par les juridictions de première instance et des arrêts de cour d'appel. Elle exclut en revanche les arrêts de la Cour de cassation (V. *infra*, n^o 25). En instituant la possibilité de réviser les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée, l'article 593 écarte *a contrario* du domaine du recours en révision les décisions ne présentant pas cette qualité comme, par exemple, celles rendues par les organismes de Sécurité sociale (Civ. 2^e, 13 juill. 2006, [Cn^o 05-14.471](#) , Bull. civ. II, n^o 215).
8. L'article 500, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile attribue *force de chose jugée* au jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. La *force de chose jugée* se distingue de l'*autorité de chose jugée*, acquise dès le prononcé d'une décision juridictionnelle relativement à la contestation tranchée (C. pr. civ., art. 480). Dissociées dans l'hypothèse d'une décision rendue en premier ressort, l'*autorité de chose jugée* et la *force de chose jugée* se confondent en cas de jugement non susceptible de recours suspensif. Ces deux notions se distinguent par ailleurs de l'*irrévocabilité de la chose jugée*, laquelle s'attache aux jugements ne pouvant plus faire l'objet d'aucun recours, suspensif ou non.
9. Sont dépourvues de force de chose jugée, et par conséquent non susceptibles d'un recours en révision, les décisions qui peuvent être frappées d'appel, d'opposition et exceptionnellement d'un pourvoi en cassation (V. *infra*, n^o 13). Au contraire, sont passés en force de chose jugée et peuvent faire l'objet d'un recours en révision : 1^o les décisions rendues en première instance, et non susceptibles d'opposition, d'appel ou d'un pourvoi en cassation exceptionnellement suspensif ; 2^o les décisions rendues en première instance susceptibles de tels recours, à condition que ceux-ci n'aient pas été formés dans les délais légaux (le recours en révision d'un jugement frappé d'appel est *a contrario* irrecevable : Angers, 12 déc. 1979, Rev. jur. Ouest n^o 1, 1980. 16) ; 3^o les arrêts des cours d'appel, lorsque le pourvoi en cassation n'est pas suspensif.

§ 2. – Conséquences

10. Le recours en révision est subsidiaire : il ne peut être formé si un autre recours, adapté à la situation, est ouvert. L'impossibilité de former un recours en révision contre un jugement n'ayant pas force de chose jugée illustre cette logique de subsidiarité qui repose sur la distinction entre voies de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires (C. pr. civ., art. 527). Les premières, toujours suspensives d'exécution (art. 539), ne peuvent coexister avec les secondes qui sont au contraire conditionnées à l'absence de tout recours suspensif. Tant qu'une voie de recours ordinaire est ouverte, les voies extraordinaires, dont le recours en révision fait partie, demeurent logiquement fermées (il n'en va autrement que pour la tierce opposition). Par conséquent, si une cause de révision est découverte avant l'expiration du délai d'exercice des voies de recours ordinaires, la décision ne peut pas faire l'objet d'un

recours en révision. Il convient alors d'attaquer le jugement par une des voies ordinaires que sont l'appel ou l'opposition. À défaut, l'auteur du recours en révision formé après que la décision est passée en force de chose jugée prend le risque de voir sa demande déclarée irrecevable (V. *infra*, n° 43).

11. Comme le recours en révision, le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire (C. pr. civ., art. 527) dont ni le délai d'exercice ni la mise en œuvre ne sont suspensifs d'exécution de la décision attaquée (art. 579). Dès lors, rien ne s'oppose à la formation d'un recours en révision avant l'expiration du délai de pourvoi en cassation (Civ. 2^e, 3 févr. 1988, Bull. civ. II, n° 3 ; Gaz. Pal. 1988. Somm. 497, obs. Croze et Morel), voire concomitamment à la déclaration d'un tel pourvoi (Civ. 2^e, 8 nov. 1983, Bull. civ. II, n° 171 ; Gaz. Pal. 1984. 1. Pan. 80, obs. Guinchard et Moussa. – *Contra* : Nancy, 10 juill. 1979, D. 1980. 560, note crit. Joly). Le cumul du pourvoi en cassation et du recours en révision est en effet possible puisque ces deux voies de recours n'ont pas le même objet (V., par analogie avec la requête civile, Civ. 3^e, 22 févr. 1977, Bull. civ. III, n° 89 ; D. 1977. IR 262, obs. Julien). Le plaideur n'a pas pour autant le choix entre l'une, l'autre ou les deux voies de recours : l'hypothèse exceptionnelle du cumul suppose en effet que le jugement attaqué révèle à la fois un cas d'ouverture à cassation et une cause de recours en révision (V. *infra*, n° 40).
12. Dans l'hypothèse d'un exercice simultané de ces deux recours, les procédures de révision et de cassation ne suivent pas leur cours indépendamment l'une de l'autre. Le désistement du pourvoi en cassation n'emporte pas renonciation au recours en révision (Civ. 2^e, 27 nov. 1996, Rev. huiss. 1997. 397). En revanche, est irrecevable le recours en révision formé contre une décision qui a été, par la suite, cassée par la Cour de cassation, au motif qu'il ne reste plus rien à juger (par analogie avec la requête civile, Com. 27 juin 1977, Bull. civ. IV, n° 182). À l'inverse, lorsqu'une décision faisant l'objet d'un recours en révision est rétractée, le pourvoi en cassation formé contre cette même décision devient sans objet (par analogie avec la requête civile, Civ. 1^{re}, 9 févr. 1977, Bull. civ. I, n° 76).
13. Exceptionnellement, un effet suspensif d'exécution est attaché au pourvoi en cassation. Il en va ainsi en matière de divorce (C. pr. civ., art. 1086), sauf pour les dispositions de la décision concernant les pensions, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale (art. 1087), en matière de nationalité (art. 1045) et de déclaration d'absence (art. 1069). Dans ces trois hypothèses, le recours en révision est irrecevable jusqu'à expiration du délai de pourvoi et en cas d'exercice de ce dernier (V., pour une illustration de cette règle en matière de divorce, Civ. 2^e, 12 juin 1996, [Cn° 94-18.548](#), Bull. civ. II, n° 151 ; JCP 1997. I. 3989, n° 23, obs. Cadiet).

ART. 2. – OUVERTURE DU RECOURS EN TOUTE MATIERE

§ 1. – Principe

14. Ouvert très largement, le recours en révision peut être formé en toute matière. Cette règle découle de l'article 749 du code de procédure civile selon lequel les dispositions du livre premier du code, qui inclut le chapitre consacré au recours en révision, s'appliquent « devant toutes les juridictions statuant en matière civile, commerciale, rurale ou prud'homale ». En prévoyant que les voies extraordinaires de recours ne sont ouvertes « que dans les cas spécifiés par la loi », l'article 580 du même code aurait pu justifier une dérogation à cette disposition générale. La jurisprudence en a décidé autrement en autorisant le recours en révision même lorsqu'il n'est pas expressément prévu par la loi (par exemple, en matière de procédure collective : Com. 2 avr. 1996, [Cn° 92-20.728](#), Bull. civ. IV, n° 107 ; Procédures 1996, n° 177 ; JCP 1997. I. 3989, n° 23, obs. Cadiet ; JCP E 1996. I. 584, n° 1, obs. R. Cabrillac). Ce recours extraordinaire n'étant formellement exclu en aucune hypothèse, il faut en déduire *a contrario* qu'il peut être exercé dans tous les domaines relevant du code de procédure civile.

15. En matière de redressement et de liquidation judiciaires, la mise en œuvre des voies de recours est enfermée dans des limites extrêmement strictes. Pour autant, ces dernières ne s'appliquent pas au recours en révision, lequel peut être exercé contre le jugement qui arrête ou rejette le plan de cession d'une entreprise (Com. 2 avr. 1996, [Cn° 92-20.728](#), préc.). En matière électorale, le recours en révision est également ouvert : les arrêts qui excluaient la requête civile dans ce type de contentieux (Civ. 17 avr. 1878, DP 1878. 1. 247. – 5 avr. 1897, Bull. civ. n° 51. – 16 juill. 1901, DP 1904. 1. 584. – 27 déc. 1904, DP 1905. 5. 35. – 11 mai 1909, DP 1910. 1. 417) ne sont pas transposables au recours en révision, tant pour des raisons de fond (ils portaient sur des cas d'ouverture ne figurant plus désormais dans le code) que d'opportunité (le lent et difficile exercice de la requête civile a fait place à une procédure de révision simplifiée). En revanche, la jurisprudence, qui admettait la recevabilité de la requête civile en matière disciplinaire (Civ. 24 févr. 1948, JCP 1948. II. 4222. – LE CLEC'H, La voie de la requête civile est-elle ouverte contre les décisions rendues en matière disciplinaire ?, JCP 1948. I. 698), s'applique toujours au recours en révision. La Cour de cassation l'a implicitement rappelé en s'abstenant de soulever l'irrecevabilité de ce recours dans une affaire relative à la radiation d'un avocat (Civ. 1^{re}, 28 mai 1980, Bull. civ. I, n° 161) alors qu'elle y est tenue, en vertu de l'article 125 du code de procédure civile (V. *supra*, n° 5). La solution est identique dans l'ordre administratif où le Conseil d'Etat admet que, même en l'absence de texte, un recours en révision puisse être formé contre les décisions disciplinaires des ordres professionnels (CE 16 mai 2012, req. n° 331346, Procédures 2012, n° 237, obs. Deygas).

§ 2. – Matière arbitrale

16. L'article 1502 du code de procédure civile autorise expressément le recours en révision en matière d'arbitrage interne « dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévus aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603 » du code de procédure civile. La décision attaquée doit, par conséquent, être passée en force de chose jugée (V. *supra*, n°s 7 s.) et le recours en révision est irrecevable si son auteur pouvait, à la date où il a été formé, faire appel ou exercer un recours en annulation suspensif d'exécution (Paris, 25 oct. 2001, [C.D. 2001. IR 3488](#) ; [CRTD com. 2002. 41, obs. Loquin](#)). Le recours « est porté devant le tribunal arbitral » (C. pr. Civ., art. 1502, al. 2) ou à défaut, si celui-ci ne peut être à nouveau réuni, « devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence » (C. pr. civ., art. 1502, al. 3), c'est-à-dire celle dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue (art. 1494, al. 1^{er}).
17. Antérieurement au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage (D. 2011, p. 175, obs. Gaillard et de Lapasse), la cour d'appel de Paris avait déjà déduit des termes de la loi que le recours en révision est toujours possible en matière d'arbitrage interne : d'une part, la clause de « renonciation à toutes voies de recours » ne s'applique pas au recours en révision (Paris, 14 mars 1991, Rev. arb. 1991. 657, obs. Pellerin), et d'autre part, celui-ci est de droit même si l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur (Paris, 23 mai 1984, Gaz. Pal. 1984. Somm. 298). Mais en matière d'arbitrage international, la loi (C. pr. civ., anc. art. 1507) et la jurisprudence excluaient tout recours en révision contre une sentence arbitrale dès lors qu'elle mettait en cause des intérêts du commerce international (Paris, 25 mai 1990, Rev. arb. 1990. 892, note de Boissésou). Ce n'est plus le cas depuis la réforme de 2011, et le nouvel article 1506 al. 5 du Code de procédure civile autorise désormais la révision dans cette hypothèse : « à moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles : [...] 1502 (alinéas 1 et 2) et 1503 relatifs aux voies de recours autres que l'appel et le recours en annulation ». La loi consacre et généralise ainsi une décision de la Cour de cassation qui avait admis la rétractation de la sentence arbitrale internationale sur le fondement des principes généraux du droit, et plus particulièrement de la maxime *fraus omnia corrumpit*, dès lors qu'une fraude est avérée et que le tribunal arbitral peut-être de nouveau constitué après le prononcé de la décision

(Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, [Cn° 90-18.210](#), Bull. civ. I, n° 149 ; Gaz. Pal. 1992. 2. Pan. 209 ; [Rev. crit. DIP 1992. 699, note Oppetit](#) ; [RTD civ. 1993. 201, obs. Perrot](#)). Mais que faire lorsque la mission des arbitres a cessé et qu'il n'est plus possible de les réunir ? Il a été proposé (PERROT, obs. préc.) que, en ce cas, la fraude fasse obstacle à l'exequatur de la sentence arbitrale ou, si celle-ci a déjà été accordée par le juge, que soit ouverte la voie du recours en révision contre sa décision.

§ 3. – Matière gracieuse

18. La question de la recevabilité du recours en révision contre les décisions gracieuses reste ouverte en doctrine (pour : BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, [RTD civ. 1978. 248.](#) – LE NINIVIN, La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile, 1983, Litec, n^{os} 339 s. – Contre : BERGEL, Juridiction gracieuse et matière contentieuse, [D. 1983. Chron. 165, spéc., p. 171.](#) – COUCHEZ avec LANGLADE et LEBEAU [collab.], Procédure civile, 10^e éd., 1998, Dalloz, p. 563). Si l'appel (art. 543), la tierce opposition (art. 583) et le pourvoi en cassation (art. 610) sont expressément autorisés en matière gracieuse, le code de procédure civile reste muet en ce qui concerne le recours en révision. *A contrario*, aucune disposition n'en restreint le domaine aux décisions contentieuses. Le recours étant recevable contre tout jugement passé en force de chose jugée (C. pr. civ., art. 593), rien ne s'oppose en principe à ce qu'un jugement gracieux en fasse l'objet, dès lors qu'il n'est plus susceptible d'un recours suspensif d'exécution (appel ou pourvoi en cassation exceptionnellement suspensif). Cette solution se justifie *a fortiori* en raison du défaut de contradictoire, caractéristique de la procédure gracieuse, qui accroît le risque de fraude malgré les larges pouvoirs d'investigation du juge (MARCHAND et SÉRAPIONIAN, Recours en révision, [J.-Cl. Pr. civ., fasc. 746, n° 17 et 18](#)). Mais s'il semble falloir déduire de la généralité du recours en révision sa recevabilité en matière gracieuse, la jurisprudence reste hésitante. Elle exclut cette voie de recours contre une décision d'adjudication constatant un contrat judiciaire sans statuer sur aucun incident (Civ. 2^e, 20 mai 1985, [Bull. civ. II, n° 99](#) ; [Gaz. Pal. 1985. 2. Pan. 270, obs. Guinchard et Moussa](#) ; [RTD civ. 1986. 431, obs. Perrot](#)), mais elle l'admet contre un jugement homologuant un changement de régime matrimonial (Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, [Cn° 96-22.914](#), [Bull. civ. I, n° 11](#) ; [C.D. 1999. 242, note Thierry](#) ; [JCP 1999. II. 10094, note Casey](#) ; [JCP 1999. I. 154, n° 3, obs. Wiederkehr](#) ; [RTD civ. 2000. 151, obs. Vareille](#). – *Adde* : [Paris, 31 oct. 1996, C.D. 1997. 251, note Paire](#) ; [RTD civ. 1997. 988, obs. Vareille](#) ; [Justices n° 8, oct.-déc. 1997. 137, obs. Wiederkehr](#)), contre un jugement d'adoption ([Versailles, 22 nov. 2001, C.D. 2003. Somm. 654, obs. Serra](#) ; [RTD civ. 2002. 282, obs. Hauser](#). – *Contra* : [Pau, 26 juin 1995, C.D. 1996. 214, note Larribau-Terneyre](#)) ou contre un jugement prononçant un divorce par consentement mutuel et homologuant la convention définitive des parties (*V. infra*, n° 20).

§ 4. – Jugements de divorce

19. Il est douteux que, une fois prononcé, le principe même du divorce puisse faire l'objet d'une révision. Aucun texte ne l'interdit mais la renaissance du lien matrimonial qui en résulterait est peu compatible avec le caractère irrémédiable des effets personnels attachés à sa dissolution antérieure. Plutôt qu'une sorte de remariage judiciaire aux conséquences difficilement imaginables, notamment dans l'hypothèse où les époux faussement divorcés se sont remariés, il est plus réaliste d'admettre la condamnation à des dommages-intérêts de la partie dont la fraude est démontrée ([HAUSER, obs. RTD civ. 1993. 569](#)). Il semble en revanche falloir admettre le recours en révision contre les dispositions pécuniaires définitives (sur les dispositions prescrites à titre provisoire, *V. infra*, n° 22) prononcées par le jugement de divorce. En effet, l'article 602 du code de procédure civile autorise expressément la révision partielle d'une décision de justice, le recours pouvant être exercé contre un seul chef du jugement, à moins que les autres n'en dépendent (*V. infra*, n° 117). Puisque le principe du divorce ne dépend pas de son règlement patrimonial, la révision de ce dernier a été logiquement consacrée, tant par la doctrine que par la jurisprudence, dans

le cas des divorces contentieux (Civ. 2^e, 23 oct. 1991, Cⁿ° 90-10.015☞, et Paris, 25 sept. 1991, C^RTD civ. 1992. 369, obs. Hauser et Huet-Weiller☞. – Civ. 2^e, 4 mars 1992, Cⁿ° 90-20.339☞, C^D. 1993. 215, note Piotraut☞ ; JCP 1993. II. 22092, note R. Martin).

20. La solution applicable au divorce contentieux ne saurait être étendue au divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire : l'acte faisant état de l'accord des époux sur la rupture du mariage ne saurait en effet être assimilé à un jugement. Un recours en révision peut-il en revanche être formé contre les dispositions pécuniaires définitives d'un divorce par consentement mutuel judiciaire ? La question reste controversée. Une partie de la doctrine, admettant une révision partielle qui affecterait exclusivement la convention sans porter atteinte au divorce lui-même (LINDON et BERTIN, La convention définitive dans le divorce sur requête conjointe, JCP 1981. I. 3021 ; Le recours en révision contre l'homologation de la convention définitive dans le divorce sur requête conjointe, JCP 1982. I. 3082. – VILLANI, Quels sont les recours contre l'homologation d'une convention définitive de divorce par consentement mutuel ?, C^D. 1995. Chron. 253☞), a été suivie par plusieurs juridictions du fond (TGI Pontoise, 30 sept. 1981, Gaz. Pal. 1982. Somm. 105. – Aix-en-Provence, 19 mai 1987, Gaz. Pal. 1987. 2. 652, note Latil. – Versailles, 11 janv. 1988, D. 1988. IR 42). La Cour de cassation en a décidé autrement (Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, Cⁿ° 07-14.439☞, Bull. civ. I, n° 247 ; C^D. 2009. Pan. 832, obs. Serra et Williate-Pellitteri☞ ; C^RTD civ. 2009. 100, obs. Hauser☞ ; Procédures 2009, n° 19, obs. Douchy-Oudot. - Civ. 1^{re}, 23 nov. 2011, n° 10-26.802, D. 2011. 2933 ; AJ fam. 2012. 47, obs. S. David ; RTD civ. 2012. 98, obs. J. Hauser) en raison de l'indivisibilité existant entre la convention des époux homologuée par le juge et le prononcé du divorce mutuellement consenti (V., à l'appui de cette thèse, RUBELLIN-DEVICHI, obs. RTD civ. 1989. 50). On voit mal, pourtant, pourquoi le dogme de l'indivisibilité entre le prononcé du divorce et l'homologation de la convention interdirait de sanctionner la fraude commise par un époux (HUET-WEILLER, obs. C^RTD civ. 1992. 370☞) : puisque *fraus omnia corrumpit*, la mise à l'écart de l'indivisibilité en cas de fraude constituerait une sanction appropriée en maintenant le principe du divorce tout en révisant ses conséquences pécuniaires.

ART. 3. – DECISIONS JUDICIAIRES EXCLUES DU RECOURS

21. Le code de procédure civile ne restreint qu'exceptionnellement le droit d'exercer un recours en révision. Ces exclusions légales sont justifiées par le désir d'éviter la chicane et les manœuvres dilatoires. Elles concernent, outre les mesures d'administration judiciaire soustraites à tout recours par l'article 537, deux types de jugements visés par l'article 603. Cette disposition (V. *infra*, n° 122) interdit de demander la révision de la décision qui statue sur un recours en révision (« Révision sur révision ne vaut ») et du jugement déjà attaqué par cette voie, si ce n'est pour une cause qui se serait révélée postérieurement à la décision rendue sur le précédent recours. En plus de ces exclusions légales, d'autres, d'origine jurisprudentielle, ferment la voie du recours en révision à certaines décisions juridictionnelles.

§ 1. – Décisions provisoires

22. En raison de son caractère subsidiaire (V. *supra*, n° 10), le recours en révision n'est pas recevable si une autre voie procédurale permet la rétractation ou la réformation du jugement contesté. Or les décisions judiciaires ordonnées à titre provisoire sont généralement susceptibles d'être rapportées en présence de circonstances nouvelles. L'ouverture du recours en révision devient dès lors inutile, le juge pouvant toujours modifier la décision provisoire à la demande des parties en cas de découverte d'une cause de révision, laquelle est constitutive d'une circonstance nouvelle. Ce raisonnement a permis à la Cour de cassation d'exclure le recours en révision contre les ordonnances de référé, lesquelles peuvent être rapportées ou modifiées en cas de circonstances nouvelles en vertu de l'article 488 du code de procédure civile (Civ. 2^e, 27 avr. 1988, Bull. civ. II, n° 102 ; Gaz. Pal.

1988. 2. Somm. 497, obs. Guinchard et Moussa ; RTD civ. 1988. 578, obs. Perrot ; D. 1989. Somm. 183, obs. Julien. – Soc. 31 janv. 1996, JCP 1997. I. 3989, n° 23, obs. Cadiet. - Civ. 2e, 11 juill. 2013, n° 12-22.630, D. Actu. 22.07.2013, obs. Kebir). La solution vaut, par analogie, pour les ordonnances sur requête qui sont provisoires et peuvent être rétractées ou modifiées par le juge qui les a rendues (C. pr. civ., art. 496, al. 2, et art. 497). Enfin, toujours suivant le même raisonnement, la Cour de cassation a exclu l'exercice du recours en révision contre les dispositions provisoires ordonnées durant la procédure de divorce (Civ. 2^e, 3 juin 1999, Cn° 97-18.754, Bull. civ. II, n° 106 ; JCP 1999. IV. 2410 ; Procédures 1999, n° 231, obs. Perrot. – 3 oct. 2002, Cn° 01-00.800, Bull. civ. II, n° 202 ; CD. 2002. IR 2915 ; Gaz. Pal. 15-17 juin 2003, obs. Massip ; RTD civ. 2003. 66, obs. Hauser), ces mesures pouvant être supprimées, modifiées ou complétées en cas de survenance d'un fait nouveau jusqu'au dessaisissement de la juridiction (C. pr. civ., art. 1118).

- 23. Indemnités provisionnelles.** – S'agissant des décisions qui allouent des indemnités provisionnelles, il faut distinguer selon que la provision a été accordée par le juge des référés, par le juge chargé de la mise en état ou par les juges du fond. Les ordonnances du juge de la mise en état, comme les ordonnances de référé, ont un caractère provisoire. En revanche, les décisions des juges du fond, qui ordonnent le paiement d'une provision, tranchent le fond et ont autorité de chose jugée au principal (Com. 20 janv. 1981, Bull. civ. IV, n° 39). Si le recours en révision doit être écarté à l'encontre des décisions provisoires, en revanche il devrait logiquement être admis à l'encontre de la décision par laquelle les juges du fond condamnent au paiement d'une provision (V., sur cette question à laquelle la Cour de cassation n'a pas encore donné de réponse définitive, Civ. 2^e, 3 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 620, note Viatte).
- 24. Jugement avant dire droit.** – Le jugement avant dire droit ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, au cours du procès, pour préparer ou attendre la solution de la contestation principale (C. pr. civ., art. 482). Contrairement au jugement mixte, il ne tranche aucun point du litige. Il en résulte que le jugement avant dire droit n'a pas, au principal, autorité de chose jugée et qu'il ne dessaisit pas le juge (art. 483). Aussi ce dernier pourra-t-il modifier ou rétracter sa décision en cas de circonstances nouvelles, en particulier lorsqu'il est établi qu'elle a été surprise par l'une des causes de révision de l'article 595. Le problème de la recevabilité du recours en révision ne peut se poser qu'une fois le juge dessaisi et le jugement avant dire droit passé en force de chose jugée. La Cour de cassation a résolu la question en décidant que le jugement d'expertise participant de l'instruction du litige et ne préjugant pas de son règlement, il n'était pas susceptible de recours en révision (Civ. 2^e, 22 févr. 2007, Cn° 05-18.829, Bull. civ. II, n° 43 ; Procédures 2007, n° 106, obs. Perrot).

§ 2. – Arrêts de la Cour de cassation

- 25.** Si un jugement de révision peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation (V. *supra*, n° 11), l'inverse n'est pas vrai. Transposant une jurisprudence ancienne relative à la requête civile (Req. 18 mai 1847, DP 1847. 1. 184. – 19 juill. 1909, DP 1909. 1. 360), la Cour de cassation a jugé que le recours en révision n'était pas ouvert contre ses arrêts (Civ. 3^e, 12 juin 1991, Cn° 90-15.411, Bull. civ. III, n° 176 ; CD. 1991. IR 175 ; CD. 1992. Somm. 127, obs. Julien). Une telle exclusion, conforme aux philosophies respectives de ces deux voies de recours extraordinaires, est parfaitement justifiée au regard de l'objet du recours en révision et de la compétence de la Cour de cassation. D'une part, les cas d'ouverture à révision concernent exclusivement des hypothèses d'erreur judiciaire sur la matérialité des faits. D'autre part, l'article 593 du code de procédure civile prévoit que le recours en révision, s'il est favorablement accueilli, donne lieu à un nouveau jugement « en fait et en droit ». Or l'appréciation des faits est étrangère au contrôle de la Cour de cassation même lorsque, dans de rares hypothèses, elle est autorisée à statuer au fond (COJ, art. L. 411-3).

§ 3. – Décisions rendues par les juridictions pénales

26. Le code de procédure pénale (art. 622 à 626) institue une procédure de révision ouverte, à certaines conditions, à toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit contre la condamnation qui la frappe (V. Rép. pén., v^o *Révision*). Cette demande en révision peut également être formée par une personne condamnée à de simples intérêts civils par une juridiction répressive (Crim. 27 avr. 1989, Bull. crim. n^o 172). Le législateur a en revanche fermé cette voie de recours à la victime du délit. Celle-ci peut-elle alors exercer le recours en révision prévu par le code de procédure civile ? La chambre criminelle de la Cour de cassation exclut cette possibilité. Elle déclare irrecevable l'exercice de cette voie de recours extraordinaire contre la décision d'une juridiction répressive statuant sur les intérêts civils (Crim. 19 janv. 1982, Bull. crim. n^o 18 ; D. 1983. IR 74, obs. Roujou de Boubée) au motif que « les règles de la procédure pénale relevant, aux termes de l'article 34 de la Constitution, du domaine de la loi, les dispositions du nouveau code de procédure civile, qui sont de caractère réglementaire, ne peuvent trouver application devant les juridictions répressives ». Seule une intervention du législateur pourrait étendre cette voie de recours à la matière pénale, comblant ainsi une lacune qui prive les parties civiles d'une voie de recours à vocation générale.

SECTION 2. – Parties au recours en révision

27. Les parties au recours en révision doivent satisfaire aux conditions de capacité et de pouvoir requises pour ester en justice. À défaut, les actes de procédure qu'elles accomplissent sont viciés par une irrégularité de fond sanctionnée par leur nullité (C. pr. civ., art. 117). Le régime de cette nullité est déterminé par les articles 118 à 121 du code de procédure civile (V. *Nullités*). D'autres conditions pèsent par ailleurs sur les parties au recours en révision, qu'elles soient demandeur (V. *infra*, n^{os} 28 s.), défendeur (V. *infra*, n^{os} 34 s.) ou tiers intervenant dans la procédure (V. *infra*, n^o 36).

ART. 1. – DEMANDEUR AU RECOURS EN REVISION

28. Le droit de former un recours en révision procède de celui, plus général, d'agir en justice. Il suppose que soient réunis, dans la personne du demandeur, d'une part, un intérêt à obtenir la rétractation de la décision de justice contestée (V. *infra*, n^o 29), d'autre part, une qualité l'autorisant à mettre en œuvre cette voie de recours (V. *infra*, n^{os} 30 s.).

§ 1. – Intérêt

29. En vertu de la règle traditionnelle exprimée par l'adage « Pas d'intérêt, pas d'action », qui se trouve désormais énoncée à l'article 31 du code de procédure civile, la partie qui forme un recours en révision doit pouvoir justifier d'un intérêt (Civ. 2^e, 11 juill. 1979, Bull. civ. II, n^o 211). À défaut, par exemple dans l'hypothèse où le jugement contesté a accordé au demandeur tout ce qu'il réclamait, son recours sera déclaré irrecevable (C. pr. civ., art. 122). Cette fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de la cause sans avoir à justifier d'un grief. Mais le juge peut condamner à des dommages-intérêts celui qui, dans un but dilatoire, se serait abstenu de la soulever plus tôt (art. 123). L'article 125 du code de procédure civile dispose *in fine* que « le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt [...] ».

§ 2. – Qualité

30. Les articles 594 et 534 du code de procédure civile déterminent les personnes ayant qualité pour intenter un recours en révision. Aux termes de l'article 594, celui-ci ne peut-être formé « que par les personnes qui ont été parties ou représentées au jugement ». *A contrario*, n'est pas recevable le recours en révision formé à l'encontre d'une ordonnance rendue sur requête à laquelle le demandeur en révision n'a été ni partie ni représenté (Civ. 2^e, 21 avr. 2005, [Cn^o 02-21.148](#), Bull. civ. II, n^o 111). Quant à l'article 534, texte commun à toutes les

voies de recours, il ouvre le recours en révision à celui qui a agi comme représentant légal d'une partie, si ses fonctions ont cessé et s'il y a un intérêt personnel. Selon l'article 122 du code de procédure civile, le défaut de qualité est sanctionné par l'irrecevabilité de la demande de révision. Comme pour le défaut d'intérêt (V. *supra*, n° 29), la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité du demandeur peut être soulevée d'office par le juge (C. pr. civ., art. 125).

31. **Parties au jugement.** – La détermination des « parties » au jugement attaqué ne soulève pas de problème particulier. Il s'agit du demandeur, du défendeur et des intervenants volontaires ou forcés (V., en ce sens, Civ. 2^e, 11 juill. 1979, préc. *supra*, n° 29, qui casse la décision de la cour d'appel de Paris ayant déclaré à tort irrecevable la demande en révision formée par le garant contre le demandeur principal). La jurisprudence a toutefois refusé à l'associé d'une SCI la qualité pour introduire un recours en révision au nom de la société (Civ. 3^e, 27 nov. 1991, [Cn° 88-19.870](#), Bull. civ. III, n° 296), alors que la société avait été condamnée à payer des dommages-intérêts et que chacun des associés pouvait, en conséquence, être recherché en cas de carence de la société. Les parties au jugement ont qualité pour exercer le recours en révision, qu'elles aient comparu ou pas, dès lors qu'elles ont été appelées par la juridiction qui a rendu la décision.
32. **Personnes représentées au jugement.** – Aux termes de l'article 594, les personnes représentées au jugement peuvent en demander la révision. Les *penitus extranei*, qui sont par hypothèse des tiers étrangers au litige, ne peuvent donc exercer cette voie de recours. À l'inverse, la personne représentée au cours de la procédure par un représentant légal, conventionnel ou judiciaire, peut intenter un recours en révision soit par l'intermédiaire du même mandataire, s'il est toujours en fonction, soit par l'intermédiaire d'un nouveau représentant, soit elle-même si elle n'est frappée d'aucune incapacité. La représentation au jugement doit être entendue au sens large. Elle n'implique pas nécessairement un acte de volonté d'une partie au profit du représenté. Il a ainsi été jugé que les enfants sont représentés par leurs parents et ne sont pas tiers au jugement d'homologation du changement de régime matrimonial de leurs auteurs ; ils peuvent donc exercer un recours en révision contre ce jugement (Paris, 31 oct. 1996, préc. *supra*, n° 18. – Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, [Cn° 96-22.914](#), préc. *supra*, n° 18). En revanche, l'héritier de l'adopté est irrecevable à exercer un recours en révision contre le jugement de révocation d'une adoption simple, lequel est exclusivement attaché à la personne de l'adoptant et de l'adopté (Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, [Cn° 04-11.689](#), Bull. civ. I, n° 477 ; [CRTD civ. 2006. 100, obs. Hauser](#)). Quant aux ayants cause à titre particulier et aux créanciers d'une partie au jugement, il semble falloir leur ouvrir la voie du recours en révision, par analogie avec les dispositions relatives à la tierce opposition qui incluent « les créanciers et autres ayants cause d'une partie » parmi les personnes représentées au jugement attaqué (C. pr. civ., art. 583).
33. **Renonciation au recours.** – Il n'est pas douteux qu'une partie disposant librement de ses droits puisse valablement renoncer à former un recours en révision après la découverte d'une cause de révision. En revanche, la validité d'une renonciation anticipée, qu'elle résulte d'une renonciation conventionnelle préalable à tout recours ou d'un acquiescement au jugement, a été discutée au motif que le recours en révision vise à redresser une erreur généralement imputable à la fraude. Sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, la jurisprudence admettait la renonciation à la requête civile, sauf en cas de dol ou de fraude (Req. 8 nov. 1922, DP 1923. 1. 12. – Civ. 18 sept. 1940, DH 1940. 141 ; RTD civ. 1940-1941. 331, obs. Raynaud). Il semble qu'il faille reconduire cette solution (TGI Rouen, 23 oct. 1978, D. 1979. IR 245, obs. Huet-Weiller) et exclure, par conséquent, toute renonciation anticipée au recours en révision, aucune de ses causes d'ouverture n'étant étrangère à la notion de fraude.

ART. 2. – DEFENDEUR AU RECOURS EN REVISION

- 34.** Le législateur a voulu éviter, dans un souci de bonne administration de la justice, que le jugement soit rétracté à l'égard de certaines parties et demeure à l'égard des autres. C'est pourquoi, en vertu de l'article 597 du code de procédure civile, « toutes les parties au jugement attaqué doivent être appelées à l'instance en révision par l'auteur du recours, à peine d'irrecevabilité » (pour une application de ce texte en cas de plan de cession : Civ. 2^e, 6 mai 1999, [Cⁿ° 96-18.070](#) ➔, Bull. civ. II, n° 88 ; JCP 1999. IV. 2164). Du caractère impératif de l'article 597, on doit déduire que cette irrecevabilité est d'ordre public et qu'elle peut, par application de l'article 125 du code de procédure civile, être soulevée d'office par le juge. L'auteur du recours en révision dispose d'un délai de deux mois à compter de la connaissance de la cause de révision (V. *infra*, n^{os} 77 s.) pour appeler toutes les parties. Toute régularisation postérieure est exclue et une assignation tardive suffit à faire déclarer irrecevable l'ensemble du recours (Civ. 2^e, 15 avr. 2010, [Cⁿ° 09-10.901](#) ➔. – Rappr. Paris, 17 mars 1978, Gaz. Pal. 1979. 1. 18, note R. D.).
- 35.** Le recours en révision est ouvert contre la personne du représentant d'une partie au jugement attaqué s'il a cessé ses fonctions depuis (C. pr. civ., art. 534). À cette exception près, le recours en révision doit être dirigé contre les parties au jugement attaqué. Néanmoins, si l'une d'entre elles est décédée, il convient d'appeler à l'instance en révision ses successeurs universels ou à titre universel, *ab intestat* ou testamentaires. La sanction du non-respect de cette obligation est sévère : l'irrecevabilité du recours. Quant aux ayants cause à titre particulier qui ont acquis des droits de l'une ou l'autre partie depuis le jugement frappé de recours, leur sort est différent de celui des parties ou des ayants cause à titre universel. Il n'est pas nécessaire pour la recevabilité du recours de les attirer à l'instance en révision. Mais il sera plus prudent d'appeler à l'instance ceux dont la situation juridique pourrait être remise en cause par la révision de la décision attaquée, afin qu'ils ne puissent se retrancher derrière la relativité de la chose jugée.

ART. 3. – INTERVENTION DES TIERS

- 36.** Le recours en révision est fermé aux tiers qui n'ont été ni parties ni représentés au jugement contesté. Ils doivent, s'ils souhaitent attaquer une décision de justice, former une tierce opposition (V. *Tierce opposition*), laquelle est incompatible avec le recours en révision (Civ. 2^e, 14 oct. 1999, [Cⁿ° 97-16.630](#) ➔, Bull. civ. II, n° 158 ; [C^D. 1999. IR 251](#) ➔ ; Procédures 1999, n° 266, obs. Perrot). Il faut admettre en revanche la possibilité d'intervention des tiers à l'instance en révision selon les règles du droit commun établies par les articles 325 à 338 du code de procédure civile (lorsque le recours en révision est exercé devant une juridiction du premier degré) et par les articles 554 et 555 du même code (quand le recours est porté devant une cour d'appel). Par ce biais, les créanciers des défendeurs au recours, qui n'ont pas à être appelés à l'instance en révision, pourront selon les circonstances soit y intervenir volontairement (V. par exemple Civ. 2^e, 4 juill. 2007, [Cⁿ° 06-18.335](#) ➔, Bull. civ. II, n° 198 ; [C^D. 2008. Chron. 648, obs. Sommer et Nicoletis](#) ➔), soit exercer ultérieurement une tierce opposition à l'encontre de la décision de révision. L'intervention peut également être forcée, par exemple lorsque l'auteur du recours souhaite attirer devant le juge le complice des faits à l'origine de la demande de révision.

CHAPITRE 2. – Causes de révision

- 37.** Il ne suffit pas à l'auteur du recours en révision de démontrer que sa demande répond aux conditions de recevabilité requises de toute action en justice. Il doit également établir le bien-fondé de sa prétention à obtenir la rétractation du jugement contesté. Aux termes de l'article 595 du code de procédure civile, cette rétractation n'est possible que : « 1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ; 2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ; 3. S'il a été jugé sur des

pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ; 4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement ». Ces causes d'ouverture du recours en révision présentent des caractères généraux communs à toutes (V. *infra*, n^{os} 38 s.) et d'autres propres à chacune d'elles (V. *infra*, n^{os} 48 s.).

SECTION 1. – Caractères communs à toutes les causes de révision

38. Les causes justifiant la rétractation d'une décision sur le fondement du recours en révision sont limitativement énumérées par la loi et exclusives de toute autre voie de recours (V. *infra*, n^{os} 39 s.). Outre la réunion d'éléments, matériels et intentionnels, précisément identifiés pour chaque cas de révision, le recours est suspendu à l'absence de faute de son auteur, lequel doit avoir été dans l'impossibilité de faire valoir les faits qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée (V. *infra*, n^{os} 41 s.). Il importe par ailleurs, pour voir le recours prospérer, que la cause de révision invoquée ait été déterminante dans le jugement contesté (V. *infra*, n^{os} 44 s.).

ART. 1. – CARACTERE LIMITATIF ET EXCLUSIF DES CAUSES DE REVISION

39. Voie de recours extraordinaire, le recours en révision n'est ouvert que dans les cas spécifiés par la loi (C. pr. civ., art. 580). De cette règle générale, il faut déduire que la liste des causes de révision établie par l'article 595 du code de procédure civile est limitative. Cette dernière disposition précise au surplus que « le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes » qu'elle énumère. Dès lors, l'auteur du recours en révision qui invoque une erreur commise par la juridiction doit démontrer qu'elle résulte de faits constitutifs de l'une des causes de révision prévues par la loi (V., pour un exemple de recours déclaré irrecevable au motif que le demandeur n'établit pas l'existence d'une cause de révision, Paris, 13 janv. 1978, D. 1978. IR 412, obs. Julien. – Comp. Paris, 22 sept. 1982, Gaz. Pal. 1983. 1. Somm. 216). Cette démonstration n'appréhende pas le fond et laisse entière la question du bien-fondé de la rétractation (Civ. 2^e, 12 févr. 2004, [Cn° 02-11.913](#), [CD. 2004. IR 736](#)).
40. Le recours en révision est ouvert dans les hypothèses définies par la loi à l'exclusion de toute autre voie de recours. Le plaideur n'a donc pas le choix du recours et il lui appartient de choisir la voie appropriée. Il peut invoquer plusieurs causes de révision pour les mêmes faits, sous réserve que les éléments constitutifs propres à chacune d'elles soient réunis et qu'aucune voie de recours ordinaire ne soit ouverte, mais il lui est interdit de former un recours en révision à la place d'un pourvoi en cassation (V. *supra*, n^o 11). La Haute Juridiction a ainsi rejeté la demande d'annulation d'une décision homologuant un changement de régime matrimonial fondé sur l'amputation d'une pièce prétendument découverte par la suite, au motif que ces faits ne pouvaient donner lieu qu'à un recours en révision (Civ. 1^{re}, 9 oct. 1979, Bull. civ. I, n^o 237). À l'inverse, il appartient au plaideur victime d'une violation du principe de contradiction de former un pourvoi en cassation pour violation de la loi, et non de former un recours en révision, faute de se trouver dans l'un des cas d'ouverture de l'article 595 (Civ. 2^e, 2 juill. 1986, Bull. civ. II, n^o 103).

ART. 2. – ABSENCE DE FAUTE DU DEMANDEUR

41. En vertu de l'article 595, dernier alinéa, du code de procédure civile, le recours en révision « n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée ». Ce texte a une double portée. D'une part, il conditionne l'ouverture du recours à l'impossibilité du requérant de dénoncer, dès l'instance initiale, les faits constitutifs de la cause de révision. D'autre part, il exclut la mise en œuvre du recours si la cause de révision a été découverte après le prononcé du jugement, mais avant l'expiration du délai d'exercice des voies de recours ordinaires.

42. Le recours est irrecevable si le demandeur en révision avait connaissance des faits ou des actes allégués à l'appui de son recours avant que ne soit rendue la décision qu'il attaque. Il lui appartenait alors d'avertir le juge, avant qu'il ne statue, de la fraude de l'autre partie, de la rétention de pièces, de la fausseté des pièces, des témoignages ou des serments (Civ. 2^e, 21 mars 1979, D. 1979. IR 482, obs. Julien ; RTD civ. 1979. 674, obs. Perrot). Fermant le recours aux plaideurs négligents qui n'ont pas su défendre leurs droits en temps utile, cette règle redouble l'exigence, posée de manière elliptique pour chaque cause de révision, selon laquelle celle-ci doit avoir été découverte postérieurement au jugement pour être opérante. Le recours en révision n'est pas, en effet, une instance de rattrapage permettant de pallier les carences fautives du requérant dans la conduite du procès qui ne lui a pas donné gain de cause (Civ. 2^e, 25 juin 1997, Procédures 1997, n° 232, obs. Perrot). Celui qui a négligé de se procurer un extrait du registre du commerce, avant d'introduire une procédure contre une société commerciale n'existant plus, est donc logiquement irrecevable à demander la révision d'un jugement de débouté qui constate son erreur (Civ. 2^e, 14 mai 1997, ☉n° 95-14.343☉, Bull. civ. II, n° 146 ; RJDA 1998. 50 ; Procédures 1997, n° 175, obs. Perrot. – À propos d'une société civile : Paris, 14 sept. 2000, ☉D. 2000. IR 269☉).
43. La découverte d'une cause de révision après le prononcé d'une décision de justice, mais avant qu'elle n'acquière force de chose jugée, exclut tout recours en révision. Cette exclusion n'est pas limitée dans le temps, jusqu'à expiration du délai d'exercice des voies de recours ordinaires : elle est définitive. Non seulement le recours en révision, voie de recours extraordinaire, est, en raison de sa subsidiarité (V. *supra*, n° 10), fermé au plaideur qui peut encore interjeter appel ou faire opposition. Mais, si ce plaideur s'abstient d'emprunter l'une ou l'autre de ces voies en temps utile puis forme un recours en révision après que la décision contestée est passée en force de chose jugée, il commet une faute, au sens de l'article 595, dernier alinéa, du code de procédure civile, qui rend irrecevable sa demande. La règle vaut pour toutes les causes de révision.

ART. 3. – DIMENSION DECISIVE DE LA CAUSE ALLEGUEE

44. Si le jugement qui fait l'objet d'un recours eût été identique malgré la connaissance des éléments nouveaux dénoncés par le requérant, il n'y a pas lieu à révision. La doctrine et la jurisprudence ont en effet déduit des paragraphes 1^{er}, 2, 3 et 4 de l'article 595 du code de procédure civile que le recours est irrecevable si la décision attaquée n'a pas été déterminée par la cause de révision alléguée (Civ. 2^e, 17 mars 1983, Bull. civ. II, n° 83 ; Gaz. Pal. 1983. Pan. 227, obs. S. Guinchard. – V. cependant Paris, 31 oct. 1996, préc. *supra*, n° 18, laissant entendre que « le seul risque qu'une décision différente ait pu être rendue par le juge dûment informé est suffisant pour faire droit au recours en révision »).
45. Afin d'établir le caractère décisif ou non d'une cause de révision, il convient de déterminer si le jugement critiqué est justifié, abstraction faite des motifs inspirés par les faits invoqués par le requérant. Une illustration de cette méthode est donnée par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 17 mars 1983 (préc.) dans un cas de fraude (C. pr. civ., art. 595, 1^o). Un locataire commerçant avait détruit et remplacé un four de boulangerie, attaché à l'immeuble, par un nouveau four qu'il possédait en vertu d'un contrat de crédit-bail. Lors de l'instance en résiliation du bail, il avait laissé croire que le four lui appartenait. La cour d'appel avait retenu la fraude du locataire et rétracté l'arrêt qui avait refusé la résiliation. La Cour de cassation a cassé cette décision de révision parce que la fraude n'avait pas déterminé la décision attaquée, le motif de résiliation invoqué étant le changement de destination des lieux.
46. En cas de recouvrement de pièces (C. pr. civ., art. 595, 2^o), le caractère décisif de la pièce recouvrée s'apprécie au regard de la probabilité que sa connaissance ait amené le juge à retenir une solution différente. Il n'est pas nécessaire que la pièce soit décisive au point que la partie aurait nécessairement gagné en la produisant ; il suffit que cette probabilité soit forte (Amiens, 2 juill. 1979, D. 1979. IR 540 ; JCP 1980. IV. 232. – Civ. 2^e, 2 oct. 1985, JCP 1985. IV. 355. – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, ☉n° 92-16.765☉, Bull. civ. I, n° 254 ; Gaz. Pal.

1995. 1. Somm. 157, obs. Croze et Morel). En matière de requête civile, la Cour de cassation avait affirmé que le caractère décisif des pièces retenues relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond (Civ. 24 févr. 1948, JCP 1948. II. 4222). Cette solution devrait être reconduite, la Cour de cassation limitant son contrôle à la suffisance de la motivation.

47. En matière de faux, il résulte des termes mêmes des paragraphes 3 et 4 de l'article 595 que les pièces, attestations, témoignages ou serments litigieux doivent avoir exercé une influence déterminante sur la décision. La solution est ancienne (Paris, 23 juin 1810, Jur. gén., V^o Requête civile, n^o 134-1 – Req. 29 janv. 1894, DP 1894. 1. 258) et reconduite sous l'empire du nouveau code (Soc. 10 déc. 1980, Gaz. Pal. 1981. 1. Pan. 134). Le recours n'est pas recevable si la décision attaquée repose sur un motif tout à fait indépendant de la fausse pièce, le caractère déterminant de celle-ci étant laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc. 10 déc. 1980, préc.). Ces derniers sont en revanche liés par une décision pénale lorsqu'elle énonce, au soutien de son dispositif, que la pièce fautive a eu une influence déterminante sur le jugement attaqué (V., en matière de requête civile, Civ. 3^e, 28 janv. 1976, Bull. civ. III, n^o 39).

SECTION 2. – Caractères propres à chaque cause de révision

48. L'article 595 du code de procédure civile distingue quatre causes d'ouverture du recours en révision, toutes susceptibles d'induire une tromperie à l'égard du juge. Ces quatre causes de révision renvoient, en pratique, à trois sources possibles d'erreur judiciaire : d'une part, la fraude, laquelle « corrompt tout », même la force de la chose jugée (V. *infra*, n^{os} 49 s.) ; d'autre part, la rétention de pièces par l'une des parties au litige (V. *infra*, n^{os} 58 s.) ; enfin, le faux, qu'il vicie une pièce, un témoignage ou un serment (V. *infra*, n^{os} 62 s.). Chacune de ces causes d'ouverture est enserrée dans une formulation étroite qui en définit les caractères propres.

ART. 1. – FRAUDE

49. Aux termes de l'article 595, 1^o du code de procédure civile, le recours en révision est ouvert « s'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ». Cette première cause d'ouverture est la plus large. Elle donne d'une façon générale le ton aux autres, lesquelles supposent toutes, en plus de conditions matérielles particulières, qu'une intention frauduleuse soit à l'origine de l'erreur du juge.

§ 1. – Notion de fraude

50. En matière de révision civile, la jurisprudence ne se réfère à aucune définition générale et abstraite de la fraude. Les juridictions s'évadent de la signification restrictive conférée à cette notion en droit civil – à savoir le fait de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi d'un moyen juridique qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit (GHESTIN et GOUBEAUX, avec le concours de FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., 1994, LGDJ, n^o 813) – et lui confère un sens plus général. Dans son acception large, la fraude désigne tout acte de mauvaise foi « accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter » (G. CORNU [dir.], *Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique*, 11^e éd., 2016, PUF, V^o Fraude). Appliquée au recours en révision, cette notion peut caractériser toute espèce de tromperie mise en œuvre sciemment par une partie, à l'égard de son adversaire ou du juge, pour favoriser sa cause. De là une certaine souplesse de la notion, grâce à laquelle les considérations d'espèce et d'équité propres à chaque cas jouent un grand rôle dans la décision du juge d'accueillir ou non le recours en révision.
51. La fraude a été rapprochée, par certains auteurs, du dol personnel qui était l'une des causes d'ouverture de la requête civile (anc. C. pr. civ., art. 480-1, aujourd'hui abrogé), ancêtre du recours en révision. La jurisprudence définissait le dol personnel comme « toute fraude

destinée à surprendre la religion des juges : manœuvre frauduleuse proprement dite, dissimulation mensongère et persistante d'un fait, silence ou réticence volontaire » (Dijon, 6 avr. 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. 536 ; JCP 1977. II. 18648 ; D. 1977. IR 92). En assimilant le mensonge par omission au dol personnel, les juges faisaient peser sur chaque plaideur l'obligation de révéler tous les faits dont il avait connaissance, même ceux défavorables à sa cause. Cette conception moraliste, incompatible avec l'adage *Nemo contra se tenetur edere* (« nul n'est tenu de s'accuser spontanément »), a été retenue par certaines juridictions pour caractériser la fraude dans l'hypothèse du recours en révision. Ainsi la cour d'appel de Lyon a estimé qu'il y avait fraude dans une affaire où la société poursuivante avait caché qu'elle était dissoute depuis plus de cinq ans (Lyon, 18 juin 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 662) et la cour d'appel de Rouen a déclaré recevable un recours en révision formé contre une décision qui avait condamné un individu à verser des subsides, par application de l'article 342 du code civil, en retenant la fraude de la mère qui avait caché sa liaison avec un autre homme qui allait l'épouser quelque temps après et reconnaître l'enfant (TGI Rouen, 23 oct. 1978, préc. *supra*, n° 33).

52. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 21 juillet 1980 (Bull. civ. II, n° 190 ; Gaz. Pal. 1981. 1. 154, note Viatte ; JCP 1980. IV. 384 ; RTD civ. 1981. 456, obs. Perrot) a remis en cause cette jurisprudence (*contra* : PERROT, obs. préc.). Dans cette affaire, l'auteur du pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir exigé la preuve d'agissements frauduleux alors que « le silence ou la réticence volontaire caractériserait suffisamment le dol personnel, lequel constituerait un cas d'ouverture à révision ». La Cour de cassation a rejeté cette demande au motif que « le recours en révision est ouvert pour fraude et non pas pour dol personnel ». Les juges du droit donnent ainsi à la fraude une connotation active et la conditionnent à l'accomplissement de faits positifs.
53. Le silence gardé sur certains faits que l'on sait devoir compromettre sa propre cause n'est pas une fraude (Civ. 2^e, 24 janv. 1996, [Cn° 94-12.902](#), Procédures 1996, n° 73, obs. Perrot). Quant au silence mensonger ou au simple mensonge, ils ne peuvent être qualifiés de fraude que s'ils sont accompagnés de manœuvres destinées à les corroborer (Civ. 2^e, 11 mars 2010, n° 09-11.809). La fraude suppose en effet des agissements déloyaux de la partie à qui profite la décision afin de tromper le juge en provoquant son erreur : la négation par un plaideur de l'existence d'un recours qu'il ne pouvait ignorer ne suffit pas à constituer une fraude au sens de l'article 595 (Civ. 2^e, 23 févr. 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. Pan. 228), mais mentir et s'abstenir de communiquer des pièces, malgré sommation, suffit à la caractériser (Civ. 2^e, 4 mars 1992, préc. *supra*, n° 19). La cour de cassation admet par ailleurs que la simple dissimulation de revenus par un époux peut être considérée comme frauduleuse si elle témoigne d'une volonté évidente de tromper sciemment la religion du juge chargé de fixer la prestation compensatoire due à l'épouse divorcée (Civ. 2^e, 21 févr. 2013, n° 12-14.440, Bull. civ. II, n° 265 ; D. 2013. 568 ; D. Actu. 2.04.2013, obs. Kebir ; AJ fam. 2013. 236, obs. David ; Procédures 2013, n° 142, obs. Perrot ; RTD Civ. 2013. 357, obs. Hauser). Est également constitutif de fraude le mensonge accompagné de dissimulation de pièces (Douai, 23 juin 1976, Gaz. Pal. 1977. 1. 90) ou de l'utilisation de fausses pièces, par ailleurs cause distincte d'ouverture du recours en révision (Civ. 2^e, 22 oct. 1981, Gaz. Pal. 1982. 1. Pan. 107).

§ 2. – Conditions requises de la fraude

54. La fraude, pour ouvrir droit à la rétractation du jugement qu'elle infeste, doit avoir joué un rôle déterminant dans la décision attaquée : elle doit avoir amené le juge à statuer comme il l'a fait (V. *supra*, n°s 44 s.). C'est notamment le cas, dans le cadre d'une procédure de divorce, de la dissimulation par un époux d'un élément de son patrimoine immobilier, lequel est nécessairement déterminant pour la fixation de la prestation compensatoire (Civ. 2^e, 12 juin 2008, [Cn° 07-15.962](#), Bull. civ. II, n° 141 ; Procédures 2008, n° 229, obs. Perrot ; [CD. 2009. Pan. 53](#), obs. Douchy-Oudot ; [CRTD civ. 2008. 462](#), obs. Hauser). Pour que le recours soit recevable, il faut également que son auteur n'ait pu faire valoir les faits

frauduleux qu'il invoque, avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée, sans faute de sa part (V. *supra*, n^{os} 41 s.).

55. Outre les conditions communes à tous les cas d'ouverture, l'article 595, 1^o du code de procédure civile subordonne l'ouverture du recours pour des faits frauduleux à une condition particulière : la fraude doit émaner de la partie au profit de laquelle la décision a été rendue. La fraude du tiers n'autorise pas l'ouverture du recours en révision, sauf en cas de fausse pièce ou de faux témoignage (V. *infra*, n^{os} 62 s.), et elle ne peut qu'aboutir à sa condamnation à des dommages-intérêts. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse où la partie au profit de laquelle la décision a été rendue était complice de la fraude du tiers. Mais encore faut-il que les juges du fond relèvent cette complicité de fraude et ne se bornent pas à faire état des réticences d'une partie au sujet du fait qu'elle ne pouvait ignorer (Civ. 2^e, 3 juill. 1985, Bull. civ. II, n^o 135 ; Gaz. Pal. 1986. 1. Somm. 91, obs. Guinchard ; D. 1986. IR 228, obs. Julien).
56. Sous l'ancien code de procédure civile, la jurisprudence avait assimilé au dol de la partie celui des personnes qui agissent pour elle et dont elle répond (Besançon, 9 déc. 1862, DP 1862. 2. 216. – Orléans, 3 avr. 1853, DP 1854. 2. 182). Il n'y a pas de raison d'écarter ces solutions pour le recours en révision. Mais encore faut-il que le mandant ait connu la fraude de son mandataire (Liège, 5 juill. 1862, Pasirisie belge 1863. 2. 76). Lorsque, au contraire, le mandant a été victime des agissements dolosifs de son mandataire, complice de l'adversaire ou de son représentant, il peut demander la rétractation de la décision.

§ 3. – Preuve de la fraude

57. L'existence ou l'absence de fraude est une question de fait relevant des juges du fond. La Cour de cassation leur reconnaît un pouvoir souverain pour apprécier la portée des preuves de la fraude (Civ. 2^e, 21 juill. 1980, préc. *supra*, n^o 52). La charge de la preuve incombe logiquement à l'auteur du recours. Celui-ci doit prouver la fraude qu'il invoque afin d'obtenir la rétractation du jugement qu'il conteste (Civ. 1^{re}, 9 janv. 2007, [Cⁿ 05-10.098](#), Bull. civ. I, n^o 10 ; [C^D. 2008. Pan. 180, obs. Clay](#)). Outre les conditions requises de toute cause de révision (V. *supra*, n^{os} 38 s.), à l'exception de l'absence de faute du requérant qui se déduit de la réalisation des autres conditions, le demandeur doit établir que sont réunis les éléments constitutifs de la fraude. Ce fait juridique doit être prouvé dans sa double dimension matérielle, qui englobe tous faits ou actes déloyaux de nature à induire en erreur, et intentionnelle, qui suppose une volonté de tromper l'adversaire et le juge. La preuve des éléments objectif et subjectif de la fraude peut être administrée par tous moyens. Elle peut notamment être rapportée par témoignage, présomption et même aveu du défendeur au recours, dès lors qu'il présente des garanties de sincérité (Poitiers, 31 déc. 1918, DP 1920. 2. 59. – Paris, 11 juill. 1959, Journ. avoués 1963, t. 88, art. 447, p. 482).

ART. 2. – RECOUVREMENT DE PIÈCES DÉCISIVES

58. Selon l'article 592, 2^o du code de procédure civile, le recours en révision est ouvert « si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ». Ce texte reproduit presque à l'identique l'article 480-10 de l'ancien code de procédure civile, aujourd'hui abrogé, relatif à la requête civile. La jurisprudence élaborée sous l'empire de l'ancien code conserve donc son actualité pour déterminer les conditions de recevabilité du recours en révision pour recouvrement de pièces. Pour que cette voie soit ouverte, il ne faut pas que le requérant ait eu une connaissance suffisante de la pièce avant que la décision au fond ne soit passée en force de chose jugée (V., par analogie avec la requête civile, Com. 21 juill. 1948, Bull. civ. II, n^o 196). S'il a négligé d'exercer un recours suspensif, alors qu'il était encore dans les délais pour le faire quand il a découvert l'existence de la pièce, il sera considéré comme fautif et son recours en révision sera rejeté (V. *supra*, n^o 41). Par ailleurs, la rétention d'une pièce ne peut justifier la révision d'un procès que si cette pièce présente un caractère décisif (V. *supra*, n^o 46). À ces

conditions, communes à toutes les causes de révision, s'en ajoutent d'autres, qui concernent la notion de pièce retenue et les caractères de cette rétention.

§ 1. – *Notion de pièce*

59. La notion de pièce est entendue de manière large. Il s'agit de tout document prouvant l'existence d'un fait juridique ou établissant l'existence, l'étendue, l'extinction d'un droit ou d'une obligation (V., par exemple, Paris, 18 mars 1975, Gaz. Pal. 1975. 667, note Giscard). Lorsque la pièce est issue d'un dossier pénal, il faut demander au parquet l'autorisation de la verser au débat. Le secret de l'instruction impose d'attendre la clôture de l'information pour solliciter cette autorisation du ministère public, et il faut demander à la juridiction saisie du recours en révision de surseoir à statuer (Paris, 30 juin 1972, D. 1973. 79, concl. Granjon. – Civ. 2^e, 23 oct. 1991, [Cn° 90-11.502](#), Bull. civ. II, n° 279 ; JCP 1991. IV. 454, pour des pièces sous scellés). Pour que le recours soit recevable, la pièce devait exister lors du prononcé du jugement attaqué : la Cour de cassation a rejeté un pourvoi à l'encontre d'un arrêt qui avait déclaré le recours en révision irrecevable car le requérant n'avait pas démontré que les pièces qu'il avait découvertes, après la décision au fond, existaient déjà lors de son prononcé et avaient été retenues par l'adversaire (Civ. 2^e, 28 août 1980, Bull. civ. II, n° 93). Il ne suffit pas d'alléguer que la pièce est en possession de la partie gagnante, il faut que le requérant l'ait recouvrée. Mais il n'est pas nécessaire de la produire matériellement, il suffit que son existence et son contenu ne puissent être mis en doute (Rouen, 1^{er} août 1906, Gaz. Pal. 1906. 2. 271).

§ 2. – *Rétention par une partie*

60. Il résulte de la lettre de l'article 595, 2^o du code de procédure civile que la pièce doit avoir été retenue par l'autre partie. La rétention par un tiers au procès, serait-il de mauvaise foi, n'est pas un cas d'ouverture du recours en révision, à moins qu'il n'ait été complice de la partie gagnante (Civ. 2^e, 3 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 260, note Viatte. – 3 juill. 1985, préc. *supra*, n° 55). Il a par ailleurs été jugé, en matière de requête civile, que le silence gardé sur l'existence d'une pièce ou sa dissimulation ne constituaient pas une rétention lorsque l'adversaire pouvait en avoir connaissance parce qu'elle se trouvait dans un dépôt public ou qu'il pouvait en demander une copie (Req. 16 août 1842, Jur. gén., V^o Requête civile, n° 58. – Civ. 14 déc. 1852, DP 1852. 1. 329. – 31 mars 1856, DP 1856. 1. 154. – Paris, 16 juin 1922, DP 1923. 2. 166 ; RTD civ. 1922. 948. – Civ. 2^e, 9 oct. 1975, Bull. civ. II, n° 250 ; D. 1975. IR 256). Dans cette perspective, un acte de l'état civil ne peut faire l'objet d'une rétention de pièces (Besançon, 12 févr. 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 790 ; RTD civ. 1930. 836, obs. Japiot, à propos d'une dissimulation de mariage).

§ 3. – *Caractère intentionnel de la rétention*

61. Selon une opinion traditionnelle, la rétention devait avoir un caractère dolosif pour permettre l'ouverture de la requête civile (V., par exemple, MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., 1946, Sirey, n° 647). Cette interprétation a été reconduite sous l'empire du nouveau code de procédure civile. La doctrine conditionne, en général, l'ouverture du recours en révision à l'intention frauduleuse de la partie qui a retenu la pièce (V. par exemple CADIET et JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., 2009, Litec, p. 530, qui supposent une « dissimulation »). Quant à la jurisprudence, elle considère que la rétention doit avoir été opérée volontairement (Paris, 11 juin 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 562. – Civ. 2^e, 3 juill. 1985, préc. *supra*, n° 55. – Civ. 2^e, 19 nov. 2009, Procédures 2010, n° 32, note Perrot), avec l'intention arrêtée de s'en assurer les conséquences favorables (Amiens, 2 juill. 1979, préc. *supra*, n° 46. – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, [Cn° 92-16.765](#), préc. *supra*, n° 46).

ART. 3. – FAUX

62. En vertu des alinéas 3 et 4 de l'article 595 du code de procédure civile, le recours en révision est ouvert si le jugement a été rendu « sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées

fausses » ou « sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux » depuis son prononcé. L'admission du recours en révision est justifiée par l'établissement indiscutable de la fausseté des éléments à partir desquels la décision a été rendue. Peu importe que le faux ait été commis par une partie ou par un tiers, dès lors que son auteur a contribué à induire le juge en erreur par son action. Il est en revanche impératif, pour que le recours en révision soit ouvert, qu'il satisfasse aux conditions requises de tous les cas d'ouverture (V. *supra*, n^{os} 38 s.) et qu'il se fonde sur l'existence de fausses pièces, de faux témoignages, de fausses attestations ou de faux serments.

§ 1. – Pièces fausses

- 63.** Le recours en révision visant à obtenir la rétractation d'une décision de justice rendue sur des pièces fausses est conditionné à leur influence déterminante sur la décision contestée (V. *supra*, n^o 47). Son ouverture suppose également que le faux, qu'il soit matériel et résulte de la fabrication ou de l'altération de l'*instrumentum*, ou intellectuel et affecte la substance même de l'écrit dont le contenu est inexact, soit établi de manière certaine. Il peut l'être par la reconnaissance de l'une des parties (V. *infra*, n^o 64) ou par une décision de justice (V. *infra*, n^{os} 65 s.) à condition dans les deux cas que la fausseté de la pièce ait été établie après que la décision est passée en force de chose jugée, mais avant que ne soit formé le recours (V. *infra*, n^{os} 68 s.).

A. – Pièces reconnues fausses par une partie

- 64.** La reconnaissance résulte exclusivement de l'aveu de la partie qui a produit les pièces contestées (Civ. 2^e, 26 juin 2014, n^o 13-21.986, Bull. civ II, n^o 161 ; D. 2014. Actu 1457), même si elle n'est pas l'auteur du faux (Civ. 2^e, 7 févr. 1958, Bull. civ. II, n^o 116 ; JCP 1958. II. 10504, note G. M. – Civ. 3^e, 27 févr. 1974, Bull. civ. III, n^o 95). L'aveu, qui n'est astreint à aucune règle de forme, est apprécié souverainement par les juges du fond. Il peut résulter des mentions d'une ordonnance de non-lieu (Amiens, 28 juill. 1947, S. 1948. 2. 21, note Solus ; RTD civ. 1948. 368, obs. Raynaud). Mais il n'y a pas aveu d'une partie dans la déposition d'un notaire devant le juge d'instruction, à la suite d'une plainte pour abus de blanc seing, reconnaissant un faux intellectuel contenu dans la notification d'un fermage effectuée à une SAFER (Civ. 3^e, 13 déc. 1989, Bull. civ. III, n^o 238 ; C.D. 1990. IR 19).

B. – Pièces déclarées fausses par une juridiction

1^o Jugement civil

- 65.** Les pièces « judiciairement » déclarées fausses peuvent l'être par une juridiction civile à la suite d'une procédure d'inscription de faux, principale ou incidente, relative à un acte authentique (C. pr. civ., art. 303 à 316), à un acte sous seing privé (art. 299 à 302) ou encore à l'issue d'une procédure en vérification d'écriture, principale ou incidente (art. 287 à 298). Dans la mesure où ces décisions n'ont l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties à la procédure en inscription de faux ou en vérification d'écriture, il est indiqué d'appeler en déclaration de jugement commun les personnes contre lesquelles on envisage d'introduire ultérieurement un recours en révision sur le fondement de l'article 595, 3^o.

2^o Jugement pénal

- 66.** Les décisions pénales obligent à distinguer deux situations, selon qu'elles ont été rendues par les juridictions d'instruction ou par les juridictions de jugement. Les premières, n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, ne peuvent servir de fondement à un recours en révision (Pau, 26 févr. 1857, DP 1857. 2. 189. – Paris, 26 déc. 1905, Gaz. trib. 1906. 2. 214) à moins qu'elles ne contiennent l'aveu d'un faux, qui sera alors considéré comme une reconnaissance de celui-ci (V. *supra*, n^o 64). En revanche, les décisions des juridictions de jugement, ayant l'autorité absolue de la chose jugée au civil, établissent pour le recours en révision le faux qu'elles constatent.

67. L'article 33 du règlement n° 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit règlement « Bruxelles I ») dispose que les décisions rendues dans un des États de l'Union européenne sont reconnues dans les autres. Le faux peut donc être établi en France par la production d'un jugement prononcé dans l'un de ces États, sans qu'il soit besoin de recourir à la procédure d'exequatur. Il appartient à celui qui veut empêcher son adversaire de se prévaloir, dans le cadre du règlement « Bruxelles I », d'une décision rendue à l'étranger à l'appui d'un recours en révision, d'en contester la reconnaissance devant le président du tribunal de grande instance (Règl., ann. 3). La solution vaut également pour les décisions rendues dans les États signataires de la convention de Lugano du 30 octobre 2007. En revanche, un jugement prononcé par la juridiction d'un État non soumis au règlement « Bruxelles I » ou à la convention de Lugano ne peut être invoqué pour fonder un recours en révision qu'à condition d'être revêtu de l'exequatur (par analogie avec le requête civile : Civ. 12 avr. 1858, DP 1858. 1. 179). Mais l'anéantissement, à l'étranger, d'un jugement ayant acquis force exécutoire en France ne peut être assimilé à une déclaration judiciaire de faux à l'appui d'un recours en révision contre la décision d'exequatur (Civ. 1^{re}, 12 nov. 1986, JCP 1987. IV. 29 ; Rev. crit. DIP 1987. 750, note Kessedjian).

C. – Moment de l'établissement du faux

68. Pour que le recours en révision soit ouvert, la fausseté de la pièce doit être établie une fois le jugement rendu (C. pr. civ., art. 595, 3^o) et passé en force de chose jugée. Si le faux est reconnu ou déclaré alors qu'un recours suspensif est encore possible, mais que le requérant omet fautivement d'exercer ce dernier, sa demande de révision est irrecevable (V. *supra*, n° 43). Il en va de même si l'auteur du recours a eu connaissance de la fausseté des pièces en temps utile, mais qu'il a négligé de provoquer un incident de faux au cours de l'instance ayant abouti au jugement contesté (V. *supra*, n° 42). En revanche, une fois la décision passée en force de chose jugée, le faux peut être invoqué à titre principal, bien qu'il vise « un écrit déjà produit en justice et contre lequel un incident de faux n'a pas été relevé » (Civ. 2^e, 10 juill. 1996, Cn° 94-15.851, CD. 1996. Somm. 349, obs. Julien ; JCP 1996. IV. 2081 ; RTD civ. 1996. 984, obs. Perrot).

69. Aux termes de l'article 595, 3^o, l'ouverture du recours en révision pour déclaration judiciaire de pièce fautive est conditionnée à l'existence d'un jugement antérieur qui établit le faux (Civ. 3^e, 6 mai 2014, n° 12-27.217, AJDI 2014. 629. - Civ. 2^e, 26 juin 2014, , préc. *supra* n° 64). La Cour de cassation a jugé que l'instance en révision ne peut donner lieu à un incident de faux, lequel doit avoir été judiciairement constaté antérieurement à l'introduction du recours en révision (Civ. 1^{re}, 28 mai 1980, Bull. civ. I, n° 161. – Civ. 2^e, 17 févr. 1983, Bull. civ. II, n° 41). *A fortiori*, a été déclaré irrecevable en son recours le requérant qui n'avait engagé aucune procédure de faux en matière criminelle contre un acte de partage notarié contesté et n'avait pas fait établir que cet acte avait été falsifié, alors qu'il n'y avait aucun aveu de la part de la partie adverse à qui le faux était imputé (Aix-en-Provence, 12 févr. 1962, D. 1962. Somm. 124).

§ 2. – Attestations, témoignages et serments déclarés faux

70. Le nouveau code de procédure civile a institué le faux témoignage, la fautive attestation et le faux serment en causes spéciales de révision. Cette multiplication des cas d'ouverture du recours en révision, qui permet la rétractation de la décision rendue sur des éléments de preuve trompeurs, atteste d'une volonté législative de faire prévaloir la justice sur l'autorité de la chose jugée. Pour que le recours en révision reste cependant exceptionnel, sa mise en œuvre est conditionnée au rôle décisif de la preuve entachée de faux dans la solution retenue (V. *supra*, n° 47). Comme pour les pièces déclarées fautes, il faut par ailleurs que la fausseté de la preuve ait été constatée par une décision de justice (V. *supra*, n^{os} 65 s.) rendue après le jugement attaqué, mais avant l'introduction du recours (V. *supra*, n^{os} 68 s.).

A. – Témoignages déclarés faux

71. Le faux témoignage est un délit (anc. C. pén., art. 363 ; l'article 434-13 du code pénal sanctionne le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire) et sa fausseté est généralement établie par une décision émanant d'une juridiction pénale. Toutefois, la fausseté d'un témoignage peut être constatée par une juridiction civile dans le cadre d'une action en dommages-intérêts à l'encontre de l'auteur du faux témoignage. Cette hypothèse n'est pas fréquente. Cependant l'action peut être prescrite devant la juridiction répressive et seule l'action devant la juridiction civile est alors ouverte à la victime. Mais les décisions civiles n'ont, contrairement aux jugements répressifs, qu'une autorité relative ; aussi le demandeur à l'action en dommages-intérêts contre le faux témoin a-t-il intérêt à appeler en déclaration de jugement commun celui qui a obtenu la décision dont la révision sera ultérieurement sollicitée.

B. – Attestations déclarées fausses

72. L'attestation est une modalité écrite du témoignage. Le code de procédure civile l'a soumise à certaines formes (C. pr. civ., art. 202), mais celles-ci ne sont pas prescrites à peine de nullité (Civ. 2^e, 18 mars 1998, [n° 95-10.210](#), Bull. civ. II, n° 91 ; [C.D. 1998. IR 101](#)). Il appartient aux juges du fond d'apprécier si l'attestation présente des garanties suffisantes pour être retenue à l'appui de leur décision (Civ. 1^{re}, 29 avr. 1981, Bull. civ. I, n° 118 ; RTD civ. 1981. 900, obs. Perrot). L'attestation est une pièce écrite et sa fausseté peut également permettre l'ouverture d'un recours en révision sur le fondement de l'article 595, 3^o.

C. – Serments déclarés faux

73. Sanctionné par l'article 434-17 du code pénal, le faux serment en matière civile est également une cause de révision s'il a été judiciairement établi (C. pr. civ., art. 595, 4^o). Mais cette constatation judiciaire se heurte à l'article 1385-3 du code civil selon lequel « lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté ». Il est admis cependant que cette disposition ne concerne que le serment décisoire (GHESTIN et GOUBEAUX, avec le concours de FABRE-MAGNAN, *op. cit.* [*supra*, n° 50], n° 733). La partie victime d'un faux serment supplétoire peut, par conséquent, déposer plainte et se constituer partie civile devant les juridictions répressives ou faire établir la fausseté de ce serment devant la juridiction civile. Une fois la fausseté du serment établie, il est possible d'introduire un recours en révision si les autres conditions de cette voie de recours sont remplies.
74. En revanche, les dispositions de l'article 1385-3 du code civil empêchent la victime du faux serment décisoire d'en prouver la fausseté devant les juridictions civiles. En déférant ou référant le serment, le plaideur a renoncé à chercher de nouvelles preuves et a pris le risque du parjure de son adversaire. Cette règle n'empêche pas d'exercer des poursuites pénales contre l'auteur d'un faux serment. Toutefois ces poursuites ne pourront être intentées que par le ministère public. Une interprétation stricte de l'ancien article 1363 a en effet conduit la jurisprudence à refuser au plaideur, victime du faux serment, de se constituer partie civile devant la juridiction répressive (Crim. 21 avr. 1834, S. 1835. 1. 119. – 7 juill. 1843, S. 1844. 1. 36). Mais si, à la suite de l'action exercée par le parquet, le parjure est condamné, les dispositions de l'article 595, 4^o du code de procédure civile autorisent alors le plaideur qui a succombé devant la juridiction civile à former un recours en révision contre cette décision.

CHAPITRE 3. – Procédure de révision

75. Le recours en révision est une voie de recours extraordinaire et une voie de rétractation. Ces deux caractéristiques déterminent les modalités d'introduction de la procédure de

révision (V. *infra*, n^{os} 76 s.) et l'ensemble des actes à accomplir pour que le juge rétracte sa décision et statue à nouveau sur l'affaire (V. *infra*, n^{os} 112 s.).

SECTION 1. – Introduction de la procédure de révision

76. Le recours en révision, pour être recevable, doit être formé dans un délai fixé par la loi (V. *infra*, n^{os} 77 s.). Sauf exception, c'est devant la juridiction à l'origine du jugement contesté (V. *infra*, n^{os} 99 s.) que doit être portée la demande en révision (V. *infra*, n^{os} 104 s.).

ART. 1. – DELAI DU RECOURS

77. En vertu de l'article 596 du code de procédure civile, le délai, avant l'expiration duquel le recours en révision doit être formé, est de deux mois. La jurisprudence se montre rigoureuse sur l'application de ce délai qu'elle estime ne pas méconnaître le droit d'accès à un tribunal résultant de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite Conv. EDH) du 4 novembre 1950 (JO 4 mai 1974. – Civ. 2^e, 5 mars 2009, [n° 08-11.149](#), Bull. civ. II, n° 68 ; Procédures 2009, n° 138, obs. Perrot). L'inobservation de ce délai est sanctionnée par l'irrecevabilité du recours. Cette fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 122) peut être opposée en tout état de la cause, sauf possibilité pour le juge de condamner au paiement de dommages-intérêts celui qui se sera abstenu de la soulever dans un but dilatoire (art. 123). Une difficulté importante réside dans la fixation du point de départ de ce délai (V. *infra*, n^{os} 78 s.). Une fois celui-là établi, il est possible d'en déterminer précisément la durée (V. *infra*, n^{os} 89 s.).

§ 1. – Point de départ du délai

78. Pour que le délai de recours en révision commence à courir, deux conditions cumulatives doivent être satisfaites. Il faut que le demandeur au recours ait eu connaissance de la cause de révision qu'il invoque (V. *infra*, n^{os} 79 s.) et que la décision contestée lui ait été notifiée (V. *infra*, n^{os} 84 s.). Il incombe au requérant de prouver la date de départ de ce délai afin d'établir la recevabilité de son recours (V. *infra*, n^{os} 86 s.).

A. – Connaissance de la cause de révision

79. Le délai pour exercer un recours en révision contre un jugement « court à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque » (C. pr. civ., art. 596, al. 2) ; c'est-à-dire lorsqu'elle a découvert la fraude de son adversaire, recouvré les pièces décisives retenues par une autre partie, ou appris qu'était établie la fausseté des pièces, attestations, témoignages ou serments sur lesquels la juridiction avait statué. C'est la date de la connaissance de la cause de révision et non celle de la cause de révision elle-même qui fait courir le délai de deux mois (Civ. 2^e, 24 juin 1987, Bull. civ. II, n° 147. - Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, préc. *supra* n° 18). Encore faut-il qu'au moment de la découverte des faits inconnus jusqu'alors, il ne soit plus possible d'exercer une voie de recours ordinaire contre la décision contestée, auquel cas la voie du recours en révision est définitivement fermée (V. *supra*, n° 43).
80. La découverte de la fraude se produit rarement en un trait de temps. Elle est souvent précédée de soupçons. Il n'est pas aisé en ce cas de fixer le jour à partir duquel le délai de recours commence à courir. Dans une affaire où un employeur soupçonnait un de ses représentants de travailler secrètement pour un concurrent, la cour d'appel de Riom a retenu que la connaissance de la fraude remontait au moment où ses craintes avaient été étayées par une attestation (Riom, 13 juin 1977, Gaz. Pal. 1978. 1. Somm. 50). La question du point de départ du délai du recours en révision contre un jugement homologuant un changement de régime matrimonial a été résolue en des termes similaires en cas de découverte par les enfants légitimes, après le décès de l'épouse, de l'existence d'un enfant adultérin reconnu par le mari (Paris, 31 oct. 1996, préc. *supra*, n° 18). La Cour de cassation a retenu comme point de départ du délai le jour où les demandeurs au recours en révision ont obtenu l'acte de naissance de l'enfant naturel dont l'existence avait été cachée (Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999,

☉n° 96-22.914☉, préc. *supra*, n° 18). Cependant, en règle générale, la jurisprudence se montre plus sévère. Ainsi, dans une affaire relative à l'application de la loi du 1^{er} septembre 1948 en matière de baux d'habitation, une bailleuse prétendait que son adversaire avait menti en affirmant qu'il occupait personnellement les lieux loués. Avant d'introduire son recours en révision, elle avait attendu de réunir plusieurs éléments de preuve de la fraude. La cour d'appel de Paris déclare son appel tardif : elle aurait dû agir dès après la découverte de la fraude (Paris, 13 juill. 1988, Bull. avoués 1988. 106). Dans le même sens, il a été jugé qu'il ne fallait pas attendre la condamnation pénale et que le délai de recours commençait à courir dès que l'instruction avait révélé à la victime de la fraude la matérialité des faits qu'elle soupçonnait. Un demandeur, qui avait intenté son recours plus de deux ans après sa comparution et son inculpation sur plainte déposée contre lui, prétendait qu'il devait attendre une décision de non-lieu ou de relaxe à son profit. La cour d'appel de Paris a estimé au contraire que la plainte avec constitution de partie civile était suffisante pour influencer le juge civil qui n'aurait pas manqué de surseoir à statuer, jusqu'au terme de l'action publique, après avoir constaté que les faits visés dans la plainte étaient en relation directe avec l'action pendante devant lui. C'est la révélation de la plainte qui était déterminante en l'espèce (Paris, 21 févr. 1983, Gaz. Pal. 1983. 1. 241, concl. Sodini. – Dans le même sens : Civ. 2^e, 12 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. Pan. 46, obs. S. Guinchard).

81. S'agissant du recouvrement de pièces décisives, le délai court à compter, non pas du recouvrement effectif des pièces, mais de la connaissance de leur rétention (Civ. 2^e, 15 oct. 1981, Gaz. Pal. 1982. 2. Pan. 182). Il a été jugé qu'avait légalement justifié sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer tardif un recours en révision formé contre une décision pour recouvrement de pièces décisives, avait souverainement estimé que l'auteur du recours avait connaissance de ces pièces à la date à laquelle il avait adressé à son adversaire deux lettres recommandées faisant état de leur existence (Civ. 2^e, 28 nov. 1984, Bull. civ. II, n° 183). La solution est sévère lorsque l'on sait qu'il est nécessaire, pour que le recours soit recevable, que la pièce soit, sinon matériellement du moins effectivement, recouvrée et que le requérant ne peut se contenter d'alléguer qu'elle est en possession de la partie gagnante (V. *supra*, n° 59).
82. En cas de reconnaissance de la fausseté des pièces sur lesquelles le jugement a été rendu, le délai court à compter du jour où la pièce a été reconnue fautive par celui qui l'avait produite. Il avait été jugé sous l'empire de l'ancien code que l'aveu, intervenu au cours d'une instruction pénale, faisait courir le délai sans qu'il fût nécessaire d'attendre l'issue des poursuites (Amiens, 28 juill. 1947, préc. *supra*, n° 64). La même solution s'impose pour le recours en révision, comme l'a jugé la cour d'appel de Rouen (7 mars 1990, ☉D. 1990. Somm. 344, obs. Julien☉). Pour les pièces judiciairement déclarées fausses, le délai commence à courir quand la partie victime de la fraude a connaissance du jugement et non à compter de son prononcé. La même solution doit être retenue pour les attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux.
83. Si une partie découvre plusieurs causes de révision à des moments différents, le délai de recours court respectivement pour chacune de ces causes à partir du moment où l'intéressé en a eu connaissance. Mais l'auteur d'un recours en révision ne peut en introduire un second que pour une cause qui se serait révélée postérieurement à sa première demande (C. pr. civ., art. 603. – V. *infra*, n° 122).

B. – Notification de la décision

84. La règle spéciale, énoncée par l'article 596 du code de procédure civile, selon laquelle le délai du recours en révision court à compter de la connaissance de la cause de révision, déroge à l'article 528 du même code qui dispose que « le délai à l'expiration duquel un recours ne peut plus être exercé court à compter de la notification du jugement [...] ». Conformément à l'adage *Specialia generalibus derogant*, la règle fixée par l'article 528, qui est commune à toutes les voies de recours, ne détermine pas le point de départ du délai de recours en révision si la cause alléguée est découverte après que la décision attaquée a été

notifiée. Mais lorsque, à l'inverse, le plaideur a connaissance de la cause de révision avant que la décision attaquée ne soit notifiée, le délai de deux mois ne commence à courir qu'au jour de la notification (V. déjà, pour la requête civile, Civ. 23 mai 1957, D. 1957. 481 ; RTD civ. 1957. 742, obs. Raynaud).

85. Il est une hypothèse où la partie à laquelle le jugement n'a pas été notifié peut se voir opposer l'expiration du délai d'exercice du recours en révision. L'article 528-1 du code de procédure civile dispose en effet que si une partie a comparu, aucun de ses recours n'est plus recevable, à titre principal, après l'expiration d'un délai de deux ans à compter du prononcé de la décision. La Cour de cassation applique rigoureusement cette règle au justiciable qui, ayant connaissance d'une cause de révision après l'expiration du délai de deux ans, se voit interdire tout recours alors même qu'il agit dans les deux mois consécutif à la découverte de cette cause (Civ. 2^e, 7 juill. 2005, [Cⁿ° 03-15.662](#), Bull. civ. II, n° 183 ; [Cⁿ RTD civ. 2005. 825](#), obs. Perrot). La solution est conforme à la lettre de la loi mais elle n'en apparaît pas moins inéquitable : le plaideur qui s'est vu notifier le jugement ou qui a fait procéder à cette notification ne peut-il pas, pour sa part, intenter ce recours de nombreuses années après, dès lors qu'il l'intente dans le délai de deux mois suivant la connaissance de la cause de révision ?

C. – Charge de la preuve

86. Il appartient au demandeur en révision d'établir la recevabilité de son recours en prouvant qu'il est dans le délai pour agir. Une fois démontrée la force de chose jugée qui s'attache à la décision attaquée, le requérant doit rapporter la preuve du moment auquel il a eu connaissance du fait invoqué à l'appui de la révision (Civ. 2^e, 2 avr. 1979, Bull. civ. II, n° 108 ; D. 1979. IR 482, obs. Julien ; RTD civ. 1979. 674, obs. Perrot ; Gaz. Pal. 1979. 2. Somm. 426. – Paris, 15 juin 1983, D. 1984. IR 68. – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, [Cⁿ° 91-17.235](#), Bull. civ. II, n° 60).
87. En vertu de l'article 125, l'irrecevabilité du recours en révision doit être relevée d'office si elle résulte de l'inobservation des délais encadrant son exercice. Le juge est tenu à cette obligation s'il est en mesure de constater l'irrecevabilité par la production de pièces établissant le point de départ du délai (Civ. 2^e, 17 mars 1983, préc. *supra*, n° 44). Encore faut-il qu'il ait été mis à même de constater la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté du recours : si le demandeur au recours allègue une date de connaissance de la cause de révision et que son adversaire ne critique pas cette allégation, le juge n'est pas tenu d'en vérifier la réalité (Civ. 2^e, 16 mars 2000, Procédures 2000, n° 118, obs. Perrot). En tout état de cause, le juge, s'il veut relever d'office la tardiveté du recours, doit respecter le principe de la contradiction et, au préalable, inviter les parties à fournir leurs explications (Civ. 2^e, 8 févr. 1989, Bull. civ. II, n° 37).
88. Le nouveau code de procédure civile n'a pas repris les dispositions de l'ancien code qui exigeaient une preuve écrite du jour de la connaissance du dol. La preuve peut désormais être faite par tous moyens. Les juges du fond apprécient souverainement la date de la cause de révision invoquée (Civ. 2^e, 28 nov. 1984, Bull. civ. II, n° 183. – 10 mars 1988, Bull. civ. II, n° 63 ; JCP 1988. IV. 185. - Civ. 2^e, 3 déc. 2015, n° 14-14.590, D. Actu. 06.01.2016, obs. Mélin).

§ 2. – Durée du délai

89. D'une durée de deux mois (C. pr. civ., art. 596, al. 1^{er}), le délai fixé par la loi pour agir en révision est soumis aux règles générales de computation applicables aux délais de procédure (V. *infra*, n^{os} 90 s.). Ce délai est susceptible d'être interrompu (V. *infra*, n^{os} 92 s.) jusqu'à son expiration (V. *infra*, n^{os} 96 s.).

A. – Computation du délai

90. Le délai de recours en révision est exprimé en mois. Sa computation est donc soumise aux dispositions de l'article 641, alinéa 2, du code de procédure civile : il « expire le jour du dernier mois [...] qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai ». À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. Il faut également et en tant que de besoin appliquer les dispositions de l'article 642 du code de procédure civile : le délai qui expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.
91. Le délai de recours en révision est assujéti aux différentes prorogations et augmentations prévues par le code de procédure civile au profit des personnes demeurant à l'étranger ou dans les départements et territoires d'outre-mer (C. pr. civ., art. 643). Quand il doit être porté devant une juridiction siégeant dans un département d'outre-mer, le délai est augmenté pour les personnes demeurant à l'étranger et pour les personnes qui ne demeurent pas dans ce département, ainsi que pour celles qui demeurent dans les localités de ce département désignées par ordonnance du premier président (art. 644).

B. – Interruption du délai

92. L'interruption du délai de deux mois prévu par l'article 596 du code de procédure civile peut résulter de l'exercice du recours en révision par une partie (V. *infra*, n^{os} 93 s.). Elle peut également être causée, en l'absence de tout acte de procédure, par certains événements affectant les personnes contre lesquelles court le délai (V. *infra*, n^{os} 95 s.).

1° Interruption en raison du recours

93. La demande de rétractation d'un jugement formée par la partie qui a connaissance d'une cause de révision interrompt le délai d'exercice du recours. Il en va de même de la demande d'aide juridictionnelle présentée avant l'expiration du délai de deux mois, un nouveau délai commençant à courir à partir de la notification de la décision d'admission (Soc. 8 févr. 2005, [n° 02-46.044](#), Bull. civ. V, n° 49 ; Procédures 2005, n° 88, obs. Perrot). Lorsque la demande de rétractation est l'objet d'un acte d'huissier, comme c'est le cas en règle générale, la date de celui-ci est essentielle pour déterminer s'il a été signifié dans le temps requis. La Cour de cassation a jugé, au visa des articles 596 et 598 du code de procédure civile, que si la citation doit être formée dans le délai de deux mois l'enrôlement de l'assignation peut quant à lui être effectué plus tard (Civ. 2^e, 27 oct. 1982, Bull. civ. II, n° 136 ; Gaz. Pal. 1983. 1. Pan. 106, obs. S. Guinchard). Il convient seulement de procéder à cet enrôlement avant l'expiration du délai de caducité de la citation, lequel varie selon les juridictions, et au-delà duquel celle-ci perd son effet interruptif.
94. En matière prud'homale, sauf dispositions contraires, c'est la convocation du défendeur qui vaut citation (R. 1452-5, C. trav.). Les juges du droit en ont déduit qu'une cour d'appel avait à bon droit déclaré tardif un recours en révision, pourtant déposé dans le délai de deux mois prévu par l'article 596, parce que le greffier avait adressé au défendeur une convocation après l'expiration de ce délai (Soc. 19 févr. 1992, [n° 88-44.324](#), Bull. civ. V, n° 104 ; [D. 1992. IR 117](#) ; JCP 1992. IV. 1194 ; [RTD civ. 1992. 646](#), obs. Perrot). Cette solution, qui laisse reposer sur la diligence du greffier la recevabilité du recours en révision, doit être entendue restrictivement. Elle ne saurait être étendue à la procédure de révision devant la cour d'appel même si en ce cas, comme en matière prud'homale, l'intimé est informé du recours par une lettre que lui adresse le greffier (C. pr. civ., art. 902, pour la procédure avec représentation obligatoire, et 937, pour la procédure sans représentation obligatoire). Pour autant, en matière prud'homale comme en matière d'appel, le plaideur prudent utilisera l'assignation par huissier pour doubler son acte introductif d'instance et se prémunir ainsi contre une expiration du délai imputable au greffe.

95. L'interruption du délai des voies de recours est prévue par le code de procédure civile en cas de décès (art. 532) ou de changement dans la capacité d'une partie (art. 531). Ces dispositions générales s'appliquent au recours en révision. Si une partie qui a connaissance d'une cause de révision depuis moins de deux mois décède ou devient incapable, le délai d'exercice du recours contre un jugement notifié est interrompu. Un nouveau délai de deux mois commence à courir à compter de la seconde notification de la décision faite à celui qui a désormais qualité pour la recevoir, représentant de l'incapable ou héritier du défunt. Encore faut-il que cette personne ait elle-même connaissance de la cause de révision. À défaut, le nouveau délai ne court qu'à compter du moment où le nouveau titulaire du droit de recours découvre cette cause (*V. supra*, n° 78). La situation est identique lorsqu'un incapable retrouve sa pleine capacité. En ce cas, une nouvelle notification à l'ancien incapable est nécessaire pour faire courir le délai de recours, immédiatement s'il a déjà connaissance de la cause de révision, ou à compter de sa découverte dans le cas contraire.

C. – Expiration du délai

96. Le délai pour demander la rétractation d'un jugement expire deux mois après que la partie susceptible de former le recours a connaissance d'une cause de révision. En revanche, la date de cette découverte ne saurait être, en soi, considérée comme tardive. Peu importe en effet le laps de temps écoulé entre le prononcé du jugement contesté et la découverte de la cause de révision, dès lors que le recours est formé dans les deux mois qui suivent cette dernière date. Rien n'interdit qu'un recours en révision soit formé contre un jugement rendu avant même que cette procédure n'ait été mise en vigueur par le législateur, le 1^{er} janvier 1976 (Décr. n° 75-1123 du 5 déc. 1975, art. 8. – Rappr. : Civ. 2^e, 11 juill. 1979, Bull. civ. II, n° 211).

97. L'exigence d'une durée raisonnable du procès, posée par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Conv. EDH, ne s'applique pas à une procédure tendant à la révision d'un jugement (CEDH, 2^e sect., 8 avr. 2003, Jussy c/ France, req. n° 42277/98). Exclu du calcul du délai raisonnable par la Cour de Strasbourg, le recours en révision ne doit pas être pris en compte lorsqu'un plaideur se plaint de la durée de la procédure. Il faut en déduire *a contrario* que la possibilité de demander la révision d'un jugement n'est pas limitée dans le temps par la Cour européenne des droits de l'homme.

98. Sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, la jurisprudence considérait la requête civile recevable tant que son délai d'exercice était en cours, même si le délai de prescription de l'action était écoulé (Civ. 9 mars 1948, JCP A 1948. IV. 968, obs. Mandray ; RTD civ. 1948. 369, obs. Raynaud). Il n'y a pas de raison de remettre en cause cette solution qui reste valable pour le recours en révision.

ART. 2. – JURIDICTION DE REVISION

99. La juridiction qui a rendu la décision faisant l'objet d'un recours en révision est seule compétente pour statuer sur celui-ci (*V. infra*, n^{os} 100 s.). Elle doit être composée de magistrats présentant des garanties objectives d'impartialité (*V. infra*, n^{os} 102 s.).

§ 1. – Compétence de la juridiction

100. Le recours en révision est une voie de rétractation (C. pr. civ., art. 593). Il est porté, par définition, devant la juridiction qui a rendu la décision contestée. La compétence de cette juridiction est exclusive. Elle est d'ordre public et s'impose aux parties qui ne peuvent proroger la compétence d'une autre juridiction. Le juge peut relever d'office son incompétence (Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, JCP 1976. II. 18390, note Chartier. – Civ. 2^e, 19 mars 1990, JCP 1990. IV. 109), mais il n'est pas certain qu'il y soit obligé (RTD civ. 1986. 410, note Normand).

101. Lorsqu'un recours en révision est formé contre une sentence arbitrale (V. *supra*, n° 16 et n° 17), il doit être porté devant le tribunal arbitral qui a rendu cette sentence (C. pr. civ., art. 1502 et art. 1506, 5^e). S'agissant d'un arbitrage interne, et dans l'hypothèse où ce tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, la loi prévoit que le recours soit porté « devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence » (C. pr. civ., art. 1502, al. 3), c'est-à-dire celle « dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue » (C. pr. civ., art. 1494).

§ 2. – Impartialité de la juridiction

102. En vertu de l'impartialité objective requise de tout tribunal par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Conv. EDH, une jurisprudence solidement établie pose qu'un même juge ne peut statuer à plusieurs reprises dans la même affaire (V. *Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile*). Cependant, la Cour de cassation permet à un même magistrat de siéger au fond, puis sur le recours en révision formé contre le jugement rendu : c'est sans méconnaître l'obligation d'impartialité qu'une cour d'appel, devant laquelle peut avoir lieu un débat contradictoire, est composée de juges ayant délibéré de la décision qui fait l'objet d'un recours en révision (Civ. 2^e, 5 févr. 1997, [Cⁿ° 95-10.622](#), Bull. civ. II, n° 34 ; Procédures 1997, n° 87, obs. Perrot ; [C^RTD civ. 1997. 513, obs. Perrot](#). – Soc. 13 juill. 2004, [Cⁿ° 01-45.206](#), [C^D. 2004. IR 2270](#)). Cette solution est justifiée par l'objet du recours en révision, voie de rétractation, qui n'est pas de réformer la décision contestée, mais plutôt de la parachever en éclairant mieux la religion du juge, trompée par la fraude d'une partie ou la fausseté d'une pièce.

103. Si un magistrat peut participer à la révision d'une décision qu'il a rendue, prolongeant ainsi le procès antérieur, il lui est en revanche interdit de juger de la révision d'une décision portant sur une affaire dont il a déjà eu à connaître dans une autre instance. Un même juge ne peut participer successivement à un jugement de première instance, puis à l'instance de révision de l'arrêt d'appel qui lui est consécutif, sans enfreindre l'exigence d'impartialité posée par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Conv. EDH (Civ. 2^e, 3 nov. 1993, [Cⁿ° 92-11.725](#), Bull. civ. II, n° 307) ; pas plus qu'un magistrat, membre d'une cour d'appel, ne peut siéger pour statuer sur le recours en révision formé contre l'arrêt rendu après cassation d'une décision à laquelle il avait participé (Civ. 2^e, 12 juill. 2001, [Cⁿ° 99-21.822](#), Bull. civ. II, n° 142 ; [C^D. 2001. IR 2639](#) ; Dr. et proc. 2002. 36, obs. Fricero).

ART. 3. – DEMANDE EN REVISION

§ 1. – Formes de la demande

104. L'article 598 du code de procédure civile dispose que le recours en révision est formé par voie de citation (V. *infra*, n^{os} 105 s.), sauf lorsqu'il est dirigé contre une décision produite devant la juridiction qui l'a rendue, au cours d'une autre instance, entre les mêmes parties (V. *infra*, n^{os} 107 s.).

A. – Recours formé à titre principal

105. Le procédé normal d'introduction du recours en révision est la citation de toutes les parties au jugement attaqué (V. *supra*, n° 34). La jurisprudence n'a pas tranché de manière expresse si le mot citation doit être entendu au sens strict d'assignation, ou s'il doit être pris dans son acception plus générale de demande initiale. La seconde interprétation, qui autorise la formation d'une demande en révision sous la forme de n'importe quel acte introductif d'instance, semble la plus conforme à la nature de voie de rétractation que présente ce recours (*contra* : GUINCHARD [dir.], Droit et pratique de la procédure civile : Droits interne et de l'union européenne, 8^e éd., 2014, Dalloz, n° 552-131). Dans cette perspective, rien ne s'oppose à ce que les divers modes d'introduction de l'instance énumérés à l'article 54 du code de procédure civile soient utilisés pour demander la révision d'un jugement, à condition qu'ils soient admis devant la juridiction sollicitée. En pratique,

néanmoins, la requête conjointe et la comparution volontaire des parties ne se prêtent guère à ce type de recours.

- 106.** Dans le cas d'un recours en révision formé contre une décision gracieuse, le juge qui a rendu la décision attaquée reste compétent pour statuer sur ce recours, mais il ne peut être valablement saisi par simple requête. En effet, le recours en révision à l'encontre d'une décision gracieuse est à l'origine d'une procédure contentieuse (par analogie avec l'article 587, alinéa 3, du code de procédure civile qui s'applique à la tierce opposition formée contre une décision gracieuse). En ce cas, l'unique mode d'introduction de l'instance envisageable est celui de l'assignation, le recours devant être formé selon les règles de la procédure contentieuse.

B. – Recours formé à titre incident

- 107.** L'article 598, alinéa 2, du code de procédure civile prévoit que, lorsque le recours est dirigé contre un jugement « produit » au cours d'une autre instance entre les mêmes parties, devant la juridiction dont émane cette décision, la révision est demandée « suivant les formes prévues pour la présentation des moyens de défense », c'est-à-dire par simples conclusions. Puisque les parties sont en litige, les formes de l'introduction du recours peuvent être simplifiées. Mais encore faut-il que toutes les parties au jugement attaqué soient présentes à l'instance au cours de laquelle la révision est demandée. Dans le cas contraire, il est nécessaire de les faire citer puisque, selon les dispositions de l'article 597 du code de procédure civile, « toutes les parties au jugement attaqué doivent être appelées à l'instance en révision par l'auteur du recours, à peine d'irrecevabilité » (V. *supra*, n° 34).
- 108.** La Cour de cassation a déterminé de manière très stricte le domaine d'application de l'article 598, alinéa 2. Elle a en effet décidé que la décision faisant l'objet d'une voie de recours n'est pas « produite » dans l'instance ouverte sur cette voie de recours et qu'elle n'est pas, de ce fait, susceptible de donner lieu à un recours en révision à titre incident. La chambre commerciale a ainsi considéré une demande en révision irrecevable pour avoir été formée contre un arrêt qui faisait l'objet d'une demande en rectification formulée par la partie adverse (Com. 16 oct. 1985, D. 1986. 589, note Abitbol). La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a fait sienne cette jurisprudence, quelques années plus tard, en refusant un recours en révision incident formé à l'encontre d'un arrêt qui faisait l'objet d'une requête en omission de statuer devant la cour (Civ. 2^e, 16 juin 1993, [Cn° 91-14.156](#), Bull. civ. II, n° 215 ; JCP 1993. I. 3723, n° 10, obs. Cadiet ; Gaz. Pal. 1993. 1. Pan. 238 ; [C.D. 1993. IR 172](#) ; Rev. huiss. 1993. 992). De la même manière, un recours en révision ne peut être formé à titre incident contre une décision qui fait l'objet d'un recours en révision à titre principal : dans cette dernière hypothèse, les nouvelles causes de révision invoquées par voie de conclusion et non par assignation distincte délivrée dans les deux mois de leur découverte sont irrecevables (Civ. 2^e, 13 sept. 2007, [Cn° 06-20.757](#), Bull. civ. II, n° 220).

§ 2. – Effets de la demande

- 109.** Le recours en révision étant une voie de recours extraordinaire, le délai de recours ne produit pas d'effet suspensif d'exécution (C. pr. civ., art. 579). Aucun texte n'offre au juge, saisi du recours en révision contre un jugement, la faculté d'en suspendre l'exécution. La Cour de cassation a donc logiquement cassé pour manque de base légale l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné l'auteur d'un recours en révision à des dommages-intérêts au motif que ce recours n'avait eu « à l'évidence que pour effet de retarder l'exécution de la mesure d'expulsion » (Civ. 2^e, 11 janv. 1995, [Cn° 93-13.070](#), Bull. civ. II, n° 17).
- 110.** L'article 110 du code de procédure civile autorise le juge à suspendre l'instance pendante devant lui et dans laquelle est invoquée une décision par ailleurs frappée d'une voie de recours extraordinaire. Il s'agit d'une exception dilatoire. L'article 599 du code de procédure civile fait une application particulière de cette règle dans l'hypothèse où est produite, dans une instance pendante devant une juridiction, une décision rendue par une autre juridiction

et à l'encontre de laquelle une partie s'est pourvue ou déclare se pourvoir en révision. Les juridictions du fond apprécient souverainement s'il y a lieu de surseoir (Soc. 10 déc. 1980, Gaz. Pal. 1981. 1. Pan. 134). Si le juge estime que le recours en révision n'est qu'une manœuvre dilatoire, il passera outre. Au contraire, s'il pense que la solution du recours en révision peut avoir une influence sur la solution du litige qu'il doit trancher, il prononcera un sursis à statuer.

- 111.** Le recours en révision a un effet dévolutif puisque, aux termes de l'article 593 du code de procédure civile, il « tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». C'est pourquoi l'article 597 du même code oblige le demandeur en révision à appeler à l'instance toutes les parties au jugement attaqué, à peine d'irrecevabilité (V. *supra*, n° 34). La demande en révision peut porter sur un seul chef de la décision, dès lors que les autres n'en dépendent pas (C. pr. civ., art. 602).

SECTION 2. – Déroulement de la procédure de révision

- 112.** L'instance en révision, réglée par la procédure de droit commun en vigueur devant la juridiction compétente (V. *infra*, n°s 113 s.), donne lieu au prononcé d'un jugement statuant sur la recevabilité et éventuellement sur le bien-fondé du recours en révision (V. *infra*, n°s 115 s.). Sauf cas particulier, cette décision peut faire l'objet d'une voie de recours (V. *infra*, n°s 120 s.).

ART. 1. – INSTANCE EN REVISION

- 113.** L'instance en révision se déroule devant la juridiction qui a rendu la décision attaquée (V. *supra*, n° 101) et suit les règles de droit commun normalement applicables devant elle. Ainsi a-t-il été jugé qu'une juridiction, saisie d'un recours en révision à l'encontre d'une décision rendue en matière prud'homale, doit statuer selon les règles de cette matière (Soc. 19 févr. 1992, [Cn° 88-43.409](#), Bull. civ. V, n° 105 ; JCP 1992. IV. 1181 ; [CRTD civ. 1992. 644](#) ; [CRTD civ. 1992. 646, obs. Perrot](#)). Si le recours est exercé à l'encontre d'une sentence arbitrale, la décision contestée est portée devant le tribunal arbitral ou, si celui-ci ne peut être réuni à nouveau, devant la cour d'appel (V. *supra*, n° 102) qui statue selon sa procédure ordinaire. Enfin, le recours en révision contre une décision gracieuse fait naître un litige ; le demandeur doit donc procéder par voie d'assignation (V. *supra*, n° 107) et son recours est instruit et jugé selon les règles de la procédure contentieuse.
- 114.** Le recours en révision doit être communiqué au ministère public (C. pr. civ., art. 600). Cette communication est requise en appel comme en première instance (Civ. 2^e, 6 janv. 1993, [Cn° 91-15.885](#), Bull. civ. II, n° 4 ; [CD. 1993. IR 33](#)). Il s'agit d'une formalité d'ordre public (Civ. 2^e, 15 févr. 1995, [Cn° 93-15.200](#), Bull. civ. II, n° 55 ; JCP 1995. IV. 943 – Civ. 1^{ère}, 12 févr. 2002, Bull. civ. I, n° 58) dont l'omission doit entraîner le rejet du recours (Civ. 2^e, 6 févr. 1991, [Cn° 89-21.659](#), Bull. civ. II, n° 46 ; [CD. 1992. Somm. 127, obs. Julien](#) ; JCP 1991. IV. 128. – 6 janv. 1993, [Cn° 91-15.885](#), préc.). Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012, cette communication se fait à la diligence du demandeur (C. pr. civ., art. 600, al. 2). Reste en revanche inchangée la nature de la formalité exigée par l'article 600 : une simple indication de la communication du dossier suffit à y satisfaire (Civ. 2^e, 12 févr. 2004, Bull. civ. II, n° 64 ; Procédures 2004, n° 98, obs. Perrot) sans que le ministère ait à se prononcer sur les mérites du recours (Civ. 3^e, 19 Janv. 2017, n° 16-10.502). Décision statuant sur le recours
- 115.** Selon l'article 601 du code de procédure civile, « si le juge déclare le recours recevable, il statue par le même jugement sur le fond du litige [...] ». L'élaboration de cette décision unique comporte deux temps. Le juge doit tout d'abord examiner la recevabilité du recours. Outre les conditions d'existence d'une action en révision (V. *supra*, n°s 5 s.) et le respect des délais d'introduction de la demande (V. *supra*, n°s 77 s.), le juge vérifie que la cause de recours alléguée correspond à l'un des cas d'ouverture posés par l'article 595 du code de procédure civile (V. *supra*, n°s 37 s.). Cette recherche de la correspondance des faits à l'un

des cas d'ouverture du recours en révision n'appréhende pas le fond (Civ. 2^e, 12 févr. 2004, [Cⁿ° 02-11.913](#), préc. *supra*, n° 39). C'est seulement une fois la recevabilité de la demande admise que le juge se prononce sur le bien-fondé de la demande de révision.

- 116.** L'article 601 du code de procédure civile offre au juge saisi du recours en révision la possibilité d'un complément d'instruction. Cette mesure peut être ordonnée, d'office ou à la demande d'une partie, au moyen d'un jugement purement avant dire droit ou d'un jugement mixte déclarant le recours recevable et instituant une mesure d'instruction (V., par exemple, Aix-en-Provence, 5 mai 1980, Bull. Aix 1980. 1, n° 244). Il peut donc arriver qu'une instance en révision donne lieu à plusieurs décisions.
- 117.** Généralement, il est statué sur le recours par une seule décision qui peut le déclarer irrecevable, recevable et mal fondé, ou encore recevable et bien fondé. Dans ce dernier cas, la décision est révisée totalement ou partiellement. En effet, selon l'article 602, « si la révision n'est justifiée que contre un chef du jugement, ce chef est seul révisé à moins que les autres n'en dépendent » (sur l'application de cette disposition en matière de divorce, V. *supra*, n^{os} 19 et 20). La rétractation d'un jugement sur recours en révision entraîne également l'annulation de toute décision qui est la suite ou l'application du jugement rétracté (Civ. 2^e, 27 juin 1984, Bull. civ. II, n° 120 ; D. 1985. 199, concl. Charbonnier ; Gaz. Pal. 1984. 2. Pan. 301, obs. S. Guinchard).
- 118.** Il arrive que le recours soit jugé recevable et bien fondé, mais que le dispositif de la décision attaquée soit maintenu, motivé par de nouveaux faits révélés durant l'instance en révision. Un arrêt de la cour d'appel de Lyon (18 juin 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 662) a ainsi déclaré recevable le recours en révision contre une décision de liquidation obtenue en fraude par une société contre un de ses débiteurs. Mais après avoir constaté que le demandeur en révision était bien en état de cessation des paiements au moment du prononcé de la décision attaquée, les juges statuant sur le recours ont choisi de ne pas rétracter cette dernière.
- 119.** Lorsque le juge rejette le recours en révision, il peut, en vertu de l'article 581 du code de procédure civile, prononcer contre l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire une amende civile d'un maximum de 3000 € et le condamner à verser des dommages-intérêts à son adversaire. Le caractère fautif du recours, s'il doit être établi pour justifier la condamnation (Civ. 1^{re}, 29 oct. 1979, Bull. civ. I, n° 260), peut se déduire du non-respect de règles de procédure comme l'obligation de mettre en cause toutes les parties intéressées (Paris, 17 mars 1978, préc. *supra*, n° 34). Mais la condamnation à des dommages-intérêts n'est pas justifiée par le seul motif que le requérant avait voulu retarder l'exécution du jugement frappé de recours, car le pourvoi en révision ne produit aucun effet suspensif d'exécution (Civ. 2^e, 11 janv. 1995, [Cⁿ° 93-13.070](#), préc. *supra*, n° 110).

ART. 2. – VOIES DE RECOURS

- 120.** En l'absence de texte contraire, le jugement statuant sur le recours en révision peut être attaqué par les voies de recours ouvertes à l'encontre des décisions rendues par la juridiction dont il émane. Il s'agira, selon le cas, de l'appel ou du pourvoi en cassation. Quant aux tiers, ils peuvent former tierce opposition au jugement statuant sur le recours en révision, dès lors que sont réunies les conditions de la mise en œuvre de cette voie de recours (V. *Tierce opposition*). La décision rendue sur le recours en révision peut également faire l'objet d'un recours en interprétation (C. pr. civ., art. 461), en réparation d'erreur ou d'omission matérielle (art. 462), en complément (art. 463), ou en retranchement (art. 464).
- 121.** Le régime des décisions de rétractation est, pour chacune d'elles, celui du type de jugement qu'elle révisé, y compris en matière de voies de recours. Cependant, la Cour de cassation a censuré la décision qui, pour déclarer l'appel contre une décision de révision irrecevable comme tardif, « retient que cette voie de recours obéit aux règles qui régissent l'appel de la décision originaire, dont le délai est fixé par l'article R. 145-11 du code du travail à quinze jours à compter du prononcé de la décision », au motif « qu'en statuant ainsi, la cour d'appel

a violé les textes susvisés [C. pr. civ., art. 528 et 538] » (Civ. 3^e, 7 mai 1981, Bull. civ. III, n° 117 ; Gaz. Pal. 1982. 1. 2, note Viatte ; RTD civ. 1982. 214, obs. Perrot). Il résulte de cet arrêt que les voies de recours contre une décision de révision sont soumises aux délais de droit commun, même si les recours autorisés à l'encontre du jugement révisé étaient enfermés dans un délai spécial. En jugeant ainsi, la Cour de cassation considère l'instance en révision comme une instance autonome par rapport à celle qui a abouti au jugement attaqué (PERROT, obs. préc.). Cette jurisprudence a vu sa portée strictement limitée. La cour d'appel de Riom a ainsi jugé irrecevable l'appel d'un jugement statuant sur le recours en révision d'une décision rendue en dernier ressort, alors même que la cause juridique du litige était distincte dans les deux instances, afin d'éviter la substitution d'un jugement en premier ressort à une décision pour laquelle l'appel n'était pas ouvert en raison du montant de la demande (Riom, 25 juin 1990, C.D. 1990. Somm. 344, obs. Julien). La Cour de cassation a fait sienne cette position en décidant qu'un jugement, « qui statue sur le recours en révision formé contre une décision rendue en dernier ressort, n'est pas susceptible d'appel » (Civ. 2^e, 21 sept. 2000, C.n° 98-17.400, Bull. civ. II, n° 131 ; C.D. 2000. IR 264).

- 122.** La seule disposition particulière relative aux voies de recours susceptibles d'être formées contre une décision de révision est l'article 603 du code de procédure civile. Ce texte dispose, dans son premier alinéa, qu'une partie n'est pas recevable à demander la révision d'une décision qu'elle a déjà attaquée par cette voie, si ce n'est pour une cause qui se serait révélée postérieurement. Le recours en révision peut donc être exercé une nouvelle fois contre un jugement déjà entrepris par lui, à la condition de se fonder sur une cause d'ouverture dont la connaissance serait advenue après l'introduction du premier recours. Le deuxième alinéa de l'article 603 prévoit, pour sa part, que le jugement qui statue sur le recours en révision ne peut pas être attaqué par un nouveau recours en révision (V. *supra*, n° 21). Le législateur a ainsi voulu mettre un terme aux manœuvres dilatoires du plaideur qui exercerait ce recours de manière systématique. Mais dans l'hypothèse où une partie aurait été victime d'une fraude ou d'une déloyauté de la part de son adversaire deux fois de suite, lors de l'instance révisée puis lors de l'instance en révision, elle ne dispose d'aucun recours en droit interne. Il est permis de se demander si cette solution, qui empêche le plaideur de faire réviser un jugement surpris par la fraude ou rendu sur le fondement de pièces fausses, est compatible avec le droit à un procès équitable institué par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Conv. EDH et notamment avec l'exigence d'égalité des armes qu'il implique (CEDH 30 juin 1959, *Szwabowicz c/ Suède*, req. n° 434/58, Annuaire II. 535).

The Transformation of
Criminal Justice

*Comparing France with
England and Wales*

Les transformations de
la justice pénale

Une comparaison franco-anglaise

BIBLIOTHÈQUES DE DROIT

COLLECTION FONDÉE ET DIRIGÉE PAR JEAN-PAUL CÉRÉ

Cette collection a pour vocation d'assurer la diffusion d'ouvrages scientifiques sur des thèmes d'actualité ou sur des sujets peu explorés dans le domaine des sciences juridiques. Elle se destine notamment à la publication de travaux de jeunes chercheurs.

Dernières parutions :

N. BIENVENU, Le médecin en milieu carcéral. Etude comparative France/Angleterre et pays de Galle

G. BEAUSSONIE, Le rôle de la doctrine en droit pénal

I. DENAMIEL, La responsabilisation du détenu dans la vie carcérale

C.J. GUILLERMET, La motivation des décisions de justice

C. OLIVA, Breveter l'humain ?

N. BRONZO, Propriété intellectuelle et droits fondamentaux

I. MANSUY, La protection des droits des détenus en France et en Allemagne

E. LIDDELL, La justice pénale américaine de nos jours

E. DUBOURG, Aménager la fin de peine

B. LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), Le nouveau droit de la récidive

V. GOUSSE, La libération conditionnelle à l'épreuve de la pratique

I. BOEV, Introduction au droit européen des minorités

E. GALLARDO, Le statut du mineur détenu

M. VERICEL (dir.), Les juridictions et juges de proximité

BIBLIOTHÈQUE DE *DROIT PÉNAL*

Renaud Colson – Stewart Field

The Transformation of
Criminal Justice

Comparing France with England and Wales

Les transformations de
la justice pénale

Une comparaison franco-anglaise

Foreword by The Right Honourable
The Lord Phillips of Worth Matravers

Avant-propos de Robert Badinter

Bilingual publication / Édition bilingue

L'Harmattan

By the same authors / Des mêmes auteurs

Stewart Field

S. Field and P.A. Thomas (eds.), *Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice*, Oxford, Blackwell, 1994.

C. Brants and S. Field, *Participation Rights and Proactive Policing: Convergence and Drift in European Criminal Process*, Deventer, Kluwer, 1995.

S. Field and C. Pelsler (eds.), *Invading the Private: State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Aldershot, Dartmouth, 1998.

S. Field and C. Tata (eds.), *Connecting legal and social justice in the neo-liberal world? The construction, interpretation and use of pre-sentence reports*, Special Issue Punishment and Society, 2010, vol. 12(3).

Renaud Colson

R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Préface d'Henri Leclerc, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005.

R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Avant-propos de Guy Canivet, Préface de Loïc Cadiet, Paris, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006.

© L'Harmattan, 2011

5-7, rue de l'École-Polytechnique, 75005 Paris

<http://www.librairieharmattan.com>
diffusion.harmattan@wanadoo.fr
harmattan1@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-296-56154-0
EAN : 9782296561540

Main Abbreviations

Principales abréviations

AC	Law reports: Appeal Cases
art.	article
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CCP	Code of Criminal Procedure
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chap.	chapter/chapitre
Chron.	chronique
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPP	Code de procédure pénale
CPS	Crown prosecution service
Cr App Rep	Criminal Appeal reports
Crim LR	Criminal Law reports
dir.	direction
ECHR	European Convention on Human Rights
ECtHR	European Court of Human Rights
ed.	édition
éd.	édition
(ed.), (eds.)	editor(s)
EHRR	European Human Rights reports
et s.	et suivant
<i>et seq.</i>	<i>et sequens</i> (and the following)
EWCA Crim	Court of Appeal, Criminal Division
<i>JCP G.</i>	La Semaine Juridique (Edition générale)
Lew CC	Lewin's English Crown cases
not.	notably/notamment
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (work cited/ouvrage cité)
p., pp.	page(s)
QB	Law reports: Queen's Bench Division
<i>Rec. Dalloz</i>	Recueil Dalloz
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
s.	section
spéc.	spécialement
v.	voir
<i>v.</i>	<i>versus</i> (against/contre)

FOREWORD

This is an erudite comparative study of recent reforms to the English and French criminal justice systems. Its thesis is that reforms have brought the two systems closer together. It is of interest to those who have been brought up to consider the two systems as dissimilar as chalk and cheese. I am certainly one of them. I was brought up to believe that there were fundamental differences between almost every phase of the English adversarial and the French Inquisitorial systems.

In England the executive, in the form of the police, investigated crimes, charged the defendant and prepared the case for trial. A person suspected of a criminal offence had to be warned of this fact before being questioned and told that he was not required to answer questions and was entitled to the assistance of a lawyer before doing so. Once there was sufficient evidence against him he had to be charged. Thereafter he could not be asked any further questions unless and until he chose to go into the witness box at his trial. At the trial strict rules of hearsay evidence prevented reliance on witness statements. Evidence had to be given orally before the jury. Evidence of a defendant's past bad conduct was excluded as more prejudicial than probative. Notwithstanding these difficulties in the path of the prosecution the vast majority of defendants pleaded guilty to the charges brought against them, in which case there was no trial at all, but merely a sentencing exercise. In all of this the position of the victim would be almost totally disregarded.

In France a suspect could be subjected to the 'garde à vue', during which he would be questioned by the police without the presence of a lawyer. This often resulted in a confession, regarded as 'la

reine des preuves'. Subsequent investigation would be judicial by the 'procureur', a branch of the judiciary, and the 'juge d'instruction' or examining magistrate. The defendant would play a central role in this 'instruction' being subject to examination by the judge and confrontation with witnesses. His lawyer would be permitted to play little part in this. A 'dossier' would be prepared of the evidence obtained, which the trial judge would then treat as evidence. Even if the defendant did not contest his guilt, there would none the less have to be a trial. The first evidence to be put before the court would be the defendant's previous criminal record. The victim would be permitted to join in the proceedings in order to obtain compensation as the 'partie civile'.

This book demonstrates how reforms have unquestionably brought each system closer to the other, and examines the drivers of these reforms. One has been the European Court of Human Rights at Strasbourg and the way that it has interpreted the fair trial requirements of Article 6 of the Convention. The 'garde à vue' has been emasculated and the defence lawyer has been permitted to defend his client by playing a much more proactive role in the 'instruction'.

Another driver of change has been the politicisation of crime. Being seen to be tough on crime has been seen as producing electoral advantages. Changes have been made to the English rules of evidence that have rendered admissible in specified circumstances hearsay evidence and evidence of previous bad conduct. There is now concern for the rights of the victim and victim impact statements can be put before the court at the stage of sentencing.

The cost of criminal justice and pressure on prisons have been felt on both sides of the channel. France has now introduced a 'guilty plea' system that reflects the English practice of reducing the sentence when guilt is admitted, and both countries have developed a practice of 'diversion' under which the police deal with minor offences without recourse to the courts at all.

These are only examples of the trends covered by this book, which contains a wealth of references. The advent of the European arrest warrant makes it important that criminal

jurisdictions should learn from one another and that mutual confidence should be engendered. Both the English and the French who read this book, which is happily available in both languages, will finish much better informed of significant developments on either side of the channel that have tended towards a rapprochement between our two systems.

Nicholas Addison Phillips

Baron Phillips of Worth Matravers, KG PC

President of the Supreme Court of the United Kingdom

AVANT-PROPOS

On ne soulignera jamais assez la pertinence de la démarche comparatiste pour le juriste : le chercheur, le praticien comme le législateur trouvent dans le droit comparé une source particulièrement riche de réflexion, les encourageant à porter un regard nouveau sur le système juridique dans lequel ils évoluent, les conduisant parfois même à en remettre en cause certains éléments. Ainsi apprend-on à mieux se connaître dans le miroir de l'autre. L'ouvrage qui nous est proposé ici en est une nouvelle et brillante démonstration, appliquée à la procédure criminelle des deux côtés du *Channel*. Au-delà du clivage traditionnel entre droit anglo-saxon et droit romano-germanique, cette étude nous révèle les lignes de force d'un mouvement de rapprochement des justices pénales française et britannique, par le jeu d'influences réciproques.

Cette convergence se nourrit d'un substrat commun. Les auteurs analysent en effet la puissante et complexe « dynamique de transformation de la justice criminelle » qui traverse tant le système de *Common Law* que le système civiliste. Cette dynamique est plurielle, traversée de courants contraires : si la très forte influence de la Convention Européenne de Sauvegarde des Libertés Fondamentales tend à reconnaître toute leur place aux notions de « procès équitable » et de « contradictoire », le tournant sécuritaire qui caractérise depuis 20 ans le discours politique sur la criminalité à Paris comme à Londres, conduit à renforcer la phase policière au détriment du judiciaire, et à restreindre les droits de la défense. Une forme de populisme pénal qui se voit confortée par la nécessité de gérer un contentieux massif avec des moyens qui n'ont pas augmenté en conséquence.

Soumise aux mêmes influences conventionnelles, politiques et budgétaires, la justice criminelle, et singulièrement la procédure pénale a donc connu ces dernières années dans nos deux pays des transformations similaires, auxquelles les auteurs consacrent d'éclairants développements. Un ensemble de réformes parfois

contradictoires : d'un côté de nouveaux droit procéduraux reconnus aux personnes poursuivies, y compris en garde à vue, et le renforcement du contrôle judiciaire sur les mesures attentatoires à la liberté. De l'autre, la recherche de l'efficacité de la phase policière au détriment de la phase judiciaire, et le développement spectaculaire de procédures accélérées et négociées, dont la maîtrise revient à la partie poursuivante. Enfin, d'importantes réformes structurelles tournées vers la recherche d'une « efficacité » économique du service public de la justice.

Cette comparaison nous interroge : faut-il se réjouir de voir ainsi se rapprocher deux systèmes jusqu'alors si étrangers l'un à l'autre ? Assurément, à la condition que cette convergence reste avant tout guidée par les principes dégagés *in fine* par la Cour de Strasbourg. Les standards du procès équitable doivent rester la seule boussole du réformateur, qui doit se garder des sirènes d'une illusoire « tolérance zéro ». Encore faut-il que cette transformation intervienne dans le respect des fondements propres à chacun de ces deux systèmes. Pour reprendre l'image choisie par les auteurs, si la « fabrique » des procédures pénales en France comme au Royaume-Uni produit des solutions similaires à partir de matériaux semblables, faut-il pour autant recourir au même processus de fabrication ? Là où le droit anglo-saxon se caractérise par un ordre juridique foisonnant où la jurisprudence joue un rôle primordial, le système normatif français repose lui sur la hiérarchie des normes et la codification. Et pourtant les conditions actuelles de la réforme de la procédure pénale française sont aux antipodes de cette tradition. La procédure pénale en France est aujourd'hui devenue quasi illisible, emportée dans le tourbillon de l'inflation législative. L'héritage de la codification napoléonienne, juste fierté nationale, est en voie de dilapidation : depuis dix ans ce ne sont pas moins de 15 nouvelles lois qui sont venues modifier par touches disparates les différentes phases de la procédure pénale. Au syndrome « un fait divers-une loi » s'est ajouté l'incapacité (ou le refus) d'anticiper les nécessaires ajustements de notre procédure au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme. D'où la précipitation de certaines réformes récentes comme celle de la garde à vue, intervenue pour ainsi dire sous astreinte de la jurisprudence constitutionnelle, criminelle et européenne. Ce désordre si peu conforme à notre tradition

juridique ne peut perdurer. Et malgré de nombreux travaux de doctrine et rapports officiels, la discussion d'une réforme d'ensemble qui redonnerait une cohérence à notre code de procédure pénale est sans cesse repoussée. A la lecture de ce talentueux essai comparant les réformes récentes en France et au Royaume-Uni, la refonte de notre procédure apparaît plus que jamais incontournable.

Robert Badinter

Sénateur

Ancien Président du Conseil Constitutionnel

**The Transformation of
Criminal Justice**
Comparing France with
England and Wales

English Version

Introduction

Hypotheses

The hypothesis that we are witnessing an historic rapprochement between national legal systems has provoked debate within the community of comparative lawyers¹. This is the legal manifestation of a broader ongoing process of globalisation. It is affecting all branches of law, even the symbol of state sovereignty that is the power to punish². Influenced by a range of legal, political and more general cultural factors, increasingly legal systems seem to resemble each other in their modes of administration and procedural styles. However researchers agree neither on the nature nor the significance of this process of convergence.

Comparative law, by highlighting the interactions between legal traditions³, has shown us that the transfer of rules, practices

¹ See notably B.S. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence*, Oxford, Clarendon Press, 1994. Compare G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*, 2003, vol. 55(1), p. 7. *Contra* P. Legrand, « European Legal Systems Are Not Converging », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45(1), p. 52.

² See for example volume 17 (1998) of *Nouvelles études pénales*, published under the auspices of the International Association of Criminal Law, and entitled *Les systèmes comparés de justice pénale. De la diversité au rapprochement*. Similarly, on the convergence of English and French criminal procedure, see A. Binet-Grosclaude, *L'avant-procès pénal. Etude comparée Angleterre-France*, Thèse, Université Paris I, 2008.

³ See notably the work of H.P. Glenn, especially « Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions », in M. Reimann, R. Zimmerman (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 421, and *Legal Traditions of the World*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007, which is useful for thinking through the changes in national procedure. On this point, see S. Field, « Fair Trials and Procedural Tradition in Europe », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 29(2), not. pp. 369-370.

and concepts has been a longstanding and recurrent phenomenon in criminal justice⁴. But we are now seeing rapid transformations in institutional responses to crime in a number of countries from both common and civil law traditions. These might be seen as extending the process of imitation to jurisdictions which have until now remained quite distinct. Contemporary shifts in penalty are raising questions about the nature and extent of these transnational influences and transfers of technologies between national legal orders. These shifts are sufficiently profound for commentators, in comparable, yet distinct terms, to talk of a 'crisis in penal modernism'⁵ affecting both substantive principles of punishment and the functioning of criminal justice systems in Western states. Some legal systems appear more stable than others and less affected by this apparently far-reaching transformation⁶. But many national systems of criminal procedure are seeing their institutional balance called into question by influences as diverse as international and European human rights law, the growth of 'penal populism' in public debate and the development of new managerial models for the administration of criminal justice.

Criminal justice in England and Wales and in France has been particularly exposed to these new forces. Observers on both sides of the Channel have remarked on the legislative inflation in criminal policy matters as well as other areas of law⁷. Over the last 30 years there have been dozens of Acts passed reforming

⁴ On the transfer of constitutive forms between models of law see R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, especially pp. 122-126. J. Pradel offers some examples in relation to criminal legislation in his textbook *Droit pénal comparé*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 213 et seq.

⁵ Compare, in very different styles and relative to distinct cultural domains, the collection edited by M. Massé, J.-P. Jean, and A. Giudicelli, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, and the work of D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, OUP, 2001, especially chap. 3 (« The crisis of penal modernism »).

⁶ M. Cavadino, J. Dignan, *Penal Systems. A Comparative Approach*, London, Sage, 2006, p. 43.

⁷ Compare M. Zander, *The Law-Making Process*, 6th ed., Cambridge, CUP, 2004, p. 1, and F. Terré, *Introduction générale au droit*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 337.

criminal procedure⁸. This book aims to compare these legislative reforms and, more generally, to examine recent procedural developments in France in the light of those in England and Wales and vice versa⁹. The project is the product of a collaboration between a French jurist and an English colleague living in Wales. It is a means by which we can each try to understand better the two respective legal regimes, not just the one that is less familiar to us – the legal ‘other’ – but also our own domestic law, the specific identity of which can be more clearly discerned in the light of that which is ‘foreign’¹⁰. But beyond the search for a more refined understanding of our own national laws by comparing differences and similarities, we also seek to contribute to contemporary debates about rapprochement and transformation in national systems of criminal justice. Focusing on shifts in English and French criminal process is a useful testing ground for arguments about the existence or otherwise of a process of convergence. It also allows us to examine more closely the tensions at work in each country between reforms which seek to enhance procedural fairness, increase punitive effectiveness and promote managerial efficiency all at the same time. By revealing the transnational nature of the influences in play, comparative analysis of the underlying forces shaping these transformations in criminal justice helps to avoid the kind of unwary generalisations that can be made on the basis of local knowledge unaware of the global diversity of the changes currently taking place¹¹.

⁸ Compare, in relation to France, S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 57 *et seq.*, and for England and Wales, A. Sanders, R. Young, *Criminal Justice*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007, p. 16 *et seq.*

⁹ Because the United Kingdom is made up of several different legal jurisdictions, (England and Wales, Scotland and Northern Ireland), its criminal procedure is not uniform. In procedural matters the law of England and Wales is significantly different to that applied in Scotland and (to a lesser extent) Northern Ireland. Our comparison is based on English criminal justice (or more correctly criminal justice in England and Wales).

¹⁰ See for example, Marc Ancel who argues that ‘comparing law enables jurists to know and understand better their own law because its particular characteristics are more evident in the light of comparisons with other jurisdictions’: *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1971, p. 10.

¹¹ More generally on the advantages in terms of critique and the scientific interest

Comparisons

We have confined our comparative analysis to two jurisdictions for essentially practical reasons¹². But the decision to examine English and French law can be justified theoretically by their paradigmatic nature. The differences between the two legal traditions are often seen as characteristic and emblematic of opposed models of justice¹³. Although legal practices on the two sides of the Channel are the product of common European roots in the recourse to the ‘judgment of God’¹⁴, they radically diverged from the 12th century. In England, the jury replaced the historic practice of ordeal in determining truth¹⁵, whereas on the Continent, drawing on the investigative traditions of Roman and Canon law, it was the judge who assumed sovereign authority over law and fact¹⁶. Since then, legal forms and penal practices have seen constant modification, but despite many works of learned comparison and frequent legal transplants between the two jurisdictions¹⁷, the divide that separates them has not been

of comparative law, see H. Muir Watt, «La fonction subversive du droit comparé», *RIDC*, 2000, vol. 52(3), p. 503.

¹² Extending the research to other countries would have enabled more general conclusions to be drawn than a simple bilateral comparison but such an enterprise would require a much larger scale study.

¹³ These models of justice are linked to different legal traditions, see D. Fairgrieve, H. Muir Watt, *Common Law et tradition civiliste*, Paris, PUF, 2006.

¹⁴ R. Jacob, «Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l’histoire européenne», *Archives de philosophie du droit*, 1995, 39, p. 86. See also, from the same author, «Jugement des hommes et jugement de Dieu à l’aube du Moyen Âge», in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 43.

¹⁵ On the emergence of the jury and its significance, see R.C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 1988, especially chap. 3 «The Jury in the Royal Courts».

¹⁶ On the development of inquisitorial procedure during the Middle Ages, first in the South of France and then in the North, see J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 180 *et seq.*

¹⁷ On one of these episodes, see S. Soleil, «‘Which of the Two is the Best?’ La comparaison des procédures criminelles française et anglaise dans l’œuvre codificatrice de James Fitzjames Stephen», in J. Hautebert, S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Volume 2,

bridged. Indeed one can systematically contrast approaches to a range of key questions: whether it be their ordering of legal sources, their organisation of legal actors, their procedural logic or conception of legal truth, the criminal justice systems on each side of the Channel seem to be constructed in terms of opposites¹⁸.

In England and Wales, the rules of criminal procedure are scattered across a range of legislative texts (some of them very ancient) and a substantial body of case-law, whereas in France they are set out in a Code of Criminal Procedure (henceforth CCP) and subject to certain entrenched constitutional principles. But beyond these highly significant differences in legal form, the bodies of normative principle thus established create very different frameworks for the operation of the criminal process. Important questions of law are ultimately determined by an elite English judiciary selected from amongst the most experienced practitioners, but guilt is generally determined by lay persons (either jurors or lay magistrates) and charges have traditionally been brought by local police forces. In France on the other hand, professional judges, recruited through the traditional Continental career judiciary system, determine questions of both law and fact in the criminal courts¹⁹. They do so in collaboration with prosecuting magistrates who, in certain important regards, are subject to the instructions of the Minister of Justice. The French police is organised as a national force. These differences²⁰

Paris, EJT, 2008, p. 77.

¹⁸ For a summary of English and French criminal procedures, see M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1995, p. 125 and p. 224, or in its English version, M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, CUP, 2002, p. 142 and p. 218. For a systematic analysis of these procedures in the light of their historic contexts and their respective political underpinnings, see the work of M. Damaska, notably *The Faces of Justice. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven and London, Yale University Press, 1986.

¹⁹ With the notable exception of the *Cour d'assises* where lay jurors sit alongside professional judges in relation to the most serious offences (*les crimes*) and the alternative jurisdiction recently introduced to deal with the least serious offences (CCP, art. 521, reformed by the Law of 26 January 2005).

²⁰ On this, see the edited collection by J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, CUP, 2006.

demonstrate a French conception of institutional organisation that is more hierarchical and centralized than that in England and Wales. They are matched by no less striking contrasts in procedure. Shaped by the adversarial tradition, English criminal justice was characterised until very recently by the *de facto* concentration of powers of investigation and prosecution in the hands of the police, to whom responsibility for the search for incriminating evidence had passed with the virtual disappearance of private prosecution by the victim in the 19th century. On the other hand, enquiries by the French police are conducted under the supervision of a prosecuting magistrate or under the direction of an examining judge whose investigation is shaped by an inquisitorial logic: he or she is required formally to seek out both exculpatory and inculpatory evidence. The conception of the trial itself is also marked by sharp differences²¹. The English trial hearing is the place for the oral presentation of evidence, in particular the testimony of witnesses, given that their pre-trial written statements will normally be inadmissible. The hearing is organised as an exchange between prosecution and defence with a relatively passive judge acting as procedural referee. In contrast, the French trial judge appears more active in that it is he or she who is charged with the responsibility to discover the truth, drawing on the official pre-trial dossier and organising the conduct of the trial so as not only to elucidate the facts but also to explain those facts in the light of the personality of the accused²².

This analysis indicates the extent of the gulf between English and French procedural traditions. The former expresses an historic mistrust of the state through its demand that proof of guilt be presented to lay persons for their adjudication. The latter, according the state a privileged role in the restoration of social order, entrusts the duty to discover the truth of the matter to professional magistrates who are specialized state servants. While this dichotomy may seem to simplify a complex reality that may

²¹ J. Hodgson, « Conception of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure », in A. Duff *et al.* (eds.), *The Trial on Trial*, vol. 2, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2006, p. 223.

²² S. Field, « Responsabilité, justice et procédure pénale comparée », *Revue générale de droit*, 2003, vol. 33, p. 257.

merit more subtle elucidation, it would be easy to provide other examples confirming the existence of a profound legal division. Whether it be the significance of confessions, the rules governing the admissibility of evidence at trial or the symbolic rituals of the courtroom²³, the legal rules applicable on each side of the Channel diverge. And these technical contrasts reveal underlying differences in concepts of legal truth and in the role of the state and the individual. This suggests that an examination of recent developments using an appropriate methodology may be just as revealing of cultural divides between the two jurisdictions as it is of differences in technical legal rules.

Methods

The traditional tools of comparative law can provide only a limited analytical grasp of current and recent reforms of criminal justice in France and England and Wales. Neither the conceptual comparison of ‘determining elements’ nor a functional comparison of equivalent institutions will allow us to understand effectively the changes under examination²⁴. These reforms are multiple, frequent and particular in form rather than the product of a planned remaking of legal institutions and procedures underpinned by a single consistent logic. Furthermore, to concentrate on the impact of these contemporary shifts on the key concepts and principles of the relevant national procedural traditions risks neglecting their practical importance. Finally, the new rules and institution often have several objectives, sometimes contradictory, so that it is impossible to identify from the outset (and hence compare) the specific functions they perform. Once

²³ For a comparison of French and Anglo-American legal rituals (but based mainly on American examples) see A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 149.

²⁴ For a conceptual comparison of the ‘determining elements’ of law see L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, Volume 1, Paris, LGDJ, 1972, p. 213 *et seq.* On the functional comparison of equivalent institutions, see K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 auf., Mohr Siebeck e.K., Tübingen, 1996, transl. by T. Weir, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 33 *et seq.* And on the tensions between the two methods, see X. Blanc-Jouvan, « Où va le droit comparé? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 712 *et seq.*

conceptual and functional approaches show themselves to be impractical, it becomes necessary to find another approach more appropriate to understanding the phenomena under examination.

The comparison of contemporary reforms in criminal procedure in France and England and Wales must extend beyond the legal rules thus created to examine the process of transformation. The introduction of new procedural rules, the reorganisation of the structure of legal systems or the official acceptance of innovative professional practices can hardly be subject to significant comparison without reference to the constraints of legal structure, the balance of political forces and the intellectual ideas which underpin them. Thus, it is the 'social sources' as much as the legal sources of reform that must be given particularly close scrutiny: the social, political or moral influences that prompt changes in procedural law. Although a common feature of comparative legal study²⁵, this contextualisation is especially important for this research project because of the dynamic character of the phenomena under examination. If one is dealing with legal change, it is not enough to compare different legal reforms in the light of the particular social environments that have provoked them, it is equally important to make the contexts themselves a key object of comparison. This 'genealogical' approach aims to compare the 'forces that create criminal procedure'²⁶ in order to better understand its transformations. It follows that the *ratio legis* or social objectives pursued by legal innovations are no less significant than their technical forms and that the study of the 'discourses of reform'²⁷ is just as important as the exposition of its legal provisions.

²⁵ On the need for context in all comparative criminal justice research, see the work of D. Nelken, notably. « Virtually There, Researching There, Living There », in D. Nelken (ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2000, p. 23, and « Comparing Criminal Justice », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 139 *et seq.*; see similarly J. Pradel, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 32 *et seq.*

²⁶ According to the expression of R. Merle and A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 191, applying to criminal justice the well-known expression of G. Ripert.

²⁷ By the discourses of reform, we mean a collection of legal concepts, values and

However, to adopt a method which emphasizes the cultural underpinnings of reform as much as its legal consequences does not, of itself, provide us with the conceptual categories needed to order and understand the reality under examination. To provide a coherent structure for comparison, there is a need to identify certain recurring discursive themes which seem to have a particular resonance in both countries so that the comparative study of criminal procedure can develop around comparable signifiers. As the conceptual core around which the comparison of national differences must be built, these *topoi*²⁸ must, as far as possible, be free of purely local inflections and assumptions which might obscure differences in the legal cultures under observation.²⁹ Fundamental underlying differences in legal cultures³⁰ can make the identification of these points of comparison difficult, all the more so when the developments being examined are not striking in their coherence. Indeed, the reforms reshaping criminal procedure on both sides of the Channel are so fragmented that it seems difficult to ascribe to them a single clear meaning or significance even on a national level. How then is one to organise a comparison of such transformations, especially when they are taking place not only within the context of different legal traditions and political environments, but also under the influence of a range of factors,

images used to justify or criticise reform. They are produced by a range of actors: politicians, judges and magistrates, legal academics, I. Boucobza, « Réformes de la justice (Discours) », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1132.

²⁸ *Topos* or '*topoi*' (plural) is a term usually used in English in a more specialist context to designate a 'traditional theme in a literary composition or a rhetorical or literary formula'. See *The Oxford Essential Dictionary of Foreign Terms in English*. Ed. J. Speake. New-York, Berkley Books, 1999.

²⁹ For a theoretical development of this approach, v. C. Girard, « L'énigme du lieu commun », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 313 *et seq.*

³⁰ On the incommensurability of legal systems, see P. Legrand, *Droit comparé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 76. Similarly, see Ch. Delyanni-Dimitrakou, « Mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, especially p. 41 *et seq.*

some of which are only present in one of the jurisdictions under comparison?

Plan

These twin methodological obstacles – the fragmentary nature of the relevant reforms and the differences in institutional cultures within which they are taking place – can be overcome if we compare procedural developments in the light of their declared purposes. In France and in England and Wales, the official discourses underpinning change tend to stress the same three principal objectives: increased procedural guarantees for individuals, greater repressive efficacy and the modernisation of the machinery of justice. These similar discursive themes, which are often reflected in the use of identical rhetorical devices and clichés, provide us with useful conceptual categories to structure our comparison. They not only provide the official justification for many current criminal justice reforms, they also express the public values which are directing change in the two jurisdictions. The inflections given to these values are certainly not the same on both sides of the Channel. Procedural fairness, repressive efficacy and administrative modernisation are depicted in very different technical and ideological forms. But despite these distinctions, these three categories offer a useful framework for comparison. They are as significant for a British researcher as they are for a French colleague and each can use them to give an account of national developments in his or her own criminal justice system.

We will therefore compare reforms affecting criminal justice systems in France and in England and Wales first by explaining how greater emphasis on procedural fairness has led to significant extensions in the participation rights of individuals affected by criminal disputes (Part I). Then, secondly, we will consider extensions to the procedural arsenals of the two criminal justice systems that have been prompted by the political salience of anxieties about security and thus the perceived need for greater repressive efficacy (Part II). Finally we will examine the impact of political projects aimed at modernising the organisation and functioning of the criminal justice apparatus in the two jurisdictions (Part III). Our conclusions will draw on these

comparisons to assess the significance of the shifts observed and the tensions generated in each jurisdiction.

PART I

PROCEDURAL FAIRNESS

On both sides of the Channel, procedural fairness is seen as a guarantee of individual liberties and as a source of legitimation for the criminal justice system. The model of due process³¹, which emphasizes the protection of the individual faced with the power of the state, has represented a recurrent theme in debates about English criminal process, though its influence has been limited by the competing values of crime control and social protection. In France too, guaranteeing the rights of the defence is now seen as one of the essential goals of criminal procedure³². In recent years in both countries, the importance of procedural fairness has been increasingly emphasized (Chap. 1). This has led to a number of reforms aimed at better protecting the individual against the potential abuse of the instruments of crime control (Chap. 2).

Chapter 1.

The increasing emphasis on procedural fairness

Established as a key element of the discourses constructed around criminal justice reform, the protection of individual liberty against the repressive powers of the state has recently been given symbolic recognition in legislative texts both in France and

³¹ For a rigorous conceptual exposition of the model of due process as contrasted with that of crime control, see the influential article by H.L. Packer, « Two Models of the Criminal Process », *University of Pennsylvania Law Review*, 1964, vol. 113(1), p. 1 *et seq.*

³² On the historical evolution of the functions assigned to criminal procedure in France, see R. Gassin, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, p. 109.

England and Wales³³. Although the acknowledgement of the centrality of procedural fairness took place in very different contexts, it can be traced to both the influence of international legal instruments binding on the two jurisdictions (Section 1), as well as autonomous national trends (Section 2).

Section 1. Common international influences

Traditionally seen as one of the essential prerogatives of the sovereign state, the administration of domestic criminal justice has, since the Second World War, been subject to international regulation in the name of the protection of fundamental rights. France and the United Kingdom have ratified several treaties³⁴ which recognise that crime control and the operation of criminal justice must be subject to the requirements of fairness and which accord certain rights to those under criminal investigation. The most important of these instruments is the European Convention on Human Rights (henceforth ECHR). By virtue of Article 6(1) 'everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law'. This provision derives particular force from the fact that it is guaranteed by an international court with the jurisdiction to denounce violations of its terms.

³³ Although it is particularly explicit in the preliminary article of the French Code of Criminal Procedure which was introduced by the Law of 15 June 2000, this recognition of the central place of procedural fairness in the operation of criminal justice can also be seen, although in more discreet form, in the setting out of the declared objectives of the Criminal Procedure Rules 2005. On this point, see below at the end of part I, chap.1, section 2.

³⁴ Apart from the European Convention on Human Rights, possibly the best-known, there is also the United Nations Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966 and the case-law of the Human Rights Committee as its organ of control. One should also mention the various non-binding declarations to which France and the United Kingdom have signed up. On this 'soft international law' see R. de Gouttes, « L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable. Comment les concilier? », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars en la Grande chambre de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, especially pp. 143-144.

The interpretative dynamism of the European Court of Human Rights³⁵ has led it to extend considerably the reach of Article 6(1) over the last 30 years. It has developed a dense jurisprudence on a case by case basis, dealing with facts that are all the more varied because drawn from diverse legal traditions. Its case-law has been characterised in terms of ‘shifting diversity’³⁶. The case-law of the Court, the legal reasoning of which follows more closely the English judicial tradition than the Continental, has given rise to an independent and developing notion of the right to a fair trial³⁷. The presumption of innocence is central to this, and emphasis is placed on respect for the rights of the defence, notably the principle of equality of arms and the adversarial character of trial. This European jurisprudence has prompted the emergence of a distinctive procedural model³⁸ which, by its high level of abstraction, can accommodate the different European legal traditions³⁹. Although common lawyers have a greater cultural familiarity than French lawyers with the kinds of guarantees defined as requirements of fair procedure, it must be emphasized that no national system of justice, whether primarily inquisitorial or adversarial in tradition, has escaped

³⁵ F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP G* 2001, I, 335.

³⁶ J.-C. Soyer, M. de Salvia, « Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 241.

³⁷ For a summary of the concept of fair trial before the ECtHR see J. Meunier, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l’homme », in H. Ruiz-Fabri (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 185.

³⁸ Compare J. Jackson, « The Effect of Human Rights in Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment », *Modern Law Review*, 2005, vol. 68(5), p. 747, who describes this procedural model as ‘participatory’, and S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 130. See also S. Summers, *Fair Trials*, Oxford, Hart Publishing, 2007, and the book review by S. Field « Fair Trials and Procedural Traditions in Europe », *op. cit.*

³⁹ For a comparison by juxtaposition of methods of reception of this European model by French and English legal traditions, see the report of a conference held at the *Cour de cassation* on 4 and 5 December 2000, *Les principes communs d’une justice des États de l’Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2001.

censure by the Strasbourg court⁴⁰. Thus both France and the United Kingdom have been condemned several times for failure to protect the procedural rights set out in the Convention⁴¹.

By calling into question certain distinctive aspects of French and English criminal procedure, the European model exercises its influence on both sides of the Channel. But constitutional differences in the two jurisdictions mean that the process by which conformity to this supranational legal standard is ensured is quite different. In France, Article 55 of the Constitution assumes a monist approach to the relations between international and domestic law⁴². The consequence is that Article 6(1) has been directly applicable before the domestic courts from the moment France ratified the Convention in 1974. But in the United Kingdom a dualist approach has been traditionally adopted: domestic and international law are seen as directly applicable in separate legal arenas. As a result, although the Convention was ratified in 1951, it was only as a result of the Human Rights Act 1998 that litigants before the English courts have been able to rely directly on the Convention rights⁴³. But these technical differences, which continue to affect the legal consequences of incompatibility between the Convention and domestic legislation⁴⁴, cannot hide a rise in parallel in both

⁴⁰ For an early discussion of the failings revealed by European case-law see, in relation to different systems of national procedure, M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹ See more recently the decision against France, CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c. France*, JCP G 2009, I, 104, n° 5, obs. F. Sudre and, against the UK, *Rove and Davis v. United Kingdom* [2000], ECtHR, 30 EHRR 1.

⁴² P. Cassia, T. Olson, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006, p. 37 *et seq.*

⁴³ R. Blackburn, « The United Kingdom », in R. Blackburn, J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States (1950-2000)*, Oxford, OUP, 2001, p. 946 *et seq.*

⁴⁴ In France, judges in both civil and administrative courts have the right to set aside domestic law that is contrary to Convention rights by virtue of the superiority of treaties over legislation in the hierarchy of norms. In the United Kingdom, on the other hand, s. 3 Human Rights Act 1998 only enables judges to make a declaration of incompatibility which does not have an immediate effect on its validity. They cannot strike down the legislation. For an explanation of this procedure in the light of the development of legislative powers in the United

jurisdictions of the influence of the European standard of fair trial⁴⁵. The impact of this concept on criminal justice reforms, on legal decisions and on scholarly discussion of criminal procedure is undoubtedly in part a product of the authority of the Convention and the Strasbourg court. But in both France and England and Wales, the increased concern for procedural fairness is also linked to autonomous national trends.

Section 2. Autonomous national trends

Well before recognition of its status in the European Convention on Human Rights, the key symbolic importance of the principle of the presumption of innocence had been acknowledged by the Law Lords⁴⁶. Thus it was said that ‘the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England’⁴⁷ and indeed it has been presented as the ‘golden thread’ running through its criminal procedure. Furthermore, in order for this allocation of the burden of proof to protect the innocent effectively, it has been accepted that it must be part of a balanced procedural framework which protects the rights of suspects. In the absence of an investigating magistrate or a clearly stated obligation upon the state to investigate both inculpatory and exculpatory evidence, equality of arms between prosecution and defence has been seen as crucial to finding the truth⁴⁸. But several miscarriages of justice during the 1970s and 1980s demonstrated that this principle was not being

Kingdom, see R. Le Mestre, « La souveraineté du Parlement britannique : de l’omnipotence à la limitation des compétences », *Droit prospectif. Revue de recherche juridique*, 2008(4), especially pp. 2318-2319.

⁴⁵ Compare the English viewpoint of Andrew Ashworth and Mike Redmayne (*The Criminal Process*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2005, p. 28 *et seq.*) with that of B. Bouloc (*Procédure pénale*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 90 *et seq.*).

⁴⁶ See notably *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462. Note in the same vein the following: ‘it is a maxim of English law that 10 guilty men should escape rather than one innocent man should suffer’, J. Holroyd in *R v. Hobson* [1823], 1 Lew CC 261.

⁴⁷ Viscount Sankey LC, *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462 (481).

⁴⁸ On this point, see Lord Devlin, *The Judge*, Oxford, OUP, 1979, especially chap. 3.

effectively translated into practice. The conviction of three young men for the homicide of Maxwell Confait on the basis of false confessions to the police was the first of a series of cases⁴⁹ which illustrated the inequality of arms evident between an individual accused with limited means and the much greater powers of the police. These miscarriages of justice marked a turning point. Widely covered in the mass media, they gave rise to broad public debate about criminal justice which, supported by contributions from academics⁵⁰, forced governments to place reform on the political agenda. A Royal Commission report in 1981 (Philips Commission) was followed by another in 1993 (Runciman Commission). Both investigations were expected to examine the underlying structural causes of these miscarriages of justice and how to prevent them in the future. Although both were strongly influenced by concerns for the efficiency of the criminal process and by a developing state managerial agenda⁵¹, their recommendations contained a number of proposals which sought to promote a better balance between defence and prosecution.

The French case is rather different. Although miscarriages of justice are a subject of public discussion, until the recent Outreau case⁵², they had not been a major force driving reform. The importance of the protection of defence rights and of procedural fairness had been increasingly asserted in legal debate from the 1980s. But this had been less a pragmatic response to the

⁴⁹ One might also mention the impact of the well-known cases of the Guildford 4, Birmingham 6, Tottenham 3, Bridgewater 4, Cardiff 3 as well as those of the Maguires, Stefan Kiszko, Judith Ward and the Taylor sisters.

⁵⁰ See C. Walker, K. Starmer (eds.), *Miscarriages of Justice. A Review of Justice in Error*, 2nd ed., Oxford, OUP, 1999. See also, from a more theoretical perspective, R. Nobles, D. Schiff, G. Teubner, *Understanding Miscarriages of Justice*, Oxford, OUP, 2000, and more recently, from a comparative perspective, C.R. Huff, M. Killias (eds.), *Wrongful Conviction*, Philadelphia, Temple University Press, 2008.

⁵¹ See below, part III.

⁵² The Law of 5 March 2007 (*loi n° 2007-291 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*) can be seen in effect as a consequence of the Outreau affair in that it flowed directly out of the ensuing debate, and notably the work of the parliamentary commission chaired by A. Vallini: *Au nom du peuple français. Juger après Outreau*, Report 3125 delivered to the office of the President of the *Assemblée nationale* on 6 June 2006, [Online], <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp>, (last consulted 25 September 2009).

risk of inaccurate outcomes and more a development at a theoretical level prompted both by a political class increasingly the target of judicial investigation⁵³ and legal academics concerned to think through issues at a conceptual level⁵⁴. Drawing not just on the Strasbourg jurisprudence but also that of the European Court of Justice and the French *Conseil constitutionnel*, a body of theoretical work increased the prominence of the concept of procedural fairness⁵⁵. This scholarly enterprise, which raised procedure to the status of a fundamental discipline, served as a rallying point for a range of legal academics to enunciate and defend ‘universal trial principles’⁵⁶ applicable to all litigation. Seen as a guarantee of individual liberties, especially in criminal cases, the concept of procedural fairness gave rise to a process of theoretical modelling which, unlike the more pragmatic English approach, led French scholars to ‘set out fundamental principles... before defining new rules’⁵⁷.

Thus, although it has developed in different contexts, the increasing prominence of concerns for procedural fairness is evident in both France and England and Wales. One illustration of this is the explicit recognition of the concept in the *Code de Procédure Pénale* and then a few years later, in the Criminal Procedure Rules 2005. An Act of Parliament of 15th June 2000 introduced a preliminary article into the French Code stating that ‘criminal procedure must be fair and adversarial and maintain a balance between the rights of the parties’⁵⁸. The Criminal

⁵³ On the ‘political criminality’ underpinning this ideological turn which has affected the political classes of the right and left, see M. Massé, C. Duparc, B. Aubert, « La pénalisation du politique », in M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 207.

⁵⁴ A. Vauchez, L. Willemez, *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, PUF, 2007, p. 43 *et seq.*

⁵⁵ On the modern recognition of procedural fairness in French scholarship, see R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006, p. 234 *et seq.*

⁵⁶ A. Vauchez, L. Willemez, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁷ Commission Justice pénale et droits de l’homme, *La mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 16.

⁵⁸ In this quotation, adversarial has been adopted as a translation, *faute de mieux*, for the French word ‘*contradictoire*’. In fact, *le contradictoire* is a concept of opposing

Procedure Rules 2005, on the other hand, set out the following goals: acquitting the innocent and convicting the guilty, dealing with the prosecution and the defence fairly, and recognising the rights of a defendant. This ‘mini-code’⁵⁹ was the product of the Criminal Procedure Rule Committee whose membership was dominated by the judiciary⁶⁰. It draws together the regulations governing criminal procedure in the form of secondary legislation. As such, it certainly does not have the symbolic force of the primary legislation passed by the *Assemblée Nationale* in June 2000. But although the texts are different in their legal forms and in the actors driving reform, they demonstrate the same concern for the rights of the defence. And in both jurisdictions this has been reflected in the redefinition and development of individual party rights.

party rights that is distinctive to jurisdictions primarily shaped by the inquisitorial tradition. It encompasses rights to information, rights to make representations and rights to appeal but it does not traditionally entail full adversarial rights as an English or an American lawyer might conceive them.

⁵⁹ The expression is that of J.R. Spencer, « The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so Impenetrable? », *Cambridge Law Journal*, 2008, vol. 67(3), p. 603.

⁶⁰ J.R. Spencer, « Acquitting the Innocent and Convicting the Guilty – Whatever will they think of next! », *Cambridge Law Journal*, 2007, vol. 66(1), especially p. 30.

Chapter 2. The consolidation of legal guarantees

In France, as in England and Wales, the affirmation of the values of procedural fairness is one of the ideological motors of contemporary criminal justice reforms. Those under criminal investigation have been given new rights to protect them against arbitrary institutions (Section 1). As for the institutions of criminal procedure, their structure has been rethought, and partly remodelled, in order better to protect individual liberties (Section 2).

Section 1. New procedural rights

In both jurisdictions, the declared aim of better protecting individuals in their encounters with legal institutions has been reflected in the granting of new party rights. This shift is particularly evident in relation to the police custody phase where the rules are now more protective of suspects. In England and Wales, the Philips Commission criticised the uncertainty surrounding police powers. Following its recommendations, the Police and Criminal Evidence Act 1984 (henceforth PACE) introduced new safeguards, such as an effective right to consult a lawyer for those detained in custody, the right to have a lawyer present during police interrogations⁶¹ and the requirement that such interrogations be tape-recorded⁶². Some years later in France, the Law of 24 August 1993 gave those in police custody the right to an interview with a lawyer⁶³, to consult a doctor⁶⁴, and to inform a member of their family of their detention⁶⁵. Such safeguards were further developed by the Law of 15 June 2000

⁶¹ s. 58 PACE.

⁶² s. 60 PACE and PACE Code of Practice E.

⁶³ Art. 63-4, CCP.

⁶⁴ Art. 63-3, CCP.

⁶⁵ Art. 63-2, CCP.

which excluded for the first time the possibility of formally detaining witnesses (as opposed to suspects)⁶⁶. It also required that a certain amount of information be given by the police to persons detained⁶⁷, and extended the right to consult with a lawyer to the very start of the police custody phase⁶⁸. The scope of this right of access to a lawyer is in the process of being extended by legislation⁶⁹ following decisions by the Conseil Constitutionnel⁷⁰ and the Cour de cassation⁷¹, themselves drawing on decisions of the European Court of Human Rights.

The recognition of new procedural rights has also reshaped access to information in the pre-trial process. In England and Wales, rejecting traditional notions that surprise might be a legitimate weapon in an adversarial criminal trial, first case-law⁷² and later legislation⁷³ has defined requirements whereby the prosecution must normally communicate to the accused information useful to his or her defence (disclosure of evidence). Furthermore, since PACE⁷⁴ the judiciary have shown themselves more prepared than before to exclude evidence obtained in breach of defence rights or more broadly in breach of standards of

⁶⁶ Art. 5 of the Law of 15 June 2000, amending art. 63 CCP.

⁶⁷ Art. 63-1, CCP.

⁶⁸ Art. 63-4, CCP.

⁶⁹ *Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.*

⁷⁰ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22-QPC.

⁷¹ Cass. crim., 19 oct. 2010, arrêts n° 5699, 5700 et 5701.

⁷² *R v Ward* [1993] 96 Cr App Rep 1.

⁷³ Criminal Justice Act 2003, s. 32, amending Criminal Procedure and Investigations Act 1996 s. 3(1)(a): « The prosecutor must disclose to the accused any prosecution material (...) which might reasonably be considered capable of undermining the case for the prosecution against the accused or of assisting the case for the accused. »

⁷⁴ PACE, s. 78: « In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it ». This measure was applied notably in the following decisions: *R v. Absolam* [1988] 88 Cr App Rep 332, *R v. Keenan* [1990] 2 QB 54 and *R v. Walsh* [1989] 91 Cr App Rep 161.

procedural fairness (including Article 6, ECHR). The traditional adversarial judicial role of procedural referee at trial has been used to fashion an indirect, yet sometimes highly effective means for judicially supervising the integrity and reliability of evidence, not just at trial, but also during the whole pre-trial phase. As a result, another adversarial stereotype, that of the passive pre-trial judge, now requires more nuance. On the other hand in France, the development of the participation rights of individual parties often known as the rise of the *principe du contradictoire* can equally be seen as qualifying the traditionally inquisitorial character of its criminal process. This is certainly evident in the judicial investigation phase (*l'instruction*) with the recognition of general access to the official dossier for defence lawyers⁷⁵, and of the right to request examining magistrates to perform any investigative acts which may be necessary to the manifestation of the truth⁷⁶, including the commissioning of an expert report by the judge⁷⁷. The trial hearing itself shows evidence of the same tendency to develop individual participation rights. Following the Law of 15 June 2000, lawyers and prosecutors have the right to put questions directly at trial to witnesses, including experts, defendants and victims, rather than having to ask the President to put their questions. Thus we see the recognition at trial of something like the practice of cross-examination, which had hitherto been seen as foreign to French legal traditions⁷⁸.

These legislative developments protecting the rights of parties have not stopped at the point of conviction. They are also evident in the re-examining of 'final' legal decisions. Thus in France, the Law of 15 June 2000 granted a new right of appeal in

⁷⁵ This extension of access was envisaged in the Law of 4 January 1993, but was developed recently in the Law of 5 March 2007 which allows this access to be in digital form (art. 114, para. 4 CCP).

⁷⁶ Law of 15 June 2000 (art. 82-1, CCP). Note also the right of the lawyer to be present during an interview of a *témoïn assisté* (art. 120, CCP) or of somebody *mis en examen* (art. 114, CPP). The former term indicates somebody against whom there is not the same degree of evidence as a detained suspect but who is given some legal protection. The latter is the term for a person under judicial investigation.

⁷⁷ See notably the new art. 161-1, CCP, introduced by the Law of 5 March 2007.

⁷⁸ S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, p. 62.

cases that have originally been decided before the mixed panel of professional judges and lay jurors in the *Cour d'Assises*. This appeal, because it is to a second panel of judges and jurors, is an appeal on both fact and law⁷⁹. In England and Wales, the principle that drove French reform, that parties should have a right to a full rehearing of their case on matters of both fact and law (*le principe de double degré de juridiction*) does not have the same force of tradition⁸⁰. Yet Parliament has nevertheless created a new independent agency, the Criminal Cases Review Commission, with the power, on application by those who believe themselves to be wrongly convicted, to refer cases back to the Court of Appeal (Criminal Division) for reconsideration⁸¹. Even the post-sentence phase of criminal justice has been increasingly subject to a process of consolidating procedural rights. In both jurisdictions, hitherto prison rules and regulation had not been fully subject to the procedural standards generally applicable outside. But slowly, inmates have been acquiring new procedural rights, whether it be before the *juge de l'application des peines*⁸² (the judge with the responsibility in France of supervising the implementation of the sentence) or before the Parole Board⁸³. But it is important to remember that the according of new rights to individuals in the various stages of the criminal process is not the only manifestation of a growing modern accent on procedural fairness. The principle has prompted important institutional changes in criminal justice.

⁷⁹ Art. 380-1, CCP. The same Act has also given a right of appeal against any final criminal decision where the ECtHR has found that the conviction is in violation of the ECHR (art. 626-1, CPP).

⁸⁰ For a comparative historical explanation, see R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors (Goodhart Lectures 1984-1985)*, Cambridge, CUP, reprint 2006, p. 4 *et seq.*

⁸¹ Criminal Appeal Act 1995.

⁸² See notably the Law of 9 March 2004. More generally on the transformation of prison law, see the chapter by J.-P. Céré in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, *op. cit.*, p. 241. And for an analysis of *Droit de l'exécution des peines*, see the book by M. Herzog-Evans (3 éd., Paris, Dalloz, 2007).

⁸³ See notably Nicola Padfield, « The Parole Board in Transition », *Criminal Law Review*, 2006, p. 3, and « Parole and Early Release: the Criminal Justice and Immigration Act 2008. Changes in Context », *Criminal Law Review*, 2009, p. 166.

Section 2. Institutional transformations

In England and Wales, the Independent Police Complaints Commission (IPCC) was set up by the Police Reform Act 2002 to ensure an adequate response to complaints from the public of police misconduct. In France, the Law of 6 June 2000 created the *Commission nationale de déontologie de la sécurité* (CNDS)⁸⁴ whose terms of reference involve ensuring the respect of ethical standards by those exercising ‘security functions’ (art. 1). The aim in both cases was to increase the confidence of the public in the forces of law and order by establishing an independent authority to investigate policing practices and, where necessary, recommend change⁸⁵. The creation of these administrative agencies was a response to a political demand for the protection of individual liberties particularly where there may have been undue use of coercion. Such reforms do not involve changes in the working institutions of criminal justice. But other legislative changes, in both jurisdictions, have involved the reconstitution of the very agencies that control the day to day functioning of criminal process and have sometimes done so in order to better protect individuals against arbitrary intrusions by the state.

In England and Wales, the Philips Commission prompted an institutional reorganisation by recommending, in 1981, the separation of the functions of investigation and prosecution⁸⁶ which had been exercised *de facto* by the police following its creation in the first part of the 19th century. It was in accordance

⁸⁴ The CNDS will be replaced, according to the explanatory notes of the Constitutional Law of 23 July 2008, by the ‘defender of citizens’ created by that Act (new art. 71-1 of the French Constitution).

⁸⁵ Compare the Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Bilan des six premières années d'activité de la CNDS (2001-2006)*, [Online], http://www.cnds.fr/rapports/bilan_01_06_cnds.pdf (last consulted 25 September 2009), and the Independent Police Complaints Commission, *The Independent Police Complaints Commission's Guardianship role*, [Online], http://www.ipcc.gov.uk/index/about_ipcc/guardianship.htm (last consulted 25 September 2009).

⁸⁶ For an explanation of this principle as developed by the Philips Commission and its evolution in criminal procedure in Britain, see R.M. White, « Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-formulation of the ‘Philips Principle’ », *Modern Law Review*, 2006, vol. 69(2), pp. 143-182.

with this principle of separation that the Crown Prosecution Service (henceforth CPS) was established by the Prosecution of Offences Act 1985. Given responsibility to take over the conduct of proceedings initiated by the police, the new prosecution service was also accorded the power to discontinue prosecutions in the public interest or on grounds of evidential insufficiency. Crown Prosecutors are lawyers employed by the state rather than professional magistrates and have no hierarchical authority in relation to investigating police. Neither do they have a monopoly over public prosecution⁸⁷. Accordingly, they found themselves placed in a position of institutional weakness vis-à-vis the police. The incapacity of the CPS to guarantee the integrity of evidence produced by police investigations was demonstrated by a number of widely publicised controversies⁸⁸. This led to a significant extension in their powers beyond that of conducting proceeding initiated by the police. Crown Prosecutors have now taken control of the decision to prosecute from the police: they now have the power to determine initial charges⁸⁹. Some are now working out of police stations in a practice known as ‘co-location’⁹⁰, and they have now been given the right to interview witnesses during the pre-trial process⁹¹.

⁸⁷ Not only are there still a number of institutions with specialised powers of prosecution (Serious Fraud Office, Customs and Excise), there remains the right for any citizen to bring a private prosecution (Prosecution of Offence Act 1985, s. 6).

⁸⁸ Notably the Damilola Taylor affair illustrated the risks attached to the limited supervision of police investigations by the CPS. For a quick summary of this case, which ended in the acquittal of the original accused, see BBC, At a glance: Damilola CPS report, [Online], <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/2558777.stm> (last consulted 25 September 2009).

⁸⁹ With the exception however of road traffic offences and specialist offences still prosecuted by specific institutions (see note 87). On this development of the role of the Crown Prosecution Service, see I. Brownlee, « The Statutory Charging Scheme in England and Wales: Towards a Unified Prosecution System? », *Criminal Law Review*, 2004, p. 896.

⁹⁰ On this point, see below part III, chap. 2, section 2.

⁹¹ P. Roberts, C. Saunders, « Introducing Pre-Trial Witness Interviews: a Flexible New Fixture in the Crown Prosecutor's Toolkit », *Criminal Law Review*, 2008, p. 831.

In France, unlike England and Wales, the principle of separation of prosecution and investigation was accepted, in theory, from the *Code d'instruction criminelle* of 1808 onwards⁹². As a result, there emerged a functional distinction between the public prosecutor, on the one hand, and the figure most emblematic of the inquisitorial nature of French criminal procedure, the examining magistrate (*juge d'instruction*) on the other. But the concentration of extensive powers of investigation and adjudication on the investigating magistrate historically became a source of anxiety⁹³. In order to address those fears and to guarantee the liberty of the citizen, eventually the functions of the *juge d'instruction* were divided up and parcelled out. The Law of 15 June 2000 in effect removed the investigating magistrates' power to remand and hold in custody those under investigation and transferred it to a new judicial figure: *le juge des libertés et de la détention*. As a result, while the *juges d'instruction* kept their investigative powers, they lost their key coercive power⁹⁴. Thus, rather than separation of prosecution and investigation, it has been the acceptance of the separation of investigation and adjudication that has been the key recent reform in France (a principle already clearly accepted within the English tradition).

⁹² D. Salas, « Note sur l'histoire de l'instruction préparatoire en France », in Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, *op. cit.*, p. 245.

⁹³ *Ibid.*, p. 247.

⁹⁴ See also, similarly, the introduction of panels of examining magistrates when the seriousness or complexity of the case requires: Law of 5 March 2007.

This development, which foreshadows the abolition (sooner or later) of the *juge d'instruction*⁹⁵, is presented as both a guarantee of procedural fairness and a means to increase the crime control effectiveness of the criminal justice system.

⁹⁵ See notably the *Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale* chaired by P. Léger which proposes (p. 6) to transform the juge d'instruction into a judge with purely adjudicative pre-trial powers (*le juge de l'enquête et des libertés*), [Online], http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf (last consulted 26 September 2009). Similarly see G. Lucazeau, « Juge d'instruction : suite et fin ? », *JCP G* 2009, Libres propos, 209, p. 14.

PART II

CRIME CONTROL

The values of crime control and procedural fairness stand in tension with each other because they support neither the same aims nor the adoption of the same legal forms⁹⁶. Yet crime control is the second key objective shaping modern reforms of criminal procedure in France and England and Wales. Driven by rising crime rates and increasing feelings of insecurity, the pursuit of crime control emerged as a major political issue in the 1970s. Until then, the effectiveness of the penal response to crime had not been a primary concern in public debates about society. Now it became the object of widespread discussion. Political debates took on a new ideological inflection which stressed security (Chap. 1), and this was reflected in the expansion of the range of available procedural responses to crime (Chap. 2).

Chapter 1. Ideological inflections

For a time the ideological divisions around the maintenance of public order became more marked. But during the 1990s, the fight against crime became more a subject of competition than division between governing parties (Section 1). A range of images favoured by the British and French political classes, as they began to pay new attention to victims of crime and to emphasize the individual responsibility of offenders, revealed a new punitiveness (Section 2).

Section 1. Ideological divisions

After the Second World War, the political agenda was dominated by national reconstruction. Criminality was already a

⁹⁶ *A priori*, all procedural guarantees slow down the efficiency of criminal procedure, in particular, the exercise of defence rights according to J.-P. Jean, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008, p. 60.

source of anxiety⁹⁷, but it was not a major political issue and the search for institutional solutions was left to experts. In England, as part of the welfare state, criminology developed as an academic discipline⁹⁸ which combined, not without tension, a therapeutic ideal aimed at rehabilitation of offenders with a liberalism protective of individual liberties⁹⁹. At the same time in France the movement for ‘new social defence’ called for the re-socialisation of offenders within a framework that respected human rights and the principle of legality¹⁰⁰. These ‘humanist’ approaches, which dominated in reform circles on both sides of the Channel, for some time held the advantage over more repressive approaches to the development of criminal policy¹⁰¹. But rising crime quickly became constructed as a key social problem and led the more conservative elements of the British and French political classes to harden their tone¹⁰².

⁹⁷ See notably in relation to England and Wales, G. Pearson, *Hooligan. A History of Respectable Fears*, London, Macmillan, 1983. Compare for France L. Bantigny, « De l’usage du blouson noir. Invention médiatique et utilisation politique du phénomène ‘blousons noirs’ », in M. Mohammed, L. Mucchielli (dir.), *Les bandes de jeunes*, Paris, La Découverte, 2007, p. 19, and R. Muchembled, *Une histoire de la violence*, Paris, Le Seuil, 2008, p. 445 *et seq.*

⁹⁸ D. Garland, « Of Crimes and Criminals: The development of Criminology in Britain », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 17-68; compare L. Mucchielli, « L’impossible constitution d’une discipline criminologique en France : Cadres institutionnels, enjeux normatifs et développement de la recherche des années 1880 à nos jours », *Criminologie*, 2004, vol. 37, p. 13 *et seq.*

⁹⁹ For the perspective of a participant observer, see L. Radzinowicz, *Adventures in Criminology*, London, Routledge, 1999.

¹⁰⁰ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981.

¹⁰¹ Compare for France, J.-P. Allinne, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle*, vol. 2, Paris, L’Harmattan, 2004, p. 53 *et seq.*, and for the United Kingdom, T. Morris, *Crime and Criminal Justice since 1945*, Oxford, Basil Blackwell, 1989, especially pp. 71-76 and pp. 113-120.

¹⁰² On the challenge to the political consensus that governed criminal justice reform after the Second World War, see for the United Kingdom, I. Loader, « Fall of the ‘Platonic Guardians’: Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales », *British Journal of Criminology*, 2006, vol. 46(4), p. 561 *et seq.*; and for France, V. Gautron, *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse, Université de Nantes, 2006, pp. 359-385.

Already a political preoccupation by the 1960s, adult crime and juvenile disorder became, by the end of the 1970s, a subject of ideological division. Fed by the mass media, a growing feeling of insecurity led parties of the right to adopt a crime control agenda and to castigate the 'bleeding hearts' of the political left who continued to emphasize the need to address the social causes of crime. In England and Wales, the year 1979 can be seen as a turning point which saw the return to power of the Conservative Party on the basis of Margaret Thatcher's pledge to pursue a rigorous law and order policy¹⁰³. Managing to associate together the fight against crime and the struggle against the broader social disorder that followed her pursuit of free market economic policies, the 'Iron Lady' destroyed for more than a decade the credibility of the Labour Party on crime. At the same time in France, the electoral success of the National Front heralded the emergence of punishment and security as issues at the heart of political debate. And so the right in government hardened the tone of its discourse in turn. By presenting itself as being particularly tough on crime, it was able to mark its distance from the left of centre coalitions elected in 1981 and 1988 which were accused of weakness on the matter¹⁰⁴.

Seeing itself losing the battle for public opinion on the terrain of security, the British Labour Party and the French Socialist Party reacted by undertaking an ideological *aggiornamento* in the 1990s. Previously a subject of political division, law and order policies became a matter for competition, the fight against crime becoming a priority for all parties aspiring to govern. In the United Kingdom this transformation was a fundamental part of the remaking of the Labour Party under the leadership of Tony Blair. New Labour embraced themes of personal security that had previously been the monopoly of the Conservatives and began to

¹⁰³ M. Brake, C. Hale, *Public Order and Private Lives. The Politics of Law and Order*, London, Routledge, 1991.

¹⁰⁴ H. Rey, « La sécurité dans le débat politique », in L. Mucchielli, P. Robert (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, p. 25.

lay claim to being the party of law and order¹⁰⁵. A similar shift, though somewhat later in its timing, can be identified in the rhetoric of the French Socialist Party, whose political programme shows evidence of its conversion to the benefits of a rigorous crime policy¹⁰⁶.

Section 2. The punitive turn

Although the vigour of the parliamentary exchanges in the Palais Bourbon and in Westminster testify to the highly politicized nature of criminal justice reforms, there has been a noticeable convergence in political programmes. First, there have been growing similarities in the terms of discourse. Whether it be declarations of a ‘right to security’ in France¹⁰⁷ or the promise of ‘law and order’ in the United Kingdom¹⁰⁸, the language prioritising the fight against crime has become common to the main parties of government. Certain striking rhetorical devices have begun to appear on both sides of the Channel. Thus the expression ‘zero tolerance’ spans not only political divides but also national frontiers¹⁰⁹, while the slogan ‘tough on crime, tough on the causes

¹⁰⁵ D. Downes, R. Morgan, « No Turning Back: The Politics of Law and Order into the Millenium », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 201.

¹⁰⁶ L. Bonelli, *La France a peur. Une histoire sociale de l'« insécurité »*, Paris, La Découverte, 2008, p. 99 *et seq.*; see also S. Guinchard, « Une certaine idée de la sécurité et de la liberté en France à travers vingt ans de discours politiques sur le sentiment d'insécurité », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Paris, Litec, 2004, pp. 311-325.

¹⁰⁷ The new demand for security which permeated French political rhetoric was translated into a legislative affirmation of the fundamental nature of the right to security in 1995 (*art. 1^{er} de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité*). This affirmation has been taken up several times by the legislator. On this question, see M.-A. Granger, « Existe-t-il un ‘droit fondamental à la sécurité?’ », *Rev. sc. crim.*, 2009(2), p. 273.

¹⁰⁸ M. Ryan, *Penal Policy and Political Culture in England and Wales*, Winchester, Waterside Press, 2003, especially pp. 111-126.

¹⁰⁹ T. Newburn, T. Jones, « Symbolizing Crime Control: Reflections on Zero Tolerance », *Theoretical Criminology*, 2007, vol. 11(2), p. 221. On the cultural assimilation of this notion into French political discourse, see V. Gautron, *op. cit.*, p. 423.

of crime' has recently been borrowed from New Labour by the French Socialist Party¹¹⁰.

These figures of speech, now shared by the main parties of left and right, illustrate a profound change in the way crime is represented in political discourse. The acknowledgement of the social reality of crime has been translated into a dramatisation of its risks. The heightened language of menace, whether it be large-scale (terrorism attacks) or small (antisocial behaviour) is amplified by the mass media¹¹¹. It goes hand in hand with a declared determination to bring justice to victims, compassion for whom has become a characteristic emotional register in modern political debate¹¹². This empathy, however, does not extend to offenders. The ideal of rehabilitation has not disappeared entirely, but it has lost ground to the imperatives of crime control in the established

¹¹⁰ In 1997, Jean-Pierre Chevènement, then Minister of the Interior, made reference to the Labour Party during the Villepinte conference, *Des villes sûres pour des citoyens libres. Actes du colloque de Villepinte*, [Online], <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/villepinte.pdf> (last consulted 25 September 2009). It has since been regularly evoked within the socialist ranks. See for example *La sécurité à gauche !*, avril 2006, n°1, p. 1, [Online], <http://securite.parti-socialiste.fr/category/la-securite-a-gauche/> (last consulted 25 September 2009).

¹¹¹ R. Reiner, *Media Made Criminality. The Representation of Crime in the Mass Media*, in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *op. cit.*, pp. 302-337. Compare for France L. Bonelli, *op. cit.*, p. 205 *et seq.*, and R. Cario, « Médias et insécurité : entre droit d'informer et illusions sécuritaires », *Rec. Dalloz* 2004, Chron. 75.

¹¹² The recent Conservative manifesto on security like the last report of the Justice Commission of the Labour Party both evoked the aim of placing victims at the 'heart' criminal justice : compare the Conservative Party, *First policy green paper from the Security Agenda. Prisons with a Purpose*, p. 64 *et seq.*, [Online], <http://www.conservatives.com/tile.do?def=safer.greener.page> (last consulted 25 September 2009), and New Labour, *Partnership in power. Crime, Justice, Citizenship and Equalities*, p. 10 *et seq.*, [Online], http://www.labour.org.uk/crime_justice_citizenship_and_equalities_policy_commission (last consulted 25 September 2009). In France, during the last legislative elections, the programme of the UMP and that of the Socialist Party both envisaged the reform of the justice system to regain 'the respect of victims' (UMP) and 'restore their confidence' (PS) : compare *Le projet socialiste pour la France*, p. 16 *et seq.*, [Online], <http://projet.parti-socialiste.fr/> (last consulted 25 September 2009), and Union pour un Mouvement Populaire, *Contrat de législature*, p. 20, [Online], <http://www.ump-legislatives2007.fr/index.php?section=texte-projet> (last consulted 25 September 2009). On this themes, see below part III, chap. 2, section 1.

priorities of parties aspiring to government¹¹³. Reinforced by the emergence of criminological accounts, some of which emphasize the free will of criminals¹¹⁴ and others their irredeemable malice¹¹⁵, the ideology of the ‘punitive turn’ has a range of political and institutional consequences.

The collapse of the fundamental ideological divisions on law and order has not made the topic any less politically sensitive. On the contrary, over the last twenty years in France and the United Kingdom, the electoral importance of the fight against crime has reinforced penal populism¹¹⁶. As the slightest deviation from the orthodoxy of talking tough may be interpreted as a sign of indulgence in relation to criminals, political stances have tended to harden in the name of public protection. Certainly, the rhetoric aimed at the media is often more radical than the political programmes actually implemented. But nevertheless, to avoid opening oneself up to accusations of being soft on crime, parties compete to make promises of reform based on the idea that the electorate favours a law and order agenda. The result is that, on both sides of the Channel, the declared objective of responding better to the expectations of the public and victim is feeding a

¹¹³ It remains to be seen whether the Conservative/Liberal Democrat coalition elected in the UK in 2010 will reverse this trend. Driven in part by the perceived need to cut state spending by reducing the prison population, the relatively liberal Minister of Justice, Ken Clarke is talking more about rehabilitation. See the recent Government Green Paper, *Breaking the Cycle*, [Online], <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/breaking-the-cycle.pdf> (last consulted 11 June 2011). But his position is under attack both within the Conservative Party and the right-wing media.

¹¹⁴ D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, *op. cit.*, pp. 127-131. On the impact of these theories on the French intellectual debate, in similar terms see V. Gautron, *op. cit.*, pp. 371-379.

¹¹⁵ D. Melossi, « Changing Representations of the Criminal », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), especially p. 308-313. Also L. Mucchielli, « Penser le crime », in L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 453 *et seq.*

¹¹⁶ On the modern development of penal populism, compare for France, D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal* (Paris, Hachette, 2005), and for the United Kingdom (and the Anglo-American democracies generally) J.V. Roberts, L. J. Stalans, D. Indermaur, M. Hough, *Penal Populism and Public Opinion* (Oxford, OUP, 2003).

kind of legislative hyperinflation which in many cases leads to harder treatment for those convicted of criminal offences.

Chapter 2.

Expanding the procedural arsenal of the state

The shift towards a law and order agenda which has characterised French and British society has had an important impact on substantive criminal law and sentencing law. The tendency in France and England and Wales has been for an expansion in the range of criminal offences¹¹⁷ and increases in sentences¹¹⁸. The political drive towards crime control efficacy has also affected the law of procedure. It has been used to justify increased powers for the police (Section 1) and has led to the development of a range of procedurally simplified responses to deviance (Section 2).

Section 1. Reinforcing police powers

In England and Wales, a traditional presentation of the police officer has been as a ‘citizen in uniform’ armed only with the same legal prerogatives as any ordinary member of the public. This ideal, which has been a longstanding element of British political culture, has evaporated as the investigative powers of police forces have increased¹¹⁹. The Police and Criminal Evidence Act 1984 (henceforth PACE) represents an important turning point. Accompanied by detailed Codes of Practice, the Act

¹¹⁷ For England and Wales, see J. R. Spencer, «The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so Impenetrable?», *op. cit.*, p. 585. For France, compare J. Danet, «Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité», *Archives de politique criminelle*, 2003, vol. 25, especially pp. 52-59.

¹¹⁸ For England and Wales, see I. Dunbar, A. Langdon, *Tough Justice. Sentencing and Penal Policies in the 1990s*, London, Blackstone, 1998 ; A. Ashworth, E. Player, «Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions», *Modern Law Review*, 2005, vol. 68(5), especially pp. 822-825. For France, compare J. Danet, *op. cit.*, especially pp. 59-63.

¹¹⁹ On this evolution, see T. Newburn, R. Reiner, «From PC Dixon to Dixon PLC: Policing and Police Powers since 1954», *Criminal Law Review*, 2004, p. 101.

provided important procedural guarantees for the suspect¹²⁰, but at the same time strengthened the investigative and coercive powers of the police. This shift has been reinforced by a number of subsequent Acts¹²¹. Justified by the need to give police forces the means necessary to combat crime, undercover operations and the interception of telecommunications have been given a statutory basis, the legal preconditions for stop and search and arrest have been made more flexible, and the length of detention in police stations extended...

One can see a similar trend in French law where police prerogatives have increased regularly since the opening decade of the century¹²². The discretionary powers of the police have been extended, notably in relation to identity checks and arrest and detention and the preconditions for search and surveillance have been broadened. The Law of 9 March 2004, known as 'Perben II', represents the zenith of a series of reforms increasing police officers' investigative powers. Increasing their powers of constraint in ordinary cases¹²³, the Act went further in providing new legal means in the fight against 'organised crime'¹²⁴. The use of these new powers is subject usually to the agreement of the prosecutor, but in relation to the most intrusive interventions, their exercise requires the consent of the 'judge of liberties and of detention'. Despite this supervision by judges or prosecuting magistrates, this extension of police officers' investigative powers represents a profound shift in their procedural role.

Unlike the position in England and Wales, where one cannot really say that the extension of police powers has been at the expense of other institutions, in France this development

¹²⁰ See above part I, chap. 2, section 1, on the articulation of new guarantees in relation to procedural fairness in criminal justice.

¹²¹ See, amongst others, the Police Act 1997 and the Regulation of Investigatory Powers Act 2000. For a detailed list of the legislation which has increased police powers, see A. Sanders, R. Young, *Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 18.

¹²² S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, p. 63 *et seq.*

¹²³ M. Schwendener, « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », in J. Danet (dir.), *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, 2004, p. 285.

¹²⁴ On this concept, see E. Vergès, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *Actualité Juridique Pénal*, 2004(5), p. 181.

threatens the role, already marginalized, of the examining magistrate (*le juge d'instruction*) in relation to offences that go before the middle-ranking courts (*les tribunaux correctionnels*). The effect is to shift the balance of the system away from judicial to police investigation, with potentially profound effects on the pre-trial preparation of criminal cases¹²⁵. Thus effects on the balance of criminal procedure are not the same in the two jurisdictions, but they generate the same concerns about the effectiveness of guarantees protecting suspects during investigations¹²⁶. This increase in investigative powers poses questions about the application in practice of the adversarial principle (which presupposes a certain equality of investigative arms). But equally it poses questions about the inquisitorial principle and the effectiveness of the state's search for exculpatory, as well as inculpatory, evidence. In both cases, the risk of this tendency is increased by the developing range of simplified procedures by which criminal cases are dealt with without the question of guilt being determined at trial.

Section 2. Diversifying the penal response

Whether they represent new ways of processing criminal cases or alternatives to criminal prosecution, simplified procedures involve the accused consenting¹²⁷ to less formal proceedings and less demanding evidential requirements. Some of these procedures aim to give greater recognition to victims, such as the 'restorative justice' approach¹²⁸, which seeks to involve victims in resolving

¹²⁵ J. Danet, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *op. cit.*, p. 52.

¹²⁶ Compare for France C. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 2003(3), p. 644, and for England and Wales, E. Cape, « Police Bail and the Decision to Charge: Recent Developments and the Human Rights Deficit », *Archbold News*, 2007(7), p. 6.

¹²⁷ Hence the expression 'negotiated justice' which is frequently used to indicate informal methods for responding to offences. For a general comparative approach, see F. Tulkens, Y. Cartuyvels, I. Wattier, « Negotiated Justice », in M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, *op. cit.*, p. 688.

¹²⁸ This can be the case with mediation in France or conditional cautions or referral orders (for minors) in England and Wales.

the issues raised by the offence. But the common aim of all these procedures is to guarantee an effective but simple response to crime in cases that would probably otherwise have been dropped or resulted in an uncertain outcome at trial. Given the demand for crime control in both jurisdictions, it is not surprising that these kinds of 'negotiated justice' have been extended by recent reforms.

In England and Wales, diversion is not a new phenomenon. The police have for many years made extensive use of cautioning especially in relation to young people and first-time offenders¹²⁹. But such practices, which remove a substantial proportion of cases from the courts, have been extended recently by the Criminal Justice Act 2003. This Act makes provision for conditional cautions, by which suspects who accept their guilt may be offered a caution rather than prosecution, provided that they agree to make reparation, to pursue some rehabilitative course of action, or even to accept the imposition of a punitive measure¹³⁰. But it is guilty pleas that are the key to 'negotiated justice' in England and Wales. For many years, the promise of a reduction in sentence or the dropping of certain charges has encouraged defendants to accept their guilt at trial. Although such practices had increasingly been recognised in case-law¹³¹, it was only in the 1990s that they were given a statutory basis¹³² and later set out in

¹²⁹ G. Dingwall, C. Harding, *Diversion in the Criminal Process*, London, Sweet & Maxwell, 1998, especially pp. 98-119.

¹³⁰ The power to give a conditional caution with punitive dimension was granted in the Criminal Justice Act 2003. For a critical analysis of this measure, see Ian Brownlee, «Conditional Cautions and Fair Trial Rights in England and Wales: Form versus Substance in the Diversionary Agenda?», *Criminal Law Review*, 2004, p. 129.

¹³¹ *R v. Turner* [1970] 2 QB. Also see *R v. Cain* [1976] Crim LR 464, and *R v. Goodyear* [2005] EWCA Crim 888.

¹³² The first statutory recognition of the sentencing advantages of guilty pleas dates from 1994 (s.48, Criminal Justice and Public Order Act 1994). Later set out in s. 152, Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, and s. 144, Criminal Justice Act 2003.

sentencing guidelines¹³³, with the aim of increasing the number of suspects processed in this way¹³⁴.

Given how recently they were introduced in France, the development there of forms of negotiated justice in criminal cases has been even more remarkable. An exceptional practice until the 1990s, the use of alternatives to prosecution came to occupy, in a very short space of time, an important role in dealing with offences and seems destined to develop further¹³⁵. A variety of procedures have been added to *classement sans suite* (the equivalent of no further action): *rappel à la loi* (caution), *classement sous condition*, *injonction thérapeutique*, *médiation* or *composition pénale* (all essentially forms of conditional cautioning). Each of these can be used by public prosecutors to provide a response to offences that they do not think require a decision by a court¹³⁶. Recently the *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (a court appearance following a prior recognition of culpability) has been added to the range of possible responses¹³⁷. This is a procedure whereby the prosecutor can propose a (reduced) sentence to a person accused of certain middle-ranking offences (*delits*) if he or she agrees to accept guilt. Sometimes (misleadingly) labelled plea-bargaining *à la française*, the proposed sentence must be ratified by a judge after public hearing of the case. 'Negotiated justice' provides a way of responding more systematically, if not necessarily more severely, to criminal offences. It enhances the role of the prosecutor while, at the same time, posing questions about the effective exercise of defence

¹³³ See the sentencing principles set out by the le Sentencing Guidelines Council, *Sentencing Guideline Revised 2007. Reduction in Sentence for a Guilty Plea*, [Online], <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/council/final.html> (last consulted 25 September 2009); and the original version set out in 2004 (same URL).

¹³⁴ A. Sanders, R. Young, *Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 440.

¹³⁵ See the conclusion of the report by S. Guinchard to the Minister of Justice, 27 June 2008, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, especially Title 2: « Déjudiciarisation en matière pénale », [Online], <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000392/0000.pdf> (last consulted 25 September 2009).

¹³⁶ See notably articles 41-1 *et seq.* of the Code of Criminal Procedure.

¹³⁷ Arts. 495-7 *et seq.* of the Code of Criminal Procedure. On this process see the dossier devoted to it in *Actualité Juridique Pénale* in 2005 (n° 12), p. 433 *et seq.*

rights¹³⁸. But it is a development that reflects a new emphasis on administrative efficiency in legal processes.

¹³⁸ B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense », *Rec. Dalloz* 2005, Chron. 2041.

PART III

ADMINISTRATIVE MODERNISATION

In so far as the modernisation of criminal justice institutions aims to improve the functioning of the criminal process, it might appear simply to be a response to the demand for more effective crime control. But it cannot be reduced to that. Reforms of the state are evident across the whole of public administration and are not limited to legal institutions. The political project of state modernisation developing on both sides of the Channel is leading to a total rethinking of the administration of criminal justice, including practices far from the process of punishment itself (Chap. 1). The organisational and procedural implications of this modernising design are no less profound (Chap. 2).

Chapter 1. The modernisation of legal institutions as a political project

The criminal justice system has not escaped the crisis of the welfare state that has developed since the 1970s. Constructed to provide a new legitimacy to administration action, the political project of modernising state institutions extends to all public services, including the criminal justice system. The various programmes to reform the state that have been introduced in France and in the United Kingdom over the last 30 years have developed in very different contexts (Section 1), but seem to envisage the reform of criminal justice in very similar terms (Section 2).

Section 1. Contexts of reform

The ideological critiques which advocated a reduction in the scope of state action and a rethinking of the principles of administrative action first found political expression in Great

Britain¹³⁹. Margaret Thatcher came to power in 1979 aiming to subject British state bureaucracy to the rigours of the ‘three Es’ – economy, efficiency and effectiveness¹⁴⁰. In particular, new techniques of administrative management borrowed from the private sector have been introduced into the process of delivering various public services (New Public Management)¹⁴¹. Because of its distinctive organisational and constitutional characteristics, criminal justice was affected rather later by this movement¹⁴². Nevertheless, during the 1980s and 1990s, the new British neo-liberals gradually managed to introduce a managerial rationality into the heart of the criminal justice system¹⁴³. The coming to power of New Labour did not change this trend: in order better to justify its policy of investment in public services, under the banner of ‘modernisation’ the new government effectively took on and adopted as its own the managerial rationality developed within the Conservative Party¹⁴⁴.

In France, discussion of the resources, organisation and methods of the legal system took place within a significantly different environment. Although the reform of the state came onto the political agenda at roughly the same time as in the United

¹³⁹ J. Chevallier, *Science administrative*, 4^e éd., Paris, PUF, 2007, p. 214.

¹⁴⁰ In 1979, the Conservative Party manifesto promised taxpayer ‘Better Value for Money’ thanks to a rigorous programme of state reform based on the ‘reduction of waste, bureaucracy and over-government’: Margaret Thatcher Foundation, *Conservative General Election Manifesto 1979*, [Online], <http://www.margaretthatcher.org/archive/displaydocument.asp?docid=110858> (last consulted 25 September 2009).

¹⁴¹ C. Hood, « A Public Management for All Seasons? », *Public Administration*, 1991, vol. 69(1), p. 3.

¹⁴² A. James, J. Raine, *The New Politics of Criminal Justice*, London, Longmans, 1998, p. 33.

¹⁴³ For an overview, P. Senior, C. Crowther-Dowey, M. Long, *Understanding Modernisation in Criminal Justice*, Berkshire, Open University Press, 2007.

¹⁴⁴ E. McLaughlin, J. Muncie, G. Hughes, « The Permanent Revolution: New Labour, New Public Management and the Modernization of Criminal Justice », *Criminal Justice*, 2001, vol. 1(3), p. 301; and going beyond criminal justice, Y. Ahmad, M. Broussine, « The UK Public Sector Modernization Agenda. Reconciliation and Renewal ? », *Public Management Review*, 2003, vol. 5(1), p. 45.

Kingdom¹⁴⁵, at first it took a much less radical form, which advocated the adaptation of public services to socio-economic developments rather than a fundamental questioning of underlying assumptions¹⁴⁶. In this more consensual context, the administrative modernisation of justice was very quickly placed at the top of the reform agenda for various reasons¹⁴⁷. On the one hand, the Ministry of Justice saw this modernising project as a powerful means of institutional self-legitimation at a time when its traditional role was being threatened¹⁴⁸. On the other hand, criminal justice reform was a prime area for members of the National Assembly to assert their authority¹⁴⁹. Aided by the re-emergence of a recurring debate amongst French elites on the role and functioning of the legal system as a public service¹⁵⁰, the coming together of these drivers of reform enabled a modernising design for criminal justice to emerge.

Thus the political project of reform of public administration in general, and of criminal justice in particular, emerged on both sides of the Channel. Driven by the neo-liberal wing of the Conservative Party in the United Kingdom, modernisation was conceived as something aimed at Whitehall and a state bureaucracy perceived to lack accountability and to be driven by self-interest¹⁵¹. In France, where the political influence of

¹⁴⁵ P. Bezes, « Publiciser et politiser la question administrative: Généalogie de la réforme néo-libérale de l'État dans les années 1970 », *Revue française d'administration publique*, 2006(4), vol. 120, p. 721. And for an overview, see by the same author, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris, PUF, 2009.

¹⁴⁶ See the introduction (p. 625) and conclusion (p. 777) by M.-O. Baruch of the special issue of the *Revue française d'administration publique* devoted to the 'genealogies' of state reform (cited in previous footnote).

¹⁴⁷ For a general perspective on the political context of the modernisation of the justice system in France, see A. Vauchez, L. Willemez, *op. cit.*

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 23 *et seq.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 71 *et seq.*

¹⁵⁰ See for example, D. Soulez-Larivière and H. Dalle (dir.), *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Robert Laffont, 2002.

¹⁵¹ J. Clarke, J. Newman, *The Managerial State. Power, Politics and Ideology in the Remaking of Social Welfare*, London, Sage, 1997, chap. 3: « A Change for the Better? The Tyranny of Transformation ».

administrative elites is much greater, reform was organised by top state servants after close consultation with the courts and legal professions¹⁵². Yet despite these marked differences, the administrative transformation of criminal justice was envisaged in very similar terms in the two jurisdictions¹⁵³.

Section 2. Managerial rationality

In France, as in England and Wales, the policy of criminal justice modernisation was not conceived as a predefined programme. It was more a range of technical solutions developed in response to a range of individual functional difficulties that were identified. Report after report was commissioned by the public authorities to resolve particular problems and gave rise to the development of principles for action that could be used as tools to improve the administration of justice¹⁵⁴. On both sides of the Channel this process was presented as being resolutely pragmatic. Yet it emerged from within an ideological framework defined by a vocabulary hitherto foreign to legal thinking. The criminal justice system was now to be thought of in terms of the management of flows and throughputs, cost optimization and consumer satisfaction. In the name of increased administrative efficacy, the idea is to improve the productivity of the criminal

¹⁵² On the 'methods' of the reform see L. Cadet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, especially p. 79 *et seq.*

¹⁵³ On the uniformity and homogeneity of the process of administrative modernisation undertaken in European countries despite the very varied situations faced by them, see G. Timsit, « Critique de la gestion pure : la gestion du changement dans le secteur public des pays d'Europe occidentale », *Revue internationale de politique comparée*, 2004(2), vol. 11, p. 293.

¹⁵⁴ For a rapid, non-exhaustive, view of this extensive 'grey' literature, compare for the United Kingdom the website of the Department for Constitutional Affairs (<http://www.dca.gov.uk/publications.htm>, last consulted 30 May 2008) and that of the new Ministry of Justice (<http://www.justice.gov.uk/publications/publications.htm>, last consulted 30 May 2008), and for France, see the library of public reports (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports/index.shtml>, last consulted 25 September 2009).

justice system by introducing greater managerial rationality¹⁵⁵ and speeding up procedures¹⁵⁶. Thus above all, the modernisation of justice means the reinforcement of its economic rationality¹⁵⁷.

The introduction of management techniques in criminal justice was both earlier and more explicit in England and Wales than it was in France. Thus since the 1980s the principal commissions and working parties have always been asked to consider managerial issues in their reports.¹⁵⁸ Furthermore, because the ideological context was strongly shaped by economic neo-liberalism, some of the criminal justice functions of the state were privatised quite early on in the process of reform¹⁵⁹, particularly prison and probation services and evaluation studies¹⁶⁰. The search for productivity was set out openly as being

¹⁵⁵ Compare the Ministry of Justice, *Local Criminal Justice Board effectiveness. A national survey into effective performance management and local performance*, 2008, [Online], <http://www.justice.gov.uk/publications/research290208.htm> (last consulted 25 September 2009); and the Commission des finances du Sénat, *La justice. De la gestion au management ? Former les magistrats et les greffiers en chef*, 2006, [Online], <http://www.senat.fr/rap/r06-004/r06-004.html> (last consulted 25 September 2009).

¹⁵⁶ Compare the joint report of Home Office, Department for Constitutional Affairs, Attorney General's Office, *Delivering Simple, Speedy, Summary Justice*, 2006, [Online], http://www.dca.gov.uk/publications/reports_reviews/delivery-simple-speedy.pdf (last consulted 25 September 2009) and J.-C. Magendie *et al.*, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, report to the Ministry of Justice, 6 September 2004, [Online], <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml> (last consulted 25 September 2009).

¹⁵⁷ Generally on the penetration of economic rationalities into Western legal systems, see H. Fix-Fierro, *Courts, Justice and Efficiency. A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2003.

¹⁵⁸ The last two Royal Commissions to be asked to inquire into criminal justice (Sir Philips' Royal Commission on Criminal Procedure and Viscount Runciman's Royal Commission on Criminal Justice) were asked to proceed on the basis of criteria relating to the efficiency of the legal system. The same was true of Lord Justice Auld's report for the Lord Chancellor in 1999. On this point see M. Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 155-156. And more particularly on the Runciman Commission report, see S. Field, P.A. Thomas, « Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice », *Journal of Law and Society*, 1994, 21(1), p. 1.

¹⁵⁹ See at the end of the 1980s, R. Matthews (ed.), *Privatizing Criminal Justice*, London, Sage Publications, 1989.

¹⁶⁰ C. Jones, « Auditing Criminal Justice », *British Journal of Criminology*, 1993,

at the heart of the policy of modernisation. This is clearly demonstrated by the official internet site introducing the criminal justice system in England and Wales which publishes league tables of local criminal justice agencies based on key performance indicators¹⁶¹. Following the logic of the 'new public management', which seeks to import management techniques from the private sector into the public, the aim was to create competition between local state agencies and services by directing additional finances towards the most 'efficient'¹⁶².

Reforms of the administration of justice in France began later and relied initially on very different kinds of representations of the process. The image of the service user was preferred to that of the consumer or customer¹⁶³ and the language of public service quality to that of performance or productivity¹⁶⁴. Nevertheless the use of new evaluation tools¹⁶⁵ which enable the quantification of criminal justice performance¹⁶⁶ has gradually developed. Seen as the entrepreneurial provision of legal services by some

vol. 33(2), p. 187. More generally, on the development of audit processes in the public sector in England and Wales, see M. Power, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford, OUP, 1997, especially p. 41 *et seq.*

¹⁶¹ <http://www.cjsonline.gov.uk>

¹⁶² See for example the recent developments in relation to youth justice discussed by R. Smith, *Youth Justice. Ideas, Police and Practice*, London, Willan, 2003, especially pp. 83-89.

¹⁶³ T. Delpuech, L. Dumoulin, « La justice : émergence d'une rhétorique de l'usager », in P. Warin (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 103.

¹⁶⁴ On this new concept in discussions by legal scholars, see notably the edited collection, M.-L. Cavrois, H. Dalle, J.-P. Jean, *La qualité de la justice*, Paris, La Documentation française, 2002. See also the proceedings of the Poitiers conference (8 and 9 March 2007) devoted to *la qualité des décisions de justice*, edited by P. Mbongo, [Online], <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf> (last consulted 25 September 2009).

¹⁶⁵ V. Gautron, « L'évaluation de la politique criminelle : des avancées en trompe-l'œil », *Archives de politique criminelle*, 2008, vol. 30, p. 201.

¹⁶⁶ E. Breen, « Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques », in E. Breen (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 26. On this question, see A. Vauchez, « Le chiffre dans le "gouvernement" de la justice », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 111.

high-ranking judges¹⁶⁷, the administration of justice is now thought of in the light of the structural and budgetary constraints within which it must operate¹⁶⁸. This approach was pushed much further by the Organic Law of 1 August 2001 on Finance Legislation¹⁶⁹ which requires the identification of objectives for all state programmes of action and the construction of tools of measurement to evaluate the actions of government agencies on an ongoing basis¹⁷⁰. The application of this new finance measure to police forces and courts¹⁷¹ has finally begun to subject the whole of the criminal justice system to a culture of results very similar to that governing such matters in the United Kingdom. Bringing, as it does, real pressure on the whole legal apparatus¹⁷², this modernising logic has important procedural consequences.

¹⁶⁷ S. Rozès, « Une entreprise en activités judiciaires », *Revue française d'administration publique*, 1991, vol. 57, p. 5.

¹⁶⁸ P. Estoup, « La gestion d'une Cour d'appel », *Revue française d'administration publique*, 1991, vol. 57, p. 29.

¹⁶⁹ *Loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF)*. An 'organic law' is one that touches matters of constitutional importance and so the *Conseil Constitutionnel* must consider its constitutionality before its promulgation.

¹⁷⁰ On this question, see vol. 117 (2006) of the *Revue française d'administration publique* devoted to 'budget reforms and state reforms'.

¹⁷¹ D. Marshall, « L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) sur les juridictions », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 121.

¹⁷² J.-P. Jean, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *Actualité Juridique Pénal*, 2006(12), p. 473.

Chapter 2.

Procedural consequences of administrative modernisation

The policies of administrative modernisation adopted in France and England and Wales in the realm of criminal justice have been shaped by very different administrative cultures and political contexts. Yet they are based on similar values: in both jurisdictions, consumerism (Section 1) has become a new orthodoxy in the legal domain justifying the search for efficiency (Section 2). However these values affect systems of criminal procedure in very different ways, depending on national legal traditions and their specificities¹⁷³.

Section 1. Consumerism

The relationship between policies of administrative modernisation and the new focus on the needs and interests of public service users, including users of legal services, is fundamental and linked to the general development of consumerism. In order to respond to the claims of victims and their associations and to improve public confidence, criminal justice institutions are increasingly managed like service industries aiming to satisfy their customers¹⁷⁴. From the renovation of infrastructures to the introduction of improved public information services, a range of programmes have sought to improve the openness and accessibility of legal institutions. At first, this service ethic was peripheral to the core of criminal process. But now it has begun to impact on procedure itself. Although this is true on

¹⁷³ For the English perspective, see J.W. Raine, M.J. Wilson, «Beyond Managerialism in Criminal Justice», *The Howard Journal*, 1997, vol. 36(1), p. 80.

¹⁷⁴ D. Kaminski, «Troubles de la pénalité et ordre managérial», *Recherches sociologiques*, 2002, vol. 33(1), p. 96.

both sides of the Channel¹⁷⁵, this last development has been more evident in French law, which has for many years allowed victims to become ‘civil parties’ to criminal proceedings and initiate prosecutions by the state if the public prosecutor fails to do so¹⁷⁶. Although victims retain the right of private prosecution in England and Wales¹⁷⁷, they have traditionally had no participation rights in state prosecutions.

In England and Wales, the neo-liberal emphasis in the process of administrative modernisation is evident in the way that initial efforts, in the 1980s, to improve the situation of those affected by criminal proceedings was delegated to civil society through massive public financing of the voluntary association *Victim Support*. But quite quickly, the process led to a policy of service improvement in relation to the work of the various state agencies involved in criminal justice¹⁷⁸. The publication in England and Wales of a Code of Practice for Victims of Crime is an illustration of this¹⁷⁹. Given that it is not directly enforceable by the courts, this document does not really create new legal rights for victims¹⁸⁰, but it does set out obligations for the police,

¹⁷⁵ See for England and Wales, D. Downes, *Constructing Victims' Rights. The Home Office, New Labour and Victims*, Oxford, Clarendon Press, 2004. Compare for France the reflections of F. Bellivier and C. Duvert, « Regards pluridisciplinaires sur les victimes », *Archives de politique criminelle*, 2006, vol. 28, p. 3 *et seq.*

¹⁷⁶ Cass. crim., 8 déc. 1906, *Dalloz Périodique*, 1907, I, p. 207. On the origins and consequences of the case, see J. Brouchet, « L'arrêt Laurent-Athalin, sa genèse et ses conséquences », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1965, p. 412.

¹⁷⁷ On the limits to the right of private prosecution, see A. Sanders, R. Young, *op. cit.*, p. 379.

¹⁷⁸ D. Brown, « How does England Incorporate the Results of Public Opinion Surveys on the Administration of Justice? », in S. Parmentier *et al.* (eds.), *Public Opinion and the Administration of Justice*, Brussel, Politeia, 2004, especially p. 181 *et seq.*

¹⁷⁹ The Code of Practice for Victims of Crime replaced the Victim's Charter, established in 1990, which formed the law-related part of the broader Citizens' Charter launched by John Major. On the limits of this initiative, see B. Williams, « The Victim's Charter: Citizens as Consumers of Criminal Justice Services », *The Howard Journal*, 1999, 38(4), p. 384 and H. Fenwick, « Rights of Victims in the Criminal Justice System: Rhetoric or Reality? », *Criminal Law Review*, 1995, p. 843.

¹⁸⁰ A. Sanders, R. Young, *op. cit.*, p. 658.

prosecutors and courts in providing information and support. This institutional concern to treat those involved in the criminal justice system better has also led to changes in the traditional forms of the criminal trial. Initially this involved the introduction of the use of video technology so that vulnerable witness no longer needed to be physically present in the courtroom¹⁸¹. More recently, exceptions to the hearsay rule (often seen as central to the oral English tradition), have allowed the pre-trial statements of witnesses to be admitted where they have certain good reasons for not being present at trial (for example that they are mentally unfit or in fear)¹⁸². And victims, who until now have had no participation rights in English criminal procedure¹⁸³, can now express their feelings about the crime and its impact on them through a formal declaration (victim personal statement)¹⁸⁴.

In France, at first it was the search for ‘proximity’, to bring the justice system and its users closer together, that served as a guide for improvement in relationships. As in the United Kingdom, a network of private associations (INAVEM) became involved in delivering victim support, although it did not replace the role of the state, which continued to be seen as the essential guarantor of the quality of the administration of justice. *Les Maisons de la justice et du droit* are an illustration at the local level of this new emphasis. These urban centres for the provision of legal advice and victim support and the organisation of victim-offender

¹⁸¹ Testimony in chief can be pre-recorded. The vulnerable witness must still be available for cross-examination but that cross-examination could be conducted by live television link: see generally ss. 16-33 Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999. A provision for introducing video evidence of pre-recorded cross-examination has never been brought into force (s. 28).

¹⁸² The admissibility of hearsay evidence has been extended by the Criminal Justice Act 2003, notably (s. 116) to witnesses legitimately in fear: in ‘criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if (...) through fear the relevant person does not give (...) oral evidence in the proceedings’.

¹⁸³ A. Martini, «La victime en Angleterre : une formidable absente, partout présente», in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, p. 47.

¹⁸⁴ For a critical presentation, see I. Edwards, «An Ambiguous Participant: the Crime Victim and Criminal Justice Decision Making», *British Journal of Criminology*, 2004, vol. 44(6), p. 967.

mediation, were given state support from 1998 to assist in bringing the application of criminal policy closer to the population¹⁸⁵. More recently, the creation of a judge specifically charged with looking after the rights of victims (*le juge délégué aux victimes*)¹⁸⁶ testifies to the enduring French tradition of the paternalist state¹⁸⁷. Alongside this reinforcement of state provision for the support of individuals affected by crime, there has also been a movement to involve them in decision-making, which has been described by some French commentators as the ‘privatisation’ of criminal justice¹⁸⁸. From involvement in alternatives to prosecution, through judicial investigation, to the implementation of sentences, both the legal rights and the role of victims have developed¹⁸⁹. Satisfying the needs of those affected by criminal acts and implementing the rights of victims are seen as going together: these two objectives are both invoked to justify the integration of concerns for efficiency into the criminal justice system.

Section 2. Efficiency

Reducing the number of courts, rationalisation of their administrative management and changes in their composition are mechanisms that have been used on both sides of the Channel to improve the productivity of the criminal justice system. Despite their similarities, these organisational changes have been introduced into very different institutional landscapes. For some time in France, where the power of the Ministry of Justice is

¹⁸⁵ For a genealogy of this penal policy, see A. Wyvekens, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997.

¹⁸⁶ *Décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes.*

¹⁸⁷ C. Jamin, « Avocats et juge délégué aux victimes : les méfaits de l'État paternel », *Rec. Dalloz* 2007, Chron. 2228.

¹⁸⁸ X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2002(2), p. 246. Similarly, Y. Benhamou, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *Rec. Dalloz* 2003, Chron. 2771 ; and J. Volf, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G* 2004, I, 146.

¹⁸⁹ M. Méchin, « Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *op. cit.*, p. 104.

substantial, its plans for redesigning the jurisdictional map of local courts have provoked much resistance¹⁹⁰. In England and Wales, there has been a tradition of local decentralised management of Magistrates' courts¹⁹¹. But the management of the courts has been recently unified under the control of a new executive agency and its professional managers (Her Majesty's Courts Service, HMCS)¹⁹². In France it is the magistrates themselves who perform the administrative functions¹⁹³. There are also differences in the legal personnel to be managed. In England and Wales, a single professional judge presides over the Crown Court and its jury while a bench of lay magistrates generally sits in the Magistrates' Court (though there have been for some time professional magistrates, now known as district judges, who sit alone in the most serious or complicated cases coming before the Magistrates' Court)¹⁹⁴. In France, the principle of *collégialité* traditionally required that most criminal cases be judged by a bench of three (professional) judges. But in recent years the single judge has become more common¹⁹⁵. These differences between the jurisdictions cannot conceal the development that is common to them both, namely a radical shift towards a managerial rationality which aims to reduce costs and increase efficiency and which calls into question cultural specificities in the organisation of courts.

¹⁹⁰ On the recent reform of criminal courts' jurisdictions in France (*la réforme de la carte judiciaire*) and on the resistance it provoked, see the dossier on the subject in *Actualité Juridique Pénale*, 2007(12), p. 507 *et seq.*

¹⁹¹ B. Fitzpatrick, P. Seago, C. Walker, D. Wall, « New Courts Management and the Professionalisation of Summary Justice in England and Wales », *Criminal Law Forum*, 2000, vol. 11(1), especially pp. 2-8 and pp. 11-12.

¹⁹² John W. Raine, « Modernising Courts or Courting Modernisation? », *The International Journal of Public Sector Management*, 2000, vol. 13(5), p. 405. See also B. Fitzpatrick, P. Seago, C. Walker, D. Wall, *op. cit.*, pp. 9-11.

¹⁹³ J.-P. Jean, « Le chantier ouvert des réformes de la justice », *Revue française d'administration publique*, 2008, vol. 125, especially pp. 11-12.

¹⁹⁴ P. Seago, « The Development of the Professional Magistracy in England and Wales », *Criminal Law Review*, 2000, pp. 631-651.

¹⁹⁵ Y. Strickler, « Le juge unique en procédure pénale », *Petites Affiches*, 18 fév. 2002, n° 35, p. 9 ; similarly J. Danet, « Le juge unique en procédure pénale », in L. Cadet, L. Richer, *op. cit.*, p. 150.

How is the aim of efficiency beginning to affect criminal process? On both sides of the Channel we are witnessing the development of practices designed to quicken the throughput of cases. In France, the concept of treating cases as quickly as they arise (*'traitement en temps réel'*) is having an impact throughout the court system¹⁹⁶. In England and Wales, the adoption of the principle of 'co-location' has seen police and Crown Prosecutors working from the same premises¹⁹⁷, and where this is not possible, the maintenance of 24 hour telephone links with duty prosecutors¹⁹⁸. These innovations speak of a concern for speed and efficiency which is giving prosecutors increasing power within the criminal justice system. Clearly one cannot push the similarities too far. The French public prosecution service, which now represents the 'control tower'¹⁹⁹ of French criminal justice, is centuries old and controlled by professional magistrates. The Crown Prosecution Service was established in 1985 as a Government Department employing solicitors and barristers to filter and prosecute offenders charged by the police. But despite their differences, these institutions have in common that they are hierarchical organisations. This means that demands for increased efficiency from central executive or political authorities can be imposed effectively on the whole institution. From this perspective, the reinforcement of prosecution power and influence over the last few years can be seen as enabling a managerial response to the new demands for administrative efficiency²⁰⁰. The new powers of the CPS are reflected in the diminished role of the police, still highly decentralised in England

¹⁹⁶ For a global socio-legal analysis of this procedural phenomenon, see B. Bastard, C. Mouhana, *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, 2007.

¹⁹⁷ Glidewell Working Group, *An Early Assessment of Collocated Criminal Justice Units*, 2001, [Online], <http://www.cps.gov.uk/Publications/research/collocjus.html> (last consulted 25 September 2009).

¹⁹⁸ This service, called CPS Direct, has its own website [Online], <http://www.cps.gov.uk/direct/> (last consulted 25 September 2009).

¹⁹⁹ The expression is that of J.-P. Jean, *Le système pénal*, *op. cit.*, p. 59.

²⁰⁰ On this question, see the collection edited by J.-M. Jehle and M. Wade, *Coping with Overloaded Criminal Justice System. The Rise of the Prosecutorial Power Across Europe*, Heidelberg, Springer, 2006.

and Wales, while the rise of the prosecutor in France has been at the expense of the *juges du siège*, investigating and adjudicating judges with constitutionally guaranteed independence. Thus in both jurisdictions these developments make it easier to introduce a managerial culture into the criminal process.

There are also signs that the search for efficiency in criminal process is bringing the two jurisdictions together by qualifying established procedural practices. There is an established tradition in England and Wales of abbreviated procedures where there is a guilty plea. But recently, a relatively similar process, based on the accused accepting guilt in exchange for a reduced sentence, has been introduced in France (CRPC)²⁰¹. This can be seen as a move towards greater party autonomy in determining the scope of the dispute and a move away from traditional inquisitorial assumptions about criminal process as the search for the truth by the state. But on the other hand, English judges have recently been asked to become the drivers of pre-trial criminal process in the form of a new responsibility for case management. This in turn represents a qualification of traditional English adversarial assumptions about the judicial role as being largely passive in the pre-trial process²⁰². This development was part of a codification of

²⁰¹ On the increasing importance of consent in relation to the penal sanction, see C. Ambroise-Castérot, « Le consentement en matière pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, especially p. 37 *et seq.*, and the bibliography. Similarly, see the chapter by M. van de Kerchove in the collection edited by D. Hiez and S. Chassagnard-Pinet, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008.

²⁰² On the introduction of case management in English criminal justice and the challenge it represents to adversarial procedure logic, see J. McEwan, « Co-operative Justice and the Adversarial Criminal Trial: Lessons from the Woolf Report », in S. Doran, J. Jackson (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 171. On the rules of case management as established by the recent partial codification of criminal procedure, see P. Plowden, « Case management and the Criminal Procedure Rules », *New Law Journal*, 2005, 155, p. 416. Similarly, for a comparative perspective on case management in civil matters, L. Cadet, « Case management judiciaire et déformalisation du droit », *Revue française d'administration publique*, 2008, vol. 125, p. 133.

criminal procedure²⁰³ which declared it to be a key institutional objective and judicial responsibility to deal with cases ‘efficiently and expeditiously’²⁰⁴. This clearly demonstrates the way that the search for efficiency can lead to a coming together of legal traditions, both in relation to procedural forms and the legal sources that define them.

²⁰³ J.R. Spencer, « Codifying Criminal Procedure », *Criminal Law Review*, 2006, p. 279. But see by the same author, « Codifying Criminal Procedure - R.I.P.? » *Criminal Law Review*, 2007, p. 331.

²⁰⁴ Criminal Procedure Rules 2010, Part 1 – The Overriding Objective, rule 1.1.1(e).

CONCLUSION

What does this comparison of recent transformations in criminal justice in France and England and Wales reveal? The first point to emphasize is that the incessant pace and massive scale of these reforms indicates the development of a changing relationship with tradition in criminal process. The second is to note that procedural approaches and institutional forms that have historically been very different seem to be showing increasing signs of similarity. The third observation is that the political visions that underpin change, with all their contradictions and tensions, are equally shared on both sides of the Channel.

A changing relationship with tradition

Although criminal justice reforms in France and England and Wales have taken place in different contexts and in different forms, they share a common dynamism and energy. Constant and profound changes reveal a similar shift in the way law is formulated and its timelines. Instead of a concept of legal rules as a source of stability, the proliferation of procedural innovations is part of a general process of legislative acceleration and inflation in criminal justice²⁰⁵. Institutional reforms and normative shifts signal a transformation in the relationship with legal tradition, whether it be conceived in terms of particular bodies of knowledge or practices²⁰⁶ or broader images and assumptions about the nature of law²⁰⁷. Clearly legal tradition remains omnipresent: 'it permeates legislation, its drafting, interpretation,

²⁰⁵ On this transformation, see Y. Cartuyvels, F. Ost, *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Bruxelles, Fondation Roi Baudoin, 1998, especially the 4th part: « La crise du lien social et la crise du temps pénal : la justice pénale peut-elle contribuer à instituer la société ? », notably. p. 93 *et seq.*

²⁰⁶ On the meanings of tradition, see J. Bell, « De la culture », in P. Legrand, *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 253.

²⁰⁷ On legal tradition as process of transmitting normative information, see H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, *op. cit.*, especially chap. 1: « A Theory of Tradition? The Changing Presence of the Past ».

application and critique²⁰⁸. But the contemporary world rejects continuity. Rapid shifts in English and French procedure, which call into question some of the essential characteristics of our respective models of justice, show evidence that the role of the past in law is changing. If domestic legal traditions still influence our legal images and practices, we are increasingly looking beyond them: 'an object of knowledge for some, a source of theoretical curiosity or a hobby for others, the past no longer provides us with origins and roots'²⁰⁹. This 'neutralisation of the past' is a historical innovation of our times that has enabled the rapid coming together of forms of legal administration in France and England and Wales.

Rapprochement and convergence of English and French criminal procedure

The conceptual distinctions that have led researchers to identify systematic differences in French and English criminal procedure are beginning to lose their explanatory force²¹⁰. The characteristic differences that once clearly separated French and English criminal justice have been eroded as both have experienced simultaneous shifts in recent years. However it is important to recognise the complexities of the underlying processes. Legal harmonisation, in the sense of a formal process of integration between the legal systems²¹¹, offers only a limited explanation of the emergence of similar developments in English and French criminal procedure. Certainly there is a political project, evident in the development of European criminal law²¹², which seeks to adopt legal forms that promote coordinated

²⁰⁸ C. Atias, « Présence de la tradition juridique », *Droit prospectif. Revue de recherche juridique*, 1997(2), p. 389.

²⁰⁹ C. Castoriadis, *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe (4)*, Paris, Seuil, 1996, p. 27.

²¹⁰ On this conceptual divide, see above, the introduction.

²¹¹ On this point, see the introduction « Objectifs et méthodes » by M. Delmas-Marty in the collection she edited: *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 19 *et seq.*

²¹² On the multiple dimensions of this *Droit pénal européen*, see the summary of J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009.

national responses and even aspires to unification. But the increasing resemblance of criminal justice seems to be more the product of convergence in a different sense, namely analogous adaptations to common environments²¹³. Subject to comparable cultural, social and political forces, both English and French law have to respond to comparable demands in terms of procedural fairness, crime control and administrative efficiency. But for all that, these social demands are not expressed in exactly the same terms in each country, nor are institutional responses exactly similar, even when there is evidence of cross-fertilization or legal transplants from one legal order to another²¹⁴. Thus we are not suggesting convergence is happening in the sense of these legal systems becoming indistinguishable. English and French criminal procedures seem likely to retain important differences. But the existence of shared elements in the political imagination of criminal justice reform will probably increase the similarities between them.

²¹³ The term convergence is being used here in the sense that biologists use it, to refer to the phenomenon whereby different legal species (and by extension here, different legal systems) develop common characteristics because they are making analogous adaptations to the same environment.

²¹⁴ The emphasis is often placed on cross-fertilizations and legal transplants between legal systems to account for convergence between national legal systems (see for example, J.-L. Halpérin, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2008, especially p. 27 *et seq.*) The account that we are suggesting explains convergence in a slightly different way. In fact, if we confine ourselves to criminal procedure itself, there is no sign that the legislator in England and Wales has been inspired directly by the Continental tradition. As for Anglo-American influences on French law, these are more evident, but the adoption of legal forms (for example the guilty plea) or penal policies (for example, ‘zero tolerance’) has been based on a re-interpretation of practice elsewhere in the light of national legal culture. Thus the process of reform maintains differences between Anglo-American and French criminal procedures while changing their nature profoundly. On this question, see M. Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea-Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45(1), p. 1.

Social distrust and the reform of criminal justice

Beyond the identification of some sense of convergence, it is difficult to make sense of these modern transformations in French and English criminal justice. The current reforms are driven by a variety of objectives that are difficult to reconcile. Thus the recognition of new procedural rights for individuals does not seem to fit with developing powers of crime control or the search for efficiency in legal processes and these last two objectives may also be incompatible at specific points. These tensions, which sometimes border on contradiction, contribute to the difficulty in interpreting these modern procedural shifts. Current reforms exhibit a continual political over-steering that testifies to the volatile and competing passions of public opinion in modern democracies²¹⁵.

Nevertheless these reforms do show evidence of a certain coherence, if one recognises anxiety as a key characteristic of modern French and British society: 'the management of fear and uncertainty has become an essential cultural element of politics'²¹⁶. From this perspective, the apparently contradictory tendencies of criminal justice reform show themselves to be, if not complementary, then at least sharing some common political origins. Whether it be new procedural guarantees for individuals, increased crime control efficacy or the administrative modernisation of criminal justice, the ultimate aim is to assuage fears by neutralising risks. Reinforcing crime control measures is a response to a growing perception of the need for security in societies where shared moral norms are less deeply engrained and individuals, in the absence of a broad common experience of the world, tend towards greater mistrust of each other²¹⁷. This interpretative lens, which sees the politics of mistrust as underpinning the changes identified, is equally useful in

²¹⁵ D. Salas, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 111.

²¹⁶ U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, transl. by L. Bernardi, *La société du risque*, Paris, Flammarion, 2001, p. 139.

²¹⁷ Z. Bauman, « Social Issues of Law and Order », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), especially pp. 208-209.

understanding the search for procedural fairness. The legal protection of individuals, by allowing the ‘disassociation of law and power’²¹⁸, renders the apparatus of crime control subject to external rules which reduce the risk of threats from an arbitrary state. As for policies of administrative modernisation and the managerial rationality that informs them, they rest on the view that the legitimacy of state institutions can only be preserved by incessant monitoring and evaluating to minimize the constantly anticipated threat of bureaucratic vagaries and waste²¹⁹.

These transformations in criminal justice in France and England and Wales do not involve the implementation of a single defined political project. They are more like a series of measures, each aimed in its own way to respond to a diffuse social anxiety which mingles mistrust of others and distrust of the state²²⁰. It remains to be seen if this permanent revolution in criminal justice can assuage our growing aversion to risk. On the contrary, it may turn out that the proliferation of these legal measures, far from restoring confidence through verification and control, will actually reinforce feelings of insecurity²²¹. If that is the case, the (re)construction of criminal procedures will have played a significant part in contributing to our modern angst²²².

²¹⁸ C. Lefort, *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, 1986, p. 43.

²¹⁹ M. Power, *The Audit Society. Rituals of verification*, Oxford, OUP, 1997, especially chap. 3.

²²⁰ On the correlation between lack of confidence towards others and mistrust of governments, see. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 17.

²²¹ R. Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003.

²²² See already in 1959, J. Carbonnier, «La part du droit dans l'angoisse contemporaine», re-edited in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1995, p. 181.

Les transformations de la justice pénale

Une comparaison
franco-anglaise

Version française

Introduction

Hypothèses

L'hypothèse d'un rapprochement historique des droits nationaux nourrit le débat au sein de la communauté des comparatistes¹. Symptomatique dans l'ordre juridique des processus de mondialisation en cours, cette convergence n'épargnerait aucune branche du droit et affecterait jusqu'à l'emblème de la souveraineté étatique : le pouvoir de punir². Sous l'influence d'une série de facteurs juridiques, politiques, et plus généralement culturels, les modes d'administration et les styles procéduraux des systèmes judiciaires occidentaux se ressembleraient de plus en plus. Les auteurs ne s'accordent néanmoins ni sur la réalité, ni sur le sens de cette convergence.

Mettant en évidence les interactions entre traditions juridiques³, le droit comparé nous apprend qu'en matière pénale,

¹ V. not. B.S. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence*, Oxford, Clarendon Press, 1994. Comp. G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*, 2003, vol. 55(1), p. 7. *Contra* P. Legrand, « European Legal Systems Are Not Converging », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45(1), p. 52.

² V. par exemple le vol. 17 (1998) des Nouvelles études pénales, publié sous l'égide de l'Association internationale de droit pénal, et intitulé *Les systèmes comparés de justice pénale. De la diversité au rapprochement*. Rappr., sur la convergence des procédures pénales anglaise et française, A. Binet-Grosclaude, *L'avant-procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, Thèse, Université Paris I, 2008.

³ V. not. les travaux de H.P. Glenn, spéc. « Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions », in M. Reimann, R. Zimmerman (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 421, et *Legal Traditions of the World*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007, qui se révèlent opératoires pour penser les échanges entre procédures pénales nationales. Sur ce point, v. S. Field, « Fair Trials and Procedural Tradition in Europe », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 29(2), not. p. 369-370.

la circulation des règles, pratiques et concepts, est un phénomène ancien et récurrent⁴. Dans cette perspective, les transformations rapides affectant depuis les années 1970 le traitement institutionnel du phénomène criminel dans de nombreux pays, de *common law* comme de tradition civiliste, pourraient être le lieu d'un processus mimétique accéléré entre des procédures nationales jusqu'alors très différenciées. Laissant deviner des influences transnationales et des transferts techniques entre ordres juridiques, les recompositions en cours dans le champ pénal de ces pays sont importantes. Elles sont suffisamment profondes pour que soit évoquée, ici où là et sous des formes diverses mais comparables⁵, une « crise de la modernité pénale » affectant les principes substantiels du droit de punir et le fonctionnement de la justice criminelle des États occidentaux. Certains systèmes judiciaires, moins affectés par cette rupture apparente, se révèlent plus stables que d'autres⁶. Mais de nombreuses procédures nationales voient aujourd'hui leurs équilibres remis en cause sous l'influence de facteurs aussi divers que le droit international et européen des libertés fondamentales, l'irruption du « populisme pénal » dans l'espace public, ou l'élaboration de nouveaux modes de gestion de l'appareil judiciaire.

Les justices anglaise et française ont été particulièrement exposées à ces contraintes nouvelles. Diagnostiquée par les observateurs des deux côtés de la Manche⁷, l'inflation législative

⁴ Sur la circulation des « formants » entre modèles de droit, v. les remarques de R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, not. p. 122 à p. 126. J. Pradel en offre plusieurs illustrations en matière de législation criminelle dans son manuel de *Droit pénal comparé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 213 et s.

⁵ Comp., dans des styles très différents et relatifs à des aires culturelles distinctes, l'ouvrage collectif publié sous la direction de M. Massé, J.-P. Jean, et A. Giudicelli, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, et les travaux de D. Garland, not. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, OUP, 2001, spéc. chap. 3 (« The crisis of penal modernism »).

⁶ M. Cavadino, J. Dignan, *Penal Systems. A Comparative Approach*, London, Sage, 2006, p. 43.

⁷ Comp. M. Zander, *The Law-Making Process*, 6th ed., Cambridge, CUP, 2004, p. 1, et F. Terré, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 337.

n'y épargne pas la politique criminelle. C'est par dizaines que s'y dénombrent les lois de procédure pénale votées depuis trois décennies⁸. L'objet de cette recherche est de comparer ces réformes législatives et, plus généralement, de confronter les évolutions procédurales récentes en France, en Angleterre et au pays de Galles⁹. Fruit de la collaboration d'un juriste gallois et d'un juriste français, ce travail est pour chacun des auteurs le moyen de mieux connaître leurs droits respectifs ; celui de l'autre mais également le sien propre, dont l'identité spécifique se perçoit plus distinctement à la lumière de l'étranger¹⁰. Au-delà de la compréhension affinée des droits nationaux par la mise en perspective de leurs ressemblances et dissemblances, la recherche menée se veut une contribution aux débats contemporains sur le rapprochement et la transformation des systèmes de justice criminelle. L'observation des mouvements affectant les procédures anglaise et française est un moyen privilégié d'identification ou de réfutation de leur éventuelle convergence. Elle permet aussi de mieux analyser les tensions à l'œuvre dans chaque pays entre des réformes poursuivant, tout à la fois, des objectifs d'équité procédurale, d'efficacité répressive et d'économie judiciaire. Révélatrice de facteurs d'évolutions transnationaux, l'analyse comparée des dynamiques de transformation de la justice criminelle prémunit en effet l'observateur contre les risques de

⁸ Comp. pour la France, S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 57 et s., et pour l'Angleterre et le pays de Galles, A. Sanders, R. Young, *Criminal Justice*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007, p. 16 et s.

⁹ De la pluralité des ordres juridiques britanniques (anglais, gallois, écossais et irlandais), il résulte que la procédure pénale n'est pas uniforme au sein du Royaume-Uni. En matière procédurale, le droit commun à l'Angleterre et au pays de Galles diffère sensiblement de celui appliqué en Écosse et en Irlande du Nord. Seule la justice répressive anglaise (anglo-galloise) est étudiée dans le cadre de cette recherche comparative.

¹⁰ V. par exemple Marc Ancel pour qui « le droit comparé permet au juriste une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de son droit dont les caractères particuliers se dégagent mieux au vu d'une comparaison avec l'étranger », *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1971, p. 10.

généralisation abusive qu'emportent les interprétations locales aveugles à la diversité mondiale des changements en cours¹¹.

Comparaisons

La réduction de la comparaison à deux espaces juridiques s'explique avant tout par des considérations d'ordre pratique¹². Mais la mise en perspective des droits anglais et français se justifie sur un plan théorique à raison de leur caractère paradigmatique. Il est vrai que les différences qui distinguent ces deux traditions procédurales sont telles que celles-ci sont fréquemment conçues comme les figures emblématiques de modèles de justice antagonistes¹³. Bien qu'issues d'une matrice européenne commune caractérisée par le recours au « jugement de Dieu »¹⁴, les pratiques judiciaires ont radicalement divergé des deux côtés de la Manche à partir du XII^e siècle. En Angleterre, le jury s'est alors substitué à l'ancienne ordalie dans la détermination de la vérité¹⁵, tandis que sur le continent se développait l'enquête romano-canonique qui fait du juge le maître souverain du droit et du fait¹⁶. Les formes judiciaires et les pratiques pénales se sont sans cesse modifiées depuis, mais malgré la fréquence des comparaisons savantes et des

¹¹ Plus généralement, sur les vertus critiques et l'intérêt scientifique du recours au droit comparé, v. H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 52(3), p. 503.

¹² L'extension de la recherche à d'autres pays autoriserait des conclusions plus générales que celles permises par une modeste comparaison binationale, mais l'entreprise aurait nécessité un investissement scientifique d'une autre ampleur.

¹³ Ces modèles de justice s'inscrivent eux-mêmes dans des traditions juridiques différenciées ; sur ces dernières, v. D. Fairgrieve, H. Muir Watt, *Common Law et tradition civiliste*, Paris, PUF, 2006.

¹⁴ R. Jacob, « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *Archives de philosophie du droit*, 1995, 39, p. 86. Du même auteur, v. également « Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge », in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 43.

¹⁵ Sur l'apparition du jury et le sens de cette institution, v. R.C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 1988, spéc. chap. 3 « The Jury in the Royal Courts ».

¹⁶ Sur le développement, au Moyen Âge, de la procédure inquisitoire dans le Midi, puis en pays de coutume, v. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 180 et s.

transplants juridiques entre les deux droits au cours des siècles¹⁷, le fossé les séparant ne s'est pas résorbé. Caractérisés par un agencement des sources juridiques, une organisation des acteurs professionnels, une logique procédurale, et une conception de la vérité judiciaire à certains égards antinomiques, les systèmes de justice pénale opérant de part et d'autre de la Manche semblent pouvoir être opposés terme à terme¹⁸.

En Angleterre et au pays de Galles, les règles de procédure pénale sont éparpillées dans des textes législatifs, pour certains très anciens, et dans une jurisprudence foisonnante alors qu'en France, elles sont l'objet de quelques principes constitutionnels et d'un Code de procédure pénale. Au-delà de cette différence formelle mais néanmoins très significative, ces corpus normatifs dressent des cadres d'exercice de la justice pénale fort dissemblables. Du côté anglais, les questions de droit relèvent d'une élite judiciaire sélectionnée parmi les praticiens du droit les plus expérimentés, mais ce sont des juges non professionnels (jurés et *magistrates*) qui se prononcent sur la culpabilité de suspects poursuivis par des forces de police décentralisées. En France au contraire, les juridictions pénales sont essentiellement¹⁹ composées de juges de carrière, fonctionnaires recrutés très jeunes sur concours, qui travaillent en collaboration avec les magistrats du ministère public, hiérarchiquement soumis au garde des sceaux, et avec une police

¹⁷ Sur l'un de ces épisodes, v. S. Soleil, « *Which of the Two is the Best?* La comparaison des procédures criminelles française et anglaise dans l'œuvre codificatrice de James Fitzjames Stephen », in J. Hautebert, S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tome II, Paris, EJT, 2008, p. 77.

¹⁸ Pour une présentation synthétique des procédures pénales française et anglaise, v. M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1995, p. 125 et p. 224, ou dans sa version anglaise, M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, CUP, 2002, p. 142 et p. 218. Pour une mise en perspective systématique de ces procédures à la lumière de leurs contextes historique et politique respectifs, v. les travaux de M. Damaska, notamment *The Faces of Justice. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven and London, Yale University Press, 1986.

¹⁹ À l'exception notable de la cour d'assises où un jury populaire est adjoint aux juges professionnels pour statuer sur les crimes, et de la juridiction de proximité récemment instituée et désormais compétente pour statuer sur les contraventions des quatre premières classes (CPP, art. 521, modifié par la loi du 26 janvier 2005).

nationale. Ces différences²⁰, qui illustrent une conception organique plus étatiste de la justice en France qu'en Angleterre et au pays de Galles, se doublent d'un contraste procédural non moins frappant. Inscrit dans une tradition accusatoire, le système de justice criminelle anglais se caractérisait, il y a quelques années encore, par la concentration *de facto* des pouvoirs d'enquête et de poursuite entre les mains d'une police substituée à l'accusateur privé dans la recherche des preuves incriminant les suspects. La police française mène quant à elle son enquête sous la surveillance des magistrats du ministère public, puis éventuellement sous la direction d'un juge dont l'instruction, à charge et à décharge, porte trace d'une logique inquisitoire marquée. Le procès *stricto sensu* n'échappe pas à cette dualité²¹. Il apparaît en Angleterre comme le lieu d'une présentation orale des preuves, indices et témoignages portant sur les faits constatés, à l'exclusion des procès-verbaux établis lors de l'enquête policière. Sa forme est celle d'un échange entre l'accusation et la défense, arbitré par un juge relativement passif. En comparaison, son homologue français apparaît plus actif. Acteur et non arbitre du processus de découverte de la vérité, il anime l'audience pour juger les faits incriminés, « mais à travers la personnalité » de l'accusé et en s'appuyant sur le dossier de la procédure²².

Cette mise en perspective révèle la profondeur du clivage entre les traditions procédurales anglaise et française. La première, exprimant une méfiance historique à l'égard de la puissance publique, exige que soit apportée la *preuve* de la culpabilité de l'accusé devant des juges non professionnels. La seconde, accordant à l'État un rôle privilégié dans la restauration de l'ordre, confie le soin de découvrir la *vérité* du crime à des magistrats qui sont des fonctionnaires spécialisés. L'opposition peut sembler simplificatrice et mériterait d'être nuancée, mais il serait aisé de

²⁰ Sur lesquelles v. Ouvrage collectif dirigé par J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, CUP, 2006.

²¹ J. Hodgson, « Conception of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure », in A. Duff *et al.* (eds.), *The Trial on Trial*, vol. 2, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2006, p. 223.

²² S. Field, « Responsabilité, justice et procédure pénale comparée », *Revue générale de droit*, 2003, vol. 33, p. 257.

l'enrichir d'autres éléments confirmant l'existence d'un dualisme judiciaire marqué. Qu'il s'agisse du traitement réservé aux infracteurs avouant leur crime, des règles régissant la recevabilité et la présentation des preuves lors du procès, ou encore des rituels symboliques de l'audience²³, les droits en vigueur des deux côtés de la Manche divergent. Et ces différences techniques révèlent en creux des conceptions distinctes de la vérité judiciaire, de l'État et de l'individu. Mené selon une méthode appropriée, l'examen des évolutions récentes de la procédure pénale n'est pas moins révélateur du fossé culturel séparant le droit anglais et le droit français.

Méthodes

Les réformes contemporaines de la justice criminelle engagées en France, en Angleterre et au pays de Galles offrent peu de prise aux outils traditionnels du droit comparé. Ni la comparaison conceptuelle d'« éléments déterminants », ni la comparaison fonctionnelle d'institutions équivalentes ne permettent d'appréhender de manière satisfaisante les évolutions observées²⁴. En effet, celles-ci prennent la forme d'innovations juridiques multiples, fréquentes et ponctuelles, plutôt que d'une refonte planifiée et univoque de l'organisation judiciaire et de l'ordre procédural. S'en tenir à l'impact des changements en cours sur les concepts et principes essentiels de chacune des procédures nationales étudiées risque d'occulter leur importance pratique. Par ailleurs, les règles et institutions nouvelles se voient souvent assigner plusieurs objectifs, parfois contradictoires, de sorte qu'il est impossible d'identifier d'emblée et, partant, de comparer les

²³ Pour une comparaison des rituels judiciaires français et anglo-saxons (mais dans leur version américaine), v. A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 149.

²⁴ Sur la comparaison conceptuelle des « éléments déterminants » du droit, v. L.J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, Tome I, Paris, LGDJ, 1972, p. 213 et s. Sur la comparaison fonctionnelle d'institutions équivalentes, v. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, trad. T. Weir, *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 33 et s. Et sur la tension entre ces deux méthodes, v. les remarques de X. Blanc-Jouvan, « Où va le droit comparé ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 712 et s.

fonctions spécifiques qu'elles remplissent. Dès lors que les approches conceptuelle et fonctionnelle se révèlent impraticables, il convient d'explorer une autre voie, mieux adaptée à l'appréhension des phénomènes observés.

La comparaison des mutations contemporaines de la procédure pénale en France, en Angleterre et au pays de Galles doit s'étendre de l'état modifié du droit en vigueur aux processus de sa transformation. L'édiction de règles de procédures nouvelles, la réorganisation de l'architecture du système judiciaire ou l'officialisation de pratiques professionnelles expérimentales ne peuvent guère faire l'objet d'une comparaison significative sans référence aux contraintes juridiques structurelles, aux rapports de force politiques, aux mouvements d'opinion conjoncturels, ou aux représentations savantes qui les déterminent. Dès lors, les « sources réelles » des dispositifs juridiques étudiés, c'est-à-dire les données sociales, politiques ou morales qui suscitent l'évolution du droit procédural, doivent faire l'objet d'une attention particulière. Familier des comparatistes²⁵, ce travail de mise en perspective doit être radicalisé dans le cadre de cette recherche à raison du caractère dynamique des phénomènes observés : s'agissant de droits en mouvement, il est non seulement nécessaire de les analyser à la lumière de leur environnement, mais il semble également pertinent de procéder à la comparaison des contextes eux-mêmes. De cette démarche généalogique qui prétend comparer les « forces créatrices de la procédure pénale »²⁶ pour mieux comprendre les transformations de celle-ci, on déduira que la *ratio legis* des innovations juridiques ne présente pas un intérêt moindre que leurs caractéristiques techniques, et que

²⁵ Sur la nécessaire mise en contexte de toute recherche comparative en matière pénale, v. les travaux de D. Nelken, not. « Virtually There, Researching There, Living There », in D. Nelken (ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate / Dartmouth, 2000, p. 23, et « Comparing Criminal Justice », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 139 et s. ; rappr. les remarques méthodologiques de J. Pradel, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 32 et s.

²⁶ Selon l'expression de R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 191, appliquant à la matière pénale la formule consacrée de G. Ripert.

L'étude des « discours de la réforme »²⁷ se justifie au même titre que l'exégèse de ses dispositions légales.

La méthode consistant à faire porter la recherche sur le substrat culturel des réformes étudiées autant que sur leurs conséquences juridiques ne préjuge pas des modalités de classement utilisées pour ordonner le réel. Pour prendre forme, la comparaison suppose d'identifier au préalable des « lieux communs »²⁸ permettant à l'étude conjointe des procédures anglaise et française de s'épanouir autour de signifiants comparables. Pivots d'une comparaison des droits respectueuse de leurs différences, ces *topoi* doivent s'affranchir, dans la mesure du possible, de tout tropisme local pour ne pas écraser la diversité des cultures juridiques observées²⁹. L'incommensurabilité des droits³⁰ peut rendre délicate l'identification de ces lieux de comparaison, *a fortiori* lorsque les faits juridiques considérés ne brillent pas par leur cohérence. Ainsi, les réformes affectant la procédure pénale de part et d'autre de la Manche sont si fragmentées qu'il apparaît difficile de leur donner une signification univoque à l'échelle nationale. Dans quel ordre, dès lors, comparer ces transformations qui, au surplus, s'inscrivent dans des traditions juridiques séparées, et s'élaborent dans des environnements politiques distincts sous l'influence de facteurs divers dont certains sont propres à un seul des droits comparés ?

²⁷ Par discours de la réforme, il faut entendre « l'ensemble des concepts juridiques, valeurs, représentations, mobilisés pour justifier ou critiquer la réforme. Ils sont produits par un ensemble d'acteurs : hommes politiques, magistrats, professeurs de droit », I. Boucobza, « Réformes de la justice (Discours) », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1132.

²⁸ Au sens logique du terme, retenu ici, les « lieux communs » (*topoi*) sont des classes générales dans lesquelles peuvent être rangés tous les développements. La connaissance de ces lieux forme, par suite, une sorte de répertoire facilitant l'invention.

²⁹ Pour un approfondissement théorique de cette problématique, v. C. Girard, « L'énigme du lieu commun », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 313 et s.

³⁰ Sur l'incommensurabilité des droits, v. P. Legrand, *Droit comparé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 76. Rapp. les remarques de Ch. Delyanni-Dimitrakou, « Mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, spéc. p. 41 et s.

Plan

Le double obstacle méthodologique que constituent le morcellement des phénomènes juridiques observés et l'hétérogénéité des cultures institutionnelles dans lesquelles ils s'inscrivent peut être surmonté en comparant les évolutions procédurales à l'aune de leurs objectifs affichés. En France, en Angleterre et au pays de Galles, les représentations officielles mobilisées à l'appui des réformes de la justice criminelle se déploient en effet dans les mêmes directions : l'accroissement des garanties procédurales des justiciables, le renforcement de l'efficacité répressive du système pénal, et la modernisation de l'administration judiciaire.

Ces lieux communs de la réforme pénale, au sens courant de banalités répétées à l'identique, se révèlent être également d'idéals « lieux communs » de leur comparaison, au sens logique d'outils classificatoires de la diversité du réel. Étendards des politiques criminelles dont elles constituent, alternativement ou cumulativement, la justification officielle, ces valeurs orientent le sens des évolutions procédurales en cours dans les deux espaces juridiques étudiés. La coloration de cet horizon axiologique n'est certes pas identique des deux côtés de la Manche. Les figures de l'équité procédurale, de la répression efficace ou de l'administration moderne s'y déclinent sous des formes idéologiques et techniques très différentes. Mais en dépit de ces écarts, ces trois catégories offrent un cadre commode pour mener la comparaison. Elles se révèlent significatives tant pour un chercheur britannique que français, chacun étant en mesure de se les approprier pour rendre compte des évolutions de son propre système judiciaire.

On comparera donc les réformes ayant récemment affecté les systèmes de justice criminelle en France, en Angleterre et au pays de Galles en envisageant d'abord comment la valorisation de l'équité de la procédure y a occasionné une consolidation significative des droits des justiciables (1^{ère} Partie). Puis, dans un second temps, le regard se déplacera sur le renforcement de l'arsenal procédural qui a été entrepris de part et d'autre de la Manche, sous l'influence d'un tournant idéologique sécuritaire, pour améliorer l'efficacité répressive de l'appareil judiciaire

(2^{ème} Partie). Enfin sera mis en évidence l'impact des projets politiques de modernisation de l'administration sur l'organisation et le fonctionnement des justices pénales anglaise et française (3^{ème} Partie). Un retour conclusif sera finalement opéré, à la lumière de cette comparaison, sur la signification des évolutions observées et sur les tensions qu'elles génèrent dans chacun des espaces juridiques observés.

1^{ère} PARTIE

PROCÉDURE ÉQUITABLE

Des deux côtés de la Manche, la procédure équitable se pense comme une garantie de la liberté des citoyens et un gage de fiabilité de la justice pénale. Privilégiant la protection de l'individu contre le pouvoir de l'État, le modèle du *due process*³¹ hante historiquement les débats de politique criminelle anglais, même si son influence est souvent contenue par des valeurs concurrentes de lutte contre le crime et de défense sociale. En France, la garantie des droits de la défense est désormais également conçue comme l'une des finalités essentielles de la procédure pénale³². Dans les deux pays, l'équité procédurale a été valorisée au cours de ces dernières années (Chap. 1) au point de justifier l'aménagement de l'appareil répressif afin de mieux protéger les justiciables contre ses dérives potentielles (Chap. 2).

Chapitre 1. La valorisation de l'équité procédurale

Pièce essentielle des discours de la réforme pénale, la protection de la liberté des citoyens contre la puissance de l'appareil répressif a donné lieu en France et en Angleterre à une consécration symbolique récente par la loi³³. Cette valorisation concomitante de l'équité procédurale dans des contextes par ailleurs dissemblables s'explique notamment par l'influence d'instruments juridiques internationaux affectant les traditions

³¹ Pour une conceptualisation rigoureuse du modèle du *due process*, opposé à la logique de *crime control*, v. l'article fondateur de H.L. Packer, « Two Models of the Criminal Process », *University of Pennsylvania Law Review*, 1964, vol. 113(1), p. 1 et s.

³² Sur l'évolution historique des fonctions assignées à la procédure pénale en France, v. R. Gassin, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, p. 109.

³³ Particulièrement explicite dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale français introduit par la loi du 15 juin 2000, cette consécration de la centralité de l'équité procédurale dans la marche de la justice répressive se donne également à voir – quoique de manière plus discrète – dans l'explicitation de l'objectif assigné aux *Criminal Procedure Rules 2005*. Sur ce point, v. *infra* 1^{ère} partie, chap. 2, section 2, *in fine*.

juridiques des deux pays (Sect. 1), mais elle tient également à des dynamiques nationales autonomes (Sect. 2).

Section 1. Influences internationales communes

Prérogative régaliennne par excellence, l'administration de la justice pénale nationale est, depuis la seconde guerre mondiale, objet de réglementation internationale au titre de la protection des droits fondamentaux. La France et le Royaume-Uni ont ainsi ratifié plusieurs traités³⁴ qui consacrent l'exigence d'équité dans la mise en œuvre de la répression pénale et confèrent des droits aux personnes mises en cause dans une procédure criminelle. Parmi ces instruments juridiques, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales occupe une place centrale. En vertu de son article 6 § 1, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ». Cette disposition s'impose aux États parties avec d'autant plus de force qu'elle est garantie par une juridiction internationale dotée du pouvoir d'en dénoncer les violations.

Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme³⁵ l'a conduit à étendre considérablement le champ de l'article 6 § 1 au cours des trente dernières années. Sa jurisprudence touffue, élaborée à partir de cas d'espèce d'autant plus variés qu'ils s'inscrivent dans des traditions juridiques

³⁴ À côté de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de loin la plus visible, il convient de mentionner le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, et la jurisprudence de son organe de contrôle : le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. On peut également évoquer les multiples déclarations relatives à une bonne administration de la justice, dénuées de force obligatoire, auxquelles ont adhéré la France et le Royaume-Uni. Sur ce « droit international *mou* », v. R. de Gouttes, « L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ? », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars en la Grande chambre de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, spéc. pp. 143-144.

³⁵ F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335.

différentes, se présente sous une « ondoyante diversité »³⁶. Par ses décisions, dont les motifs rappellent davantage ceux des juges anglais que ceux de leurs homologues continentaux, la casuistique de la Cour donne lieu à une définition autonome et évolutive du droit au procès équitable (*right to a fair trial*)³⁷. La présomption d'innocence y est centrale, et l'accent est mis sur le respect des droits de la défense protégés, notamment, par le principe d'égalité des armes et le caractère contradictoire (*adversarial*) du procès. Cette jurisprudence européenne donne lieu à l'émergence d'un modèle procédural original³⁸ qui, en raison de son haut degré d'abstraction, transcende les traditions juridiques européennes³⁹. Si les juristes de *common law* nourrissent une plus grande familiarité culturelle que leurs homologues français à l'égard des garanties définies par le standard du procès équitable, force est de constater qu'aucune justice nationale, qu'elle soit à dominante inquisitoire ou accusatoire, n'a échappé à la censure de la Cour de Strasbourg⁴⁰. La France comme le Royaume-Uni ont ainsi été

³⁶ J.-C. Soyer, M. de Salvia, « Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 241.

³⁷ Pour une présentation synthétique de « la notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », voir la contribution de J. Meunier, in H. Ruiz-Fabri (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 185.

³⁸ Comp. J. Jackson, « The Effect of Human Rights in Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment? », *Modern Law Review*, 2005, vol. 68(5), p. 747, qui qualifie ce modèle procédural de « participatif » (*participatory*), et S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 130. Rapp. S. Summers, *Fair Trials*, Oxford, Hart Publishing, 2007, et la recension de S. Field « Fair Trials and Procedural Tradition in Europe », *op. cit.*

³⁹ Pour une comparaison par juxtaposition des modalités de réception de ce modèle européen au sein des traditions juridiques française et anglaise, v. les actes du colloque de la Cour de cassation des 4 et 5 décembre 2000, *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2001.

⁴⁰ Pour un constat précoce de cette faiblesse des différents systèmes de procédure nationaux au regard de la jurisprudence européenne, v. M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 29.

condamnés à plusieurs reprises pour non-respect des droits de procédure protégés par la Convention⁴¹.

Remettant en cause certains traits idiosyncrasiques des procédures pénales française et anglaise, le modèle européen du procès équitable exerce son influence des deux côtés de la Manche. Mais la mise en conformité des appareils répressifs français et anglais avec ce standard juridique supranational relève de logiques distinctes qui révèlent les spécificités constitutionnelles des deux pays. En France, l'article 55 de la Constitution consacre une conception unitaire (moniste) des rapports entre droit international et droit interne⁴², avec pour conséquence que l'article 6 § 1 a été invocable devant les juridictions internes dès ratification de la Convention en 1974. En revanche, au Royaume-Uni où prévaut une approche dualiste consacrant la séparation des sphères juridiques internationale et interne, il a fallu attendre que la Convention, ratifiée dès 1951, soit incorporée au droit national par le *Human Rights Act 1998* pour que les justiciables puissent s'en prévaloir devant les juridictions anglaises⁴³. Mais ces différences techniques, qui se prolongent sur le terrain des conséquences juridiques attachées au constat par le juge national d'une incompatibilité entre la Convention et la loi interne⁴⁴, ne sauraient dissimuler une montée en puissance

⁴¹ V. encore récemment, contre la France, CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c. France*, JCP G 2009, I, 104, n° 5, obs. F. Sudre ; et contre le Royaume-Uni, *Rowe and Davis v. United Kingdom* [2000], ECtHR, 30 EHRR 1.

⁴² P. Cassia, T. Olson, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006, p. 37 et s.

⁴³ R. Blackburn, « The United Kingdom », in R. Blackburn, J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States (1950-2000)*, Oxford, OUP, 2001, p. 946 et s.

⁴⁴ En France, le juge judiciaire comme le juge administratif sont habilités à écarter l'application d'une loi nationale contraire à une disposition de la Convention en vertu du principe de supériorité des traités sur les lois. Au Royaume-Uni en revanche, le *Human Rights Act 1998* (s.3) interdit à la juridiction confrontée à une loi non conforme à la Convention de la déclarer inapplicable ; les juges peuvent seulement rendre une déclaration d'incompatibilité dépourvue d'effet immédiat sur sa validité. Sur cette procédure, exposée à la lumière de l'évolution du pouvoir législatif au Royaume-Uni, v. R. Le Mestre, « La souveraineté du Parlement britannique : de l'omnipotence à la limitation des

comparable du standard européen du procès équitable des deux côtés de la Manche⁴⁵. L’empreinte de cette notion sur les réformes du système pénal, sur les décisions judiciaires et sur les représentations savantes de la procédure criminelle tient certainement à l’autorité de la Convention et de la Cour de Strasbourg. Mais en France comme en Angleterre, l’attention renforcée à l’équité procédurale s’explique également au regard de dynamiques nationales autonomes.

Section 2. Dynamiques nationales autonomes

Bien avant d’être consacrée par la Convention européenne des droits de l’homme, la présomption d’innocence occupait une place essentielle dans la rhétorique des *Law Lords*⁴⁶. Fil rouge (« *golden thread* ») de la procédure pénale, le principe selon lequel l’accusation doit prouver la culpabilité de l’accusé est constitutif de la *common law* d’Angleterre (« *the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England* »⁴⁷). Encore faut-il, pour que cette répartition de la charge de la preuve protège efficacement les innocents, qu’elle s’inscrive dans un cadre procédural équilibré respectant les droits des suspects. En l’absence de magistrat instructeur et d’obligation pour l’État d’enquêter à charge et à décharge, l’égalité des armes entre l’accusation et la défense est cruciale pour la découverte de la vérité⁴⁸. Or plusieurs erreurs judiciaires au cours des années 1970 et 1980 ont démontré que le système pénal anglais garantissait mal cet équilibre. Marquant durablement les esprits, la condamnation

compétences », *Droit prospectif. Revue de recherche juridique*, 2008(4), not. pp. 2318-2319.

⁴⁵ Comp. la perspective anglaise d’Andrew Ashworth et Mike Redmayne (*The Criminal Process*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2005, p. 28 et s.) et le point de vue français de Bernard Bouloc (*Procédure pénale*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 90 et s.).

⁴⁶ V. not. *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462. Rappr. la « maxime du droit anglais » selon laquelle il est préférable que « dix coupables soit innocentés plutôt qu’un innocent condamné » / ‘*it is a maxim of English law that 10 guilty men should escape rather than one innocent man should suffer*’, J. Holroyd in *R v. Hobson* [1823], 1 Lew CC 261.

⁴⁷ Viscount Sankey LC, *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462 (481).

⁴⁸ Sur ce point, v. Lord Devlin, *The Judge*, Oxford, OUP, 1979, spéc. chap. 3.

de trois jeunes gens pour l'homicide de Maxwell Confait sur le fondement d'aveux extorqués par les forces de l'ordre est la première d'une série d'affaires⁴⁹ qui ont mis en lumière l'inégalité entre les pouvoirs exorbitants de la police et les moyens limités des personnes accusées. Largement médiatisés, ces événements ont donné lieu à une mise en cause radicale de la justice criminelle dans l'espace public, y compris dans le champ universitaire⁵⁰, au point de forcer le gouvernement à se saisir d'un problème jusqu'alors absent de l'agenda politique. Deux commissions royales furent successivement instituées avec pour mission de se pencher sur les causes structurelles de ces erreurs judiciaires et les moyens de les prévenir. Elles rendirent leurs conclusions en 1981 (Commission Philips) et en 1993 (Commission Runciman). Bien que dominées par des considérations de management judiciaire destinées à répondre aux objectifs gestionnaires posés par les pouvoirs publics⁵¹, ces recommandations contenaient diverses propositions visant à établir un meilleur équilibre entre la défense et l'accusation.

Toute autre est la configuration française. Certes, l'erreur judiciaire y est un des registres d'évocation de la justice dans l'espace public, mais jusqu'à la récente affaire d'Outreau⁵², cette thématique n'a pas été une source d'inspiration majeure de la réforme pénale. La protection des droits de la défense et l'équité

⁴⁹ On peut notamment évoquer ici les retentissantes affaires des quatre de Guildford, des six de Birmingham, des trois de Tottenham, des quatre de Bridgewater, des trois de Cardiff, ainsi que les cas des Maguires, de Stefan Kiszko, de Judith Ward, et des sœurs Taylor.

⁵⁰ V. not. C. Walker, K. Starmer (eds.), *Miscarriages of Justice. A Review of Justice in Error*, 2nd ed., Oxford, OUP, 1999 ; et dans une perspective plus théorique, R. Nobles, D. Schiff, G. Teubner, *Understanding Miscarriages of Justice*, Oxford, OUP, 2000. Plus récemment, et dans une perspective comparative, v. C.R. Huff, M. Killias (eds.), *Wrongful Conviction*, Philadelphie, Temple University Press, 2008.

⁵¹ V. *infra* 3^e partie.

⁵² La loi du 5 mars 2007 (loi n° 2007-291 *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*) peut, en effet, s'analyser comme une conséquence de l'affaire d'Outreau en ce qu'elle est directement issue des débats qui l'ont suivie, et notamment des travaux de la commission d'enquête parlementaire présidée par A. Vallini : *Au nom du peuple français. Juger après Outreau*, rapport n° 3125 déposé à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, [En ligne], <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp>, (consulté le 25 septembre 2009).

procédurale ont bien été mises en valeur depuis les années 1980. Mais cette valorisation a moins été conçue comme une réponse pragmatique au risque de mal-jugé que comme une évolution juridique nécessaire, tant pour la classe politique insécurisée par le pouvoir judiciaire⁵³ que pour la doctrine universitaire soucieuse de rationalisation conceptuelle⁵⁴. À la faveur de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, mais également des décisions de la Cour de Luxembourg et du Conseil constitutionnel, un ensemble de travaux théoriques a alors contribué à magnifier la figure du procès équitable⁵⁵. Cette entreprise doctrinale, en élevant la procédure au rang de discipline fondamentale, a servi de point de ralliement à un ensemble de juristes pour conceptualiser et défendre les « principes universels du procès »⁵⁶ applicables à tous les contentieux. Conçue comme une garantie essentielle des libertés publiques, notamment en matière pénale, cette procédure équitable a donné lieu à des modélisations théoriques qui, tranchant avec l'approche pragmatique anglaise, ont conduit la doctrine française à « dégager d'abord les principes fondamentaux (...) avant de définir de nouvelles règles »⁵⁷.

Prospérant sur des terrains différents, les préoccupations d'équité procédurale ont donc connu une valorisation comparable des deux côtés de la Manche. Une illustration en est leur consécration, à quelques années d'intervalle, dans le Code de procédure pénale et dans les *Criminal Procedure Rules 2005*. Par la loi du 15 juin 2000 qui intègre un article préliminaire au Code français, le législateur y inscrit d'entrée le principe selon lequel « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver

⁵³ Sur la « pénalisation du politique » à l'origine de ce tournant idéologique qui saisit toute la classe politique de droite comme de gauche, v. M. Massé, C. Duparc, B. Aubert, « La pénalisation du politique », in M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 207.

⁵⁴ A. Vauchez, L. Willemez, *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, PUF, 2007, p. 43 et s.

⁵⁵ Sur la sacralisation contemporaine de l'équité procédurale dans le champ doctrinal français, v. R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006, p. 234 et s.

⁵⁶ A. Vauchez, L. Willemez, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁷ Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 16.

l'équilibre des droits des parties ». Les *Criminal Procedure Rules 2005* évoquent pour leur part, au titre de leurs finalités, la nécessité d'acquitter les innocents et de condamner les coupables (*acquitting the innocent and convicting the guilty*), de traiter équitablement l'accusation et la défense (*dealing with the prosecution and the defence fairly*), et de reconnaître les droits de la personne mise en cause (*recognising the rights of a defendant*). Établi par une commission (*Criminal Procedure Rule Committee*) dominée par la magistrature⁵⁸, ce « mini-code »⁵⁹ qui compile les dispositions réglementaires de procédure pénale (*secondary legislation*) n'a certes pas le poids symbolique de la loi du 15 juin 2000 votée par le législateur français. Mais, sous la diversité des styles, et malgré la diversité des acteurs – politiques en France, professionnels en Angleterre – dont émanent ces textes, c'est bien le même souci de protection des droits de la défense qui se donne à voir. Des deux côtés de la Manche, celui-ci se traite par la redéfinition et l'accroissement des garanties juridiques offertes aux justiciables.

⁵⁸ J. R. Spencer, « Acquitting the Innocent and Convicting the Guilty – Whatever will they think of next! », *Cambridge Law Journal*, 2007, vol. 66(1), spéc. p. 30.

⁵⁹ L'expression est de J. R. Spencer, « The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so Impenetrable? », *Cambridge Law Journal*, 2008, vol. 67(3), p. 603.

Chapitre 2. La consolidation des garanties juridiques

En France comme en Angleterre et au pays de Galles, la valorisation axiologique de l'équité procédurale est l'un des moteurs idéologiques des réformes contemporaines de la justice criminelle. Les personnes mises en cause dans une affaire pénale se voient conférer de nouvelles prérogatives destinées à les protéger contre l'arbitraire institutionnel (Sect. 1). Quant aux organes de la procédure pénale, leur structure est repensée, et partiellement refondue, pour mieux garantir les libertés des justiciables (Sect. 2).

Section 1. Droits de procédure nouveaux

Des deux côtés de la Manche, la volonté affichée de mieux protéger les individus aux prises avec l'institution judiciaire s'est traduite par l'allocation de nouveaux droits aux justiciables. Le mouvement est particulièrement net dans la phase policière de la procédure pénale où la réglementation de la garde à vue confère une meilleure protection juridique à la personne retenue. En Angleterre, conformément aux recommandations de la Commission Philips qui critiquait les incertitudes attachées à l'exercice des pouvoirs de police, le *Police and Criminal Evidence Act 1984* (ci-après PACE) a institué de nouvelles garanties parmi lesquelles le droit d'accès à un défenseur en cas de détention au commissariat, notamment durant les interrogatoires⁶⁰, et l'enregistrement audio de ces derniers⁶¹. Quelques années plus tard en France, la loi du 24 août 1993 consacre le droit de la personne gardée à vue de s'entretenir avec un avocat⁶², de consulter un médecin⁶³ et de prévenir un membre de sa famille⁶⁴. Ces garanties

⁶⁰ s. 58 PACE.

⁶¹ s. 60 PACE, et PACE Code of Practice E.

⁶² Art. 63-4, CPP.

⁶³ Art. 63-3, CPP.

ont été accrues par la loi du 15 juin 2000 qui exclut totalement la garde à vue pour les témoins⁶⁵, impose à l'officier de police un devoir d'information à l'égard du suspect⁶⁶, et avance à la première heure de garde à vue le droit d'avoir un entretien avec un avocat⁶⁷. Depuis, les droits du gardé à vue ont été encore étendus par le législateur⁶⁸, ce dernier prenant acte de décisions du Conseil constitutionnel⁶⁹ et de la Cour de cassation⁷⁰ inspirées de la jurisprudence protectrice élaborée sur le sujet par la Cour de Strasbourg.

La reconnaissance de nouveaux droits de procédure affecte également l'accès à l'information au cours de l'enquête judiciaire. Bousculant la tradition de *common law* selon laquelle l'effet de surprise est une arme légitime dans le procès pénal, la jurisprudence⁷¹ puis le législateur⁷² anglais ont posé la règle selon laquelle l'accusation doit communiquer à la défense les informations en sa possession susceptibles de lui être utile (*disclosure of evidence*). Rapprochée de la possibilité désormais offerte au juge anglais d'exclure les preuves de l'accusation susceptibles de porter atteinte à l'équité de la procédure (*fairness of the proceedings*)⁷³,

⁶⁴ Art. 63-2, CPP.

⁶⁵ Art. 5 de la loi n° 2000-516 modifiant l'article 63, CPP.

⁶⁶ Art. 63-1, CPP.

⁶⁷ Art. 63-4, CPP.

⁶⁸ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 *relative à la garde à vue*.

⁶⁹ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22-QPC.

⁷⁰ Cass. crim., 19 oct. 2010, arrêts n° 5699, 5700 et 5701.

⁷¹ *R v. Ward* [1993] 96 Cr App Rep 1.

⁷² *Criminal Justice Act 2003*, s. 32, amending *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* s. 3(1)(a) : « The prosecutor must disclose to the accused any prosecution material (...) which might reasonably be considered capable of undermining the case for the prosecution against the accused or of assisting the case for the accused. »

⁷³ PACE, s. 78 : « In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it » ; cette disposition a notamment été mise en œuvre dans les décisions

cette évolution est révélatrice d'un assouplissement de la logique accusatoire à l'œuvre outre-Manche. À l'inverse, en France, l'accroissement des droits des parties illustre un renforcement du principe du contradictoire qui atténue le caractère inquisitoire de la procédure. Le constat vaut pour la phase d'instruction, avec notamment la généralisation du droit d'accès au dossier pour les avocats⁷⁴, ou le droit de réclamer tout acte paraissant nécessaire à la manifestation de la vérité⁷⁵, y compris à l'occasion d'une expertise ordonnée par le juge⁷⁶. L'audience de jugement n'échappe pas à ce mouvement. Depuis la loi du 15 juin 2000, les avocats et le parquet ont, lors des débats, la possibilité d'interroger directement témoins, experts et parties, sans en passer par l'intermédiaire du président. Ainsi s'ébauche, dans le droit du procès, un dispositif de *cross-examination* jusqu'alors étranger à la tradition juridique française⁷⁷.

Ces avancées législatives protectrices des droits des justiciables ne s'arrêtent pas au prononcé du jugement. Elles concernent également le réexamen de décisions de justice définitives. En France, la loi du 15 juin 2000 a ainsi autorisé l'appel en matière criminelle devant une seconde cour d'assises⁷⁸. En Angleterre, où le principe du double degré de juridiction ne bénéficie pas de la même autorité⁷⁹, le Parlement a néanmoins

R v. *Absolam* [1988] 88 Cr App Rep 332, R v. *Keenan* [1990] 2 QB 54, et R v. *Walsh* [1989] 91 Cr App Rep 161.

⁷⁴ Généralisation prévue par la loi du 4 janvier 1993, récemment complétée par la loi du 5 mars 2007 qui prévoit que cet accès peut prendre la forme d'une transmission du dossier sous forme numérisée (art. 114, al. 4, CPP).

⁷⁵ Loi du 15 juin 2000 (art. 82-1, CPP), rapp. le droit pour l'avocat d'assister à l'audition d'un témoin assisté (art. 120, CPP) ou de toute personne mise en examen (art. 114, CPP).

⁷⁶ V. not. le nouvel art. 161-1, CPP, introduit par loi du 5 mars 2007.

⁷⁷ S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, p. 62.

⁷⁸ Art. 380-1, CPP. La même loi a également ouvert une voie de recours contre toute décision pénale lorsqu'il résulte d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation de la Convention de Rome (art. 626-1, CPP).

⁷⁹ Pour une comparaison historique explicative, v. R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors (Goodhart Lectures 1984-1985)*, Cambridge, CUP, reprint 2006, p. 4 et s.

décidé⁸⁰ de confier à un organe indépendant, la *Criminal Cases Review Commission*, le pouvoir de renvoyer, sur recours d'un condamné s'estimant victime d'une erreur judiciaire, son affaire devant la *Criminal Division* de la *Court of appeal*. Et c'est jusqu'à la phase post-sentencielle de la chaîne pénale qui est progressivement soumise à cette logique de consolidation des droits de procédure. Des deux côtés de la Manche, la réglementation pénitentiaire ne se soumet encore qu'imparfaitement aux standards procéduraires du droit commun. Mais peu à peu, les condamnés acquièrent de nouvelles prérogatives juridiques, tant devant le juge de l'application des peines⁸¹ que devant le *Parole Board*⁸². Encore convient-il de remarquer que l'allocation de nouveaux droits au profit des justiciables à toutes les étapes du processus répressif n'est pas l'unique expression institutionnelle de la valorisation contemporaine de l'équité procédurale. Celle-ci donne lieu également à d'importantes transformations organiques du système pénal.

Section 2. Transformations organiques

En Angleterre et au pays de Galles, l'*Independent Police Complaints Commission* (IPCC), établie par le *Police Reform Act 2002*, a pour fonction de garantir une réponse adaptée aux plaintes formulées par les citoyens contre les fautes professionnelles (*misconduct*) de la police. En France, la loi du 6 juin 2000 a institué la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)⁸³ dont la mission est « de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la

⁸⁰ *Criminal Appeal Act 1995*.

⁸¹ V. not. la loi du 9 mars 2004. Plus généralement, sur « la mutation du droit pénitentiaire » français, v. la contribution de J.-P. Céré dans les *Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, p. 241. Et pour une présentation analytique du *Droit de l'exécution des peines*, v. l'ouvrage de M. Herzog-Evans (3^e éd., Paris, Dalloz, 2007).

⁸² V. not. les contributions de N. Padfield, « The Parole Board in Transition », *Criminal Law Review*, 2006, p. 3, et « Parole and Early Release: the Criminal Justice and Immigration Act 2008 », *Criminal Law Review*, 2009, p. 166.

⁸³ La CNDS est destinée, selon l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, à être remplacée par le « défenseur des citoyens » institué par cette même loi (nouvel art. 71-1 Const.).

République » (art. 1). L'objectif recherché est, dans les deux cas, de conforter la confiance du public à l'égard des forces de l'ordre en établissant un organe indépendant chargé d'enquêter et de formuler des recommandations sur les pratiques policières⁸⁴. Répondant à une demande politique de protection des libertés individuelles contre les usages indus de la coercition, la création de ces autorités administratives n'affecte pas directement le fonctionnement de la chaîne pénale. Il en va autrement des réformes législatives qui, des deux côtés de la Manche, remodelent les organes de la procédure avec parfois pour effet de mieux protéger les justiciables contre l'arbitraire institutionnel.

En Angleterre et au pays de Galles, la Commission Philips a initié cette réorganisation organique en recommandant, en 1981, la séparation des fonctions d'enquête et de poursuite⁸⁵ qui étaient exercées *de facto* par la police depuis sa création, au début du XIX^e siècle. C'est en vertu de ce principe de séparation que le *Crown Prosecution Service* (ci-après CPS) fut établi par le *Prosecution of Offences Act 1985*. Chargé de prendre la direction des poursuites initiées par la police, ce nouveau service a d'abord eu pour mission de classer sans suite (*discontinuance*) les accusations dépourvues de fondement légal solide ou s'appuyant sur des preuves insuffisantes. Dotés d'un statut de fonctionnaire, privés du monopole en matière de poursuite publique⁸⁶, dépourvus d'autorité hiérarchique sur l'activité des enquêteurs, les *Crown prosecutors* se sont trouvés dès l'origine en position de faiblesse

⁸⁴ Comp. Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Bilan des six premières années d'activité 2001-2006 de la CNDP*, [En ligne], http://www.cnds.fr/rapports/bilan_01_06_cnds.pdf (consulté le 25 septembre 2009) ; et Independent Police Complaints Commission, *The IPCC's Guardianship role*, [En ligne], http://www.ipcc.gov.uk/index/about_ipcc/guardianship.htm (consulté le 25 septembre 2009).

⁸⁵ Sur l'élaboration de ce principe par la Commission Philips, et sur son devenir dans la procédure pénale britannique, v. R.M. White, « Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-formulation of the 'Philips Principle' », *Modern Law Review*, 2006, vol. 69(2), pp. 143-182.

⁸⁶ Outre le fait qu'un certain nombre d'organes spécialisés (*Serious Fraud Office, Customs and Excise*) disposent du droit de poursuivre des infractions spécifiques, le droit pour tout citoyen de saisir directement une juridiction pénale (*private prosecution*) demeure (*Prosecution of Offence Act 1985*, s. 6).

institutionnelle par rapport à la police. Mise en évidence par des dysfonctionnements largement médiatisés⁸⁷, l'incapacité du CPS à garantir l'intégrité des enquêtes a justifié l'élargissement de ses compétences, lesquelles ont été étendues au-delà du filtrage des affaires destinées aux tribunaux par la police. Les *Crown prosecutors*, qui sont pour certains désormais hébergés au sein même des commissariats⁸⁸, disposent dorénavant du pouvoir d'interroger les témoins lors de l'enquête⁸⁹. Déterminant les chefs d'inculpation en lieu et place des officiers de police, ils se sont vu conférer l'entière responsabilité des poursuites pénales⁹⁰.

En France, contrairement à la tradition anglaise, le principe de séparation entre la poursuite et l'instruction est acquis, en théorie, depuis la promulgation du Code d'instruction criminelle de 1808⁹¹. De cette séparation résulte la différenciation organique du ministère public et du juge d'instruction, figure emblématique du caractère inquisitoire de la procédure pénale française. Mais le cumul d'importants pouvoirs d'enquête et de juridiction par le magistrat instructeur suscite depuis longtemps des inquiétudes⁹². Pour répondre à ces craintes, c'est finalement la voie d'un démembrement organique des fonctions du juge d'instruction, au nom des libertés, qui est choisie aujourd'hui. La loi du 15 juin 2000 a, en effet, retiré au magistrat instructeur le pouvoir de placer

⁸⁷ Notamment l'affaire Damilola Taylor qui a mis en lumière les risques attachés à l'absence de supervision de l'enquête policière par le CPS. Pour un aperçu rapide de cette procédure qui se solda par l'acquiescement des accusés, v. BBC, *At a glance: Damilola CPS report*, [En ligne], <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/2558777.stm> (consulté le 25 septembre 2009).

⁸⁸ Sur ce point v. *infra* 3e partie, chap. 2, section 2, 2e paragraphe.

⁸⁹ P. Roberts, C. Saunders, « Introducing Pre-Trial Witness Interviews: a Flexible New Fixture in the Crown Prosecutor's Toolkit », *Criminal Law Review*, 2008, p. 831.

⁹⁰ À l'exception néanmoins des infractions routières et des contentieux spécifiques réservés à des agences spécifiques (v. note 86). Sur cette évolution du rôle du *Crown Prosecution Service*, v. I. Brownlee, « The Statutory Charging Scheme in England and Wales: Towards a Unified Prosecution System? », *Criminal Law Review*, 2004, p. 896.

⁹¹ D. Salas, « Note sur l'histoire de l'instruction préparatoire en France », in Commission Justice pénale et droits de l'homme, *op. cit.*, p. 245.

⁹² *Ibid.*, p. 247.

et de maintenir en détention provisoire pour confier cette prérogative à un nouvel acteur judiciaire : le juge des libertés et de la détention. Conservant ses pouvoirs d'investigation, le juge d'instruction est, en conséquence, privé de l'essentiel de son pouvoir de coercition⁹³ ; et l'idée d'une séparation des activités d'enquête et de juridiction – évidente dans la tradition anglaise – s'impose ainsi en France, éclipsant le principe de séparation des organes de poursuite et d'instruction. Cette évolution, qui laisse présager, à plus ou moins long terme, la disparition du juge d'instruction⁹⁴, se pense, il est vrai, autant comme un gage d'équité procédurale que comme un moyen d'accroître l'efficacité répressive de l'institution judiciaire.

⁹³ V. également en ce sens l'instauration, par la loi du 5 mars 2007, de la collégialité de l'instruction lorsque la gravité ou la complexité de l'affaire le justifie.

⁹⁴ V. notamment le *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* présidé par P. Léger qui propose (p. 6) de « transformer le juge d'instruction en juge de l'enquête et des libertés, investi exclusivement de fonctions juridictionnelles », [En ligne] http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf (consulté le 26 septembre 2009). Rapp. G. Lucazeau, « Juge d'instruction : suite et fin ? », *JCP G* 2009, Libres propos, 209, p. 14.

2^{ème} PARTIE

EFFICACITÉ RÉPRESSIVE

En tension avec l'équité procédurale⁹⁵, dont elle ne partage ni les finalités, ni les techniques, l'efficacité répressive est le second mot d'ordre déterminant les réformes contemporaines de la procédure pénale en France, en Angleterre et au pays de Galles. Sur fond de hausse de la délinquance et du sentiment d'insécurité, cet objectif a émergé comme un enjeu politique majeur à partir des années 1970. Alors qu'elle avait été longtemps reléguée au second plan des débats de société, l'efficacité de la réponse pénale est devenue l'objet de toutes les attentions. Donnant lieu à une inflexion idéologique sécuritaire (Chap. 1), les débats politiques portant sur la justice criminelle se sont traduits par le développement d'un arsenal procédural répressif des deux côtés de la Manche (Chap. 2).

Chapitre 1. Inflexion idéologique

Après s'être un temps exacerbés, les clivages idéologiques relatifs à la question du maintien de l'ordre public se sont dissous, au cours des années 1990, lorsque la lutte contre la délinquance est devenue objet de compétition entre les partis de gouvernement (Sect. 1). Insistant sur la responsabilité individuelle des auteurs d'actes criminels, et prêtant une attention nouvelle aux victimes, la classe politique anglaise et française adhère désormais à un ensemble de représentations révélatrices d'un nouvel esprit punitif (Sect. 2).

Section 1. Clivages politiques

Au sortir de la seconde guerre mondiale, l'heure est à la reconstruction nationale. Si le phénomène criminel est déjà à

⁹⁵ « *A priori*, toute garantie procédurale constitue un frein à l'efficacité des politiques pénales, en particulier l'exercice des droits de la défense », J.-P. Jean, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008, p. 60.

l'époque source d'inquiétudes⁹⁶, il n'est pas un enjeu politique fort, et la réflexion sur les solutions institutionnelles à lui apporter est abandonnée aux experts. En Angleterre s'épanouit alors, sous les auspices de l'État providence, un savoir criminologique⁹⁷ qui combine, non sans tensions, un idéal thérapeutique visant la réhabilitation des criminels et une logique libérale de protection des libertés individuelles⁹⁸. Au même moment, en France, *La défense sociale nouvelle* appelle à la resocialisation des délinquants dans le respect des droits de l'homme et de la légalité pénale⁹⁹. Prédominant dans les cercles réformateurs des deux côtés de la Manche, ces approches « humanistes » ont durablement pris le pas sur les doctrines plus répressives dans la conduite de la politique criminelle¹⁰⁰. Mais la hausse de la délinquance, rapidement élevée au rang de problème social, a progressivement conduit les franges conservatrices de la classe politique anglaise et française à durcir leur discours¹⁰¹.

⁹⁶ Voir notamment, en ce qui concerne l'Angleterre et le pays de Galles, G. Pearson, *Hooligan. A History of Respectable Fears*, London, Macmillan, 1983. Comp. pour la France L. Bantigny, « De l'usage du blouson noir. Invention médiatique et utilisation politique du phénomène 'blousons noirs' », in M. Mohammed, L. Mucchielli (dir.), *Les bandes de jeunes*, Paris, La Découverte, 2007, p. 19 ; rapp. R. Muchembled, *Une histoire de la violence*, Paris, Le Seuil, 2008, p. 445 et s.

⁹⁷ D. Garland, « Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 17 ; comp. L. Mucchielli, « L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France : Cadres institutionnels, enjeux normatifs et développement de la recherche des années 1880 à nos jours », *Criminologie*, 2004, vol. 37, p. 13.

⁹⁸ Pour le regard de l'observateur participant, v. L. Radzinowicz, *Adventures in Criminology*, London, Routledge, 1999.

⁹⁹ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981.

¹⁰⁰ Comp., pour la France, J.-P. Allinne, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle*, vol. 2, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 53 et s. ; et pour le Royaume-Uni, T. Morris, *Crime and Criminal Justice since 1945*, Oxford, Basil Blackwell, 1989, not. pp. 71-76 et pp. 113-120.

¹⁰¹ Sur la remise en cause du consensus politique qui présidait à la réforme de la justice pénale dans l'immédiat après-guerre, v. pour le Royaume-Uni, I. Loader, « Fall of the 'Platonic Guardians': Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales », *British Journal of Criminology*, 2006,

Objets de préoccupation politique dès les années 1960, les désordres juvéniles et la criminalité des majeurs deviennent, à partir de la fin des années 1970, un sujet de discordance idéologique. Entretenu par les médias de masse, un sentiment grandissant d'insécurité conduit alors les partis de droite à adopter un *credo* répressif et à critiquer « l'angélisme » des partis de gauche dont l'attention porte essentiellement sur les solutions à apporter aux causes sociales de la délinquance. Au Royaume-Uni, l'année 1979 qui voit le Parti conservateur revenir au pouvoir apparaît, à cet égard, comme un tournant. C'est, en effet, notamment sur la promesse de mener une rigoureuse politique de maintien de l'ordre que Margaret Thatcher emmène son parti vers la victoire¹⁰². Réussissant le tour de force de fusionner la question de la sécurité et celle du traitement des troubles sociaux occasionnés par sa politique économique libérale, la « dame de fer » ruine, pour plus d'une décennie, la crédibilité du Parti travailliste en matière de lutte contre la criminalité. À la même période en France, les succès électoraux du Front national, qui se fait le héraut des thèmes sécuritaires, placent la sanction pénale au cœur du débat politique. La droite de gouvernement durcit alors son discours. Revendiquant une fermeté particulière dans la lutte contre la délinquance, elle se distingue ainsi des majorités de gauche, portées au pouvoir en 1981 et en 1988, et accusées de « laxisme »¹⁰³.

Perdant la bataille de l'opinion sur le terrain de la sécurité, le Parti travailliste britannique et le Parti socialiste français ont finalement réagi en opérant un *aggiornamento* idéologique à partir des années 1990. D'objet de discordance, les politiques de maintien de l'ordre sont devenues enjeu de compétition, la lutte contre l'insécurité étant désormais une priorité commune au programme de tous les partis de gouvernement. Au Royaume-Uni, ce basculement s'est opéré à la faveur de la refondation du Parti

vol. 46(4), p. 561 et s. ; et pour la France, V. Gautron, *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse, Université de Nantes, 2006, pp. 359-385.

¹⁰² M. Brake, C. Hale, *Public Order and Private Lives. The Politics of Law and Order*, London, Routledge, 1991.

¹⁰³ H. Rey, « La sécurité dans le débat politique », in L. Mucchielli, P. Robert (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, p. 25.

travailleuse : sous l'autorité de Tony Blair, le *New Labour* a embrassé les thématiques sécuritaires jusqu'alors monopolisées par les conservateurs et revendique désormais le titre de parti de l'ordre et de la fermeté face au crime¹⁰⁴. Une évolution similaire, quoiqu'un peu plus tardive, caractérise la rhétorique du Parti socialiste français dont le programme témoigne d'une conversion aux bienfaits d'une politique de sécurité rigoureuse¹⁰⁵.

Section 2. Tournant punitif

Si la vigueur des débats parlementaires au Palais Bourbon et à Westminster témoigne du caractère toujours hautement polémique des réformes menées en matière pénale, force est de constater le rapprochement des programmes politiques. Le premier indice en est l'homogénéisation des discours. Qu'il s'agisse de la proclamation d'un « droit à la sécurité » en France¹⁰⁶ ou d'une promesse de loi et d'ordre (« *law and order* ») au Royaume-Uni¹⁰⁷, les mots d'ordre élevant la lutte contre la délinquance au rang d'objectif prioritaire sont désormais repris par l'ensemble des partis de gouvernement. Certaines formules dotées d'une forte efficacité symbolique sont d'ailleurs utilisées indifféremment des deux côtés de la Manche. Il en va ainsi de l'expression « tolérance zéro » dont l'usage transcende les clivages idéologiques

¹⁰⁴ D. Downes, R. Morgan, « No Turning Back: The Politics of Law and Order into the Millenium », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 201 et s.

¹⁰⁵ L. Bonelli, *La France a peur. Une histoire sociale de l'« insécurité »*, Paris, La Découverte, 2008, p. 99 et s. ; rapp. S. Guinchard, « Une certaine idée de la sécurité et de la liberté en France à travers vingt ans de discours politiques sur le sentiment d'insécurité », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 311.

¹⁰⁶ L'exigence nouvelle de sécurité qui imprègne la rhétorique politique française s'est traduite par l'affirmation législative de la « fondamentale » du droit à la sécurité en 1995 (art. 1^{er} de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité*), affirmation reprise depuis, plusieurs fois, par le législateur. Sur cette question, v. M.-A. Granger, « Existe-t-il un 'droit fondamental à la sécurité' ? », *Rev. sc. crim.*, 2009(2), p. 273.

¹⁰⁷ M. Ryan, *Penal Policy and Political Culture in England and Wales*, Winchester, Waterside Press, 2003, spéc. pp. 111-126.

traditionnels comme les frontières nationales¹⁰⁸, ou du slogan « *tough on crime, tough on the causes of crime* » récemment emprunté par le Parti socialiste français¹⁰⁹ au *New Labour* britannique.

Ces figures de style, désormais communes aux principaux partis de gauche et de droite, illustrent un changement profond des représentations du crime dans les discours politiques. La prise en compte accrue de la réalité sociale de la délinquance s'y traduit par une dramatisation du risque criminel. Amplifiée par les médias de masse¹¹⁰, cette rhétorique de la menace, grande (terrorisme) ou petite (incivilités, *antisocial behaviour*), s'accompagne d'une volonté affichée de rendre justice aux victimes. L'adoption d'une posture compassionnelle à leur égard est un trait caractéristique des discours politiques contemporains¹¹¹.

¹⁰⁸ T. Newburn, T. Jones, « Symbolizing Crime Control : Reflections on Zero Tolerance », *Theoretical Criminology*, 2007, vol. 11(2), p. 221 ; sur l'acculturation de cette catégorie dans les discours politique français, v. V. Gautron, *op. cit.*, p. 423.

¹⁰⁹ Dès 1997, Jean-Pierre Chevènement, alors ministre de l'Intérieur, fait référence au slogan travailliste lors du colloque de Villepinte, *Des villes sûres pour des citoyens libres. Actes du colloque de Villepinte*, [En ligne], <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/villepinte.pdf> (consulté le 25 septembre 2009). Il a, depuis, été régulièrement repris dans les rangs socialistes. V. par exemple *La sécurité à gauche !*, avril 2006, n°1, p. 1, [En ligne], <http://securite.parti-socialiste.fr/category/la-securite-a-gauche/> (consulté le 25 septembre 2009).

¹¹⁰ R. Reiner, *Media Made Criminality. The Representation of Crime in the Mass Media*, in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *op. cit.*, pp. 302-337. Comp. pour la France L. Bonelli, *op. cit.*, p. 205 et s. ; rapp. R. Cario, « Médias et insécurité : entre droit d'informer et illusions sécuritaires », *Rec. Dalloz*, 2004, Chron. 75.

¹¹¹ Le récent Manifeste conservateur sur la sécurité comme le dernier rapport de la Commission sur la justice du Parti travailliste témoignent d'une volonté commune de replacer les victimes « au cœur » de la justice pénale : comp. The Conservative Party, *First policy green paper from the Security Agenda. Prisons with a Purpose*, p. 64 et s., [En ligne], <http://www.conservatives.com/tile.do?def=safer.greener.page> (consulté le 25 septembre 2009) ; et New Labour, *Partnership in Power. Crime, Justice, Citizenships and Equalities*, p. 10 et s., [En ligne], http://www.labour.org.uk/crime_justice_citizenship_and_equalities_policy_commission (consulté le 25 septembre 2009). En France, lors dernières élections législatives, le programme de l'UMP et celui du Parti socialiste prévoyaient également de réformer la justice pour regagner « le respect des victimes » (UMP) et « restaurer leur confiance » (PS) : comp. *Le projet socialiste pour la France*, p. 16 et s., [En ligne], <http://projet.parti-socialiste.fr/> (consulté le 25 septembre 2009) ; et Union pour un Mouvement Populaire, *Contrat de législation*, p. 20,

L'empathie n'est, en revanche, plus de mise en ce qui concerne les auteurs d'infractions. Si l'idéal réhabilitatif n'est pas perdu de vue, il cède le pas aux impératifs de la répression dans l'ordre des priorités établies par les partis de gouvernement¹¹². Alimenté par la prégnance de théories criminologiques qui insistent pour certaines sur le libre-arbitre des délinquants¹¹³, et pour d'autres sur leur irréductible malignité¹¹⁴, ce tournant idéologique punitif est lourd de conséquences politiques et institutionnelles.

La dissolution des clivages sur les questions de sécurité n'a pas contribué à dépolitiser le sujet. Depuis une vingtaine d'années, au contraire, l'instrumentalisation électorale de la lutte contre la délinquance nourrit, en France et au Royaume-Uni, le populisme pénal¹¹⁵. Toute inflexion du discours répressif pouvant être interprétée comme un signe d'indulgence à l'égard des criminels, les positions partisans tendent à se radicaliser au nom de la protection du public. Certes la rhétorique à destination des médias est souvent plus tranchante que les programmes politiques

[En ligne], <http://www.ump-legislatives2007.fr/index.php?section=texte-projet> (consulté le 25 septembre 2009). Sur ce thème, v. *infra* 3.2.1.

¹¹² Il reste à voir si la coalition Conservateurs/Démocrates libéraux élue au Royaume-Uni en 2010 inversera cette tendance. Contraint, entre autres, par l'apparente nécessité de procéder à des coupes budgétaires en réduisant la population carcérale, le ministre britannique de la Justice Ken Clarke met désormais l'accent sur la réinsertion des condamnés. V. en ce sens le récent rapport du Ministère de la Justice, *Breaking the Cycle*, [En ligne], <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/breaking-the-cycle.pdf> (consulté le 5 juin 2011). Mais cette position est sous le feu des critiques du Parti conservateur et des médias de droite.

¹¹³ D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, *op. cit.*, pp. 127-131 ; sur l'impact de ces théories dans le débat intellectuel français, rapp. V. Gautron, *op. cit.*, pp. 371-379.

¹¹⁴ D. Melossi, « Changing Representations of the Criminal », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), spéc. p. 308-313. Rapp. L. Mucchielli, « Penser le crime », in L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 453 et s.

¹¹⁵ Sur le développement contemporain du populisme pénal, comp. pour la France l'ouvrage de D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005, et pour le Royaume-Uni (et les démocraties anglo-saxonnes en général), le livre de J.V. Roberts, L.J. Stalans, D. Indermaur, M. Hough, *Penal Populism and Public Opinion*, New-York, OUP, 2003.

effectivement mis en œuvre. Mais il demeure que pour éviter de prêter le flanc à l'accusation de laxisme, les partis rivalisent de promesses réformatrices fondées sur les attentes de sécurité prêtées à leur électorat. Il en résulte, des deux côtés de la Manche, une hyperactivité législative dont la finalité affichée est de mieux répondre aux attentes de l'opinion et des victimes en durcissant, au besoin, le traitement réservé aux délinquants.

Chapitre 2. Arsenal procédural

Le tournant sécuritaire qui caractérise les sociétés française et britannique a eu un impact très fort sur le droit pénal substantiel. Ainsi, en France comme en Angleterre, la tendance est à la multiplication des incriminations¹¹⁶ et à l'aggravation des peines¹¹⁷. Mais la demande politique d'efficacité répressive pèse également sur le droit procédural. Elle justifie le renforcement des pouvoirs de police (Sect. 1) et explique le développement de formes simplifiées de traitement de la délinquance (Sect. 2).

Section 1. Renforcement des pouvoirs de police

En Angleterre et au pays de Galles, l'identification du policier à un « citoyen en uniforme » doté de prérogatives juridiques similaires à n'importe quel autre sujet a vécu. Cet idéal, qui a longtemps habité la culture politique britannique, s'est évanoui à mesure que se sont accrus les pouvoirs d'enquête des forces de police¹¹⁸. Le *Police and Criminal Evidence Act 1984* constitue à cet égard un tournant important. Codifiant l'activité policière en détail, ce texte législatif a accordé d'importantes garanties procédurales aux suspects¹¹⁹ tout en consolidant les pouvoirs d'enquête et de coercition des forces de l'ordre. Depuis,

¹¹⁶ Pour l'Angleterre et le pays de Galles, v. J.R. Spencer, « The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so Impenetrable? », *op. cit.*, p. 585. Pour la France, comp. J. Danet, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, 2003, vol. 25, spéc. pp. 52-59.

¹¹⁷ Pour l'Angleterre et le pays de Galles, v. I. Dunbar, A. Langdon, *Tough Justice. Sentencing and Penal Policies in the 1990's*, London, Blackstone, 1998 ; rapp. A. Ashworth, E. Player, « Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions », *Modern Law Review*, 2005, vol. 68(5), spéc. pp. 822-825. Pour la France, comp. J. Danet, article précité, spéc. pp. 59-63.

¹¹⁸ Sur cette évolution, voit T. Newburn, R. Reiner, « From PC Dixon to Dixon PLC: Policing and Police Powers since 1954 », *Criminal Law Review*, 2004, p. 101.

¹¹⁹ V. *supra* 1^{ère} partie, chap. 2, section 1, sur l'élaboration de garanties nouvelles relatives à l'équité procédurale de la justice pénale.

cette tendance a été amplifiée par de nombreuses lois¹²⁰. Justifiées par la nécessité de donner aux forces de police les moyens nécessaires pour combattre le crime, les opérations d'infiltration ont été légalisées, l'interception de communications privées autorisée, les conditions légales de fouille et d'arrestation assouplies, la durée de détention dans les commissariats allongée...

Un mouvement similaire se dessine en droit français où les prérogatives policières ont crû régulièrement à partir des années 2000¹²¹. Le pouvoir discrétionnaire des agents de police a été étendu, notamment en ce qui concerne la détermination des suspects à l'occasion des contrôles d'identité et des placements en garde à vue, et les conditions de perquisition et de surveillance ont été assouplies. La loi du 9 mars 2004, dite loi « Perben II », constitue, dans cette perspective, le point d'orgue d'une suite de réformes qui consacrent la montée en puissance des agents de police dans l'enquête pénale. Renforçant leurs pouvoirs de contrainte dans la pratique policière ordinaire¹²², cette loi leur donne également des moyens juridiques plus importants pour lutter contre la « criminalité organisée »¹²³. L'usage de ces prérogatives nouvelles est, pour nombre d'entre elles, conditionné à un avis du parquet, et les plus attentatoires aux libertés individuelles ne trouvent à s'exercer qu'après autorisation du juge des libertés et de la détention. Pour autant, et malgré ce contrôle judiciaire, le renforcement des pouvoirs d'enquête de la police révèle une mutation profonde de sa fonction procédurale.

Contrairement à l'Angleterre, où l'extension des prérogatives policière ne se fait aux dépens d'aucun autre organe de la procédure, en France, cette évolution menace le rôle du juge d'instruction, déjà marginalisé, en matière correctionnelle. Il en

¹²⁰ Voir, entre autres, le *Police Act 1997* et le *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*. Pour une liste détaillée de la législation récente accroissant le pouvoir juridique des forces de police, v. A. Sanders, R. Young, *op.cit.*, p. 18.

¹²¹ S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, p. 63 et s.

¹²² M. Schwendener, « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », in J. Danet (dir.), *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, 2004, p. 285.

¹²³ Sur cette catégorie, v. E. Vergès, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *Actualité Juridique Pénale*, 2004(5), p. 181.

résulte dans la chaîne pénale « un glissement d'activité de la phase judiciaire vers la phase policière » potentiellement lourd de conséquences sur la mise en état des affaires pénales¹²⁴. Les effets de l'augmentation des pouvoirs de police sur l'équilibre de la procédure pénale ne sont donc pas identiques des deux côtés de la Manche, mais ils y suscitent les mêmes inquiétudes relatives au déficit de garanties réelles protégeant les personnes mises en cause durant l'enquête¹²⁵. L'accroissement des pouvoirs d'investigation à charge sape, en effet, autant la logique accusatoire, supposant une certaine égalité des parties quant aux moyens d'enquête, que la logique inquisitoire, impliquant une recherche officielle des faits à décharge. Dans les deux hypothèses, le risque de dérive est accentué par la diversification des techniques procédurales destinées à traiter de manière simplifiée la partie du contentieux pénal pour laquelle la question de la culpabilité est résolue avant l'audience de jugement.

Section 2. Diversification de la réponse pénale

Qu'ils servent d'alternatives aux poursuites ou qu'ils en constituent une modalité particulière, les dispositifs simplifiés de traitement des délits ont tous pour caractéristique d'alléger, après accord de la personne mise en cause¹²⁶, le formalisme et les standards de preuve de la procédure pénale. Certaines de ces techniques répondent plus particulièrement à l'exigence de reconnaissance des victimes qui peuvent, sous certaines conditions, être associées au processus dans une perspective de

¹²⁴ J. Danet, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *op. cit.*, p. 52.

¹²⁵ Comp. pour la France C. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 2003(3), p. 644, et pour l'Angleterre, E. Cape, « Police Bail and the Decision to Charge: Recent Developments and the Human Rights Deficit », *Archbold News*, 2007(7), p. 6.

¹²⁶ D'où l'expression de « justice négociée » fréquemment utilisée pour désigner ces modes déformalisés de traitement des infractions. De manière générale, pour une approche comparative sur le sujet, v. F. Tulkens, Y. Cartuyvels, I. Wattier, « Negotiated Justice », in M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, *op. cit.*, p. 688.

justice « restaurative »¹²⁷. Mais le trait commun à tous ces mécanismes est, avant tout, de garantir l'efficacité de la réponse pénale en simplifiant le traitement procédural de faits délictueux dont certains auraient autrement donné lieu à un classement sans suite (*no further action*) ou à un procès à l'issue incertaine. Il n'est, dès lors, pas surprenant, au regard de la demande d'efficacité répressive qui s'exprime des deux côtés de la Manche, que de récentes réformes y aient étendu le domaine de la « justice négociée ».

En Angleterre et au pays de Galles, les techniques de déjudiciarisation (*diversion*) ne sont pas nouvelles. La police fait, depuis longtemps, un usage massif des avertissements (*police cautioning*), notamment à destination des délinquants juvéniles et des primo-délinquants¹²⁸. Mais cette pratique, qui soustrait à l'appareil judiciaire une part importante du contentieux pénal, a récemment vu son champ d'application étendu par le *Criminal Justice Act 2003*. Ce texte institue, en effet, une mesure d'avertissement sous condition (*conditional caution*) en vertu de laquelle la personne qui reconnaît la commission d'une infraction peut se voir proposer par le *Crown Prosecution Service* une alternative aux poursuites de nature réparatrice, réhabilitative, voire punitive¹²⁹. C'est cependant la procédure de plaider-coupable qui constitue le dispositif clé de la « justice négociée » en Angleterre. La promesse d'une réduction de peine ou l'abandon de certains chefs d'inculpation, en échange de la reconnaissance de culpabilité (*guilty plea*) de la personne mise en cause, y sont massivement utilisés depuis de nombreuses années. Mais sa consécration par la

¹²⁷ C'est notamment le cas de la médiation pénale en France ou du *conditional caution* et du *referral order* (à destination des mineurs) en Angleterre et au pays de Galles.

¹²⁸ G. Dingwall, C. Harding, *Diversion in the Criminal Process*, London, Sweet & Maxwell, 1998, spéc. pp. 98-119.

¹²⁹ La possibilité de délivrer un avertissement conditionnel à dimension punitive a été prévue par le *Criminal Justice Act 2003*. Pour une analyse critique de cette mesure, v. I. Brownlee, « Conditional Cautions and Fair Trial Rights in England and Wales: Form versus Substance in the Diversionary Agenda? », *Criminal Law Review*, 2007, Feb., p. 129.

loi ne date que du milieu des années 1990¹³⁰ et cette pratique, à l'origine autorisée par voie prétorienne¹³¹, est depuis peu encouragée par des directives officielles¹³² dans le but d'augmenter le nombre de délinquants condamnés¹³³.

En raison de son caractère récent, le développement de formes négociées de justice dans le champ pénal est plus remarquable encore en France. Exceptionnelles jusque dans les années 1990, les alternatives aux poursuites se sont vu reconnaître, en très peu de temps, une place importante dans le traitement des infractions, et elles semblent destinées à s'étendre encore¹³⁴. Au classement sans suite s'est ajouté un large éventail de techniques - rappel à la loi, classement sous condition, injonction thérapeutique, médiation ou composition pénale - susceptibles d'être utilisées par le ministère public pour donner une réponse aux infractions qu'il estime ne pas devoir renvoyer devant une juridiction¹³⁵. S'ajoute désormais à ces mesures la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹³⁶ (ci-après CRPC) qui permet au procureur de proposer à l'auteur de certains délits une peine, homologuée par le juge du siège après accord de l'intéressé. Outil d'une politique visant à réprimer, sinon plus sévèrement, du

¹³⁰ La première reconnaissance législative des pratiques de plea-bargaining date de 1994 (s. 48, *Criminal Justice and Public Order Act 1994*). Rapp., par la suite, s. 152, *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* ; et s. 144, *Criminal Justice Act 2003*.

¹³¹ *R v. Turner* [1970] 2 QB. V. également *R v. Cain* [1976] Crim LR 464, et *R v. Goodyear* [2005] EWCA Crim 888.

¹³² V. à ce titre les standards pénologiques établis par le Sentencing Guidelines Council, *Sentencing Guideline Revised 2007. Reduction in Sentence for a Guilty Plea*, [En ligne], <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/council/final.html> (consulté le 25 septembre 2009) ; ainsi que la première version élaborée en 2004 (même URL).

¹³³ A. Sanders, R. Young, *op. cit.*, p. 440.

¹³⁴ V. en ce sens les conclusions du rapport remis à la garde des Sceaux par S. Guinchard le 27 juin 2008, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, spéc. le titre 2 consacré aux « déjudiciarisation en matière pénale », [En ligne], <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000392/0000.pdf> (consulté le 25 septembre 2009).

¹³⁵ V. not. les articles 41-1 et suivants du Code de procédure pénale.

¹³⁶ Art. 495-7 et s. du Code de procédure pénale. Sur cette procédure, v. le dossier qui y est consacré dans *Actualité Juridique Pénal* en 2005 (n° 12), p. 433 et s.

moins plus systématiquement les infractions, cette « justice négociée », qui renforce le rôle du parquet dans la procédure, est lourde de menaces pour les droits de la défense¹³⁷. Mais cette évolution est, en revanche, conforme aux nouvelles exigences d'efficacité administrative pesant sur l'appareil judiciaire.

¹³⁷ B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense », *Rec. Dalloz*, 2005, Chron. 2041.

3^{ème} PARTIE

MODERNISATION ADMINISTRATIVE

En ce qu'elle vise à améliorer le fonctionnement de la justice, la modernisation des institutions pénales apparaît comme une réponse à la demande sociale d'efficacité répressive. Elle ne saurait cependant s'y réduire. La réforme de l'État concerne l'espace administratif tout entier et ne se limite pas à sa seule composante judiciaire. Quant aux projets politiques de modernisation publique qui s'épanouissent des deux côtés de la Manche, ils conduisent à repenser globalement l'administration du système pénal, y compris dans ses dimensions non répressives (Chap. 1). L'impact organisationnel et procédural de ce dessein modernisateur sur la justice criminelle n'en est que plus profond (Chap. 2).

Chapitre 1. La modernisation de la justice comme projet politique

La crise de l'État providence à partir des années 1970 n'a pas épargné la justice pénale. Élaboré pour redonner sa légitimité à l'action administrative, le projet politique de modernisation de l'appareil étatique porte sur tous les services publics, y compris le système pénal. Les programmes de réforme de l'État mis en œuvre en France et au Royaume-Uni depuis une trentaine d'années s'inscrivent dans des contextes très différents (Sect. 1), mais ils amènent à envisager la modernisation de l'appareil répressif en des termes presque identiques (Sect. 2).

Section 1. Contexte réformateur

C'est en Grande-Bretagne que les critiques idéologiques appelant à une réduction du périmètre de l'État et à une révision des principes d'action administrative ont eu l'écho politique le plus précoce¹³⁸. Margaret Thatcher accède, en effet, au pouvoir en 1979 avec l'ambition de soumettre la bureaucratie britannique aux impératifs d'économie, d'efficacité et d'efficacité (*economy, efficiency*

¹³⁸ J. Chevallier, *Science administrative*, 4^e éd., Paris, PUF, 2007, p. 214.

and effectiveness – the « three Es »)¹³⁹, notamment par l'introduction de nouveaux modes de gestion empruntés au secteur privé dans les services de l'État (*New Public Management*)¹⁴⁰. En raison de la spécificité organisationnelle et constitutionnelle de la justice criminelle, celle-ci a été plus tardivement affectée par ce mouvement¹⁴¹. Pour autant, au cours des années 1980 et 1990, la droite libérale britannique (*New Right*) est progressivement parvenue à introduire une rationalité managériale (*managerialism*) au cœur du système pénal¹⁴². L'arrivée au pouvoir du *New Labour* n'a, à cet égard, pas changé la donne : pour mieux justifier sa politique d'investissement dans les services publics, le nouveau gouvernement travailliste a en effet repris à son compte, sous couvert de « modernisation », la logique gestionnaire impulsée par le Parti conservateur¹⁴³.

En France, la discussion sur l'organisation, les moyens et les méthodes de l'appareil judiciaire s'est inscrite dans un tout autre environnement. La réforme de l'État, pourtant mise à l'ordre du jour à peu près à la même époque qu'au Royaume-Uni¹⁴⁴, a pris,

¹³⁹ En 1979, le manifeste du Parti conservateur promet que les contribuables en auront plus pour leur argent (*Better Value for Money*) grâce à un rigoureux programme de réforme de l'État (*reduction of waste, bureaucracy and over-government*), Margaret Thatcher Foundation, *Conservative General Election Manifesto 1979*, [En ligne], <http://www.margaretthatcher.org/archive/displaydocument.asp?docid=110858> (consulté le 25 septembre 2009).

¹⁴⁰ C. Hood, « A Public Management for All Seasons? », *Public Administration*, 1991, vol. 69(1), p. 3.

¹⁴¹ A. James, J. Raine, *The New Politics of Criminal Justice*, London, Longmans, 1998, p. 33.

¹⁴² Pour une vue d'ensemble, v. P. Senior, C. Crowther-Dowey, M. Long, *Understanding Modernisation in Criminal Justice*, Berkshire, Open University Press, 2007.

¹⁴³ E. McLaughlin, J. Muncie, G. Hughes, « The Permanent Revolution: New Labour, New Public Management and the Modernization of Criminal Justice », *Criminal Justice*, 2001, vol. 1(3), p. 301 ; et au-delà de la justice pénale, Y. Ahmad, M. Broussine, « The UK Public Sector Modernization Agenda. Reconciliation and Renewal? », *Public Management Review*, 2003, vol. 5(1), p. 45.

¹⁴⁴ P. Bezes, « Publiciser et politiser la question administrative : généalogie de la réforme néo-libérale de l'État dans les années 1970 », *Revue française d'administration publique*, 2006(4), vol. 120, p. 721. Et pour une vue d'ensemble, v. du même auteur, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris, PUF, 2009.

dans un premier temps, une tournure moins radicale, prônant l'adaptation de la fonction publique aux évolutions socio-économiques plutôt que sa remise en cause frontale¹⁴⁵. Dans ce contexte plus consensuel, la modernisation administrative de la justice a été placée, très tôt, en tête de l'agenda réformateur pour diverses raisons¹⁴⁶. D'une part, la Chancellerie a trouvé dans ce projet modernisateur un puissant outil de légitimation institutionnelle à une période où son rôle traditionnel était contesté¹⁴⁷. D'autre part, la réforme judiciaire est un terrain privilégié par les parlementaires pour affirmer leur autorité¹⁴⁸. Facilitée par le développement d'un débat récurrent au sein des élites françaises sur le rôle et le fonctionnement du service public de la justice¹⁴⁹, la rencontre de ces volontés réformatrices a favorisé l'émergence d'un dessein modernisateur pour l'appareil répressif.

C'est donc dans des contextes très différents que le projet politique de réforme administrative de l'État en général, et de la justice criminelle en particulier, s'est déployé des deux côtés de la Manche. Portée par la frange libérale du Parti conservateur au Royaume-Uni, la modernisation a été pensée sur un mode autoritaire, contre la haute fonction publique (*Whitehall*) et la bureaucratie étatique accusées de corporatisme (*self-interest*) et d'irresponsabilité (*unaccountability*)¹⁵⁰. En France, où le poids politique des élites administratives est beaucoup plus important qu'en Angleterre, la réforme est orchestrée par les hauts fonctionnaires qui ont recours à des procédures de consultation

¹⁴⁵ En ce sens, v. l'introduction (p. 625) et la conclusion (p. 777) par M.-O. Baruch du numéro de la *Revue française d'administration publique* consacré aux « généalogies de la réforme de l'État » (cité note précédente).

¹⁴⁶ Pour une perspective générale sur le contexte politique des processus de modernisation de la justice en France, v. A. Vauchez, L. Willemez, *op. cit.*

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 23 et s.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 71 et s.

¹⁴⁹ V. par exemple, l'ouvrage dirigé par D. Soulez-Larivière et H. Dalle, *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Robert Laffont, 2002.

¹⁵⁰ J. Clarke, J. Newman, *The Managerial State. Power, Politics and Ideology in the Remaking of Social Welfare*, London, Sage, 1997, chap. 3 : « A Change for the Better? The Tyranny of Transformation ».

préalable associant autorités juridictionnelles et professions judiciaires¹⁵¹. Pourtant, malgré ces dissemblances marquées, la transformation administrative du système pénal a été envisagée en des termes assez proches dans les deux pays¹⁵².

Section 2. Logique gestionnaire

En France comme en Angleterre, la politique de modernisation de la justice criminelle ne se conçoit pas comme un programme prédéfini. Elle renvoie plutôt à un ensemble de solutions techniques élaborées pour répondre, au coup par coup, à des dysfonctionnements identifiés. La multiplication des rapports commandités par les autorités publiques aux fins de résoudre des problèmes particuliers donne ainsi lieu à la production d'un savoir d'action destiné à offrir des outils opératoires pour une meilleure gouvernance judiciaire¹⁵³. Des deux côtés de la Manche, la démarche se veut résolument pragmatique. Elle s'inscrit dans un cadre idéologique clairement circonscrit par un champ lexical étranger au savoir juridique : la chaîne pénale est pensée en termes de gestion des flux, d'optimisation des coûts, et de satisfaction des usagers. Sous couvert d'efficacité administrative accrue, il s'agit notamment d'améliorer les performances du système pénal, en y

¹⁵¹ Sur les « méthodes » de la réforme, v. L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, not. p. 79 et s.

¹⁵² Sur l'uniformité et l'homogénéité des processus de modernisation administrative entrepris dans les pays européens en dépit de la très grande hétérogénéité des situations, v. G. Timsit, « Critique de la gestion pure : la gestion du changement dans le secteur public des pays d'Europe occidentale », *Revue internationale de politique comparée*, 2004(2), vol. 11, p. 293.

¹⁵³ Pour un aperçu, non exhaustif, de cette littérature grise pléthorique, comp. pour le Royaume-Uni le site du *Department for Constitutional Affairs* (<http://www.dca.gov.uk/publications.htm>, consulté le 30 mai 2008) ; et celui du nouveau Ministère de la Justice. (<http://www.justice.gov.uk/publications/publications.htm>, consulté le 30 mai 2008) et, pour la France, la bibliothèque des rapports publics (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports/index.shtml>, consulté le 30 mai 2008).

impulsant une logique gestionnaire¹⁵⁴ et en contribuant à l'accélération des procédures¹⁵⁵. La modernisation de la justice s'apparente ainsi, avant tout, à un renforcement de sa rationalité économique¹⁵⁶.

Plus ancienne en Angleterre qu'en France, l'introduction de techniques managériales dans le système pénal y a été, très tôt, plus explicite. Ainsi les principales commissions de réflexion sur la justice criminelle instituées depuis les années 1980 ont toujours été invitées à se prononcer à l'aune de considérations gestionnaires¹⁵⁷. Le contexte idéologique libéral a, par ailleurs, favorisé la privatisation précoce d'une partie des fonctions répressives de l'État¹⁵⁸, notamment dans l'administration post-sentencielle (services pénitentiaires et de probation), et la mise en œuvre de

¹⁵⁴ Comp. Ministry of Justice, *Local Criminal Justice Board effectiveness. A national survey into effective performance management and local performance*, 2008, [En ligne], <http://www.justice.gov.uk/publications/research290208.htm> (consulté le 25 septembre 2009) ; et Commission des finances du Sénat, *La justice. De la gestion au management ? Former les magistrats et les greffiers en chef*, 2006, [En ligne], <http://www.senat.fr/rap/r06-004/r06-004.html> (consulté le 25 septembre 2009).

¹⁵⁵ Comp. Home Office, Department for Constitutional Affairs, Attorney General's Office, *Delivering Simple, Speedy, Summary Justice*, 2006, [En ligne], http://www.dca.gov.uk/publications/reports_reviews/delivery-simple-speedy.pdf (consulté le 25 septembre 2009) ; et J.-C. Magendie *et al.*, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, rapport remis au Garde des sceaux le 6 septembre 2004, [En ligne], <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml> (consulté le 25 septembre 2009).

¹⁵⁶ De manière générale, sur l'intrusion de la rationalité économique dans les systèmes judiciaires occidentaux, v. H. Fix-Fierro, *Courts, Justice and Efficiency. A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2003.

¹⁵⁷ Les deux dernières *Royal Commissions* (*Sir Philips' Royal Commission on Criminal Procedure* et *Viscount Runciman's Royal Commission on Criminal Justice*) ayant eu à évaluer la justice criminelle ont été invitées à procéder à partir de critères relatifs à l'efficacité économique du système judiciaire. Il en va de même de la mission d'enquête sur la justice pénale confiée à Lord Justice Auld par le Lord Chancellor en 1999. Sur ce point, v. M. Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 155-156. Et, plus particulièrement, sur le rapport remis par la Commission Runciman, v. S. Field, P.A. Thomas, « Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice », *Journal of Law and Society*, 1994, 21(1), p. 1.

¹⁵⁸ V. dès la fin des années 1980, R. Matthews (ed.), *Privatizing Criminal Justice*, London, Sage Publications, 1989.

nouvelles techniques d'évaluation des résultats de la justice criminelle¹⁵⁹. Au cœur de la politique de modernisation, la recherche de productivité s'affiche sans détour comme en témoigne le site internet officiel destiné à présenter le système pénal anglais¹⁶⁰. Y sont mis à disposition du public des classements distinguant, à partir d'indicateurs de résultats, les agences locales qui administrent la justice. L'objectif recherché, conforme au projet du *new public management*, qui prétend importer dans l'administration publique des outils de gestion du secteur privé, est d'instituer ainsi une compétition entre services pour orienter le financement vers les plus efficaces¹⁶¹.

Plus tardive en France, la réforme administrative de la justice s'est appuyée, à l'origine, sur des représentations sensiblement différentes. À la figure du client est préférée celle de l'utilisateur¹⁶², et à la rhétorique de la performance celle de la qualité du service public¹⁶³. L'utilisation d'outils d'évaluation nouveaux¹⁶⁴ qui permettent de « porter le chiffre au cœur de la fonction de justice »¹⁶⁵ s'est néanmoins imposée progressivement. Conçue

¹⁵⁹ C. Jones, « Auditing Criminal Justice », *British Journal of Criminology*, 1993, vol. 33(2), p. 187. Plus généralement, sur le développement des pratiques d'audit dans le secteur public anglais, v. M. Power, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford, OUP, 1997, not. p. 41 et s.

¹⁶⁰ <http://www.cjsonline.gov.uk>

¹⁶¹ Sur ce point, v. par exemple les évolutions récentes de la justice des mineurs en Angleterre et au pays de Galles, mises en évidence par R. Smith, *Youth Justice. Ideas, Police and Practice*, London, Willan, 2003, spéc. pp. 83-89.

¹⁶² T. Delpuech, L. Dumoulin, « La justice : émergence d'une rhétorique de l'utilisateur », in P. Warin (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 103.

¹⁶³ Sur cette catégorie nouvelle dans les représentations savantes de la justice, v. not. l'ouvrage collectif dirigé par M.-L. Cavrois, H. Dalle, J.-P. Jean, *La qualité de la justice*, Paris, La Documentation française, 2002 ; et les actes du colloque de Poitiers (8 et 9 mars 2007) consacré à *la qualité des décisions de justice*, édités sous la direction de P. Mbongo, [En ligne], <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf> (consulté le 25 septembre 2009).

¹⁶⁴ V. Gautron, « L'évaluation de la politique criminelle : des avancées en trompe-l'œil », *Archives de politique criminelle*, 2008, vol. 30, p. 201.

¹⁶⁵ E. Breen, « Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques », in E. Breen (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 26. Sur cette problématique, v. A. Vauchez, « Le chiffre dans le

comme une « entreprise en activités judiciaires »¹⁶⁶ par certains hauts magistrats, l'administration de la justice est désormais pensée à l'aune des contraintes de structures et de moyens qui la brident¹⁶⁷. Cette approche a été considérablement renforcée par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) qui requiert l'identification d'objectifs pour tous les programmes d'action publique et la construction d'outils de mesure destinés à suivre et évaluer l'activité des services administratifs¹⁶⁸. L'application de ce nouveau dispositif de financement aux forces de police et aux tribunaux¹⁶⁹ soumet finalement l'ensemble du système pénal à une culture du résultat très proche de celle gouvernant l'appareil répressif au Royaume-Uni. Induisant une pression réelle sur tout l'appareil judiciaire¹⁷⁰, cette logique modernisatrice est lourde de conséquences procédurales.

"gouvernement" de la justice », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 111.

¹⁶⁶ S. Rozès, « Une entreprise en activités judiciaires », *Revue française d'administration publique*, 1991, vol. 57, p. 5.

¹⁶⁷ P. Estoup, « La gestion d'une Cour d'appel », *Revue française d'administration publique*, 1991, vol. 57, p. 29.

¹⁶⁸ Sur ce sujet, v. le vol. 117 (2006) de la *Revue française d'administration publique* consacré aux « réformes budgétaires et réformes de l'État ».

¹⁶⁹ D. Marshall, « L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) sur les juridictions », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 121.

¹⁷⁰ J.-P. Jean, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *Actualité Juridique Pénal*, 2006(12), p. 473.

Chapitre 2.

L'impact procédural de la modernisation administrative

Si elles sont révélatrices de cultures administratives et de contextes politiques très différents, les politiques de modernisation administrative de la justice criminelle menées en France et en Angleterre exaltent néanmoins des valeurs similaires : dans les deux États, le consumérisme (Sect. 1) s'impose dans le champ judiciaire pour mieux justifier la recherche d'efficience (Sect. 2). Pour autant, ces valeurs affectent les procédures pénales selon des modalités largement dépendantes des traditions juridiques nationales et de leurs idiosyncrasies¹⁷¹.

Section 1. Consumérisme

Indissociable des politiques de modernisation administrative menées des deux côtés de la Manche, l'attention nouvelle portée aux usagers des services de l'État, au premier rang desquels la justice, n'est pas sans consonance consumériste. Pour répondre aux revendications des associations de victimes et conforter la confiance des opinions publiques française et britannique dans leurs systèmes pénaux respectifs, ceux-ci sont, de plus en plus, gouvernés comme des industries de services concernées par leur clientèle¹⁷². De la rénovation des infrastructures judiciaires à la mise en place de dispositifs d'information à destination du public, les programmes visant à améliorer la qualité de l'accueil et l'accessibilité des institutions judiciaires se sont multipliés. Dans un premier temps périphérique au procès pénal proprement dit, cette logique de service imprime désormais sa marque à la

¹⁷¹ Pour la perspective anglaise, v. J.W. Raine, M.J. Wilson, « Beyond Managerialism in Criminal Justice », *The Howard Journal*, 1997, vol. 36(1), p. 80.

¹⁷² D. Kaminski, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, 2002, vol. 33(1), p. 96.

procédure. Identifiable des deux côtés de la Manche¹⁷³, le mouvement s'exprime de manière plus prononcée en droit français, lequel admet, de longue date, que la constitution de partie civile puisse mettre en mouvement l'action publique en cas d'inertie du Ministère public¹⁷⁴. Bien qu'un droit d'accusation théorique soit également conservé aux victimes devant la justice anglaise¹⁷⁵, celle-ci leur confère un rôle procédural traditionnellement plus discret.

En Angleterre et au pays de Galles, la tonalité libérale du processus de modernisation administrative explique que l'effort mis en œuvre à destination des justiciables à la fin des années 1980 ait été, dans un premier temps, délégué à la société civile. Mais le financement public massif de l'association *Victim Support* s'est rapidement doublé d'une politique d'amélioration du service offert par les diverses agences du système pénal¹⁷⁶. L'élaboration d'un code de conduite à destination des victimes (*Code of Practice for Victims of Crime*), illustre ce mouvement¹⁷⁷. En l'absence de caractère exécutoire, ce document ne donne, à proprement parler,

¹⁷³ V. pour l'Angleterre et le pays de Galles, D. Downes, *Constructing Victims' Rights. The Home Office, New Labour and Victims*, Oxford, Clarendon Press, 2004. Comp. pour la France les réflexions de F. Bellivier et C. Duvert, « Regards pluridisciplinaires sur les victimes », *Archives de politique criminelle*, 2006, vol. 28, p. 3 et s.

¹⁷⁴ Cass. crim., 8 déc. 1906, *Dalloz Périodique*, 1907, I, p. 207. Sur la genèse et les conséquences de l'arrêt, v. J. Brouchet, « L'arrêt Laurent-Athalin, sa genèse et ses conséquences », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1965, p. 412.

¹⁷⁵ Sur les limites de ce droit d'accusation privé, v. A. Sanders, R. Young, *op. cit.*, p. 379.

¹⁷⁶ D. Brown, « How does England Incorporate the Results of Public Opinion Surveys on the Administration of Justice? », in S. Parmentier *et al.* (eds.), *Public Opinion and the Administration of Justice*, Brussels, Politeia, 2004, not. p. 181 et s.

¹⁷⁷ Le *Code of Practice for Victims of Crime* remplace la Charte des victimes (*Victim's Charter*) établie en 1990, qui déclinait dans le champ judiciaire le programme de Charte du citoyen lancé par John Major. Sur les limites de cette initiative, v. B. Williams, « The Victim's Charter: Citizens as Consumers of Criminal Justice Services », *The Howard Journal*, 1999, 38(4), p. 384 ; rapp. H. Fenwick, « Rights of Victims in the Criminal Justice System: Rhetoric or Reality? », *Criminal Law Review*, 1995, p. 843.

aucun droit supplémentaire aux usagers de la justice¹⁷⁸, mais il impose des obligations d'information et d'accueil aux organes d'enquête, de poursuite et de jugement. Les formes traditionnelles du procès pénal sont également concernées par cette préoccupation institutionnelle de mieux traiter les justiciables. L'introduction de techniques vidéo évitant aux témoins vulnérables de devoir se présenter physiquement à l'audience conduit, par exemple, à assouplir certains principes centraux de l'administration de la preuve en justice (*bearsay rule*)¹⁷⁹. Et les victimes, jusqu'alors grandes absentes de l'audience pénale¹⁸⁰, ont désormais la possibilité d'exprimer, par le biais d'une déclaration formelle (*Victim personal statement*), leur sentiment sur le crime qui les a frappées¹⁸¹.

En France, c'est la recherche de proximité qui a, dans un premier temps, servi de guide à l'amélioration des relations entre la justice et ses usagers. À l'instar du Royaume-Uni, un réseau d'associations privées¹⁸² est intégré aux politiques d'aide aux victimes, mais il ne se substitue pas aux pouvoirs publics, garants essentiels de la bonne administration de la justice. Les Maisons de la justice et du droit, officialisées en 1998 pour accompagner la mise en œuvre de la politique pénale au plus près de la population,

¹⁷⁸ A. Sanders, R. Young, *op. cit.*, p. 658.

¹⁷⁹ En vertu du *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, les témoins vulnérables (*vulnerable witnesses*), y compris les victimes, peuvent livrer leur témoignage à distance (par le biais d'une liaison vidéo), ou à huis-clos. La recevabilité des « preuves par oui-dire » (*bearsay evidence*) a, par ailleurs, été étendue par le *Criminal Justice Act 2003*, notamment (s. 116) aux témoignages de personnes légitimement effrayées (*In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if (...) through fear the relevant person does not give (...) oral evidence in the proceedings*).

¹⁸⁰ A. Martini, « La victime en Angleterre : une formidable absente, surtout présente », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, p. 47.

¹⁸¹ Pour une présentation critique du *Victim personal statement*, v. I. Edwards, « An Ambiguous Participant: the Crime Victim and Criminal Justice Decision Making », *British Journal of Criminology*, 2004, vol. 44(6), p. 967.

¹⁸² L'INAVEM (Institut National d'Aide aux Victimes Et de Médiation, <http://www.inavem.org>) est une fédération nationale d'associations d'aide aux victimes.

sont l'illustration, au niveau local, de cette priorité nouvelle¹⁸³. Plus récemment, l'institution d'un juge délégué aux victimes (JUDEVI)¹⁸⁴ en charge de veiller à la prise en compte de leurs droits témoigne, à sa manière, de « la grande tradition française de l'État paternel »¹⁸⁵. Concomitamment à ce renforcement des dispositifs publics d'accueil des justiciables, on observe un mouvement de « privatisation » de la répression pénale, destiné à intégrer ces derniers au processus de prise de décision¹⁸⁶. De la mise en œuvre des procédures alternatives aux poursuites à celle de l'action publique, de la phase d'instruction à celle de l'exécution des peines, les prérogatives juridiques conférées aux victimes se multiplient et leur rôle procédural se développe¹⁸⁷. Satisfaction des besoins des justiciables et mise en œuvre des droits des victimes vont de pair : ces deux objectifs sont tous deux convoqués pour justifier l'intégration d'une logique d'efficience par l'appareil répressif.

Section 2. Efficience

Réduction du nombre des tribunaux, rationalisation de leur gestion administrative et modification de leur composition sont autant de leviers actionnés des deux côtés de la Manche pour améliorer la productivité de la justice pénale. Comparables, ces aménagements organisationnels s'inscrivent cependant dans des contextes institutionnels très différents. Ainsi les modalités de refonte de la carte judiciaire et les résistances qu'elle suscite ne sont pas identiques en Angleterre, où une tradition de gestion

¹⁸³ Pour une généalogie de cette politique pénale, v. A. Wyvekens, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997.

¹⁸⁴ Décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes.

¹⁸⁵ C. Jamin, « Avocats et juge délégué aux victimes : les méfaits de l'État paternel », *Rec. Dalloz*, 2007, Chron. 2228.

¹⁸⁶ X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2002(2), p. 246. Rapp. Y. Benhamou, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *Rec. Dalloz*, 2003, Chron. 2771 ; et J. Volff, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G* 2004, I, 146.

¹⁸⁷ M. Méchin, « Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *op. cit.*, p. 104.

décentralisée des tribunaux a longtemps prévalu¹⁸⁸, et en France où le rôle de la Chancellerie est plus important¹⁸⁹. Ainsi l'administration des tribunaux ne se conçoit pas de la même manière en Angleterre, où cette fonction est désormais assurée par des managers professionnels relevant d'une agence publique récemment unifiée (*Her Majesty's Courts Service, HMCS*)¹⁹⁰, et en France, où ce sont les magistrats eux-mêmes qui se voient confier des fonctions d'administrateur¹⁹¹. Ainsi la gestion du personnel judiciaire diffère en Angleterre, caractérisée par une culture du juge unique non professionnel (*lay magistrate*) depuis peu battue en brèche par le développement de nouveaux magistrats à plein temps (*district judges*)¹⁹², et en France, où la collégialité des magistrats professionnels est menacée par la multiplication des audiences à juge unique¹⁹³. Mais c'est une évolution commune que révèlent en creux ces dissemblances, à savoir une réforme profonde des traits spécifiques de l'organisation juridictionnelle des deux pays à l'aune d'une rationalité managériale visant à en réduire le coût et en accroître l'efficacité.

Cet objectif d'efficacité s'exprime sur le terrain procédural et l'on assiste, des deux côtés de la Manche, à la promotion de pratiques similaires destinées à fluidifier les flux d'affaires dans le système pénal. À l'image du « traitement en temps réel » des

¹⁸⁸ B. Fitzpatrick, P. Seago, C. Walker, D. Wall, « New Courts Management and the Professionalisation of Summary Justice in England and Wales », *Criminal Law Forum*, 2000, vol. 11(1), spéc. pp. 2-8 et pp. 11-12.

¹⁸⁹ Sur la récente réforme de la carte judiciaire française envisagée dans sa dimension pénale, et sur les résistances qu'elle a suscitées, v. le dossier consacré à ce sujet dans *Actualité Juridique Pénale*, 2007(12), p. 507 et s.

¹⁹⁰ John W. Raine, « Modernising Courts or Courting Modernisation? », *The International Journal of Public Sector Management*, 2000, vol. 13(5), p. 405. Rappr. B. Fitzpatrick, P. Seago, C. Walker, D. Wall, *op. cit.*, pp. 9-11.

¹⁹¹ J.-P. Jean, « Le chantier ouvert des réformes de la justice », *Revue française d'administration publique*, 2008, vol. 125, spéc. pp. 11-12.

¹⁹² P.J. Seago, « The Development of the Professional Magistracy in England and Wales », *Criminal Law Review*, 2000, p. 631-651.

¹⁹³ Y. Strickler, « Le juge unique en procédure pénale », *Petites Affiches*, 18 fév. 2002, n° 35, p. 9 ; rappr. J. Danet, « Le juge unique en procédure pénale », in L. Cadet, L. Richer, *op. cit.*, p. 150.

infractions qui s'est généralisé dans les juridictions françaises¹⁹⁴, la police et le *Crown Prosecution Service* sont désormais encouragés à travailler dans des locaux communs¹⁹⁵, ou à tout le moins à rester en contact par le biais d'un service téléphonique permanent¹⁹⁶. Ces innovations témoignent d'un souci d'efficacité qui explique, au moins en partie, la montée en puissance des organes de poursuite dans la chaîne pénale. La comparaison est certes délicate à mener entre le ministère public français, corps pluriséculaire composé de magistrats qui jouent désormais le rôle de « tour de contrôle »¹⁹⁷ du système pénal, et le *Crown Prosecution Service*, agence de fonctionnaires établie en 1985 pour filtrer les poursuites mises en œuvre par la police. Mais en dépit de leurs dissemblances, ces institutions ont en commun une organisation hiérarchisée qui les rend particulièrement perméables aux exigences d'efficacité posées par le pouvoir politique et l'administration centrale. Dans cette perspective, le renforcement de leurs prérogatives au cours de ces dernières années peut s'interpréter comme une réponse gestionnaire aux nouvelles demandes d'efficacité administrative¹⁹⁸. L'allocation de nouveaux pouvoirs aux organes de poursuite s'opère en Angleterre au détriment de la police, très décentralisée, et en France au détriment des juges du siège, statutairement indépendants. Mais dans les deux cas, ces évolutions facilitent l'assujettissement de la justice à une culture managériale.

¹⁹⁴ Pour une étude socio-juridique globale de ce dispositif procédural, v. B. Bastard, C. Mouhana, *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, 2007.

¹⁹⁵ Glidewell Working Group, *An Early Assessment of Collocated Criminal Justice Units*, 2001, [En ligne], <http://www.cps.gov.uk/Publications/research/collocjus.html> (consulté le 25 septembre 2009).

¹⁹⁶ Ce service, dénommé CPS Direct, dispose de son propre site web, [En ligne], <http://www.cps.gov.uk/direct/> (consulté le 25 septembre 2009).

¹⁹⁷ L'expression est de J.-P. Jean, *Le système pénal*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁸ Sur cette problématique, v. le travail collectif mené sous la direction de J.-M. Jehle et M. Wade, *Coping with Overloaded Criminal Justice System. The Rise of the Prosecutorial Power Across Europe*, Heidelberg, Springer, 2006.

On observe également des convergences techniques entre les procédures pénales en vigueur des deux côtés de la Manche en raison des bénéfices attendus en termes d'efficacité judiciaire. Existante de longue date en Angleterre, le principe d'un circuit judiciaire rapide dont l'usage est conditionné à la reconnaissance de culpabilité de l'infracteur (*guilty plea*) a été introduit récemment en France (CRPC), instillant ainsi une dose de contractualisation dans le système répressif¹⁹⁹. À l'inverse, l'invitation faite aux juges anglais de devenir moteur de la procédure à travers le *case management*, force motrice reconnue depuis longtemps au juge français, amène à nuancer le caractère strictement accusatoire de l'instance pénale outre-Manche²⁰⁰. Que cette évolution s'inscrive dans le cadre d'un projet de codification des règles de procédure²⁰¹ dont l'un des objectifs affichés est de traiter efficacement et promptement les infractions (*dealing with the case efficiently and expeditiously*)²⁰² est symboliquement significatif : la recherche d'efficacité est une puissante force d'homogénéisation des traditions juridiques, tant au regard des techniques qu'elles mettent en œuvre que des sources qui les déterminent.

¹⁹⁹ Sur le renforcement du consentement à la sanction pénale, v. C. Ambroise-Castérot, « Le consentement en matière pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, spéc. p. 37 et s., et la bibliographie qui y est recensée. Rapp. la contribution de M. van de Kerchove dans l'ouvrage collectif dirigé par D. Hiez et S. Chassagnard-Pinet, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008.

²⁰⁰ Sur l'intrusion du *case management* dans la justice pénale anglaise et la menace qu'il constitue pour la logique accusatoire, v. J. McEwan, « Co-operative Justice and the Adversarial Criminal Trial: Lessons from the Woolf Report », in S. Doran, J. Jackson (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 171. Sur les règles du *case management* telles qu'elles sont établies par la récente codification partielle de la procédure pénale, v. Ph. Plowden, « Case management and the Criminal Procedure Rules », *New Law Journal*, 2005, 155, p. 416. Rapp. pour une perspective comparatiste sur le *case management* en matière civile, L. Cadiet, « Case management judiciaire et déformalisation du droit », *Revue française d'administration publique*, 2008, vol. 125, p. 133.

²⁰¹ J.R. Spencer, « Codifying Criminal Procedure », *Criminal Law Review*, 2006, p. 279. V. néanmoins du même auteur « Codifying Criminal Procedure - R.I.P. ? » *Criminal Law Review*, 2007, p. 331.

²⁰² *Criminal Procedure Rules 2010, Part 1 – The Overriding Objective, rule 1.1.1(e)*.

CONCLUSION

Que nous révèle la comparaison des transformations contemporaines de la justice pénale en France, en Angleterre et au pays de Galles ? Le premier constat est celui du caractère massif des réformes en cours dont le rythme et l'ampleur signalent un rapport changeant à la tradition juridique. Le deuxième est celui d'une proximité technique nouvelle entre des formes d'organisation judiciaire et des logiques procédurales jusqu'alors très différenciées, mais qui se ressemblent de plus en plus. Le troisième constat est celui de la constitution d'un imaginaire politique partagé des deux côtés de la Manche, et susceptible d'expliquer les évolutions en cours, y compris dans leurs contradictions apparentes.

Un rapport changeant à la tradition

Menées tambour battant depuis une vingtaine d'années, les réformes de la justice criminelle sont élaborées, en France et en Angleterre, dans des contextes distincts et selon des modalités différentes. Mais la fréquence et la profondeur des changements occasionnés dévoilent une évolution comparable des modes d'élaboration du droit et de leur temporalité. Remettant en cause une conception de la règle juridique posée pour durer, la multiplication des innovations procédurales des deux côtés de la Manche illustre un processus plus général d'inflation et d'accélération de l'activité législative dans le champ pénal²⁰³. À l'origine de changements institutionnels rapides, ces évolutions de

²⁰³ Sur cette transformation, v. Y. Cartuyvels, F. Ost, *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Bruxelles, Fondation Roi Baudoin, 1998, spéc. la 4^e partie : « La crise du lien social et la crise du temps pénal : la justice pénale peut-elle contribuer à instituer la société ? », not. p. 93 et s.

la production normative signalent également une transformation du rapport à la tradition juridique. C'est non seulement une évolution substantielle du *traditum* (conçu comme corps de connaissances et de pratiques)²⁰⁴ que révèlent les réformes contemporaines de la justice pénale, mais également une relation nouvelle à la tradition (conçue comme phénomène de transmission d'un ensemble de représentations symboliques)²⁰⁵. La tradition juridique demeure certes omniprésente : « elle s'insinue dans les lois, dans leur rédaction, dans leur interprétation, dans leur application, comme dans leur critique »²⁰⁶. Mais l'époque est rebelle à la continuité. Et les mutations rapides des procédures française et anglaise, qui remettent en cause certains traits essentiels des modèles de justice en vigueur des deux côtés de la Manche, témoignent d'une présence changeante du passé dans le droit. Si la tradition juridique détermine toujours les représentations et les pratiques du droit, elle s'expérimente de plus en plus sur le mode de l'extériorité : « objet de savoir pour quelques-uns, de curiosité théorique ou de *bobby* pour d'autres, le passé n'est source et racine pour personne »²⁰⁷. Caractéristique de l'époque, cette « neutralisation du passé » est une novation historique qui contribue au rapprochement accéléré des modes d'administration de la justice en France comme en Angleterre.

Rapprochement et convergence des procédures pénales

Le fossé conceptuel qui autorisait à opposer systématiquement les procédures pénales en vigueur des deux côtés de la Manche se comble²⁰⁸. Un temps radicalement étrangers l'un à l'autre, les systèmes de justice criminelle anglais et français

²⁰⁴ Sur la notion de *traditum*, v. J. Bell, « De la culture », in P. Legrand, *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 253.

²⁰⁵ Sur la tradition juridique comme processus de transmission d'informations, v. H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, *op. cit.*, spéc. chap. 1 : « A Theory of Tradition? The Changing Presence of the Past ».

²⁰⁶ C. Atias, « Présence de la tradition juridique », *Droit prospectif. Revue de recherche juridique*, 1997(2), p. 389.

²⁰⁷ C. Castoriadis, *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe (4)*, Paris, Seuil, 1996, p. 27.

²⁰⁸ Sur ce fossé conceptuel, v. *supra* Introduction.

ont fait l'objet, ces dernières années, de transformations synchrones qui ont érodé leurs caractères idiosyncrasiques et accru leurs ressemblances. L'évidence de cet état de fait ne doit cependant pas dissimuler la complexité des phénomènes qui les déterminent. L'harmonisation juridique, conçue comme un processus d'intégration formelle entre systèmes de droit²⁰⁹, n'explique que partiellement la propension mimétique des procédures pénales anglaise et française. Certes leur *rapprochement* se pense, à certain égards, comme le fruit d'un projet politique impliquant l'usage de technologies juridiques spécifiques destinées à les coordonner, voire à les unifier, ainsi que l'illustre le développement du droit pénal européen²¹⁰. Mais la ressemblance croissante des systèmes de justice pénale semble d'avantage le produit d'une *convergence* entendue au sens d'adaptation analogique à un environnement commun²¹¹. Soumis à des forces culturelles, sociales et politiques comparables, les droits anglais et français doivent satisfaire des exigences similaires en termes d'équité procédurale, d'efficacité répressive et d'efficience administrative. Pour autant, ces demandes sociales ne s'expriment pas de manière parfaitement identique dans chaque pays, et les réponses institutionnelles qui leur sont apportées diffèrent, y compris lorsqu'elles prennent la forme d'une interaction (*cross-fertilization*) ou d'un transfert (*legal transplant*) d'un ordre juridique à l'autre²¹².

²⁰⁹ V. sur ce point l'introduction de M. Delmas-Marty dans l'ouvrage collectif qu'elle a dirigé : *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 19 et s.

²¹⁰ Sur les multiples dimensions de ce *Droit pénal européen*, v. la somme de J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009.

²¹¹ Le terme convergence est utilisé ici au sens biologique du terme, comme phénomène selon lequel des êtres d'espèces différentes (et par extension des systèmes juridiques distincts) présentent des caractères communs dûs à une adaptation analogique à un même milieu.

²¹² L'accent souvent placé sur les interactions (*cross-fertilizations*) et transferts de droits (*legal transplants*) entre systèmes juridiques pour rendre compte des processus de convergence entre droits nationaux (v. par exemple J.-L. Halpérin, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2008, spéc. p. 27 et s.) doit être nuancé dans l'hypothèse qui nous retient. En effet, à s'en tenir à la procédure pénale *stricto sensu*, il n'y a pas d'emprunt à la tradition juridique continentale par le législateur anglais. Quant aux influences anglo-saxonnes sur le droit français, elles sont évidentes, mais la réception de techniques (p. ex. le plaider-coupable) ou de politiques (p. ex. la « tolérance zéro ») étrangères requiert une

Dès lors, la convergence des droits ne tend pas à leur indifférenciation. Les procédures pénales anglaise et française demeurent irréductiblement étrangères l'une à l'autre, même si leurs ressemblances continueront probablement à s'accroître sous l'effet de la constitution d'un imaginaire politique partagé des deux côtés de la Manche.

La réforme de la justice pénale dans les sociétés de défiance

Au-delà du constat objectif de leur convergence, il est difficile de conférer un sens aux évolutions affectant aujourd'hui les justices pénales anglaise et française. Les réformes en cours sont animées par des objectifs multiples et difficiles à accorder. Ainsi la reconnaissance de nouveaux droits de procédure semble peu conciliable avec un renforcement des pouvoirs de répression ou une recherche systématique d'efficacité judiciaire, ces deux dernières valeurs pouvant également se révéler ponctuellement incompatibles. Ces tensions, qui confinent parfois à la contradiction, contribuent à l'illisibilité des transformations contemporaines de la procédure. Et les réformes actuelles se donnent finalement à voir comme une succession de coups de barre témoignant des passions contraires d'une démocratie d'opinion versatile²¹³.

Les évolutions de la justice pénale des deux côtés de la Manche nous semblent néanmoins pouvoir retrouver une certaine cohérence si l'on admet que, dans nos sociétés inquiètes, « la gestion de la peur et de l'incertitude finit par constituer une *qualification culturelle essentielle* (...) de la politique »²¹⁴. Dans cette

interprétation, laquelle est déterminée par la culture juridique nationale, et susceptible à ce titre de maintenir, en les transformant, les différences entre la logique des procédures anglo-américaines et celle caractérisant la procédure française. Sur cette problématique, v. M. Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea-Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45(1), p. 1.

²¹³ D. Salas, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 111.

²¹⁴ U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. L. Bernardi, *La société du risque*, Paris, Flammarion, 2001, p. 139.

perspective, les orientations apparemment contradictoires de la réforme pénale se révèlent sinon complémentaires, du moins comme *faisant politiquement système*. En effet, qu'il s'agisse d'offrir de nouvelles garanties juridiques aux justiciables, d'accroître l'efficacité répressive ou de moderniser l'administration de la justice pénale, l'horizon est toujours celui d'une conjuration de la peur par la neutralisation d'un risque. Le renforcement des dispositifs répressifs révèle ce besoin croissant de sécurité dans des sociétés à faible densité morale où les individus se méfient de plus en plus les uns des autres, faute de partager un monde commun²¹⁵. Mais cette grille d'interprétation, qui place la défiance politique à la source des évolutions observées, est également opératoire pour rendre compte de la quête d'équité procédurale. La protection juridique des justiciables, en permettant « une désintringement du droit et du pouvoir »²¹⁶, assujettit en effet l'appareil répressif à une loi extérieure qui réduit le risque d'arbitraire institutionnel élevé au rang de menace. Les politiques de modernisation administrative de la justice et l'impératif de gestion rationnelle qui les informe reposent, quant à eux, sur un idéal de surveillance des institutions publiques dont l'évaluation doit garantir une crédibilité mise en péril par l'entropie bureaucratique²¹⁷.

Le mouvement de transformation qui affecte la justice criminelle en France, en Angleterre et au pays de Galles, ne consiste pas en la mise en œuvre d'un projet politique déterminé. Il s'apparente davantage à une succession de mesures destinées, chacune à sa manière, à répondre à une anxiété sociale diffuse entremêlant méfiance envers autrui et défiance vis-à-vis de l'État²¹⁸. Il reste à déterminer si la réforme permanente du champ pénal présente les vertus tranquillissantes requises pour traiter

²¹⁵ Z. Bauman, « Social Issues of Law and Order », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), spéc. pp. 208-209.

²¹⁶ C. Lefort, *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, 1986, p. 43.

²¹⁷ M. Power, *The Audit Society. Rituals of verification*, Oxford, OUP, 1997, spéc. chap. 3.

²¹⁸ Sur la corrélation du manque de confiance envers autrui et de la défiance vis-à-vis des gouvernants, v. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 17.

notre aversion grandissante au risque. S'il s'avérait, au contraire, que la multiplication des dispositifs juridiques de contrôle, loin de restaurer la confiance, contribuait à exacerber notre sensibilité à l'incertitude²¹⁹, la fabrique des procédures pénales aurait indubitablement sa part dans l'angoisse contemporaine²²⁰.

²¹⁹ En ce sens, R. Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003.

²²⁰ V. déjà en 1959, J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », réédité dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1995, p. 181.

Bibliography - Bibliographie

1. General works, Monographs

Ouvrages généraux, monographies

D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

J.-P. Allinne, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle*, 2 vol., Paris, L'Harmattan, 2004.

M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981.

M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1971.

A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2005.

Association internationale de droit pénal, *Les systèmes comparés de justice pénale. De la diversité au rapprochement*, Nouvelles études pénales, vol. 17, 1998.

B. Bastard, C. Mouhana, *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, 2007.

S.H. Bailey, J.P.L. Ching, N.W. Taylor, *Smith, Bailey and Gunn. The Modern English Legal System*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2007.

U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. L. Bernardi, *La société du risque*, Paris, Flammarion, 2001.

- J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, CUP, 2006.
- P. Bezes, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris, PUF, 2009.
- R. Blackburn, J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States (1950-2000)*, Oxford, OUP, 2001.
- L. Bonelli, *La France a peur. Une histoire sociale de l'« insécurité »*, Paris, La Découverte, 2008.
- B. Bouloc, *Procédure pénale*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- M. Brake, C. Hale, *Public Order and Private Lives. The Politics of Law and Order*, London, Routledge, 1991.
- C. Brants, S. Field, *Participation Rights and Proactive Policing. Convergence and Drift in European Criminal Process*, Deventer, Kluwer, 1995.
- E. Breen (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002.
- L. Cadet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003.
- L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004.
- J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006.
- J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1995.
- Y. Cartuyvels et al. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL / Bruylant, 2007.
- Y. Cartuyvels, F. Ost, *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Bruxelles, Fondation Roi Baudoin, 1998.
- P. Cassia, T. Olson, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006.
- R. Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003.

- C. Castoriadis, *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe (4)*, Paris, Seuil, 1996.
- M. Cavadino, J. Dignan, *Penal Systems. A Comparative Approach*, London, Sage, 2006.
- M.-L. Cavrois, H. Dalle, J.-P. Jean (dir.), *La qualité de la justice*, Paris, La Documentation française, 2002.
- J. Chevallier, *Science administrative*, 4^e éd., Paris, PUF, 2007.
- J. Clarke, J. Newman, *The Managerial State. Power, Politics and Ideology in the Remaking of Social Welfare*, London, Sage, 1997.
- R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Avant-propos de G. Canivet, Préface de L. Cadiet, Paris, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006.
- L.J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ, Tome I (Introduction), 1972, Tome II (La méthode comparative), 1974, Tome III (La science des droits comparés), 1983.
- Cour de cassation / Université Robert Schuman de Strasbourg, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996.
- Cour de cassation, *La procédure pénale en quête de cohérence ?*, Paris, Dalloz, 2008.
- Cour de cassation, *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2001.
- Cour de cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Paris, Dalloz, 2008.
- P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 3rd ed., Abindon, Routledge-Cavendish, 2007.
- G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris, LGDJ, 2007.
- M. Damaska, *The Faces of Justice. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven / London, Yale University Press, 1986.
- J. Danet, S. Grunvald, *La composition pénale. Une première évaluation*, Paris, L'Harmattan, 2004.

- J. Danet (dir.), *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, 2004.
- J. Danet, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, 2006.
- R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.
- De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005.
- M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'Universel. Les forces imaginantes du droit (I)*, Paris, Seuil, 2006.
- M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (II)*, Paris, Seuil, 2006.
- M. Delmas-Marty (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2008.
- M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1995.
- M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, CUP, 2002.
- M.-B. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, CUP, 2006.
- Lord Devlin, *The Judge*, Oxford, OUP, 1979.
- G. Dingwall, C. Harding, *Diversion in the Criminal Process*, London, Sweet & Maxwell, 1998.
- S. Doran, J. Jackson (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- D. Downes, *Constructing Victims' Rights. The Home Office, New Labour and Victims*, Oxford, Clarendon Press, 2004.
- A. Duff *et al.* (eds.), *The Trial on Trial*, 3 vol., Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004 (vol. 1), 2006 (vol. 2), 2007 (vol. 3).
- I. Dunbar, A. Langdon, *Tough Justice. Sentencing and Penal Policies in the 1990's*, London, Blackstone, 1998.

- D. Fairgrieve, H. Muir Watt, *Common Law et tradition civiliste*, Paris, PUF, 2006.
- S. Field, P.A. Thomas (eds.), *Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice*, Oxford, Blackwell, 1994.
- H. Fix-Fierro, *Courts, Justice and Efficiency. A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2003.
- M. Fletcher, W. Gilmore, R. Loof, *European Criminal Law and Justice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.
- A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- A. Garapon, D. Salas (dir.), *La justice et le mal*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- A. Garapon, D. Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem*, Paris, Seuil, 2006.
- D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, OUP, 2001.
- V. Gautron, *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse, Université de Nantes, 2006.
- G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008.
- H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007.
- S. Greer, *European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge, CUP, 2006.
- S. Guinchard et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4^e éd., Paris, Dalloz 2008.
- S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Litec, 2008.
- J.-L. Halpérin, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2008.
- C. Harding et al. (eds.), *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

J. Hautebert, S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, 2 vol., Paris, EJT, 2007 (vol. 1) et 2008 (vol. 2).

M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2007.

D. Hiez, S. Chassagnard-Pinet (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008.

C.R. Huff, M. Killias (eds.), *Wrongful Conviction*, Philadelphia, Temple University Press, 2008.

R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996.

A. James, J. Raine, *The New Politics of Criminal Justice*, London, Longmans, 1998.

J.-P. Jean, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008.

J.-M. Jehle, M. Wade (eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice System. The Rise of the Prosecutorial Power Across Europe*, Heidelberg, Springer, 2006.

C. Lazerges (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, Paris, Cujas, 2006.

C. Lefort, *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, 1986.

P. Legrand, *Droit comparé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006.

P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009.

M. McConville, G. Wilson (eds.), *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford, OUP, 2002.

J. McEwan, *Evidence and the Adversarial Process*, 2nd ed., Oxford, Hart Publishing, 1998.

M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007.

J. de Maillard, A. Wyvekens (dir.), *L'Europe de la sécurité intérieure*, Paris, La Documentation française, 2008.

- B.S. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009.
- R. Matthews (ed.), *Privatizing Criminal Justice*, London, Sage Publications, 1989.
- P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, [En ligne], <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf> (document consulté le 25 septembre 2009).
- R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997.
- M. Mohammed, L. Mucchielli (dir.), *Les bandes de jeunes*, Paris, La Découverte, 2007.
- T. Morris, *Crime and criminal justice since 1945*, Oxford, Basil Blackwell, 1989.
- R. Muchembled, *Une histoire de la violence*, Paris, Le Seuil, 2008.
- L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- L. Mucchielli, P. Robert (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002.
- D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 1997.
- D. Nelken (ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2000.
- R. Nobles, D. Schiff, G. Teubner, *Understanding Miscarriages of Justice*, Oxford, OUP, 2000.
- S. Parmentier *et al.* (eds.), *Public Opinion and the Administration of Justice*, Brussel, Politeia, 2004.
- G. Pearson, *Hooligan. A History of Respectable Fears*, London, Macmillan, 1983.

- L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.
- M. Power, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford, OUP, 1997.
- J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002.
- J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009.
- L. Radzinowicz, *Adventures in Criminology*, London, Routledge, 1999.
- J. Raine, M. Wilson, *Managing Criminal Justice*, London, Harvester Wheatsheaf, 1993.
- M. Reimann, R. Zimmerman (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2008.
- P. Roberts, A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2004.
- J.V. Roberts *et al.*, *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford, OUP, 2003.
- R. Rodière, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979.
- P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.
- H. Ruiz-Fabri (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003.
- M. Ryan, *Penal Policy and Political Culture in England and Wales*, Winchester, Waterside Press, 2003.
- R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.
- D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005.
- A. Sanders, R. Young, *Criminal Justice*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007.
- P.J. Schwikkard, *Possibilities of Convergence*, Deventer, Kluwer, 2008.

- P. Senior, C. Crowther-Dowey, M. Long, *Understanding Modernisation in Criminal Justice*, Berkshire, Open University Press, 2007.
- G. Slapper, D. Kelly, *The English Legal System*, 10th ed., Abingdon, Routledge-Cavendish, 2009.
- R. Smith, *Youth Justice. Ideas, Police and Practice*, London, Willan, 2003.
- D. Soulez-Larivière, H. Dalle (dir.), *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Robert Laffont, 2002.
- J.R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, Paris, PUF, 1998.
- S. Summers, *Fair Trials*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Alain Supiot *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Gallimard, 2006.
- F. Terré, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2006.
- M. Travers, *The New Bureaucracy. Quality Assurance and its Critics*, Bristol, Policy Press, 2007.
- S. Uglow, *Criminal Justice*, London, Sweet and Maxwell, 2002.
- R.C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 1988.
- R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors (Goodhart Lectures 1984-1985)*, Cambridge, CUP, reprint 2006.
- A. Vauchez, L. Willemez, *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, PUF, 2007.
- C. Walker, K. Starmer (eds.), *Miscarriages of Justice. A review of Justice in Error*, 2nd ed., Oxford, OUP, 1999.
- P. Warin (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, Paris, La Découverte, 1997.
- M. Wasik, T. Gibbons, M. Redmayne, *Criminal Justice. Text and Materials*, London, Longman, 1999.
- A. Wyvekens, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997.

M. Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, 10th ed., Cambridge, CUP, 2007.

M. Zander, *The Law-Making Process*, 6th ed., Cambridge, CUP, 2004.

K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3rd auf., Mohr Siebeck e.K., Tübingen, 1996, trad. T. Weir, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

2. Articles

Y. Ahmad, M. Broussine, « The UK Public Sector Modernization Agenda. Reconciliation and Renewal ? », *Public Management Review*, 2003, vol. 5(1), p. 45.

P. Alldridge, S. Field, N. Jörg, « Prosecutors, Examining Magistrates and Control of Police Investigations », in C. Harding *et al.* (eds.), *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 227.

C. Ambroise-Castérot, « Le consentement en matière pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 29.

A. Ashworth, E. Player, « Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions », *Modern Law Review*, 2005, vol. 68(5), p. 822.

A. Ashworth, « Social Control and 'Anti-Social Behaviour': the Subversion of Human Rights », *Law Quarterly Review*, 2004, vol. 120, p. 263.

C. Atias, « Présence de la tradition juridique », *Droit prospectif. Revue de recherche juridique*, 1997(2), p. 387.

L. Bantigny, « De l'usage du blouson noir. Invention médiatique et utilisation politique du phénomène 'blousons noirs' », in M. Mohammed, L. Mucchielli (dir.), *Les bandes de jeunes*, Paris, La Découverte, 2007, p. 19.

- M.-O. Baruch, « Introduction », *Revue française d'administration publique*, 2006(4), vol. 120, p. 625.
- M.-O. Baruch, « Conclusion », *Revue française d'administration publique*, 2006(4), vol. 120, p. 777.
- Z. Bauman, « Social Issues of Law and Order », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), p. 205.
- J. Bell, « De la culture », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 247.
- F. Bellivier, C. Duvert, « Regards pluridisciplinaires sur les victimes », *Archives de politique criminelle*, 2006, vol. 28, p. 3.
- Y. Benhamou, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *D.* 2003, Chron. 2771.
- P. Bezes, « Publiciser et politiser la question administrative : généalogie de la réforme néo-libérale de l'État dans les années 1970 », *Revue française d'administration publique*, 2006(4), vol. 120, p. 721.
- R. Blackburn, « The United Kingdom », in R. Blackburn, J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe, The ECHR and its Member States (1950-2000)*, Oxford, OUP, 2001, p. 935.
- X. Blanc-Jouvan, « Où va le droit comparé ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 709.
- I. Boucobza, « Réformes de la justice (Discours) », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1132.
- E. Breen, « Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques », in E. Breen (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 25.
- J. Brouhot, « L'arrêt Laurent-Athalin, sa genèse et ses conséquences », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1965, p. 412.

D. Brown, « How does England Incorporate the Results of Public Opinion Surveys on the Administration of Justice? », in S. Parmentier *et al.* (eds.), *Public Opinion and the Administration of Justice*, Brussel, Politeia, 2004, p. 179.

I. Brownlee, « Conditional Cautions and Fair Trial Rights in England and Wales: Form versus Substance in the Diversionary Agenda? », *Criminal Law Review*, 2004, p. 129.

I. Brownlee, « The Statutory Charging Scheme in England and Wales: Towards a Unified Prosecution System? », *Criminal Law Review*, 2004, p. 896.

L. Cadet, « Case management judiciaire et déformalisation du droit », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 133.

G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, vol. 55(1), p. 7.

J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1995, p. 181.

Ed. Cape, « Police Bail and the Decision to Charge: Recent Developments and the Human Rights Deficit », *Archbold News*, 2007(7), p. 6.

R. Cario, « Médias et insécurité : entre droit d'informer et illusions sécuritaires », *D.* 2004, Chron. 75.

Y. Cartuyvels, « Droit pénal et droits de l'homme : un retournement ? », in Y. Cartuyvels *et al.* (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL / Bruylant, 2007, p. 23.

J.-P. Céré, « La mutation du droit pénitentiaire », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 241.

J. Commaille, « Les réformes de la justice entre commissions et missions : les "rapports" sur la justice », in L. Cadet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 83.

- J. Danet, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, 2003, vol. 25, p. 37.
- J. Danet, « Le juge unique en procédure pénale », in L. Cadet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 150.
- P. Darbyshire, « Raising Concerns about Magistrates' Clerks », in S. Doran, J. Jackson (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 183.
- T. Delpuech, L. Dumoulin, « La justice : émergence d'une rhétorique de l'usager », in P. Warin (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 103.
- Ch. Delyanni-Dimitrakou, « Mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 25.
- D. Downes, R. Morgan, « No Turning Back: The Politics of Law and Order into the Millenium », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 201.
- P. Dunleavy, C. Hood, « From Old Public Administration to New Public Management », *Public Money and Management*, 1994, vol. 14(3), p. 9.
- I. Edwards, « An Ambiguous Participant: the Crime Victim and Criminal Justice Decision Making », *British Journal of Criminology*, 2004, vol. 44(6), p. 967.
- P. Estoup, « La gestion d'une Cour d'appel », *Revue française d'administration publique*, 1991, vol. 57, p. 29.
- H. Fenwick, « Rights of Victims in the Criminal Justice System: Rhetoric or Reality? », *Criminal Law Review*, 1995, p. 843.
- S. Field, P.A. Thomas, « Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice », *Journal of Law and Society*, 1994, vol. 21(1), p. 1.
- S. Field, « Judicial Supervision in the Pre-Trial Process », *Journal of Law and Society*, 1994, vol. 21(1), p. 119.

S. Field, C. Brants, « Legal Cultures, Political Cultures and Procedural Traditions: Towards a Comparative Interpretation of Covert and Proactive Policing in England and Wales and in the Netherlands », in D. Nelken (ed.), *Contrasts in Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2000, p. 77.

S. Field, « Fair Trials and Procedural Tradition in Europe », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 29(2), p. 365.

S. Field, « Responsabilité, justice et procédure pénale comparée », *Revue générale de droit*, 2003, vol. 33, p. 257.

B. Fitzpatrick *et al.*, « New Courts Management and the Professionalisation of Summary Justice in England and Wales », *Criminal Law Forum*, 2000, vol. 11(1), p. 1

J. Foyer, « L'expérimentation des réformes de la justice », in L. Cadet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 119.

D. Garland, « Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 17.

R. Gassin, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 109.

V. Gautron, « L'évaluation de la politique criminelle : des avancées en trompe-l'œil », *Archives de politique criminelle*, 2008, vol. 30, p. 201.

C. Girard, « L'énigme du lieu commun », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 313.

H.P. Glenn, « Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions », in M. Reimann, R. Zimmerman (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 421.

R. de Gouttes, « L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ? », in Cour de cassation / Université Robert Schuman de Strasbourg, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 139.

M.-A. Granger, « Existe-t-il un 'droit fondamental à la sécurité' ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009(2), p. 273.

S. Guinchard, « Une certaine idée de la sécurité et de la liberté en France à travers vingt ans de discours politiques sur le sentiment d'insécurité », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 311.

C. Harlow, « Accountability, New Public Management, and the Problems of the Child Support Agency », *Journal of Law and Society*, 1999, vol. 26(2), p. 150.

J. Hodgson, « Conception of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure », in A. Duff et al. (eds.), *The Trial on Trial*, vol. 2, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2006, p. 223.

C. Hood, « A Public Management for All Seasons? », *Public Administration*, 1991, vol. 69(1), p. 3.

J. Jackson, « The Effect of Human Rights in Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment », *Modern Law Review*, 2005, vol. 68(5), p. 737.

R. Jacob, « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *Archives de philosophie du droit*, 1995, vol. 39, p. 86.

R. Jacob, « Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge », in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 43.

C. Jamin, « Avocats et juge délégué aux victimes : les méfaits de l'État paternel », *D.* 2007, Chron. 2228.

J.-P. Jean, « Le chantier ouvert des réformes de la justice », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 7.

J.-P. Jean, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *Actualité Juridique Pénal*, 2006(12), p. 473.

C. Jones, « Auditing Criminal Justice », *British Journal of Criminology*, 1993, vol. 33(2), p. 187.

N. Jörg, S. Field, C. Brants, « Are Adversarial and Inquisitorial Systems Converging? », in C. Harding *et al.* (eds.), *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 41.

D. Kaminski, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, 2002, vol. 33(1), p. 96.

N. Lacey, « Government as Manager, Citizen as Consumer: The Case of the Criminal Justice Act 1991 », *Modern Law Review*, 1994, vol. 57(4), p. 534.

M. Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea-Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. (45)1, p. 1.

M. Langer, « Rise of Managerial Judging in International Criminal Law », *American Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 53, p. 835.

C. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003(3), p. 644.

R. Le Mestre, « La souveraineté du Parlement britannique : de l'omnipotence à la limitation des compétences », *Droit prospectif. Revue de recherche juridique*, 2008(4), p. 2297.

P. Legrand, « European Legal Systems Are Not Converging », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45(1), p. 52.

I. Loader, « Fall of the 'Platonic Guardians': Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales », *British Journal of Criminology*, 2006, vol. 46(4), p. 561.

G. Lucazeau, « Juge d'instruction : suite et fin ? », *JCP G* 2009, Libres propos, 209, p. 14.

D. Ludet, « Les consultations préalables aux réformes de la justice : avis des autorités juridictionnelles et des professions judiciaires », in L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 91.

J. McEwan, « Co-operative Justice and the Adversarial Criminal Trial: Lessons from the Woolf Report », in S. Doran, J. Jackson (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 171.

E. McLaughlin, J. Muncie, G. Hughes, « The Permanent Revolution: *New Labour*, New public management and the Modernization of Criminal justice », *Criminal Justice*, 2001, vol. 1(3), p. 301.

D. Marshall, « L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) sur les juridictions », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 121.

A. Martini, « La victime en Angleterre : une formidable absente, partout présente », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, p. 47.

M. Massé, C. Duparc, B. Aubert, « La pénalisation du politique », in M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 207.

M. Méchin, « Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 104.

D. Melossi, « Changing Representations of the Criminal », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), p. 296.

J. Meunier, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. Ruiz-Fabri (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 185.

L. Mucchielli, « L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France : Cadres institutionnels, enjeux normatifs et développement de la recherche des années 1880 à nos jours », *Criminologie*, 2004, vol. 37, p. 13.

L. Mucchielli, « Penser le crime », in L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 453.

H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52(3), p. 503.

D. Nelken, « Virtually There, Researching There, Living There », in D. Nelken (ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2000, p. 23.

D. Nelken, « Comparing Criminal Justice », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 139.

T. Newburn, R. Reiner, « From PC Dixon to Dixon PLC: Policing and Police Powers since 1954 », *Criminal Law Review*, 2004, p. 101.

T. Newburn, T. Jones, « Symbolizing Crime Control: Reflections on Zero Tolerance », *Theoretical Criminology*, 2007, vol. 11(2), p. 221.

F. Ost, « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. Cartuyvels *et al.* (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL / Bruylant, 2007, p. 7.

H.L. Packer, « Two Models of the Criminal Process », *University of Pennsylvania Law Review*, 1964, vol. 113(1), p. 1.

N. Padfield, « The Parole Board in Transition », *Criminal Law Review*, 2006, p. 3.

N. Padfield, « Parole and Early Release: the Criminal Justice and Immigration Act 2008. Changes in Context », *Criminal Law Review*, 2009, p. 166.

B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense », *D.* 2005, Chron. 2041.

- X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002(2), p. 246.
- Ph. Plowden, « Case Management and the Criminal Procedure Rules », *New Law Journal*, 2005, 155, p. 416.
- J.W. Raine, M.J. Wilson, « Beyond Managerialism in Criminal Justice », *The Howard Journal*, 1997, vol. 36(1), p. 80.
- J.W. Raine, « Modernising Courts or Courting Modernisation? », *The International Journal of Public Sector Management*, 2000, vol. 13(5), p. 405.
- T. Renoux, « Le poids de la Constitution dans les réformes de la justice », in L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la Justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 103.
- R. Reiner, « Media Made Criminality. The Representation of Crime in the Mass Media », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 302.
- H. Rey, « La sécurité dans le débat politique », in L. Mucchielli, P. Robert (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, p. 25.
- P. Roberts, C. Saunders, « Introducing Pre-Trial Witness Interviews: a Flexible New Fixture in the Crown Prosecutor's Toolkit », *Criminal Law Review*, 2008, p. 831.
- S. Rozès, « Une entreprise en activités judiciaires », *Revue française d'administration publique*, 1991, vol. 57, p. 5.
- D. Salas, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 111.
- D. Salas, « Note sur l'histoire de l'instruction préparatoire en France », in Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 245.

M. Schwendener, « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », in J. Danet (dir.), *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, 2004, p. 285.

P.J. Seago, « The Development of the Professional Magistracy in England and Wales », *Criminal Law Review*, 2000, p. 631.

S. Soleil, « *'Which of the Two is the Best?'* La comparaison des procédures criminelles française et anglaise dans l'œuvre codificatrice de James Fitzjames Stephen », in J. Hautebert, S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tome II, Paris, EJT, 2008, p. 77.

J.-C. Soyer, M. de Salvia, « Article 6 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 239.

J.R. Spencer, « Acquitting the Innocent and Convicting the Guilty – Whatever will they think of next! », *Cambridge Law Journal*, 2007, vol. 66(1), p. 27.

J.R. Spencer, « Codifying Criminal Procedure », *Criminal Law Review*, 2006, p. 279.

J.R. Spencer, « Codifying Criminal Procedure - R.I.P.? », *Criminal Law Review*, 2007, p.331.

J.R. Spencer, « The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so Impenetrable? », *Cambridge Law Journal*, 2008, vol. 67(3), p. 585.

Y. Strickler, « Le juge unique en procédure pénale », *Petites Affiches*, 18 fév. 2002, n° 35, p. 9

F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335.

G. Timsit, « Critique de la gestion pure : la gestion du changement dans le secteur public des pays d'Europe occidentale », *Revue internationale de politique comparée*, 2004(2), vol. 11, p. 293.

F. Tulkens, Y. Cartuyvels, I. Wattier, « Negotiated Justice », in M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, *op. cit.*, p. 688.

M. van de Kerchove, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? », in D. Hiez, S. Chassagnard-Pinet (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008.

A. Vauchez, « Le chiffre dans le "gouvernement" de la justice », *Revue française d'administration publique*, 2008(1), vol. 125, p. 111.

E. Vergès, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *Actualité Juridique Pénal*, 2004(5), p. 181.

C. Vigour, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et Société*, 2006, vol. 63-64, p 425.

J. Volff, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G* 2004, I, 146.

R.M. White, « Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-formulation of the 'Philips Principle' », *Modern Law Review*, 2006, vol. 69(2), p. 143.

B. Williams, « The Victim's Charter: Citizens as Consumers of Criminal Justice Services », *The Howard Journal*, 1999, 38(4), p. 384.

3. Official reports, Grey literature

Rapports officiels, littérature grise

Colloque de Villepinte, *Des villes sûres pour des citoyens libres. Actes du colloque de Villepinte*, [En ligne], <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/villepinte.pdf> (document consulté le 25 septembre 2009).

Commission des finances du Sénat, *La justice. De la gestion au management ? Former les magistrats et les greffiers en chef*, rapport déposé le 4 octobre 2006, [En ligne], <http://www.senat.fr/rap/r06-004/r06-004.html> (document consulté le 25 septembre 2009).

Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation française, 1991.

Commission sur la répartition des contentieux (présidée par S. Guinchard), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapport remis à la Garde des sceaux le 27 juin 2008, [En ligne], <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000392/0000.pdf> (document consulté le 26 septembre 2009).

Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Bilan des six premières années d'activité 2001-2006 de la CNDP*, [En ligne], http://www.cnds.fr/rapports/bilan_01_06_cnds.pdf (document consulté le 25 septembre 2009).

Comité de réflexion sur la justice pénale (présidé par P. Léger), *Rapport remis le 1^{er} septembre 2009 au président de la République et au Premier ministre*, [En ligne], http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf (document consulté le 26 septembre 2009).

Home Office, Department for Constitutional Affairs, Attorney General's Office, *Justice for All*, July 2002, [Online], <http://www.archive2.official-documents.co.uk/document/cm55/5563/5563.pdf> (last consulted 25 September 2009).

Home Office, Department for Constitutional Affairs, Attorney General's Office, *Delivering Simple, Speedy, Summary Justice*, July 2006, [Online], http://www.dca.gov.uk/publications/reports_reviews/delivery-simple-speedy.pdf (last consulted 25 September 2009).

Glidewell Working Group, *An Early Assessment of Collocated Criminal Justice Units*, January 2001, [Online], <http://www.cps.gov.uk/Publications/research/collocjus.html> (last consulted 25 September 2009).

J.-C. Magendie *et al.*, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, rapport remis au Garde des sceaux le 6 septembre 2004, [En ligne], http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/04400_0433/index.shtml (document consulté le 25 septembre 2009).

Lord Justice Auld, *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, September 2001, [Online], <http://www.criminal-courts-review.org.uk> (last consulted 25 September 2009).

Ministry of Justice, *Breaking the Cycle*, December 2010, [Online], <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/breaking-the-cycle.pdf> (last consulted 11 June 2011).

Ministry of Justice, *Local Criminal Justice Board effectiveness. A national survey into effective performance management and local performance*, February 2008, [Online], <http://www.justice.gov.uk/publications/research290208.htm> (last consulted 25 September 2009).

Sir Philips' Royal Commission on Criminal Procedure, *The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales. The Law and Procedure*, London, HMSO (Cmnd 8092), 1981.

Viscount Runciman's Royal Commission on Criminal Justice, *Royal Commission on Criminal Justice Report*, London, HMSO (Cmnd 2263), 1993.

4. Case-law

Décisions judiciaires

Cass. crim., 8 déc. 1906, Dalloz Périodique 1907. I. 207.

Cass. crim., 19 oct. 2010, arrêt n°5699 (10-82.902).

Cass. crim., 19 oct. 2010, arrêt n°5700 (10-82.306).

Cass. crim., 19 oct. 2010, arrêts n°5701 (10-82.051).

Cons. const., 30 juill. 2010, n°2010-14/22-QPC.

Medvedyev c. France, [2008], CtEDH, JCP G 2009, I, 104.

R v. Absolam [1988] 88 Cr App Rep 332.

R v. Cain [1976] Crim LR 464.

R v. Goodyear [2005] EWCA Crim 888.

R v. Hobson [1823], 1 Lew CC 261.

R v. Keenan [1990] 2 QB 54.

R v. Turner [1970] 2 QB 321.

R v. Ward [1993] 96 Cr App Rep 1.

R v. Walsh [1989] 91 Cr App Rep 161.

Rowe and Davis v. United Kingdom [2000], ECtHR, 30 EHRR 1.

Woolmington v. DPP [1935] AC 462.

Contents

Table des matières

Foreword by Lord Phillips	7
Avant-propos de Robert Badinter	11
(English version)	
Introduction	17
Part One : Procedural Fairness	29
Chapter 1.	
The increasing emphasis on procedural fairness	31
Section 1. Common international influences	32
Section 2. Autonomous national trends	35
Chapter 2.	
The consolidation of legal guarantees	39
Section 1. New procedural rights	39
Section 2. Institutional transformations	43
Part Two : Crime Control	47
Chapter 1. Ideological inflections	49
Section 1. Ideological divisions	49
Section 2. The punitive turn	52
Chapter 2.	
Expanding the procedural arsenal of the state	57
Section 1. Reinforcing police powers	57
Section 2. Diversifying the penal response	59

Part Three : Administrative Modernisation	63
Chapter 1.	
The modernisation of legal institutions as a political project	65
Section 1. Contexts of reform	65
Section 2. Managerial rationality	68
Chapter 2.	
Procedural consequences of administrative modernisation	73
Section 1. Consumerism	73
Section 2. Efficiency	76
Conclusion	81

(Version française)

Introduction	91
1^{ère} Partie : Procédure équitable	103
Chapitre 1.	
La valorisation de l'équité procédurale	105
Section 1. Influences internationales communes	106
Section 2. Dynamiques nationales autonomes	109
Chapitre 2.	
La consolidation des garanties juridiques	113
Section 1. Droits de procédure nouveaux	113
Section 2. Transformations organiques	116

2^{ème} Partie : Efficacité répressive	121
Chapitre 1. Inflexion idéologique	123
Section 1. Clivages politiques	123
Section 2. Tournant punitif	126
Chapitre 2. Arsenal procédural	131
Section 1. Renforcement des pouvoirs de police	131
Section 2. Diversification de la réponse pénale	133
3^{ème} Partie : Modernisation administrative	137
Chapitre 1.	
La modernisation de la justice comme projet politique	139
Section 1. Contexte réformateur	139
Section 2. Logique gestionnaire	142
Chapitre 2.	
L'impact procédural de la modernisation administrative	147
Section 1. Consumérisme	147
Section 2. Efficience	150
Conclusion	155
Bibliography / Bibliographie	163

Acknowledgements / Remerciements

This book is the product of a research project that was made possible by the support of the British Academy, la Mission de recherche Droit et Justice and the Universities of Cardiff and Nantes.

We would like to thank Serge Karsenty, who helped enormously in the technical production of the text, as well as Renan Le Mestre, Olivier Leclerc and Rafael Encinas de Munagorri for their close reading and comments upon it.

Ce livre est le fruit d'une recherche élaborée grâce au soutien de la British Academy, la Mission de recherche Droit et Justice, l'Université de Cardiff et l'Université de Nantes.

Sa réalisation technique doit beaucoup à Serge Karsenty. Qu'il trouve ici l'expression de nos remerciements, ainsi que Renan Le Mestre, Olivier Leclerc et Rafael Encinas de Munagorri, pour leurs relectures attentives.

L'HARMATTAN ITALIE

Via Degli Artisti 15; 10124 Torino

L'HARMATTAN HONGRIE

Könyvesbolt ; Kossuth L. u. 14-16
1053 Budapest

L'HARMATTAN BURKINA FASO

Rue 15.167 Route du Pô Patte d'oie
12 BP 226 Ouagadougou 12
(00226) 76 59 79 86

ESPACE L'HARMATTAN KINSHASA

Faculté des Sciences sociales,
politiques et administratives
Université de Kinshasa
BP243, KIN XI

L'HARMATTAN CONGO

67, av. E. P. Lumumba
Bât. – Congo Pharmacie (Bib. Nat.)
BP2874 Brazzaville
harmattan.congo@yahoo.fr

L'HARMATTAN GUINÉE

Almamy Rue KA 028, en face du restaurant Le Cèdre
OKB agency BP 3470 Conakry
(00224) 60 20 85 08
harmattanguinee@yahoo.fr

L'HARMATTAN CÔTE D'IVOIRE

M. Etien N'dah Ahmon
Résidence Karl / cité des arts
Abidjan-Cocody 03 BP 1588 Abidjan 03
(00225) 05 77 87 31

L'HARMATTAN MAURITANIE

Espace El Kettab du livre francophone
N° 472 avenue du Palais des Congrès
BP 316 Nouakchott
(00222) 63 25 980

L'HARMATTAN CAMEROUN

BP 11486
Face à la SNI, immeuble Don Bosco
Yaoundé
(00237) 99 76 61 66
harmattancam@yahoo.fr

L'HARMATTAN SÉNÉGAL

« Villa Rose », rue de Diourbel X G, Point E
BP 45034 Dakar FANN
(00221) 33 825 98 58 / 77 242 25 08
senharmattan@gmail.com

LES CARACTÈRES D'UNE PROCÉDURE DE *COMMON LAW*

Renaud COLSON

Marie Curie Fellow à l'Institut Universitaire Européen de Florence
Maître de conférences à l'Université de Nantes

La nécessité de familiariser les étudiants des facultés de droit françaises au langage de la *common law* s'impose plus que jamais à leurs enseignants. Au-delà des considérations humanistes justifiant que soit transmis aux apprentis juristes un socle minimum de connaissances relatives aux droits étrangers³⁶, la substitution de l'anglais au français comme *lingua franca* des échanges juridiques internationaux et transnationaux³⁷ ne saurait rester sans conséquence pédagogique sauf à mettre en péril leur insertion professionnelle³⁸. Une connaissance minimale des ressorts de la *common law* est a fortiori requise des praticiens du droit et des traducteurs engagés à leurs côtés dans l'élaboration des montages juridiques et la résolution des contentieux présentant une dimension d'extranéité. Et il n'est pas jusqu'aux acteurs qui dénoncent l'« américanisation » rampante du droit continental et brandissent « le spectre d'une influence étrangère diabolique³⁹ » qui ne soient contraints d'appriivoiser la « mentalité » propre aux juristes de *common law* s'ils souhaitent lui opposer une défense solide.

Dans ce contexte, les procédures de *common law* réclament une attention toute particulière. Il est difficile de déterminer quel rôle joue l'hégémonie culturelle anglo-américaine dans les processus de constitutionnalisation, de judiciarisation et de déformalisation qui affecte aujourd'hui le droit français, et plus généralement l'ensemble des droits de tradition civiliste⁴⁰. Mais l'on peut légitimement deviner, derrière cette montée en

36 Sur la vocation civilisatrice de l'enseignement du droit comparé dans les universités européennes, V. A. de Vita, « Le jardin des comparatistes est-il encore secret ? Donner un sens à l'éducation juridique », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 293. Rapp. R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, spec. p. 5-11.

37 Sur les rivalités linguistiques entre français et anglais dans le champ juridique transnational, v. H.S. Mattila, *Comparative Legal Linguistics : Language of Law, Latin and Modern Lingua Francas*, 2^e éd., Farnham / Burlington, Ashgate, 2013, not. p. 353-356.

38 V. en ce sens le référé n° 63148 de la Cour des comptes remis le 20 juin 2012 à la M^{me} la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche qui juge « décevante » l'insertion professionnelle des diplômés en droit par rapport aux autres formations (p. 6) et insiste sur la nécessité de « satisfaire une demande pressante d'excellence des formations dans un contexte de compétition mondiale avivée des services juridiques » afin notamment de « fournir à la nation des juristes de niveau international » (p. 2).

39 La formule est de B. Audit, « L'américanisation du droit. Introduction », *Archives de philosophie du droit*, t. 45, 2001, p. 8.

40 Pour une perspective italienne, V. A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione et norma nell'et globale*, Rome, Laterza, 2008.

puissance généralisée de la figure du juge⁴¹, l'influence, plus ou moins directe, de représentations et de techniques issues des pays de *common law*. Bien les connaître permet d'espérer mieux comprendre les transformations de la régulation juridique⁴² et les métamorphoses de la procédure en France⁴³. L'on peut également espérer que cette connaissance des droits étrangers permette de porter un jugement mieux informé sur les vertus et les limites des transferts de droit entre systèmes juridiques.

Il reste cependant à déterminer la voie la plus appropriée pour appréhender une matière de prime abord insaisissable. Entendue comme tradition juridique, la *common law* est constituée d'un ensemble de normes, d'interprétations et de représentations symboliques qui se transforment dans le temps⁴⁴. Cette évolution historique se double d'une diversité dans l'espace : le droit procédural forgé à partir du XII^e siècle dans le creuset anglo-normand s'est épanoui sous des formes diverses⁴⁵ avant d'essaimer ses dogmes et ses techniques par le biais de l'empire colonial britannique⁴⁶. Les droits nationaux à travers lesquels la culture de *common law* s'exprime, sont désormais disséminés sur quatre continents ; chacun présente ses spécificités propres et décline, à sa manière, un ensemble de procédures juridiques d'une grande diversité. Ainsi, la procédure pénale en vigueur en Angleterre n'est plus celle qui y était appliquée il y a trente ans. Elle se distingue de la procédure civile anglaise, laquelle a également connu d'importantes transformations au cours de ces dernières années. Ces corpus de règles et les pratiques judiciaires qu'ils déterminent sont essentiellement définis à l'échelle du Royaume-Uni, et ils n'ont formellement aucun lien avec les modalités d'administration de la justice dans l'État de Californie, dans le territoire de Dehli ou en République d'Afrique du Sud.

Quand bien même l'on se limiterait aux procédures juridictionnelles de quelques pays de *common law*, rendre compte de leurs caractéristiques de manière systématique suppose de mobiliser une érudition encyclopédique. La tâche se révèle d'autant plus difficile que la diversité des droits étudiés condamne l'observateur ou bien à dégager un plus petit dénominateur commun peu significatif⁴⁷, ou bien à procéder à la construction d'un idéal-type expressif mais assumant une part d'infidélité dans la description de la matière juridique. Cette seconde voie s'inscrit dans un projet taxinomique, longtemps nourri

41 Montée en puissance globale diagnostiquée et magistralement synthétisée par M. Cappelletti dès les années 1980 : *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, OUP, 1989.

42 Clam (J.), Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998.

43 S. Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Université Panthéon-Assas, *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1135.

44 Sur la *common law* comme tradition, et plus généralement sur la notion de tradition juridique, V. not. les travaux de H.P. Glenn, spéc. *Legal Traditions of the World*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2007. Rapp. J. Bell, « De la culture », in P. Legrand, *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 247.

45 Pour une perspective synthétique sur ces développements, V. l'ouvrage de P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008. V. également l'*Introduction historique au droit (France-Allemagne-Angleterre)* de A. Wijffels (Paris, PUF, 2010). L'approfondissement du sujet impose d'en passer par les sources anglaises, p. ex. J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Edinburgh, Butterworths, 2002.

46 Sur l'extension de la *common law* au delà du Royaume-Uni et des États-Unis, V. K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law [Einführung in die Rechtsvergleichung]*, 3^e éd., Mohr Siebeck e.K., Tübingen, 1996, trad. T. Weir], 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 219-237.

47 V. en ce sens l'approche encyclopédique de T. Lundmark qui conclut, finalement, à la faible plus-value intellectuelle de l'opposition entre *common law* et droit continental : *Charting the Divide Between Common and Civil Law*, Oxford, OUP, 2012.

par les spécialistes de droit comparé, qui consiste à classer les systèmes juridiques en famille⁴⁸. Elle donne lieu, notamment sous la plume des professeurs de droit pénal britanniques et américains⁴⁹, à la mise en exergue d'une opposition entre une procédure de *common law* orale et accusatoire, et une procédure romano-germanique écrite et inquisitoire. La distinction entre les deux traditions, souvent nuancée⁵⁰, a parfois été mise en scène de manière magistrale à la lumière d'analyses historiques et politiques raffinées⁵¹. Sa pertinence s'impose avec la force de l'évidence, renforcée par l'image d'une culture judiciaire anglo-américaine triomphante⁵² qui s'ordonne autour d'une conception prestigieuse du juge et de quelques règles probatoires cardinales.

On peut douter néanmoins que les procédures des droits de *common law* méritent encore d'être décrites comme une matière homogène susceptible d'être systématisée sous la forme d'un modèle distinct de celui appliqué dans les droits de tradition civiliste. D'une part, un puissant mouvement de convergence technique et idéologique rend de plus en plus ténue la frontière qui permettait jusqu'alors de distinguer les pratiques juridictionnelles mises en œuvre dans ces deux familles de droit⁵³. D'autre part, la fragmentation, sinon croissante du moins mieux documentée, de chacune d'entre elles en une multiplicité de systèmes juridiques hybrides rend désormais artificielle toute tentative de reconstruction d'une unité systématique de leurs cadres procéduraux. Si les procédures anglo-américaines conservent une spécificité partagée, celle-ci tient moins à une technique juridique particulière qu'à une conception pragmatique et instrumentale du droit conçu comme technologie de pouvoir indépendante, dans sa mise en œuvre, de la sphère politique⁵⁴.

48 Sur ce projet scientifique, V. R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Litec, 2004, p. 81-90. Et pour une critique de l'eurocentrisme qui a longtemps caractérisé les classements élaborés par les comparatistes, V. H.P. Glenn, « Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions », in M. Reimann, R. Zimmerman (dir.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 421.

49 V. par exemple, A. Sanders, R. Young, *Criminal Justice*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2007, p. 12-15 ; rapp. H.R. Dammer, J.S. Albanese, *Comparative Criminal Justice System*, 4^e éd., Wadsworth, Cengage Learning, 2011, p. 118-128. En France, l'opposition des procédures accusatoire et inquisitoire se pense plus souvent sur le mode de l'évolution historique que sur celui de la juxtaposition spatiale. V. néanmoins J. Pradel, « Deux grands modèles de procédure pénale. Essai d'une comparaison entre système romano-germanique et système de *common law* », in V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris, Litec, 2011, p. 161.

50 D. Fairgrieve, H. Muir Watt, *Common law et tradition civiliste*, PUF, 2006.

51 Voir notamment l'ouvrage de M.R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986.

52 Sur la notion de culture(s) judiciaire(s), V. les développements qu'y consacre A. Garapon, dans le *Dictionnaire de la Justice* (dir. par L. Cadiet), Paris, PUF, 2004, p. 299-306.

53 Sur la question, plus générale, de la convergence des droits de *common law* et de ceux de tradition civiliste, V. dès les années 1970, J.H. Merryman, « On the Convergence (and the Divergence) of the Civil Law and the Common Law », in M. Cappelletti (dir.), *New Perspective for a Common Law of Europe*, Florence, EUI, 1978, p. 195. V. également B.S. Markesinis (dir.), *The Gradual Convergence*, Oxford, Clarendon Press, 1994. V. également P. Legrand, « European Legal Systems Are Not Converging », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45(1), p. 52. Comp. G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, vol. 55(1), p. 7. Et sur l'implicite idéologique que convoie cette idée de convergence, V. U. Mattei, L.G. Pes, « Civil Law and Common Law : Towards Convergence ? », in K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira (dir.), *Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, OUP, 2010, p. 267.

54 D. Nelken, « Using Legal Culture : Purposes and Problems », in D. Nelken (dir.), *Using Legal Culture*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2012, p. 21.

Dès lors, il n'est pas certain que le meilleur moyen de rendre compte des traits spécifiques de l'administration de la justice dans les droits de *common law* soit de les saisir d'un bloc, armé des outils de la dogmatique juridique⁵⁵. Afin d'appropriiser l'étrangeté culturelle de cette tradition sans en nier la pluralité, il est préférable de l'aborder à travers l'une de ses expressions singulières, à la recherche des similitudes et des différences qu'elle entretient avec notre propre droit. Cette démarche comparative permet d'éviter l'inévitable simplification qui résulte de la mise en système d'une réalité complexe (les nombreuses procédures de *common law* ne se prêtent guère à une description globale et unifiée, sauf à prendre le risque d'en trahir la diversité). Et cette approche autorise à approcher au plus près une procédure étrangère particulière en assumant la nature située du point de vue de l'observateur : l'exposition d'une procédure de *common law* à partir d'un bagage intellectuel français, et à destination d'un lectorat francophone, gagne en relief à éclairer l'écart qui sépare les deux traditions⁵⁶. On s'essaiera à l'exercice à partir du cas anglais, en évoquant les différences qui distinguent les institutions pénales des deux côtés de la Manche (I), les convergences qui laissent deviner, depuis quelques décennies, un rapprochement entre les deux procédures (II), et le fossé linguistique qui les sépare irréductiblement (III).

I. DIFFÉRENCES INSTITUTIONNELLES

Bien qu'issues d'une matrice européenne commune caractérisée par le recours au « jugement de Dieu⁵⁷ », les pratiques judiciaires ont radicalement divergé des deux côtés de la Manche à partir du XI^e siècle. En Angleterre, le jury s'est alors substitué à l'ancienne ordalie dans la détermination de la vérité⁵⁸, tandis que sur le continent se développait l'enquête romano-canonique qui fait du juge le maître souverain du droit et du fait⁵⁹. Les formes judiciaires et les pratiques pénales se sont sans cesse modifiées depuis, mais malgré la fréquence des comparaisons savantes et des transplants juridiques entre les deux droits au cours des siècles⁶⁰, le fossé les séparant ne s'est pas résorbé. Caractérisés par un agencement des sources juridiques, une organisation des acteurs professionnels, une logique procédurale, et une conception de la vérité judiciaire à certains égards antino-

55 Sur les limites de la dogmatique comme mode d'accès aux droits étrangers et sur la nécessité de les appréhender dans une perspective culturaliste, V. le plaidoyer de P. Legrand, *Droit comparé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006.

56 Sur le pré-entendement qui anime nécessairement le juriste (français) venant à l'étude d'un autre droit (la *common law*), V. P. Legrand, op. cit., spéc. le ch. IV ; et du même auteur, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in P. Legrand, *Comparer les droits...*, op. cit., p. 209.

57 R. Jacob, « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *Archives de philosophie du droit*, 1995, 39, p. 86. Du même auteur, V. également « Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge », in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 43.

58 Sur l'apparition du jury et le sens de cette institution, V. R.C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 1988, spéc. ch. 3 « The Jury in the Royal Courts ».

59 Sur le développement, au Moyen Âge, de la procédure inquisitoire dans le Midi, puis en pays de coutume, V. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 180 et s.

60 Sur l'un de ces épisodes, V. S. Soleil, « 'Which of the Two is the Best ?' La comparaison des procédures criminelles française et anglaise dans l'œuvre codificatrice de James Fitzjames Stephen », in J. Hautebert, S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, t. II, Paris, EJT, 2008, p. 77.

miques, les systèmes de justice pénale opérant de part et d'autre de la Manche semblent pouvoir être opposés terme à terme⁶¹.

En Angleterre, les règles de procédure pénale sont éparpillées dans des textes législatifs, pour certains très anciens, et dans une jurisprudence foisonnante alors qu'en France, elles sont l'objet de quelques principes constitutionnels et d'un Code de procédure pénale. Au-delà de cette différence formelle mais néanmoins très significative, ces corpus normatifs dressent des cadres d'exercice de la justice pénale fort dissemblables. Du côté anglais, les questions de droit relèvent d'une élite judiciaire sélectionnée parmi les praticiens du droit les plus expérimentés, mais ce sont des juges non professionnels (jurés et magistrates) qui se prononcent sur la culpabilité de suspects poursuivis par des forces de police décentralisées. En France au contraire, les juridictions pénales sont essentiellement⁶² composées de juges de carrière, fonctionnaires recrutés très jeunes sur concours, qui travaillent en collaboration avec les magistrats du ministère public, hiérarchiquement soumis au garde des sceaux, et avec une police nationale. Ces différences⁶³, qui illustrent une conception organique plus étatiste de la justice en France qu'en Angleterre, se doublent d'un contraste procédural non moins frappant. Inscrit dans une tradition accusatoire, le système de justice criminelle anglais se caractérisait, il y a quelques années encore, par la concentration de facto des pouvoirs d'enquête et de poursuite entre les mains d'une police substituée à l'accusateur privé dans la recherche des preuves incriminant les suspects. La police française mène quant à elle son enquête sous la surveillance des magistrats du ministère public, puis éventuellement sous la direction d'un juge dont l'instruction, à charge et à décharge, porte trace d'une logique inquisitoire marquée. Le procès stricto sensu n'échappe pas à cette dualité⁶⁴. Il apparaît en Angleterre comme le lieu d'une présentation orale des preuves, indices et témoignages portant sur les faits constatés, à l'exclusion des procès-verbaux établis lors de l'enquête policière. Sa forme est celle d'un échange entre l'accusation et la défense, arbitré par un juge relativement passif. En comparaison, son homologue français apparaît plus actif. Acteur et non arbitre du processus de découverte de la vérité, il anime l'audience pour juger les faits incriminés, « mais à travers la personnalité » de l'accusé et en s'appuyant sur le dossier de la procédure⁶⁵.

Cette mise en perspective révèle la profondeur du clivage entre les traditions procédurales anglaise et française. La première, exprimant une méfiance historique à l'égard de la puissance publique, exige que soit apportée la preuve de la culpabilité de l'accusé devant des juges non professionnels. La seconde, accordant à l'État un rôle privilégié dans la restauration de l'ordre, confie le soin de découvrir la vérité du crime à des magistrats qui sont des fonctionnaires spécialisés. L'opposition peut sembler simplificatrice

61 Pour une présentation synthétique des procédures pénales française et anglaise, V. M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1995, p. 125 et p. 224, ou dans sa version anglaise, M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (dir.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, CUP, 2002, p. 142 et p. 218.

62 À l'exception notable de la cour d'assises où un jury populaire est adjoint aux juges professionnels pour statuer sur les crimes, et de la juridiction de proximité récemment instituée et désormais compétente pour statuer sur les contraventions des quatre premières classes (CPP, art. 521, modifié par la loi du 26 janvier 2005).

63 Sur lesquelles V. l'ouvrage collectif dirigé par J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, CUP, 2006.

64 J. Hodgson, « Conception of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure », in A. Duff et al. (dir.), *The Trial on Trial*, vol. 2, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2006, p. 223.

65 S. Field, « Responsabilité, justice et procédure pénale comparée », *Revue générale de droit*, 2003, vol. 33, p. 257.

et mériterait d'être nuancée, mais il serait aisé de l'enrichir d'autres éléments confirmant l'existence d'un dualisme judiciaire marqué. Qu'il s'agisse du traitement réservé aux infracteurs avouant leur crime, des règles régissant la recevabilité et la présentation des preuves lors du procès, ou encore des rituels symboliques de l'audience⁶⁶, les droits en vigueur des deux côtés de la Manche divergent. Et ces différences techniques révèlent en creux des conceptions distinctes de la vérité judiciaire, de l'État et de l'individu. Pourtant, le fossé conceptuel qui autorise à opposer systématiquement les procédures pénales en vigueur des deux côtés de la Manche se comble.

II. CONVERGENCE PROCÉDURALE

Un temps radicalement étrangers l'un à l'autre, les systèmes de justice criminelle anglais et français ont récemment fait l'objet de transformations synchrones qui ont érodé leurs caractères idiosyncrasiques et accru leurs ressemblances. Parmi les moteurs de cette évolution, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'interprétation qu'en offre la Cour de Strasbourg occupe une place essentielle. Le modèle européen du procès équitable exerce son influence des deux côtés de la Manche⁶⁷ et contribue à une valorisation axiologique de l'équité procédurale qui justifie l'allocation de nouveaux droits aux personnes aux prises avec l'institution judiciaire. La recherche d'efficacité répressive est le second vecteur de rapprochement des procédures pénales en France et en Angleterre. Sur fond de hausse de la délinquance et du sentiment d'insécurité, cet objectif a émergé comme un enjeu politique majeur à partir des années 1970⁶⁸. Le tournant sécuritaire qui caractérise, depuis cette période, les sociétés française et britannique a un impact très fort sur le droit procédural. Elle justifie le renforcement des pouvoirs de police et explique le développement de formes simplifiées de traitement de la délinquance. Cette évolution est renforcée par d'ambitieuses politiques de modernisation administrative qui exaltent des valeurs similaires : le service aux justiciables victimes d'infractions et la recherche d'efficacité, qui s'imposent désormais dans le champ judiciaire, contribuent à redessiner la procédure pénale dans les deux États⁶⁹.

66 Pour une comparaison des rituels judiciaires français et anglo-saxons (mais dans leur version américaine), V. A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 149.

67 Comp. la perspective anglaise d'Andrew Ashworth et Mike Redmayne (*The Criminal Process*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2005, p. 28 et s.) et le point de vue français de B. Bouloc (*Procédure pénale*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 90 et s). Pour une comparaison par juxtaposition des modalités de réception de ce modèle européen au sein des traditions juridiques française et anglaise, V. les actes du colloque de la Cour de cassation des 4 et 5 décembre 2000, *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2001.

68 Comp. pour l'Angleterre D. Downes, R. Morgan, « No Turning Back : The Politics of Law and Order into the Millenium », in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (dir.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4^e éd., Oxford, OUP, 2007, p. 201 ; et pour la France L. Bonelli, *La France a peur. Une histoire sociale de l'« insécurité »*, Paris, La découverte, 2008, p. 99 et s. ; rapp. S. Guinchard, « Une certaine idée de la sécurité et de la liberté en France à travers vingt ans de discours politiques sur le sentiment d'insécurité », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 311-325.

69 Sur l'impact des impératifs gestionnaires sur la justice criminelle en France et en Angleterre, et plus généralement pour une vue d'ensemble des rapprochements techniques en cours entre les traditions procédurales française et anglaise, V. R. Colson, S. Field, *Les transformations de la justice pénale : Une comparaison franco-anglaise (version bilingue)*, Paris, L'Harmattan, 2011.

Menées tambour battant depuis une vingtaine d'années, les réformes de la justice criminelle sont élaborées, en France et en Angleterre, dans des contextes distincts et selon des modalités différentes. Mais la fréquence et la profondeur des changements occasionnés dévoilent une évolution comparable des modes d'élaboration du droit et de leur temporalité. Remettant en cause une conception de la règle juridique posée pour durer, la multiplication des innovations procédurales des deux côtés de la Manche illustre un processus plus général d'inflation et d'accélération de l'activité législative dans le champ pénal⁷⁰. À l'origine de changements institutionnels rapides, ces évolutions de la production normative signalent également une transformation du rapport à la tradition juridique. Celle-ci demeure certes omniprésente : « elle s'insinue dans les lois, dans leur rédaction, dans leur interprétation, dans leur application, comme dans leur critique⁷¹ ». Mais l'époque est rebelle à la continuité. Et les mutations rapides des procédures française et anglaise, qui remettent en cause certains traits essentiels des modèles de justice en vigueur des deux côtés de la Manche, témoignent d'une présence changeante du passé dans le droit. Si la tradition juridique détermine toujours les représentations et les pratiques du droit, elle s'expérimente de plus en plus sur le mode de l'extériorité : « objet de savoir pour quelques-uns, de curiosité théorique ou de *hobby* pour d'autres, le passé n'est source et racine pour personne⁷² ». Caractéristique de l'époque, cette « neutralisation du passé » est une novation historique qui contribue au rapprochement accéléré des modes d'administration de la justice en France comme en Angleterre.

L'harmonisation juridique, conçue comme un processus d'intégration formelle entre systèmes de droit⁷³, n'explique que partiellement la propension mimétique des procédures pénales anglaise et française. Certes leur *rapprochement* se pense, à certain égards, comme le fruit d'un projet politique impliquant l'usage de technologies juridiques spécifiques destinées à les coordonner, voire à les unifier, ainsi que l'illustre le développement du droit pénal européen⁷⁴. Mais la ressemblance croissante des systèmes de justice pénale semble d'avantage le produit d'une *convergence* entendue au sens d'adaptation analogique à un environnement commun⁷⁵. Soumis à des forces culturelles, sociales et politiques comparables, les droits anglais et français doivent satisfaire des exigences similaires en termes d'équité procédurale, d'efficacité répressive et d'efficience administrative. Pour autant, ces demandes sociales ne s'expriment pas de manière parfaitement identique dans chaque pays, et les réponses institutionnelles qui leur sont apportées différent, y compris lorsqu'elles prennent la forme d'une interaction (*cross-fertilization*) ou

70 Sur cette transformation, V. Y. Cartuyvels, F. Ost, *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, spéc. la 4^e partie : « La crise du lien social et la crise du temps pénal : la justice pénale peut-elle contribuer à instituer la société ? », not. p. 93 et s.

71 C. Atias, « Présence de la tradition juridique », *Droit prospectif. Revue de recherche juridique*, 1997(2), p. 389.

72 C. Castoriadis, *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe (4)*, Paris, Seuil, 1996, p. 27.

73 V. sur ce point l'introduction de M. Delmas-Marty dans l'ouvrage collectif qu'elle a dirigé : *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 19.

74 Sur les multiples dimensions de ce *Droit pénal européen*, V. la somme de J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009.

75 Le terme convergence est utilisé ici au sens biologique du terme, comme phénomène selon lequel des êtres d'espèces différentes (et par extension des systèmes juridiques distincts) présentent des caractères communs dus à une adaptation analogique à un même milieu.

d'un transfert (*legal transplant*) d'un ordre juridique à l'autre⁷⁶. Dès lors, le rapprochement des droits ne peut tendre à leur indifférenciation.

III. FOSSÉ LINGUISTIQUE

Les procédures anglaises et françaises s'administrent dans des langues différentes. De sorte que la convergence technique qui caractérise les premières, même si elle devait se renforcer, est destinée à buter sur l'incommensurabilité des secondes. Certes, les langues pas plus que les droits ne sont figées. Mais contrairement aux transformations juridiques contemporaines, dont le rythme s'est considérablement accéléré, les processus de métissage et de recomposition linguistique, y compris ceux relatifs à la langue savante du droit, s'inscrivent dans un temps long. En témoigne le *law French*, l'idiome franco-normand qui servit de support à la *commune ley* archaïque. Cette langue juridique, rapidement cantonnée au domaine écrit, ne céda formellement sa place à l'anglais qu'au XVIII^e siècle⁷⁷. Depuis, la *common law* est, à de rares exceptions près⁷⁸, un droit exclusivement anglophone. C'est cette unité linguistique, plus que toute spécificité technique, qui lui confère une identité forte et lui garantit une relative homogénéité conceptuelle.

Cette langue commune assure les conditions d'une circulation des outils et des idées entre juges et juristes exerçant dans des systèmes juridiques distincts⁷⁹. Mais, au-delà de cet effet « communicationnel » qui résulte de la communauté de langage propre à tous les droits de *common law*, on peut se demander si l'idiome anglophone n'a pas également des effets sur le droit à raison de sa nature linguistique. Il ne s'agit pas de sombrer dans une relativité linguistique radicale⁸⁰. Celle-ci supposerait que ce sont les structures langagières de la langue de Shakespeare qui déterminent la manière de conduire les procédures judiciaires Outre-manche. Sans doute la forme du procès de *common law* tient-elle avant tout à des nécessités universelles propres à la résolution des litiges qu'à la syntaxe

76 L'accent souvent placé sur les interactions (*cross-fertilizations*) et transferts de droits (*legal transplants*) entre systèmes juridiques pour rendre compte des processus de convergence entre droits nationaux (v. par exemple J.-L. Halpérin, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2008, spéc. p. 27 et s.) doit être nuancé dans l'hypothèse qui nous retient. En effet, à s'en tenir à la procédure pénale *stricto sensu*, il n'y a pas d'emprunt à la tradition juridique continentale par le législateur anglais. Quant aux influences anglo-américaines sur le droit français, elles sont évidentes, mais la réception de techniques (p. ex. le plaider-coupable) ou de politiques (p. ex. la « tolérance zéro ») étrangères requiert une interprétation, laquelle est déterminée par la culture juridique nationale, et susceptible à ce titre de maintenir, en les transformant, les différences entre la logique des procédures anglo-américaines et celle caractérisant la procédure française. Sur cette problématique, V. M. Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations : The Globalization of Plea-Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45(1), p. 1.

77 H.S. Mattila, *op. cit.*, p. 310-313.

78 Il se pratique en Français au Canada, en afrikaans en Afrique du sud, en hébreu en Israël. Mais ce sont là des exceptions, et il faut bien admettre que l'idiome du *common law* est l'anglais, et que « les *common lawyers* sont tous anglophones même si la langue de Shakespeare n'est pas leur idiome maternel » (A.J. Bullier, *La common law*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 9).

79 Le dialogue des juges, récemment redécouvert à l'échelle européenne, est une réalité ancienne dans l'aire géographique de la *common law*. Sur ce sujet, V. J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Le Seuil / La République des Idées, 2005.

80 Sur l'idée de relativité linguistique, selon laquelle la langue que nous parlons influence notre façon de concevoir la réalité, V. not. les recherches de J.A. Lucy, synthétisés dans l'article « Linguistic Relativity », *Annual Review of Anthropology*, 1997, Vol. 26, p. 320.

locale⁸¹. On ne saurait sous-estimer cependant la subtilité des rapports du droit et de la langue⁸² : « les institutions juridiques [...] ne peuvent être saisis que dans la reconnaissance du lien intime qu'ils nouent avec leurs formulations linguistique⁸³ ».

L'anglais tend à utiliser des mots grammaticaux abstraits tels que les prépositions, là où le français recourt à des mots lexicaux à sémantisme « plein » tels que les substantifs. L'anglais a tendance à recourir à la coordination, alors que le français a tendance à recourir à la subordination⁸⁴. Il semble improbable que ces différences aient une quelconque valeur explicative pour rendre compte des différences entre les cultures juridiques qui se déploient de part et d'autre de la Manche. En revanche, l'étude comparée des stratégies conversationnelles en français et en anglais met clairement en évidence des différences⁸⁵ qui évoquent certaines oppositions procédurales distinguant les deux droits. Faut-il y voir l'expression d'une influence de la langue sur le droit, ou du droit sur la langue ? Ou bien a-t-on affaire aux reflets linguistique et juridique d'a priori culturels plus généraux ? La question mérite d'être prise en compte dans le travail de réflexion sur la traduction juridique, qui à l'instar du droit comparé, ne peut se dispenser d'interroger les différences culturelles qui sous-tendent la diversité des droits si elle souhaite éviter le piège de l'ethnocentrisme⁸⁶.

81 Rappr. L. Cadiet, « Culture et droit processuel – Rapport général », in *Droit et Culture : Journées Louisianaises*, Paris, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2008, p. 444.

82 Sur ce thème, V. l'article de G. Cornu, « Les rapports du droit et de la langue », dans son ouvrage *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 275. Rappr. pour une perspective en langue anglaise l'ouvrage collectif dirigé par M. Freeman et F. Smith, *Law and Language (Current Legal Issues*, vol. 15), Oxford, OUP, 2011.

83 Conseil National du développement des sciences humaines et sociales, *Pour une politique des sciences sociales de l'Homme et de la société*, Paris, PUF, 2001, p. 64.

84 Sur ces différences, V. J.-P. Vinay et J. Darbelnet, *Stylistique comparée du français et de l'anglais : Méthode de traduction*, Paris, éd. Didier, 1978.

85 C. Béal, « Les stratégies conversationnelles en français et en anglais », *Langue française*, n° 98, 1993, p. 79-106.

86 V. en ce sens S. Monjean-Decaudin, *La traduction du droit dans la procédure judiciaire. Contribution à l'étude de la linguistique juridique*, Paris, Dalloz, 2012, p. 310. Rappr. S. Glanert, « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », in P. Legrand, *Comparer les droits...*, *op. cit.*, p. 279.

QUEL DEVENIR POUR LA CRIMINOLOGIE ?
NOTE HISTORIOGRAPHIQUE
SUR L'EXEMPLE BRITANNIQUE

Renaud COLSON*

La criminologie prospère au Royaume-Uni. De nombreuses universités lui consacrent des diplômes spécialisés. L'actualité éditoriale de la matière y est abondante, soutenue par la publication de manuels, monographies et ouvrages collectifs, et par l'existence de plusieurs revues. Le présent article retrace l'histoire sociale, intellectuelle et politique de cette discipline. Il rend compte d'une tradition scientifique nationale qui a connu un essor remarquable depuis le début du XX^e siècle et qui jouit, désormais, d'une forte légitimité dans le paysage universitaire britannique. Cette perspective historique permet, en conclusion, de porter un regard décalé sur les débats contemporains relatifs à la place de la criminologie en France.

Criminology is flourishing in the United Kingdom. Many universities offer degrees devoted to the subject. Publishing is flourishing, with the production of textbooks, monographs and collective works, as well as several academic journals. This article traces the social, intellectual and political history of this discipline. It outlines a national scientific tradition which has undergone remarkable development since the beginning of the 20th century and which now enjoys an established legitimacy in British academia. This historical account paves the way for a conclusion providing an offbeat perspective on current debates on the status of criminology in France.

L'histoire de la criminologie britannique présente un intérêt théorique évident pour le spécialiste des sciences criminelles et pour l'historien des sciences sociales. Mais cet objet d'érudition devrait également retenir

* Marie Curie Fellow à l'Institut Universitaire Européen de Florence, Maître de conférences à l'Université de Nantes, <http://www.univ-nantes.fr/colson-r>

l'attention des participants au difficile débat français portant sur la création d'une section disciplinaire dédiée à la criminologie au sein du Conseil national des universités. Ce projet, objet de débats publics depuis plus de deux ans, s'est concrétisé dans deux arrêtés du ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche¹ pris au terme d'une procédure contestée². La querelle universitaire, qui semble destinée à se prolonger devant les tribunaux³, a suscité de vives et intéressantes discussions⁴. Celles-ci ont été l'occasion de modestes références aux expériences scientifiques et pédagogiques étrangères⁵, mais le recours à la comparaison internationale est resté très limité. L'approche comparative est pourtant riche d'enseignements sur une question dont les enjeux ont été appréhendés de manière trop hexagonale.

Le savoir criminologique se construit, il est vrai, dans le cadre d'espaces nationaux. Il n'est que de discuter quelques heures avec des collègues étrangers pour sentir à quel point domaines de recherche, manières de penser et postures intellectuelles sont dépendants de la culture académique dans laquelle ils se déploient. Coexistent ainsi de par le monde des traditions criminologiques nationales distinctes⁶. Chacune s'ancre dans des institutions scientifiques spécifiques, dans une constellation disciplinaire et dans un paysage conceptuel singuliers. Cet environnement culturel propre à chaque pays n'exclut ni le clivage interne des communautés épistémiques nationales⁷, ni leur convergence sous l'effet d'emprunts théoriques massifs

¹ JORF n° 0064 du 15 mars 2012, p. 4800.

² V. not. le communiqué de l'Association française de droit pénal en date du 20 mars 2012 dénonçant le « simulacre de consultation » qui a précédé la décision du ministère, [En ligne], <http://francepenal.org/#!conseil-administration> (document consulté le 22 mars 2012).

³ Dans le communiqué cité dans la note précédente, l'Association française de droit pénal a fait part de son intention de déposer un recours devant la juridiction compétente afin d'obtenir l'annulation des arrêtés contestés.

⁴ Comp. les vues contrastées de la tribune collective « Contre la création d'une section de criminologie au Conseil national des universités », *D.* 2011. 457, et de M. HERZOG-EVANS, R. CARIO et L. VILLERBU, « Pourquoi il est urgent de créer des UFR de criminologie », *D.* 2011. 766. Pour un accès aux principaux textes qui ont jalonné cette querelle, on peut se reporter à la page qui lui est dédiée sur le site web de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Poitiers, [En ligne], <http://isc-epred.labo.univ-poitiers.fr/spip.php?rubrique93&lang=fr> (document consulté le 22 mars 2012).

⁵ Comp. M. HERZOG-EVANS, R. CARIO et L. VILLERBU, préc., et L. MUCCHIELLI, « Une 'nouvelle criminologie' française ? Pourquoi et pour qui ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 795. V. également les contributions sur la Suisse, l'Espagne et le Maroc dans l'ouvrage collectif dirigé par P. TOURNIER, *La Babel criminologique. Formation et recherche sur le phénomène criminel : sortir de l'exception française ?*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 41 et s.

⁶ Sur la notion de tradition scientifique nationale, v. J. HEILBRON, « Qu'est-ce qu'une tradition nationale en sciences sociales ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2008, vol. 18, pp. 3-14.

⁷ Ce processus de clivage, bien mis en lumière pour la criminologie anglo-américaine, pourrait être inscrit dans la nature même de la constitution des disciplines scientifiques. Sur cette thèse, et

de l'une à l'autre⁸. Mais il tend à produire, au sein de chaque espace scientifique national, une disposition générale génératrice de schèmes de pensée partagés. Une telle orientation intellectuelle, l'« habitus disciplinaire » pour reprendre la terminologie élaborée par Pierre Bourdieu⁹, opère le plus souvent de manière inconsciente, mais elle se fait sentir sur le mode de l'évidence au chercheur expatrié.

La criminologie, même si elle aspire par son objet à l'universalité¹⁰, demeure dépendante du terreau culturel qui la nourrit. Il ne saurait en être autrement si l'on admet que la production scientifique, conçue comme discipline, s'inscrit dans le particularisme « des institutions, des laboratoires, des départements universitaires, des revues, des instances nationales et internationales (congrès), des procédures de certification, des compétences, des systèmes de rétribution, des prix »¹¹. En conséquence, la recherche en sciences criminelles se pense, s'organise et se diffuse suivant des modalités très différentes selon les pays. Le propos ne surprendra pas en France où, pour des raisons historiques, la constitution d'une discipline criminologique s'est avérée jusqu'à présent impossible¹². Mais il est également admis au Royaume-Uni que la matière y a pris une forme singulière sous l'influence d'une histoire contingente.

De l'autre côté de la Manche, la discipline criminologique prospère¹³. Plus d'une centaine d'établissements d'enseignement supérieur lui consacrent des formations diplômantes, dont une quarantaine en troisième cycle. L'activité éditoriale y est pléthorique, soutenue par l'édition régulière de plusieurs manuels, l'existence de nombreuses collections diffusant monographies et ouvrages collectifs, et la parution de plusieurs revues universitaires dédiées, partiellement ou exclusivement, à la criminologie. Quant à la *British Society of Criminology*, elle compte plus de 1000

son application à la sociologie du crime américaine, v. A. ABBOT, *The Chaos of Disciplines*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, spéc. chap. 3, pp. 60-90.

⁸ Ainsi les travaux français n'hésitent pas à se référer au corpus international des sciences criminelles, et les théories élaborées par les écoles étrangères sont bien décrites dans les manuels autorisés (v. par ex., l'ouvrage de référence de R. GASSIN, P. BONFILS et S. CIMAMONTI, *Criminologie*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2011). La connaissance des travaux français dans le monde anglo-américain est plus incertaine : J.-P. JEAN, « Confrontations : French Criminology seen by British criminologists », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], <http://champpenal.revues.org/29>, (document consulté le 22 mars 2012).

⁹ P. BOURDIEU, *Science de la science et réflexivité*, Paris, éd. Raisons d'agir, 2001, p. 86.

¹⁰ R. CARIO, « De la Babel criminologique à l'universalité de la criminologie », in P. TOURNIER (dir.), *La Babel criminologique. Formation et recherche sur le phénomène criminel : sortir de l'exception française ?*, op. cit., pp. 9-18.

¹¹ P. BOURDIEU, op. cit., p. 128.

¹² L. MUCCHIELLI, « L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France. Cadres institutionnels, enjeux normatifs et développement de la recherche des années 1880 à nos jours », *Criminologie*, 2004, vol. 37(1), pp. 13-42.

¹³ T. NEWBURN, *Criminology*, Londres, Willan, 2007, p. 18.

membres et sa conférence annuelle réunit généralement entre 400 et 500 participants. Stimulant une propension naturelle à la réflexivité des chercheurs en science sociale¹⁴, l'expansion rapide de cette discipline récente, dont l'objet reste discuté et les frontières incertaines, a suscité la curiosité de ses propres acteurs. Le processus de formation de la criminologie britannique a ainsi été l'objet de nombreux travaux qui relatent les faits sociaux, intellectuels et politiques ayant déterminé la constitution de ce corpus scientifique.

S'inscrivant dans un temps court, l'histoire de cette discipline est écrite par des criminologues qui ne s'embarrassent pas d'une méthode historiographique très rigoureuse¹⁵. Mais leur proximité avec les événements qu'ils décrivent leur permet une mise en intrigue très convaincante de l'origine et du développement de la tradition criminologique à laquelle ils appartiennent. C'est à la découverte de cette tradition scientifique nationale qu'il invite cet article, en présentant le « récit véridique »¹⁶ de son devenir tel qu'il est raconté par ses protagonistes. Cette histoire au second degré, synthèse française de travaux en langue anglaise, rend compte de la naissance et des transformations de la criminologie britannique dans ses dimensions sociale, intellectuelle et politique. La perspective adoptée autorise, en conclusion, à porter un regard décalé sur les débats relatifs à la place de la discipline criminologique en France, et à accueillir sa consécration universitaire avec une certaine confiance.

I. HISTOIRE SOCIALE

L'histoire de leur discipline élaborée par les criminologues britanniques est d'abord une histoire sociale qui décrit les trajectoires particulières d'hommes et de femmes au sein d'institutions spécifiques.

A. – *Les hommes et les femmes*

Les histoires de vie de quelques-uns des fondateurs de la criminologie britannique occupent une place de choix dans les récits portant sur la constitution de la discipline. L'attention portée aux acteurs individuels d'une

¹⁴ D. NELKEN, « Reflexive Criminology? », in D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, Londres, Sage Publications, 1994, p. 7.

¹⁵ V. néanmoins les remarques de D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, OUP, 2006, pp. 23-26.

¹⁶ L'expression est empruntée à P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire, suivi de Foucault révolutionne l'histoire*, Paris, Seuil, 1978, p. 13.

aventure scientifique par nature collective s'explique pour plusieurs raisons. D'une part, certains d'entre eux ont laissé des témoignages autobiographiques de première main sur l'institutionnalisation et le développement des sciences criminelles au Royaume-Uni¹⁷. D'autre part, ces personnalités ont inspiré divers écrits, articles et notices nécrologiques, qui posent, à l'occasion d'hommages parfois hagiographiques, les premiers jalons d'une histoire disciplinaire¹⁸. Enfin, l'intuition selon laquelle l'ascension de la criminologie dans le champ scientifique britannique serait le résultat de facteurs contingents nourrit la conviction, chez certains auteurs, de l'importance de quelques figures historiques¹⁹ dont il convient de reconnaître le rôle de *discipline-builders*²⁰. Parmi ceux-ci, on peut distinguer quelques auteurs précurseurs dont les travaux constituèrent, au début du XX^e siècle, les premières pierres d'un nouveau corpus disciplinaire²¹. S'ajoutent à ces figures intellectuelles quelques réformateurs ayant œuvré, au sein des institutions publiques ou à leur périphérie, dans le cadre de groupes de pression, pour promouvoir une étude scientifique du phénomène criminel²². Mais ce sont surtout les figures de Léon Radzinowicz, Max Grünhut et Hermann Mannheim, qui marquent l'histoire de la discipline. Fuyant le péril nazi, ces trois émigrés européens occupèrent respectivement les premiers

¹⁷ V. not. Sir Leon RADZINOWICZ, *Adventures in Criminology*, Londres, Routledge, 2002.

¹⁸ V. par ex. R. HOOD, « Hermann Mannheim and Max Grünhut: Criminological Pioneers in London and Oxford », *British Journal of Criminology*, 2004, vol. 44(2), p. 469. V. également la notice nécrologique de Leon Radzinowicz par R. HOOD, *Proceedings of the British Academy*, vol. 111, 2001, celle consacrée à Max Grünhut par H. MANNHEIM dans le *British Journal of Criminology*, vol. 4(4), 1964, pp. 313-315, et celles dédiées à Hermann Mannheim, également dans le *British Journal of Criminology*, vol. 14(3), 1974, par T. MORRIS, « Mannheim: The Teacher », p. 217, J. SPENCER, « Mannheim: The Scholar », p. 218, et J. CROFT, « Hermann Mannheim and Penal Reform », p. 219. V. également la notice consacrée à Hermann Mannheim par Sir Leon RADZINOWICZ, in L. BLAKE and C.S. NICHOLLS (eds.), *The Dictionary of National Biography 1971-1980*, Oxford, OUP, pp. 543-544.

¹⁹ V. par ex. T. MORRIS, « British Criminology: 1935-1948 », *British Journal of Criminology*, 1988, vol. 28(2), spec. p. 20 : « (I)n the history of an intellectual discipline its history is that of the prejudices and predilections of powerful and persuasive men. It tends to be their energies, constantly working upon the materials of their time, that shape its concerns and priorities ».

²⁰ V. D. GARLAND, « Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain », in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 44 : « (T)he emergence of a criminological discipline was (...) the achievement of a few key individuals (...). These discipline-builders had to struggle with all sorts of resistance ».

²¹ Les historiographes de la discipline évoquent de manière récurrente trois précurseurs importants : C. GORING, *The English Convict: A Statistical Study*, Londres, 1913 ; C. BURT, *The Young Delinquent*, Londres, 1925 ; et W. NORWOOD EAST, *The Medical Aspect of Crime*, Londres, 1936.

²² Sont notamment évoqués, dans les travaux d'histoire de la criminologie, les figures de Margery Fry, secrétaire de la *Penal Reform League* à partir de 1918, puis de la *Howard League for Penal Reform*, et de Sir Alexander Paterson, membre influent de la *Prison Commission* dans les années 1920 et 1930. V. par ex. T. MORRIS, *op. cit.*, spéc. pp. 23-24.

postes de professeur, reader et senior lecturer en criminologie créés dans les universités de Cambridge et d'Oxford ainsi qu'à la *London School of Economics*. Pères fondateurs d'une tradition scientifique qui s'est, depuis, considérablement développée, ils ont cédé leur place à d'autres figures remarquables, certaines radicales à l'instar de Jock Young, d'autres plus orthodoxes comme Roger Hood, d'autres enfin néo-libérales comme Ronald V. Clarke. L'histoire de ces chercheurs, toujours en activité, et de leurs collègues n'est pas seulement celle de personnalités singulières²³ : elle prend la forme de suivis de cohortes.

En 1986, Paul Rock, sociologue à la *London School of Economics and Political Science*, se livra à un recensement des universités et des instituts de recherche britanniques revendiquant un exercice scientifique de la criminologie. Enquête par sondage à l'appui, il a construit la première image sociologique de cette communauté scientifique²⁴. Six ans plus tard, approfondissant ses investigations, le même auteur a sollicité par voie de questionnaire les 235 criminologues britanniques qu'il avait identifiés. Le traitement de l'information recueillie lui a permis de tracer à grands traits leur histoire intellectuelle, leur profil sociologique et les types de relations qu'ils entretenaient entre eux²⁵. Ses travaux mettent en évidence un champ scientifique remarquablement dépeuplé jusqu'au milieu des années 60, *an almost empty discipline*²⁶, avant que ne se succèdent deux vagues démographiques structurantes. La première, *the « fortunate generation »*, a bénéficié des recrutements universitaires massifs menés à la fin des années 60 et au début des années 70. Majoritairement formée à la London School of Economics et dans les universités de Cambridge, Oxford et Sheffield, cette génération, dont l'importance numérique a permis de conférer à la discipline criminologique une masse critique, a également contribué à définir son identité intellectuelle de manière décisive dans une période « chaude » caractérisée par l'accélération des relations sociales²⁷. À ce premier groupe s'est agrégé un second, de taille moins importante, recruté dans la seconde moitié des années 80. Cette deuxième génération, plus fragmentée que la

²³ V. s'agissant de Roger Hood, l'introduction (« Editors's Introduction ») de L. Zedner et A. Ashworth aux mélanges qui lui ont été dédiés : L. ZEDNER, A. ASHWORTH (eds.), *The Criminological Foundations of Penal Policy: Essays in Honour of Roger Hood*, Oxford, OUP, 2003, p. 1. V. également, s'agissant de Ronald V. Clarke, le portrait (« The Quiet Revolutionary ») qu'en dressent N. TILLEY et G. FARRELL dans les mélanges qu'ils lui consacrent : *The Reasoning Criminologist: Essays in Honour of Ronald V. Clarke*, Londres, Routledge, 2011.

²⁴ P. ROCK, « The Present State of Criminology in Britain », *British Journal of Criminology*, 1988, vol. 28(2), p. 58.

²⁵ P. ROCK, « The Social Organization of British Criminology », in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 1st ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 125-147.

²⁶ *Ibid.*, p. 131.

²⁷ *Ibid.*, p. 133.

précédente, évolue dans un environnement plus « froid » et plus individualiste²⁸. À notre connaissance, aucune recherche quantitative de l'ampleur de celle mise en œuvre par Paul Rock au début des années 1990 n'a été menée depuis sur la communauté des criminologues britanniques. L'hypothèse d'une stabilité, voire d'une légère croissance du nombre de chercheurs impliqués dans ce champ disciplinaire semble néanmoins plausible, ne serait-ce qu'au regard du développement remarquable des institutions donnant lieu à l'élaboration et à la transmission des sciences criminelles.

B. – *Les institutions*

L'intérêt porté aux acteurs individuels de l'aventure criminologique par les historiographes de la discipline ne les a pas conduits à occulter le rôle des institutions. Au contraire, le rejet de tout idéalisme²⁹ dans la compréhension d'une discipline décrite à la lumière de son environnement socio-politique³⁰ a justifié l'étude des organisations, publiques ou privées, qui ont orienté son développement. Cette histoire institutionnelle débute à la fin du XIX^e siècle, époque où apparaissent groupes d'intérêts, lieux de production du savoir, et publications qui apparaissent, rétrospectivement, comme autant d'éléments nécessaires à la constitution du corpus criminologique³¹. Les observateurs ont mis en lumière la façon dont les établissements psychiatriques et pénitentiaires ont servi de « surfaces d'émergence »³² à une littérature scientifique, d'essence médico-légale, dont les journaux de la psychiatrie naissante furent, avec quelques monographies, le vecteur de diffusion privilégié. Puis, à la faveur de l'évolution des sciences du psychisme, vit le jour, entre les deux guerres, l'*Institute for the Scientific Treatment of Delinquency* (1932)³³. Cet établissement de

²⁸ *Ibid.*, p 134.

²⁹ « Intellectual history can never be detached from the social and cultural settings in which ideas and sentences occur, and this is particularly true in respect of criminology which is so deeply marked by its institutional locations », D. GARLAND « Criminological Knowledge and its Relation to Power: Foucault's Genealogy and Criminology Today », *British Journal of Criminology*, 1992, vol. 32(4), p. 414.

³⁰ V. par ex. les amples développements d'histoire sociale auxquels donne lieu la description de la criminologie britannique entre 1935 et 1948 dans l'article de T. MORRIS, *op. cit.*, spéc. pp. 21-23.

³¹ D. GARLAND, « Of Crimes and Criminals... », *op. cit.*, spéc. pp. 23-25.

³² Notion élaborée par Michel Foucault, la « surface d'émergence » désigne les lieux où surgissent, pour pouvoir être ensuite désignés et analysés, les phénomènes qui vont devenir objets de discours. Sur ce point, v. *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1996, p. 56.

³³ D. GARLAND, « British Criminology before 1935 », *British Journal of Criminology*, 1988, vol. 28(2), spéc. p. 9.

traitement de la délinquance juvénile, qui revendiquait une certaine distance à l'égard du système pénal, fût à l'origine de la première revue britannique de criminologie : le *British Journal of Delinquency*, fondé en 1950, rebaptisé dix ans plus tard *British Journal of Criminology*. Dans un autre registre, les associations caritatives ont produit, dès la première moitié du XX^e siècle, des « formes discrètes de savoir »³⁴ sur le crime. Parmi celles-ci, la *Howard League for Penal Reform*, qui œuvra de manière organisée pour le développement des connaissances scientifiques sur le phénomène criminel, servit également l'institutionnalisation de la criminologie³⁵. Pourtant, malgré l'activité précoce de ces divers acteurs, malgré le recrutement des premiers enseignants³⁶ et l'introduction des premiers cours dans les universités dès la fin des années 1930, et en dépit de l'établissement d'un département de science criminelle à Cambridge en 1941, la criminologie restera longtemps une spécialité scientifique mineure. En 1948, seuls trois titulaires étaient en mesure de l'enseigner à l'Université³⁷, et il faut attendre le milieu des années 1950 pour que la discipline s'établisse fermement dans le paysage scientifique britannique.

Rétrospectivement, une étape importante de ce développement semble avoir été l'insertion, dans le *Criminal Justice Act* de 1948, d'une section 77 autorisant le pouvoir exécutif à financer des recherches sur « les causes de la délinquance, le traitement des auteurs d'infractions et toute matière s'y rapportant »³⁸. Les sommes allouées en ce sens furent dans un premier temps très modestes, mais le principe même de cette disposition témoignait d'un soutien officiel non dénué d'effet de légitimation pour cette discipline en construction. Dans les années qui suivirent se confirma la détermination gouvernementale de promouvoir le développement de la criminologie, tant au sein de l'administration centrale que dans les universités³⁹. Cette histoire a été écrite par ses protagonistes, acteurs et témoins de la fondation

³⁴ D. GARLAND, « Of Crimes and Criminals... », *op. cit.*, p. 25.

³⁵ La *Howard League for Penal Reform*, fondée en 1921 suite à la fusion de la *Howard Association* et de la *Penal Reform League*, est une association caritative influente ayant pour objet l'humanisation du système pénal. Sur son action dans la première moitié du XX^e siècle, v. T. MORRIS, *op. cit.*, pp. 23-24.

³⁶ Le premier fut Hermann Mannheim, recruté à la *London School of Economics* comme *part-time lecturer* en criminology, dès 1935.

³⁷ J.P. MARTIN, « The Development of Criminology in Britain: 1948-1960 », *British Journal of Criminology*, 1988, vol. 28(2), p. 36.

³⁸ *Criminal Justice Act* de 1948, s. 77 : « (A)ny expenses incurred by the Secretary of State (...) in the conduct of research into the causes of delinquency and the treatment of offenders, and matters connected therewith (...) shall, to such amount as may be sanctioned by the Treasury, be defrayed out of moneys provided by Parliament ». Sur l'origine de cette disposition, v. T.S. LODGE, « The Founding of the Home Office Research Unit », in R.G. HOOD (ed.), *Crime, Criminology and Public Policy: Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, Londres, Heineman Educational Books, 1974, p. 12.

³⁹ D. GARLAND, « Of Crimes and Criminals... », *op. cit.*, spéc. p. 43.

concomitante du département scientifique du *Home Office (Home Office Research Unit)*⁴⁰ en 1957, et de l'*Institute of Criminology* de l'Université de Cambridge⁴¹ en 1959. Porté avec force par le ministre de l'Intérieur de l'époque, le *Home Secretary* R.A. Butler, le projet gouvernemental explicité dans un livre blanc⁴² avait notamment pour objectif de stimuler la recherche en criminologie, d'accroître la somme de connaissances disponibles en cette matière et de contribuer au sein de l'Université à l'éducation des professionnels et futurs professionnels du système pénal⁴³. Une fois consacrée officiellement, la pertinence du projet criminologique justifiait dès lors son développement continu. Le budget scientifique du *Home Office* crût régulièrement. Le nombre de chercheurs de la *Research Unit* augmenta rapidement, à certaines périodes (notamment dans les années 1970) de manière proportionnellement plus importante que dans les universités⁴⁴. Dans le même temps, ces dernières bénéficièrent de financements nouveaux en provenance du *Home Office* pour mener des recherches sur projet⁴⁵. Avec la floraison de nouvelles universités dans les années 1960 et 1970, l'augmentation du nombre d'étudiants et la prolifération des diplômes en sciences criminelles, on assista à la multiplication de postes d'enseignant-chercheurs dédiés à cette matière. L'histoire institutionnelle de la criminologie britannique a ainsi pu être racontée comme celle d'une relation gémellaire⁴⁶, parfois conflictuelle, entre le *Home Office* et l'Université, la distinction organique entre les deux se doublant d'une fracture intellectuelle.

II. HISTOIRE INTELLECTUELLE

L'histoire intellectuelle de la criminologie britannique suit deux schémas narratifs distincts : celle d'une généalogie qui fait se succéder les paradigmes dominant la discipline et celle d'une cartographie qui dessine les frontières séparant ces paradigmes.

⁴⁰ T.S. LODGE, *op. cit.*, p. 11.

⁴¹ Lord BUTLER, « The Foundation of the Institute of Criminology in Cambridge », in R.G. HOOD (ed.), *Crime, Criminology and Public Policy: Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, *op. cit.*, p. 1. Rapp. Leon RADZINOWICZ, *The Cambridge Institute of Criminology: Its Background and Scope*, Londres, HMSO, 1988.

⁴² Home Office, *Penal Practices in a Changing Society*, Cmnd 645, Londres, HMSO, 1959.

⁴³ V. *infra*, 3^e partie.

⁴⁴ En 1988, P. ROCK pouvait légitimement qualifier la *Research Unit* du *Home Office* de « Goliath » de la criminologie britannique, « The Present State of Criminology in Britain », *op. cit.*, p. 65.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ V. not. L. ZEDNER, « Useful Knowledge? Debating the Role of Criminology in Post-War Britain », in L. ZEDNER, A. ASHWORTH (eds.), *The Criminological Foundations of Penal Policy: Essays in Honour of Roger Hood*, *op. cit.*, 2003, spec. p. 225.

A. – Généalogie

Dans les principaux ouvrages d'introduction à leur discipline, les criminologues britanniques font le récit d'une histoire intellectuelle mondiale et pluriséculaire⁴⁷. Les premiers acteurs de la science criminelle seraient Bentham et Beccaria, et depuis leurs travaux séminaux, les progrès scientifiques se seraient enchaînés, donnant lieu à une succession d'écoles de pensée (classique, positiviste...). Mais la vulgate historique a été récemment dénoncée comme une reconstruction *ex post* dont l'objet est moins la vérité historique que la création d'un « mythe fondateur » (*foundational myth*) servant une fonction de légitimation scientifique⁴⁸. Cette critique historique s'est accompagnée d'un travail de généalogie disciplinaire plus fin, établissant les liens de continuité théorique entre la criminologie britannique contemporaine et les formes discursives dont elle est issue. Le récit produit est celui d'une histoire insulaire, distincte de celle qui s'est jouée sur le continent. Insensible aux lectures anthropologiques de la *Scuola Positiva* fondée par les disciples italiens de Lombroso, indifférente aux auteurs français qui insistent sur les déterminants sociologiques du crime, et peu au fait du développement de la criminalistique allemande⁴⁹, la criminologie scientifique qui s'est développée au Royaume-Uni entre la fin du XIX^e siècle et la seconde guerre mondiale reposait avant tout sur les sciences du psychisme⁵⁰. La progressive diversification des approches mises en œuvre dans l'étude du crime (psychiatrique, dans le cadre pénitentiaire, ou psychothérapeutique au sein de l'*Institute for the Scientific Treatment of Delinquency*) ne doit pas dissimuler la marginalité dans laquelle resteront longtemps cantonnés les travaux sociologiques⁵¹. Durant la première moitié du XX^e siècle, les rares intrusions de la criminologie britannique naissante hors du champ médical prirent la forme d'études interdisciplinaires

⁴⁷ Exemplaire d'un trait commun à nombre des histoires de la criminologie, l'ouvrage dirigé par H. MANNHEIM, *Pioneers in Criminology* (2^e éd., Londres, Stevens, 1972) commence par une présentation de l'œuvre de Beccaria, puis de celle de Bentham. Même *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance* (Londres, Routledge, 1973), l'ouvrage critique, particulièrement influent dans les années 1970, de I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, débute par une présentation de Beccaria et de l'École classique. Les histoires « continentales » ne dérogent souvent pas à cette manière de faire. Pour une réflexion approfondie sur cette problématique, v. A.P. PIRES, « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE, A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine : 1. Des savoirs diffus à la notion de criminel*, Bruxelles, De Boeck, 1995, p. 13 et s.

⁴⁸ D. GARLAND, « Of Crimes and Criminals... », *op. cit.*, not. p. 12 et p. 26.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁰ *Ibid.*, spéc. pp. 25-30.

⁵¹ À la faible influence des travaux étrangers, comme ceux de Durkheim ou de l'école de Chicago qui envisageaient le crime comme un « fait social », on peut associer le peu d'écho dont bénéficia en Angleterre la première étude statistique de grande ampleur sur les prisons britanniques : C. GORING, *The English Convict: A Statistical Study*, Londres, 1913.

s'ancrant dans une grille de lecture clinique de la délinquance⁵². Sans prétention explicative globale, et distincte en cela de la criminologie continentale qui nourrissait des prétentions théoriques d'une toute autre ampleur, les recherches britanniques visaient essentiellement à améliorer les décisions concrètes prises par le système pénal⁵³. Elles portaient notamment sur le criminel aliéné, la prédiction de la récidive, la délinquance juvénile, autant de problématiques soumises par les institutions répressives à la science médicale⁵⁴.

C'est dans la continuité de cette science criminelle naissante, élaborée par des praticiens de la médecine pour des praticiens de la justice, que s'élabore la criminologie britannique contemporaine. L'histoire intellectuelle de cette discipline après la seconde guerre mondiale est une histoire du temps présent écrite soit sur un mode événementiel⁵⁵, soit sur un mode conceptuel⁵⁶. S'agissant des événements, sont présentés comme des jalons importants la publication en 1956 de la première étude prédictive de grande ampleur sur le sort des délinquants juvéniles envoyés en maison de correction⁵⁷, la constitution à la fin des années 1950 de la *British Society of Criminology* au sein de laquelle s'exprimèrent les premières critiques contre la centralité des approches cliniques dans l'explication causale du crime⁵⁸, l'institution de la *National Deviancy Conference* en 1968 qui marque l'acte de naissance d'une criminologie plus radicale⁵⁹. La production éditoriale est également envisagée comme un marqueur important pour comprendre le développement

⁵² V. en ce sens l'ouvrage de Cyril BURT, *The Young Delinquent*, Londres, 1925, qui consistait en l'examen clinique de 400 écoliers afin de d'identifier les facteurs causaux du crime, et que l'on présente fréquemment comme l'un des premiers travaux de la criminologie britannique moderne.

⁵³ D. GARLAND, « British Criminology before 1935 », *op. cit.*, pp. 3-5 ; et du même auteur, « Of Crimes and Criminals... », *op. cit.*, pp. 35-36.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ V. par ex. pour la période 1948-1960, l'article de J.-P. MARTIN, *op. cit.*

⁵⁶ V. par. ex. D. DOWNES, « Promise and Performance in British Criminology », *The British Journal of Sociology*, 1978, vol. 29(4), p. 483.

⁵⁷ E. MANNHEIM, L. WILKINS, *Prediction Methods in Relation to Borstal Training*, Londres, HMSO, 1955.

⁵⁸ L'étude de B. WOOTON, *Social Science and Social Pathology* (Londres, Allen and Unwin, 1959) est présentée comme une étape importante de la fragilisation du paradigme clinique dans la criminologie britannique.

⁵⁹ L'histoire de cet épisode fondateur, ainsi que ses suites et ses conséquences, a été écrite par l'un de ses acteurs, Stanley Cohen. V. not. « Criminology and the Sociology of Deviance in Britain », in P. ROCK, M. McINTOSH (eds.), *Deviance and Social Control*, Taylor & Francis, 1974 ; et plus récemment « Footprints in the Sand: A Further Report on Criminology and the Sociology of Deviance in Britain », in M. FITZGERALD, G. McLENNAN, & J. PAWSON, (eds), *Crime and Society: Readings in History and Theory*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1980, p. 240 ; reproduit in S. COHEN, *Against Criminology*, New Brunswick, Transaction Books, 1988, p. 67. Rappr. D. DOWNES, « The Sociology of Crime and Social Control in Britain: 1969-1987 », *British Journal of Criminology*, 1988, vol. 28(2), p. 45.

intellectuel de la criminologie britannique⁶⁰. Les historiographes de la discipline mettent ainsi en évidence une production de monographies et d'articles en forte croissance depuis la fin des années 1940, avec la publication en 1956 du premier manuel de criminologie⁶¹. Cette évolution quantitative s'accompagne d'une diversification progressive des objets étudiés (des individus criminels à leur environnement en passant par le système pénal et les victimes) et des approches empruntées (de la psychologie clinique à la sociologie de la déviance en passant par le développement d'études statistiques ou de recherches ethnologiques). L'analyse diachronique de cette littérature et de la variété de ses styles donne lieu à des interprétations divergentes. Certains identifient une succession de paradigmes dotée d'une logique épistémologique propre⁶² : la criminologie britannique emprunterait ainsi une succession de voies (positivisme, sociologie de la déviance, marxisme...) pour résoudre des problématiques scientifiques en recomposition permanente. D'autres voient dans cette évolution intellectuelle interne les conséquences de l'histoire politique et sociale⁶³ : la prégnance du conservatisme dans l'immédiat après-guerre, du réformisme dans les années 1960, du radicalisme dans les années 1970 et du néolibéralisme à la fin du XX^e siècle constitueraient le moteur des transformations conceptuelles de la discipline. Une troisième explication met l'accent sur les influences théoriques étrangères, le rayonnement des débats américains sur le champ scientifique britannique expliquant les transformations d'une discipline à la cartographie changeante⁶⁴.

B. – Cartographie

Plusieurs lignes de clivage entre les courants intellectuels constitutifs de la criminologie britannique ont été mises en évidence⁶⁵. Parmi celles-ci, la

⁶⁰ Comp. J.P. MARTIN, « The Development of Criminology in Britain: 1948-1960 », *op. cit.*, spéc. p. 42, et P. ROCK, « The Present State of Criminology in Britain », *op. cit.*, p. 60.

⁶¹ H. JONES, *Crime and the Penal System: A Textbook of Criminology*, Londres, University Tutorial Press, 1956.

⁶² D. DOWNES, « Promise and Performance in British Criminology », *op. cit.*, p. 483.

⁶³ En ce sens, v. I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, « Critical Criminology in Britain: Review and Prospects », in I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG (eds.), *Critical Criminology*, Londres, Routledge, 1975, p. 6 et s. ; et, plus récemment, appliquant cette approche à la variante criminologique des *cultural studies* : K.J. HAYWARD, J. YOUNG, « Cultural Criminology : Some Notes on the Script », *Theoretical Criminology*, 2004, vol. 8(3), p. 259.

⁶⁴ D. DOWNES, *op. cit.*, pp. 485-486.

⁶⁵ Comp. J. YOUNG, « Incessant Chatter: Recent Paradigms in Criminology », in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 1st ed., *op. cit.*, p. 69 ; et D. MELOSSI, « Changing Representations of the Criminal », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), p. 296.

fracture la plus fréquemment évoquée est celle qui sépare une criminologie dominante, *mainstream criminology* qualifiée d'orthodoxe⁶⁶, de traditionnelle⁶⁷, voire de vénérable⁶⁸, à une criminologie radicale, résolument critique, élaborée à partir de la fin des années 1960⁶⁹. Cette dualité constitue une clé d'intelligibilité de la discipline pour la plupart de ses historiographes, qui opposent terme à terme les projets, les méthodes et les objets de ces deux courants. La criminologie orthodoxe élaborée par l'Establishment scientifique du *Home Office*, de l'*Institute for the Scientific Treatment of Delinquency*, et de la *British Society of Criminology*, se caractérisait par son positivisme, son pragmatisme et son interdisciplinarité revendiquée⁷⁰. Cette « science positive », dont l'objet était la criminalité objectivement mesurée, avait l'ambition d'en offrir une explication causale à partir de l'identification des facteurs criminogènes⁷¹. Dominée par les sciences du psychisme et, quoique plus marginalement, par les sciences juridiques, la vénérable criminologie promouvait l'éclectisme méthodologique et valorisait les travaux empiriques au détriment des approches théoriques. Malgré une ouverture affichée à toutes les perspectives scientifiques, la faible appétence des gardiens de la discipline pour les grilles d'interprétations sociologiques et leur frilosité à prendre en compte la dimension sociale du phénomène criminel, ont contribué, à la fin des années 1960, à l'émergence d'un paradigme concurrent⁷². Le projet d'une criminologie radicale a en effet été pensé sur le mode de la rupture avec cette tradition orthodoxe, contre les méthodes et les postulats de l'Establishment criminologique⁷³. Siège de cette sécession, la *National Deviancy Conference* critiquait, lors de sa fondation, le réductionnisme de la criminologie traditionnelle. Les nouveaux venus prétendaient rendre compte de la dimension proprement politique du phénomène criminel, et notamment des infractions dotées d'une signification morale ambiguë telles que l'usage

⁶⁶ D. DOWNES, « Promise and Performance in British Criminology », *op. cit.*, p. 489.

⁶⁷ D. GARLAND, « Of Crimes and Criminals... », *op. cit.*, p. 48.

⁶⁸ P. ROCK, « The Social Organization of British Criminology », *op. cit.*, p. 135.

⁶⁹ Sur la pérennité de ce clivage, v. L. ZEDNER, « Useful Knowledge? Debating the Role of Criminology in Post-War Britain », *op. cit.*, spéc. p. 211 et s.

⁷⁰ Cette caractérisation semble admise tant par les tenants de la criminologie orthodoxe que par ses adversaires, comme l'illustre A.E. BOTTOMS, « Reflections on the Criminological Enterprise », *The Cambridge Law Journal*, 1987, vol. 46(2), pp. 244-245.

⁷¹ Sur la volonté d'éclairer les causes du crime dans la construction du projet criminologique britannique, et sur les limites de cette ambition, v. Sir Leon RADZINOWICZ, *Adventures in Criminology*, *op. cit.*, pp. 441-448.

⁷² J. YOUNG, « Radical Criminology in Britain: The Emergence of a Competing Paradigm », *British Journal of Criminology*, 1988, vol. 28(2), p. 159.

⁷³ Sur cette « révolte contre la criminologie » menée au nom de la criminologie, v. I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, « Critical Criminology in Britain: Review and Prospects », in I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG (eds.), *Critical Criminology*, Londres, Routledge, 1975, spéc. pp. 6-8.

de drogues illicites ou l'atteinte aux bonnes mœurs, à l'aide des outils de la sociologie américaine de la déviance. Insistant sur la centralité de l'étude du désordre criminel pour rendre compte de l'ordre social, ces trublions de la criminologie britannique, plus prompts que leurs aînés à se livrer à d'ambitueuses élaborations théoriques, revendiquaient également une nouvelle réflexivité disciplinaire afin de contextualiser les savoirs sur le crime.

L'opposition de la criminologie orthodoxe et de la criminologie radicale, pas plus que leur homogénéité, ne doivent être exagérées. Les observateurs, qui discutent la profondeur de la faille entre les deux territoires, s'accordent par ailleurs sur le caractère évolutif et la nature fragmentée de chacun, ainsi que sur leurs influences réciproques. La criminologie positiviste n'est plus l'expression dominante de la discipline, l'*Establishment* lui ayant substitué, au tournant des années 1980, une nouvelle criminologie administrative. Cette approche, postulant l'irréductibilité du phénomène criminel et la rationalité instrumentale du délinquant, est moins soucieuse de comprendre les causes qui le déterminent que de limiter, à moindre coût, l'impact social de ses actes. La criminologie radicale s'est également transformée. Cédant à une forme de tribalisme⁷⁴ dans sa phase constitutive, elle s'est divisée en plusieurs chapelles. Féminisme⁷⁵, interactionnisme et marxisme⁷⁶ ont ainsi offert autant de cadres à partir desquels a pu se construire une critique de l'orthodoxie scientifique en vigueur. Puis, tout comme la criminologie dominante a renouvelé ses analyses et ses propositions, la criminologie radicale a également évolué. La prise en compte du point de vue des victimes et l'étude de nouvelles formes de délinquance (violences domestiques, criminalité d'entreprise, ...) a fragilisé les postures idéalistes au bénéfice d'un nouveau réalisme (*left realism*)⁷⁷. Si certains ont cru déceler dans les ajustements respectifs et les influences réciproques des criminologies orthodoxe et radicale une certaine convergence⁷⁸, il semble plus juste de

⁷⁴ P. ROCK, « The Social Organization of British Criminology », *op. cit.*, p. 143.

⁷⁵ L. GELSTHORPE, A. MORRIS, « Feminism and Criminology in Britain », *British Journal of Criminology*, 1988, vol. 28(2), p. 93. Sur la contribution des études féministes à la criminologie, rapp., des mêmes auteures, « Gender and Crime », in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., Oxford, OUP, 2007, p. 381.

⁷⁶ Sur l'opposition entre les perspectives criminologiques marxiste et interactionniste, v. le dialogue noué dans l'ouvrage collectif dirigé par I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *Critical Criminology*, *op. cit.*, not. la contribution de P.Q. HIRST, « Marx and Engels on Law, Crime and Morality » (p. 203), la réplique de I. TAYLOR et P. WATSON, « Radical Deviancy Theory and Marxism : A Reply to Paul Q. Hirst » (p. 233) et la duplique de ce dernier : « Radical deviancy Theory and Marxism : A Reply to Taylor and Walton » (p. 238).

⁷⁷ Sur lequel, v. l'ouvrage collectif édité par J. YOUNG et R. MATTHEW, *Rethinking Criminology: The Realist Debate*, Londres, Sage, 1992.

⁷⁸ P. ROCK, 1988, p. 67.

prendre acte d'une pacification du champ disciplinaire. Pour autant, loin de s'homogénéiser, celui-ci apparaît très fragmenté⁷⁹. L'hétérogénéité persiste entre des discours qui semblent porter sur un même objet, le crime et la réaction qu'il induit, mais ne s'accordent sur aucune épistémologie partagée⁸⁰. Mais l'époque n'est plus aux manifestes. Les criminologues britanniques habitent désormais un monde commun où les conflits entre courants collectifs se sont estompés au profit d'une coexistence indifférente entre individus. Révélateurs de cette atomisation du champ disciplinaire, des observateurs avisés le décrivaient, en 2010, à l'aide d'une typologie distinguant les auteurs, plutôt que les doctrines, selon la nature de leur engagement public, plutôt que de leurs conceptions scientifiques⁸¹. Cette taxinomie, pour être originale, s'inscrit dans une historiographie depuis longtemps soucieuse de contribuer à une compréhension politique de la criminologie.

III. HISTOIRE POLITIQUE

Les évolutions du projet de société porté, plus ou moins explicitement, par la criminologie britannique constituent un objet d'étude privilégié pour les historiographes de cette discipline dont l'influence politique est discutée.

A. – Projets politiques

Qu'il s'agisse des techniques taxinomiques au service de la justice criminelle ou des pratiques psychiatriques et psychothérapeutiques destinées à redresser les déviants, les savoirs constitutifs de la criminologie britannique naissante présentaient une forte dimension instrumentale. L'institutionnalisation de la discipline dans la seconde moitié du XX^e siècle, a donné lieu à la réaffirmation de ce caractère ancillaire. C'est en effet pour permettre l'élaboration d'une politique criminelle éclairée par les derniers

⁷⁹ R. ERICSON, K. CARRIERE, « The Fragmentation of Criminology », in D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, op. cit., p. 89.

⁸⁰ En ce sens, v. J. SIM qui identifie au sein de la criminologie britannique du début du XXI^e siècle une variété de perspectives, de méthodologies et de méthodes difficilement réconciliables : « ... (criminology) is a hybridised collection of different perspectives, methodologies and methods whose proponents are sometimes personally and theoretically hostile to each other (...). (T)hat is all criminology is. », « *A symposium of Reviews of Public Criminology?* By Ian Loader and Richard Sparks (Londres, Routledge, 2010) – Who Needs Criminology to Know Which Way the Wind Blows? », *British Journal of Criminology*, 2011, vol. 51(4), p. 723.

⁸¹ I. LOADER, R. SPARKS, *Public Criminology? Criminological Politics in the Twenty-first Century*, Londres, Routledge, 2010, spec. chap. 5.

acquis de la science que la recherche criminologique a été stimulée. L'autorisation parlementaire (*Criminal Justice Bill 1948*) de financer des études sur les causes et le traitement de la délinquance avait pour objectif de permettre la production de savoirs opératoires. L'argent dépensé au service de la science, par la réduction de la criminalité que cette dernière laissait espérer, devait en fin de compte conduire à d'importantes économies⁸². Aussi, la lutte contre la criminalité a durablement monopolisé l'agenda scientifique de l'Establishment criminologique depuis les années 1950. Les historiens ont montré comment ce projet « gouvernemental », qui définit et oriente le discours criminologique britannique le plus orthodoxe, a profondément évolué au cours des décennies⁸³. De l'immédiat après-guerre au milieu des années 1970, il a été décliné, dans le cadre de l'État-providence, par une élite, académique et politique, libérale, soucieuse de « civiliser » la société⁸⁴. Cherchant à articuler efficacité et humanité de la réponse pénale, ce projet était couplé à un puissant idéal réhabilitatif qui justifiait l'étude des causes individuelles de la criminalité et des traitements institutionnels à lui opposer. Mais, prise en tenaille entre les critiques théoriques radicales et les attentes politiques déçues, la criminologie « sociale-démocrate », forme originelle de la discipline avant d'en devenir simplement l'expression dominante, *mainstream*, s'est progressivement affaiblie⁸⁵. La nouvelle criminologie administrative s'y est substituée au sein du *Home Office*, poursuivant le projet d'établir un savoir scientifique opératoire, mais sur des fondations théoriques différentes, qui empruntent notamment à l'analyse économique, et avec un objectif révisé : limiter les risques d'atteintes à la sécurité en réduisant les opportunités criminelles⁸⁶.

C'est contre la visée instrumentale d'une discipline exclusivement pensée comme expertise au service des pouvoirs publics dans la lutte contre le crime que la criminologie radicale s'est développée dès la fin des années 1960. Porté dans un premier temps par les sociologues de la déviance, ce projet critique qui perdure aujourd'hui sous diverses formes théoriques,

⁸² Lord BUTLER évoque ainsi les dividendes énormes (*enormous dividends*) escomptés en termes de réduction de la délinquance de la part des parlementaires qui appelèrent à développer les sciences criminelles juste après la seconde guerre mondiale, *op. cit.*, p. 2. Sur cette espérance, rapp. les mémoires de Sir Leon RADZINOWICZ, *Adventures in Criminology*, *op. cit.*, spéc. pp. 443-446.

⁸³ V. not. D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, préc.

⁸⁴ I. LOADER, « Fall of the 'Platonic Guardians': Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales », *British Journal of Criminology*, 2006, vol. 46(4), spéc. p. 564.

⁸⁵ R. REINER, « Beyond Risk: A Lament for Social Democratic Criminology », in T. NEWBURN, P. ROCK, D. DOWNES (eds.), *The Politics of Crime Control: Essays in Honour of David Downes*, Oxford, OUP, 2006, p. 7.

⁸⁶ L. ZEDNER, « Opportunity Makes the Thief-Taker: The Influence of Economic Analysis on Crime Control », in T. NEWBURN, P. ROCK, D. DOWNES (eds.), *op. cit.*, p. 147.

revendique une prise en compte de la dimension politique non seulement du phénomène criminel, mais également du discours criminologique. Cette posture, dans ses formes les plus extrêmes, s'est accompagnée d'une méfiance non dissimulée à l'égard de la récupération, par le système pénal, des résultats obtenus⁸⁷. À l'instar de la criminologie orthodoxe, les orientations politiques de la criminologie radicale ont évolué. Les commentateurs de ce mouvement, qui en sont également pour certains les acteurs, s'accordent pour reconnaître que la croissance durable de la criminalité mesurée, combinée à l'attention portée aux victimes, a contribué à redéfinir les enjeux scientifiques de la discipline. La conversion au réalisme des partisans d'une critique radicale en a conduit certains, pour des raisons de justice sociale, à s'engager dans la transformation du système pénal en promouvant, par exemple, l'adaptation des réponses institutionnelles à l'égard de certaines catégories de victimes (femmes, membres des minorités ethniques...)⁸⁸. Les sirènes de la *French theory*⁸⁹ et de la théorie sociale post-moderne⁹⁰ en ont amené d'autres à se livrer à la déconstruction du champ pénal. Cette position, qui s'accompagne d'un renoncement aux jugements de valeur et à l'engagement politique, présente les dangers de verser dans une forme de relativisme moral parfois dénoncé comme une forme feutrée de nihilisme⁹¹ : à déconstruire l'histoire des dérives sécuritaires de la nouvelle culture pénale (*culture of control*), certains criminologues en oublieraient de réfléchir aux possibles alternatives. Les vertus de la réflexivité trouveraient-elles ici leurs limites ? Plusieurs auteurs⁹² insistent en tout cas sur la nécessité de réfléchir sur les valeurs qui sous-tendent la discipline en s'appuyant, si nécessaire, sur les outils de la philosophie politique⁹³. C'est,

⁸⁷ La méfiance portait notamment sur les dangers de légitimation et d'extension du contrôle social par la criminologie. D. DOWNES, *op. cit.*, p. 490 : « scientific authorities » ... « findings could lend legitimacy to innovations in and extensions of the realm of social control ».

⁸⁸ V. par ex. J. YOUNG et R. MATTHEW (eds.), *Rethinking Criminology: The Realist Debate*, *op. cit.*

⁸⁹ B.A. ARRIGO, D. MILOVANOVIC, R.C. SCHEHR, *The French Connection in Criminology: Rediscovering Crime, Law, and Social Change*, Albany, State University of New York Press, 2005.

⁹⁰ V. par ex. S. HENRY, D. MILOVANOVIC, « The Constitution of Constitutive Criminology: a Postmodern Approach to Criminological Theory », in D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, *op. cit.*, p. 110.

⁹¹ W. MORRISON, « Criminology, Modernity and the "Truth" of the Human Condition: Reflections on the Melancholy of Postmodernism », in D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, *op. cit.*, p. 134. Rapp. L. Zedner sur les travaux de D. GARLAND, « Dangers of Dystopias in Penal Theory », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, vol. 22(2), spéc. pp. 365-366.

⁹² Comp. L. ZEDNER, « Pre-Crime and Post-Criminology », *Theoretical Criminology*, 2007, vol. 11(2), spéc. pp. 273-274 ; A.E. BOTTOMS, « Reflections on the Criminological Enterprise », *op. cit.*, pp. 260-261.

⁹³ V. en ce sens les travaux de N. LACEY, dans lesquels économie politique et philosophie pénale sont mises au service d'une réflexion sur la politique criminelle, par ex. « Principles, Politics, and Criminal Justice », in L. ZEDNER, A. ASHWORTH (eds.), *The Criminological Foundations of*

selon eux, en clarifiant les choix axiologiques de la criminologie, et en lui conférant une dimension normative, que celle-ci pourra renforcer son influence dans l'espace public⁹⁴.

B. – Influence publique

La dimension instrumentale assumée par la criminologie britannique⁹⁵ l'autorisait à revendiquer une certaine influence sur les choix politiques en matière pénale dans les décennies d'après-guerre. Les vertus de cette influence furent d'ailleurs proclamées en 1959 dans un livre blanc du *Home Office* intitulé *Penal Practice in a Changing Society*, lequel appelait au réexamen des pratiques pénales à la lumière d'une étude scientifique du phénomène criminel. La circulation des idées criminologiques fut facilitée par des espaces de socialisation informels (clubs et associations) ainsi que par des organes officiels de concertation destinés à optimiser l'administration du système pénal⁹⁶. Entre 1944 et 1981, six *Royal Commissions* furent ainsi consacrées à la matière pénale. Elles furent, avec d'autres organes comme l'*Advisory Council on the Treatment of Offenders* (institué en 1944), l'*Advisory Council on the Penal System* (institué en 1966) et la *Crime Policy Planning Unit* (instituée en 1974), l'occasion de faire converser acteurs politiques, professionnels et scientifiques. Pourtant, malgré les relations symbiotiques entre hauts fonctionnaires et élite académique et la multiplication des institutions médiatrices du savoir criminologique, l'impact de celui-ci reste discuté. Si certains évoquent un âge d'or à l'occasion duquel la criminologie « sociale-démocrate » aurait inspiré les grandes orientations de la politique pénale⁹⁷, d'autres s'interrogent sur la prise en compte réelle de la recherche dans les réformes effectivement mises en œuvre⁹⁸. La proximité idéologique de la

Penal Policy: Essays in Honour of Roger Hood, *op. cit.*, p. 79 et s.; et plus récemment *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies (The Hamlyn Lectures)*, Cambridge, CUP, 2008.

⁹⁴ V. déjà en 1992, sur la consubstantialité du projet criminologique et de la pensée utopique, P. YOUNG, « The Importance of Utopias in Criminological Thinking », *British Journal of Criminology*, 1992, vol. 32(4), p. 423.

⁹⁵ V. par ex. J. CROFT, « Research in Criminal Justice », in R.V.G. CLARKE, D.B. CORNISH (eds.), *Crime Control in Britain: A Review of Policy Research*, New-York, SUNY Press, 1983, p. 57. Rappr. R. HOOD « Some Reflections on the Role of Criminology in Public Policy », *Criminal Law Review*, 1987-8, p. 527.

⁹⁶ I. LOADER, *op. cit.*, spéc. pp. 565-568.

⁹⁷ R. REINER, *op. cit.*

⁹⁸ R. HOOD, « Criminology and Penal Change: a Case Study of the Nature and Impact of Some Recent Advice to Government », in R.G. HOOD (ed.), *Crime, Criminology and Public Policy: Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, *op. cit.*, spéc. pp. 416-417.

communauté des criminologues et des décideurs politiques, révélatrice de valeurs partagées, n'aurait pas systématiquement conduit à l'utilisation des acquis de la science. C'est moins le savoir accumulé que les évolutions socio-culturelles qui auraient orienté l'évolution de l'ordre pénal durant la seconde moitié du XX^e siècle. Il demeure que les acteurs de la politique criminelle n'ont pas hésité, pendant cette période, à se prévaloir de l'expertise criminologique pour justifier leurs décisions. La criminologie radicale elle-même a été sollicitée par des collectivités publiques de gauche, au début des années 1980, pour contribuer à la mise en œuvre de politiques locales de sécurité⁹⁹.

Les observateurs qui s'accordent à reconnaître l'autorité, sinon l'influence directe, de la discipline criminologique sur le champ politique dans les décennies d'après-guerre sont également d'accord pour déplorer la désaffection dont elle ferait désormais l'objet. Deux éléments sont fréquemment évoqués pour expliquer la marginalisation du discours criminologique, depuis trois décennies, dans la définition du crime et des réponses à lui apporter. D'une part, une perte de confiance dans l'idéal réhabilitatif sous l'influence de recherches qui mirent en évidence, à partir du milieu des années 1970, l'échec de politiques incapables de contenir la hausse continue de la criminalité (« *nothing works* »)¹⁰⁰. D'autre part, une politisation de la question du maintien de l'ordre (« *law and order* ») qui, consécutivement à l'arrivée de Margaret Thatcher au pouvoir, est devenue objet de discord puis enjeu de compétition entre les partis de gouvernement¹⁰¹. Le désintérêt relatif de la classe gouvernementale pour l'expertise criminologique se serait traduit par une instrumentalisation accrue. Le financement scientifique, conditionné à des exigences de pertinence politique (« *policy relevance* ») de plus en plus strictement entendues, privilégierait plus qu'avant le développement de projets répondant aux questions prédéfinies du gouvernement (« *Rotschild's customer-contractor principle* »)¹⁰². Il en serait résulté une perte relative de

⁹⁹ P. ROCK, « The Present State of Criminology in Britain », *op. cit.*, spéc. p. 66. Rapp. J. YOUNG, « Radical Criminology in Britain: The Emergence of a Competing Paradigm », *op. cit.*, spéc. p. 170.

¹⁰⁰ D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, *op. cit.*, pp. 61-63.

¹⁰¹ D. DOWNES, R. MORGAN, « No Turning Back: The Politics of Law and Order into the Millenium », in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., *op. cit.*, p. 203 et s. ; rapp. R. COLSON, S. FIELD, *The Transformation of Criminal Justice: Comparing France with England and Wales / Les transformations de la justice pénale : Une comparaison franco-anglaise*, Foreword by The Right Honourable The Lord Phillips of Worth Matravers, Avant-propos de Robert Badinter, Paris, L'Harmattan, 2011, spéc. p. 51 et p. 125.

¹⁰² L. ZEDNER, « Useful Knowledge? Debating the Role of Criminology in Post-War Britain », *op. cit.*, spéc. pp. 213-217.

liberté scientifique, notamment pour les chercheurs du *Home Office*, dont certains dénoncent de manière confidentielle¹⁰³ une perversion du savoir criminologique désormais moins destiné à éclairer les choix politiques qu'à les justifier a posteriori : à la politique fondée sur la science (*evidence-based policy*) aurait succédé une science déterminée par la politique (*policy-based evidence*)¹⁰⁴. Cette évolution entretient un malaise au sein de la communauté criminologique qui, incertaine de l'impact social de ses travaux¹⁰⁵, se pose la question des modalités d'un financement efficace de la recherche universitaire¹⁰⁶. Certains, relevant le cynisme et le pessimisme de nombre de leurs collègues¹⁰⁷, insistent néanmoins sur la nécessité de ne pas exagérer les discontinuités dans le rapport liant leur discipline au champ politique¹⁰⁸. Il demeure que l'influence de la criminologie, jadis célébrée, semble bien avoir cédé la place à une forme d'impuissance politique que nourrit, par ailleurs, une transformation du champ de la sécurité publique gagné par un esprit populiste.

CONCLUSION

Aux risques d'inféodation des sciences criminelles à l'appareil gouvernemental et de dérive populiste des politiques pénales, certains criminologues britanniques opposent la nécessité de renforcer leur discipline au sein de l'Université¹⁰⁹. Au-delà de la défense de leurs intérêts propres, ils y voient le moyen d'éviter un dévoiement du savoir au service du pouvoir, et une garantie d'information indépendante à même de nourrir le débat

¹⁰³ I. LOADER, « Fall of the 'Platonic Guardians'... », *op. cit.*, p. 580.

¹⁰⁴ V. par ex. les contributions de R. WALTERS, « Government Manipulation of Criminological Knowledge and Policies of Deceit » (p. 7), et T. HOPE « A Firing Squad to Shoot the Messenger: Home Office Peer Review of Research » (p. 27), dans leur rapport *Critical thinking about the uses of research*, Centre for Crime and Justice Studies, 2008. Disponible sur le site internet du *Centre for Crime and Justice Studies*, <http://www.crimeandjustice.org.uk/opus557/Evidencebasedpolicyfinal.pdf> (consulté le 22 mars 2012).

¹⁰⁵ R. MATTHEWS, « Beyond "so what" Criminology: Rediscovering Realism », *Theoretical Criminology*, 2009, vol. 13(3), p. 341 et s.

¹⁰⁶ M. MAGUIRE, « The Crime Reduction Programme in England and Wales: Reflections on the Vision and the Reality », *Criminal Justice*, 2004, vol. 4(3), p. 213.

¹⁰⁷ J. BRAITHWAITE, « Reducing the Crime Problem : A Not So Dismal Criminology », in P. WALTON, J. YOUNG (eds.), *The New Criminology Revisited*, Basingstoke, Palgrave, 1998, p. 49.

¹⁰⁸ L. ZEDNER, « Useful Knowledge? Debating the Role of Criminology in Post-War Britain », *op. cit.*, p. 228 et s.

¹⁰⁹ Comp. A.E. BOTTOMS, « Reflections on the Criminological Enterprise », *op. cit.*, pp. 247-248 ; L. ZEDNER, « Useful Knowledge... », *op. cit.*, spéc. p. 228.

public¹¹⁰. Plus fondamentalement, la criminologie universitaire leur semble être le garant d'un discours scientifique critique dans le champ de la sécurité publique à une époque où celui-ci, soumis à une double dynamique de privatisation et de mondialisation¹¹¹, devient l'objet de discours dont la prétention scientifique dissimule une forte charge idéologique. Il peut sembler surprenant que les mêmes raisons (risque d'instrumentalisation politique et d'appauvrissement scientifique) aient récemment justifié en France une levée de boucliers contre la création d'une section de criminologie au sein du Conseil national des universités¹¹². Ce mouvement de défiance, qui a réuni des universitaires aux positions souvent opposées, n'a pourtant rien d'étonnant. Au même titre que la criminologie britannique est l'expression d'une tradition scientifique nationale, la communauté des chercheurs et enseignants-chercheurs qui travaillent en France sur le phénomène criminel est profondément déterminée par son histoire. Le conservatisme qui caractérise l'Université française, peu propice à l'introduction de nouveaux savoirs¹¹³, se combine à une culture du conflit, lointain héritage de la Révolution¹¹⁴, qui assimile le compromis à la compromission. Il n'est, dès lors, pas étonnant que, pour se prémunir contre l'intrusion d'outsiders à la légitimité discutable¹¹⁵, le maintien du statu-quo ait été jugé préférable, y compris par certains acteurs a priori favorables à l'autonomisation des sciences criminelles.

On peut comprendre l'anxiété d'une communauté universitaire incertaine de sa capacité à affronter les défis de l'autonomie scientifique

¹¹⁰ D. GARLAND, R. SPARKS, « Criminology, Social Theory and the Challenge of Our Times », in D. GARLAND, R. SPARKS (eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford, OUP, 2000, pp. 18-19. Rapp. L. CHANCER, E. McLAUGHLIN, « Public Criminologies: Diverse Perspectives on Academia and Policy », *Theoretical Criminology*, 2007, vol. 11(2), p. 155.

¹¹¹ I. LOADER, R. SPARKS, « Contemporary Landscapes of Crime, Order and Control: Governance, Risk, and Globalization », in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., *op. cit.*, p. 78 et s.

¹¹² V. not. L. MUCCHIELLI, « Une 'nouvelle criminologie' française ? Pourquoi et pour qui ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 795 ; ainsi que la pétition « Pourquoi nous ne voulons pas de la "nouvelle criminologie" », *Sauvons la recherche* [En ligne], <http://sauvonslarecherche.fr/spip.php?article2317> (document consulté le 22 mars 2012). Rapp. note 3 *supra*.

¹¹³ Sur le déficit d'innovation dans le champ des sciences sociales comme conséquence de l'architecture étroitement disciplinaire et sous-disciplinaire de l'Université française, v. le rapport du Conseil national du développement des sciences humaines et sociales, *Pour une politique des sciences de l'Homme et de la société*, Paris, PUF, 2001, not. chap. 3 de la première partie.

¹¹⁴ Sur la « culture du conflit » comme trait caractéristique français, v. J. JULLIARD, « Les antinomies de la Révolution française », in F. HAMON, J. LELIÈVRE (dir.), *L'héritage politique de la Révolution française*, PU Lille, 1993, spéc. pp. 121-128.

¹¹⁵ V. L. MUCCHIELLI, « Vers une criminologie d'État en France ? Institutions, acteurs et doctrines d'une nouvelle science policière », *Politix*, vol. 23, n° 89/2010, spéc. p. 206 et s. ; rapp. D. KAMINSKI, « *Criminologie plurielle* et pourtant singulière », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, p. 475.

dans un champ disciplinaire où l'excellence s'affiche en langue l'anglaise. On peut également partager son inquiétude devant les risques de capture théorique de la criminologie par les études de sécurité¹¹⁶ quand bien même ces dernières ne seraient pas dénuées d'intérêt¹¹⁷. Qu'il soit permis, en revanche, d'être sceptique sur la tactique du déni de consécration disciplinaire, déployée dans le cadre d'une stratégie de protection des sciences criminelles contre les risques de dévoiement qui les guettent. Le refus de faire toute sa place à la criminologie dans nos facultés n'empêcherait probablement pas son développement hors d'elles¹¹⁸, tant le développement de ce corpus s'impose sur le mode de l'évidence culturelle¹¹⁹. Mais, faute d'avoir pris la responsabilité d'en orienter scientifiquement le développement, le risque aurait été grand de ne pouvoir en contenir les dérives. Qu'au contraire la communauté universitaire s'approprie cette matière et celle-ci pourra constituer le creuset d'une réflexion interdisciplinaire, critique et indépendante sur le phénomène criminel.

¹¹⁶ V. en ce sens le communiqué de la Commission permanente du Conseil national des universités en date du 21 mars 2012 faisant état de son refus de « faire (de la criminologie) une science de gouvernement et de l'enfermer dans une école de pensée marquée idéologiquement, ou dans un paradigme particulier comme le concept de 'sécurité globale' ».

¹¹⁷ L'exemple anglo-américain atteste, s'il en était besoin, des relations ambivalentes entre la criminologie et les *security studies*. Sur ce point, v. not. L. ZEDNER, *Security*, Londres, Routledge, 2009, spéc. pp. 44-48, et chap. 7.

¹¹⁸ Ce processus est, au demeurant, engagé à travers l'activité d'institutions comme le Conseil supérieur de la formation et de la recherche stratégique (<http://www.csfrs.fr/>) et l'Institut national des hautes études sur la sécurité et la justice (<http://www.inhesj.fr/>).

¹¹⁹ Sur les évolutions politiques et culturelles, communes à l'ensemble des pays occidentaux, qui confortent la place de la criminologie dans l'ordre des savoirs, v. not. D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, op. cit., chap. 7.

CRIMINOLOGY À LA FRANÇAISE

French Academic Exceptionalism

RENAUD COLSON*

On 13 February 2012, a decree established criminology as a new discipline in the French university system. Six months later, the new Ministry of Higher Education and Research rolled back the reform and abolished the newly created section of criminology. Because French university governance remains centralized and corporatist, any project that transforms an interdisciplinary field of research into a fully fledged academic discipline is difficult to carry out, all the more when the latter bears a political and utilitarian dimension as criminology does. It comes, then, as no surprise that, in the hyper-disciplined French university, the disciplinary enterprise of institutionalizing criminology is fraught with difficulties, not least of which is the existence of an undisciplined academia.

Keywords: comparative criminology, criminological evangelism, disciplinary boundaries, French academia, official criminology

Introduction

On 13 February 2012, the French Ministry of Higher Education and Research issued a decree whereby it established criminology as a new discipline within French higher education. Six months and one presidential election later, the new French Ministry of Higher Education and Research rolled back the reform. A new decree issued on 21 August 2012 rescinded the previous decision and abolished the newly created section of criminology in the *Conseil National des Universités*. Among the reasons invoked for this move, the Minister pointed to the lack of candidates: only 17 tenured academics came forward to staff this section where 36 would have been necessary to its functioning.¹ In a press release, the Ministry noted that the abolition of the newly created section was intended as a response to the disputed process which led to its creation but should not be interpreted as a decision regarding the academic status of criminology.² Remarkably, the return to the *status quo ante* was greeted positively by many researchers, mainly criminal law professors and sociologists of crime and deviance, who had fought hard against the institutionalization of the discipline by claiming either that there is no such thing as a criminological science or that there should not be an official criminology.

This dramatic contest over knowledge is difficult to grasp for a French criminologist³ and probably even harder to understand for a foreign observer. Any scholar unfamiliar

*Dr Renaud Colson, Marie Curie Fellow—European University Institute (Florence, It), Maître de conférences—UFR Droit et Sciences Politiques, University of Nantes (Fr), Renaud.Colson@univ-nantes.fr.

¹ B. Flocc'h, 'The Government Abolishes the Academic Discipline of Criminology Supported by Alain Bauer/Le gouvernement supprime la filière de criminologie défendue par Alain Bauer', *Le Monde*, 24 August 2012.

² Ministry of Higher Education and Research, press release on the suppression of the criminology section, 24 August 2012, available online at www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid61261/suppression-de-la-section-de-criminologie-au-conseil-national-des-universites.html, last accessed 15 April 2013.

³ S. Body-Gendrot, 'How to Become Schizophrenic? Try French Criminology', *Newsletter of the European Society of Criminology*, 2010, 9: 2, 10–11.

with French academic culture will struggle to make sense of these two official decisions and the reaction they provoked. Are there really no more than 17 researchers studying criminal phenomena in France? And, if there are, why would they reject the recognition of criminology as an academic discipline? More fundamentally, how is it that the state is in charge of defining what should and should not be acknowledged as an academic discipline in French universities? And why should criminology be refused official recognition as opposed to, say, management studies (section 06), education studies (section 70) or catholic theology (section 76)? At first sight, these questions may seem trivial. In an era of globalization, where the once-influential role of French social sciences is fading, what can be gained from analysing this epiphenomenon of French academic life in a British journal?

From a French perspective, the answer is straightforward. Since the institutionalization of criminology has become a cause of contention, French academics have been confronted with a strategic question: should they or shouldn't they sign the various petitions against the creation of this new discipline? The urge to take sides has led to various interpretative stances justifying academic action for or against the establishment of this field while preventing at the same time any cogent explanation of the stakes at risk in the quarrel. The sociological truism according to which there is no 'view from nowhere' has been used for some time as a weapon in French intellectual life to reject the possibility of objective causal explanation in the framework of heated debates. As a consequence, any disinterested analysis of the historical condition of the row caused by the establishment of criminology as a discipline is only likely to be considered intellectually legitimate, at least for the time being, in a foreign context.⁴

Beyond these parochial considerations, presenting the ins and outs of the French criminology dispute provides an opportunity to set out some of the idiosyncratic features of French research on crime within the broader picture of French higher education, and to address the particulars of the species *homo academicus gallicus*.⁵ It offers a remarkable case study for sociologists concerned with the way knowledge and expertise are mobilized to inform intervention in the public sphere.⁶ Last but not least, the French criminology dispute allows us to examine from a comparative perspective some disciplinary concerns about criminology in an era of penal populism.⁷ These concerns are transnational but do not manifest themselves in the same way in diverse academic cultures. At this stage of its development, French research on crime has probably more to learn from its British counterpart⁸ than the contrary. But the latter may derive valuable insight from the way French academia has addressed questions about what criminology is and is not, and the purposes criminology should or should

⁴ On the difficulties of self-reflection on the social structure of one's own university academic environment, the fear of divulging academic tribal secrets and subsequent condemnation, see P. Bourdieu, *Homo Academicus*, Paris, Les éditions de minuit, 1984 (English translation by P. Collier: *Homo Academicus*, Cambridge, Polity Press, 1988, especially Chapter 1: 'A "Book for Burning"?').

⁵ The expression is borrowed from the Preface of the English Edition of P. Bourdieu, *op. cit.*, p. XV.

⁶ G. Eyal and L. Buchholz, 'From the Sociology of Intellectuals to the Sociology of Interventions', *Annual Review of Sociology*, 2010, 36: 117–37.

⁷ In a broader perspective, on the usefulness of comparative studies in the criminological enterprise, see D. Nelken, *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, London, Sage, 2010.

⁸ For a first pedagogical attempt in this direction, see R. Colson, 'Quel devenir pour la criminologie? Note historiographique sur l'exemple britannique', *Revue internationale de droit comparé*, 2012, 64: 503–24.

not serve in a political climate where the issue of social response to crime has become a hot topic.⁹

The boundaries and the functions of criminology are conceived in different terms on the two sides of the Channel. French and British academic communities are still shaped by national contexts in spite of the globalization of problems and theories. Thus, the strong and successful academic reaction triggered by the attempted institutionalization of criminology in France can only be understood in light of the history of the French university: the airtight disciplinary compartments which have been its basis for a long time still haunt the intellectual landscape, as does the figure of the public intellectual, prone to engage in political debate in the name of disinterested knowledge. Because French university governance remains centralized and corporatist, any project to transform an interdisciplinary field of research into a fully fledged academic discipline is hard to carry out, all the more when the challenge is taken up in a political context generating resistance. It comes, then, as no surprise that, in the much-disciplined French university (discussed in the first section of this article), the disciplinary enterprise of institutionalizing criminology is fraught with difficulties (second section), not least of which is the existence of an undisciplined academia (third section).

A Disciplined University

Though short-lived as an official academic discipline, French criminology nonetheless has a long history. The twists and turns of French research on crime have been studied at length,¹⁰ as well as the inability to develop long-term interdisciplinarity between medicine, law and the social sciences.¹¹ The difficulty of fostering an interdisciplinary dialogue on crime as an object of study has been clearly recognized in the intellectual history but the underlying structural causes have rarely been analysed. Dealing with this question requires a consideration of the very structure of French higher education—an academic blind spot which, however, provides a key to understanding French resistance to any kind of interdisciplinary work.

Following the *tabula rasa* decreed by the 1789 revolution, the French university system underwent a complete reconstruction. The new Imperial University is a good example of the statist and centralizing character of Napoleonic reforms.¹² Distinct from the German model which glorifies academic freedom and from the English tradition favouring corporate autonomy,¹³ the reorganization of the French university system was based on the idea of state monopoly of instruction. University curricula were defined nationally and identical rules for the content of teaching and examination procedures

⁹ These questions asked by I. Loader and R. Sparks (*Public Criminology?*, London/New York, Routledge, 2011) in an Anglo-American perspective are equally relevant in a French context, where penal policy making has also been increasingly politicized in the last decade. For a comparison between Britain and France on the rise of penal populism, see R. Colson and S. Field, *The Transformation of Criminal Justice: Comparing France with England and Wales* (bilingual edition), Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 49–62. And, for a recent review on the growth of penal populism in France, see D. Salas, *La Justice dévoyée: Critique des utopies sécuritaires*, Paris, Les Arènes, 2012.

¹⁰ For a rich overview and the first attempt to sketch a general history of French criminology, see L. Mucchielli (ed.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994. See also C. Debuyt, F. Digneffe, J.-M. Labadie and A. P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine (vol. 1: Des savoirs diffus à la notion de criminel né)*, De Boeck and Larcier, Bruxelles, 1995, especially Chapters 6, 7 and 8; and M. Kaluszinski, *La République à l'épreuve du crime: La construction du crime comme objet politique (1880–1920)*, Paris, LGDJ, 2002.

¹¹ L. Mucchielli, 'L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France: Cadres institutionnels, enjeux normatifs et développements de la recherche des années 1880 à nos jours', *Criminologie*, 2004, 37: 13–42.

¹² C. Musselin, *La longue marche des universités françaises*, Paris, PUF, 2001 (English translation: *The Long March of French Universities*, New York, RoutledgeFalmer, 2004, p. 11).

¹³ C. Charle and J. Verger, *Histoire des universités*, Paris, PUF, 1994, pp. 63–75.

were applied to the whole of the nation. The structure of the new university was standardized by national regulations which divided France into distinct geographic administrative units (*académies*). In each unit, faculties of theology, medicine, law, sciences and letters were established, each following an identical model. Every faculty was independent but none autonomous; all were subject to the control of the state authority which allocated university funding, defined course content and regulated academic statuses. Through the national *Conseil de l'Instruction Publique*, the state relied on appointed authoritative academic figures to manage the discipline they represented, thus reinforcing scientific compartmentalization.¹⁴ As no mechanism existed for coordinating these regional discipline-based faculties, with the creation of centralized disciplinary corporations, they became free to develop their own standards of regulation—'... it was everyone for himself, with each of the faculties withdrawing into its specificity'.¹⁵

Organized along disciplinary lines which have long discouraged cross-disciplinary research, the French university system has nonetheless been one of the cradles of Western criminology.¹⁶ French academic corporatism did not find fault with the scientific study of crime as long as it took place in a clearly identified disciplinary setting. As early as the beginning of the nineteenth century, French professors of medicine took interest in the study of criminals,¹⁷ followed by professors of law who established diplomas in penal sciences in law faculties at the beginning of the twentieth century.¹⁸ The social sciences also contributed to the subject, first through the works of seminal figures such as Gabriel Tarde (1843–1904) and Emile Durkheim (1858–1917),¹⁹ and later from the 1970s onwards, when they became a driving force of French studies on crime.²⁰ But, in spite of the early establishment of journals claiming a multidisciplinary perspective,²¹ the conceptual distance between the criminological anthropology of physicians, the penitentiary science of jurists and the sociology of crime has always stood in the way of the construction of a proper criminological discipline. Thus, the story of criminology told by French historians is one of persistent conflicts and missed rendezvous between clinical, legal and sociological approaches. A convergence of these three poles occurred rarely and was often short-lived. It always took place outside the university, at the interface between the academic and the bureaucratic field, in institutions devoted to the production of practical knowledge with potential application to the problems of government, such as the *Académie des sciences morales et politiques* in the

¹⁴ C. Musselin, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵ C. Charle, *La République des universitaires*, Paris, Seuil, 1994, p. 135.

¹⁶ On the existence of a 'French school' of criminology at the turn of the twentieth century, see C. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie and A. P. Pires, *op. cit.*, especially Chapters 6 and 7. The expression is also used by D. Garland, 'Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain', in M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner, eds, *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd edn, Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 27.

¹⁷ M. Renneville, 'L'anthropologie du criminel en France', *Criminologie*, 1994, 27: 185–209.

¹⁸ J. Pinatel, 'Les données du problème de l'enseignement de la criminologie', *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1957, especially pp. 416–21.

¹⁹ See L. Mucchielli, 'Naissance et déclin de la sociologie criminelle: 1880–1940', in L. Mucchielli, ed., *Histoire de la criminologie française*, *op. cit.*

²⁰ For a first observation of this renewal as soon as 1991, see P. Robert, 'The Sociology of Crime and Deviance in France', *British Journal of Criminology*, 1991, 31: 27–38.

²¹ It is indicative of the evolutive understanding of this pluridisciplinarity that the *Archives d'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, first published in 1885, changed its name into *Archives d'anthropologie criminelle, de médecine légale et de psychologie normale et pathologique* in 1904. Shortly after it disappeared, a new journal called *Annales de médecine légale, de criminologie et de police scientifique* came into being in 1921.

nineteenth century²² or, more recently, the research centre set up at Vaucresson by the Juvenile Division of the Ministry of Justice in the 1960s²³ and the *Institut des hautes études sur la sécurité intérieure* founded in the 1990s.²⁴

Overall, such policy-oriented research has not provided a model for academic criminology, which has remained split along disciplinary lines. One reason for this is the institutional structure of French higher education, which reinforces an inflexible disciplinary architecture. In spite of numerous reforms, some going back to the 1870s,²⁵ others implemented in the last 40 years and even more in the last 15 years,²⁶ the disciplinary architecture of the Imperial University is still ingrained in the very structure of the French university. The central career management authority based on a clear-cut disciplinary map has remained in place up to the present time in the form of the *Conseil National des Universités* (CNU), a national council staffed by tenured academics partly elected by their peers, partly appointed by the Ministry.²⁷ This council is made up of 52 sections, each corresponding to a discipline, whose role is to determine whether candidates are academically qualified to apply for tenure as *maître de conférences* (senior lecturer), or to be promoted to professor. It is on the basis of this list of qualified candidates that local universities make hiring and promotion decisions for their respective disciplines. This institutional structure proved lethal to criminology in French universities, as no disciplinary section was ever devoted to the subject. Criminology is thus marginalized, reduced to a sum of unconnected appendices of subdisciplines, such as forensic medicine, clinical psychology, criminal sociology and penal law, which are often in a weak position in their own disciplinary section. As each of the sections develops its own set of criteria of disciplinary excellence and acts as ‘gate-keeper’ to academia,²⁸ would-be criminologists are first forced to forge for themselves an academic identity that will be recognizable to the guardians of disciplinary orthodoxy. Any researcher with an interdisciplinary profile, however excellent, runs the risk of never being recognized as qualified by any CNU section.²⁹

Fragmented and lacking an institutional base, French criminology cannot be considered as a discipline in its own right, as it is not a ‘stable and delimited field ... inscribed in institutions, laboratories, university departments, journals, national and international fora (conferences), procedures for the certification of competences, rewards systems and prizes’.³⁰ Instead, criminology can only be studied in France under the aegis of other disciplines. Thus, the only independent research group of the *Centre*

²² J. Heilbron, ‘The Rise of Social Science Disciplines in France’, *Revue européenne des sciences sociales/European Journal of Social Sciences*, 2004, XLII-129: especially 147–8, available online at <http://ress.revues.org/394>, last accessed 15 April 2013. See also C. Delmas, *Instituer des savoirs d’État: L’Académie des sciences morales et politiques au XIX^e siècle*, Paris, L’Harmattan, 2006, especially pp. 104–18.

²³ On which, see L. Mucchielli, *op. cit.*, pp. 28–9.

²⁴ *Ibid.*, p. 35.

²⁵ On the reform of French University under the Third Republic, see G. Weisz, *The Emergence of Modern Universities in France, 1863–1914*, Princeton, Princeton University Press, 1983.

²⁶ C. Musselin and C. Paradeise, ‘France: From Incremental Transition to Institutional Change’, in C. Paradeise, E. Reale, I. Bleikie and E. Ferlie, eds, *University Governance: Western European Comparative Perspective*, New York/Heidelberg, Springer, 2009, pp. 21–49.

²⁷ Décret n°92–70 (16 January 1992) relatif au Conseil national des universités.

²⁸ N. Le Feuvre and M. Metso, *Disciplinary Barriers between the Social Sciences and Humanities: National Report on France*, University of Hull, 2005, p. 57. The report is available online at www.york.ac.uk/res/researchintegration/National_Report_France.pdf, last accessed 15 April 2013.

²⁹ Conseil National du développement des sciences humaines et sociales, *Pour une politique des sciences sociales de l’Homme et de la société*, Paris, PUF, 2001, pp. 81–2.

³⁰ P. Bourdieu, *Science de la science et réflexivité*, Paris, Ed. Raisons d’agir, 2001 (English translation by R. Nice, *Science of Science and Reflexivity*, Cambridge, Polity Press, 2004, pp. 64–5).

National de la Recherche Scientifique (France's largest public research body), which can rightly claim to produce high-quality criminological research, is the CESDIP (Center for Sociological Research on Law and Criminal Justice Institutions³¹), a team of sociologists, historians and political scientists that includes almost no representation from law and psychology. Criminological dialogue, which could hardly begin to develop in France for institutional reasons, seems to have retracted even further in recent years as initiatives towards an interdisciplinary study of crime have receded.³² In an environment in which crime was becoming increasingly a subject of concern for French politicians, such a situation naturally provoked the ambition of disciplinary entrepreneurs.

A Disciplinary Enterprise

In France, the official process for creating an academic discipline is largely unregulated. The Ministry of Higher Education and Research has the power to issue a decree establishing a new field of research and teaching as a new academic discipline in its own right, and to simultaneously set up a new CNU section. But there is no established formal procedure leading to such a decision.³³ As a result, the process is opaque. It would seem to require a negotiation between Ministry representatives and part of the academic community. The former is dependent on the expertise of the latter in regard to the changes contemplated, even if the Ministry has the last word in the highly centralized French system. Yet, because of the very opacity of the process, individuals or groups of individuals who manage to catch the Minister's ear can have a strong influence.³⁴ As a result, far from being the purely rational outcome of a comprehensive study, a new discipline appears to be born of a complex social process.³⁵ In the case of French criminology, the networking of individual actors certainly played a strong role in the decision-making process leading to the creation of a new section. Just as with its British counterpart, the story of the foundation of French academic criminology appears to be 'that of the predilections of powerful and persuasive men'.³⁶

Among these powerful men, Alain Bauer is undoubtedly the most important. A former student union leader with many political connections to top politicians of the Left and the Right, a highly influential Freemason and CEO of a leading consulting firm in 'security and crisis management', Alain Bauer has authored more than 80 books on various subjects (crime, gastronomy, Freemasonry, etc.).³⁷ He became a close security advisor to the Minister of Interior Nicolas Sarkozy, and remained so after

³¹ www.cesdip.fr, last accessed 15 April 2013.

³² Thus, Laurent Mucchielli observed in 2004 that 'in a sense, criminology now exists less than ever as a discipline', 'L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France: Cadres institutionnels, enjeux normatifs et développements de la recherche des années 1880 à nos jours', *op. cit.*, p. 14, see also pp. 37–40.

³³ N. Le Feuvre and M. Metso, *op. cit.*, p. 30.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ For a general perspective on the social and political dimension of discipline building, see E. Messer-Davidow, D. R. Schumway and D. J. Sylvan, eds, *Knowledges: Historical and Critical Studies in Disciplinarity*, Charlottesville/London, University Press of Virginia, 1993. See also the collection edited by J. Boutier, J.-C. Passeron and J. Revel, *Qu'est-ce qu'une discipline?*, Paris, EHESS, 2006.

³⁶ T. Morris, 'British Criminology: 1935–1948', *British Journal of Criminology*, 1988, 28: 20.

³⁷ For a brief description of this *éminence grise*, see L. Wacquant, 'From "Public Criminology" to the Reflexive Sociology of Criminological Production and Consumption: A Review of *Public Criminology?* by Ian Loader and Richard Sparks', *British Journal of Criminology*, 2011, 51: 443–4. For a telling presentation, visit also Professor Alain Bauer's website at www.alainbauer.com, last accessed 15 April 2013.

Sarkozy became president. Since then, he has been appointed head of several governmental bodies and commissions.³⁸ His proximity to circles of power earned him the privilege of being personally nominated to the first Chair in ‘applied criminology’ in France,³⁹ as Nicolas Sarkozy revived a long tradition whereby the governments of the Third Republic (1870–1940) created new chairs tailored to fill perceived disciplinary gaps in university curricula, and also to reward acts of particular political loyalty.⁴⁰ But, irrespective of his influence in the political world and his journalistic visibility as France’s first official criminologist, Alain Bauer was doomed to rejection by France’s endogenous academia (see below) due to his lack of qualifications (he holds a LL.M. in administrative law) and his contested publication record (he has no peer-reviewed publication).⁴¹ His only chance to achieve greater academic recognition was to use his political sway in government to be included in a possible new CNU section in charge of steering the development of criminology as a new discipline. Such an outcome seemed quite possible considering that some respected academics had long awaited an opportunity to promote the development of criminology as an autonomous discipline within the French research and higher-education landscape.

Dr Pierre-Victor Tournier is exemplary of this breed of reputed social scientist who has deplored the fragmentation of criminology and the absence of an independent institute where interdisciplinary research could be developed. Senior researcher at the *Centre National de la Recherche Scientifique*, this leading French specialist on prison demography started promoting, from 2006 onwards, the creation of a scientific body advancing multidisciplinary research on crime.⁴² Dr Tournier and Mr Bauer are different in many respects, not least in their epistemological vision of crime science.⁴³ Dr Tournier embodies a social democratic criminology. His work relies on the development within an independent framework of a dialogue between law and the sociology and psychology of crime and penal institutions to produce a scientific analysis that is capable of countering growing penal populism. Mr Bauer advocates a security-focused criminology.⁴⁴ He planned to develop an intelligence service and research centre to promote technical knowledge in order to take up the security challenges of post-industrial society (from petty theft to global terrorism). Yet, in spite of their ideological differences, both of them

³⁸ Most notably, and among others, Alain Bauer was president of the National Observatory of Delinquency (*Observatoire National de la Délinquance*), which then became the National Observatory of Delinquency and Penal Responses (*Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales*); the National CCTV Commission (*Commission nationale de la vidéosurveillance*); the National Private Security Control Council (*Conseil national des activités privées de sécurité*); the Strategic Research High Council (*Conseil supérieur de la formation et de la recherche stratégiques*); the Police Files Control Group (*Groupe de contrôle des fichiers de police*); the Working Group on Customs Files (*Groupe de travail sur les fichiers des douanes*).

³⁹ This Chair was established by Presidential decree on 25 March 2009, at the Conservatoire national des arts et métiers, a French top higher-education establishment for adult education and lifelong training.

⁴⁰ On this institutional practice, see C. Charle, *op. cit.*, pp. 322ff.

⁴¹ For a biting review of his General Introduction to Criminology (*Introduction générale à la criminologie*, PUF, 2010), see D. Kaminski, ‘Criminologie plurielle et pourtant singulière’, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011: 475–85.

⁴² On the successive steps of his attempt, see the postface of P. V. Tournier, ed., *La Babel criminologique. Formation et recherche sur le phénomène criminel: Sortir de l’exception française? Actes du colloque du 3 février 2009*, Paris, L’Harmattan, 2009, pp. 277–90.

⁴³ Embracing Ian Loader and Richard Sparks’s taxonomy of criminological engagement (*Public Criminology, op. cit.*, pp. 26–37), Alain Bauer would probably claim—against his opponents—to be a ‘scientific expert’ willing ‘to produce knowledge that is useful in helping to prevent and reduce crime ... with an immediate policy focus’, whereas Pierre-Victor Tournier would fit in the category of the ‘policy advisor’ eager ‘to protect the autonomy of ... research and extend the opportunities for proffering policy advice grounded in that research’.

⁴⁴ On the ‘conceptual contours and topographical features’ of a security agenda that would fit well Mr Bauer’s criminological approach, see L. Zedner, ‘Pre-Crime and Post-Criminology?’, *Theoretical Criminology*, 2007, 11: especially 264–6.

contributed, each in his way, to the development of the official establishment of criminology in French university.

After being enrolled in a Commission on Research and Training in Strategic and Security Studies (*Mission sur 'La formation et la recherche en matière stratégique'*) chaired by Alain Bauer, the final report⁴⁵ of which he eventually distanced himself from,⁴⁶ Pierre-Victor Tournier agreed to steer the debate on the development of criminology. He organized a landmark conference in 2009 on the state of French criminology.⁴⁷ Eventually, both Pierre-Victor Tournier and Alain Bauer were appointed members of the National Conference of Criminology, established at the request of the Minister of Higher Education and Research. The official request of the Minister was to consider the feasibility of the introduction of a criminological discipline in French universities. In June 2010, the report of the National Conference was delivered.⁴⁸ Unsurprisingly, it called for the creation of a new CNU section devoted to the scholarly study of criminal phenomena and the social response to crime, and it also proposed curricular templates in criminology.

Of course, Alain Bauer and Pierre-Victor Tournier were not the only instigators supporting the creation of a discipline of criminology. The reports of the Commission on Research and Training in Strategic and Security Studies, and of the National Conference of Criminology are both collective works. The first involved lobbyists of the state security and surveillance industries. The second gathered professors from various faculties. As participants in the two commissions, Alain Bauer and Pierre-Victor Tournier are emblematic of an awkward disciplinization process which succeeded by means of a rare coalescence of diverse networks of actors informed by distinct visions of criminology and endowed with different types of symbolic capital. This heteroclitic alliance shared few epistemological beliefs but a common institutional objective and it successfully managed to catch the Ministry's ear. The reports were duly recorded; the Minister launched an online consultation to collect the reflections of the academic community, and appointed a follow-up committee to implement the recommendations of the National Conference. In March 2011, the follow-up committee delivered a progress report.⁴⁹ Less than a year later, and two months before the presidential election, the French Ministry of Higher Education and Research issued a decree whereby it established criminology as a new discipline in spite of continuing protest from many academics.

An Undisciplined Academia

From its inception, the project of an autonomous criminological discipline within the French university system sparked academic resistance and, as the disciplinary enterprise gained momentum, so did the opposition. This took the usual form of intellectual

⁴⁵ *Déceler-Etudier-Former: une voie nouvelle pour la recherche stratégique—Rapprocher et mobiliser les institutions publiques chargées de penser la sécurité globale*, Cahiers de la Sécurité (supplément au n° 4), 2008, available online at www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000174/index.shtml#book_presentation, last accessed 15 April 2013.

⁴⁶ In the report (*op. cit.*, p. 48), Pierre-Victor Tournier warns against the risk of a 'catastrophist' vision of crime.

⁴⁷ P. V. Tournier, ed., *La Babel criminologique*, *op. cit.*

⁴⁸ Conférence nationale de criminologie, *Rapport établi pour Madame la Ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche sur la faisabilité, la mise en place et le développement des études, recherches et formations en criminologie*, June 2010, available online at http://media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2011/80/1/CNC_rapport_28_juin_2010_169801.pdf, last accessed 15 April 2013.

⁴⁹ C. Vallar, *Rapport d'étape du Comité de suivi pour la mise en oeuvre du rapport Villerbu*, March 2011, available online at http://media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2011/80/6/rapportetapecomitesuivi_169806.pdf, last accessed 15 April 2013.

protest in France, combining polemical op-ed pieces in national newspapers and in the blogosphere, individual and collective standpoints in specialized journals, petitions open to the wider public and involvement of public bodies through public declaration of their representatives.

The protest started with a manifesto published on line in January 2009 by Dr Laurent Muchielli, a high-profile sociologist of crime,⁵⁰ who published at the same time a couple of articles on the subject in academic journals.⁵¹ The petition denounced the development of a ‘new criminology’ and the political use of academic research for the field of ‘internal security’.⁵² It was hosted on the website of the association *Sauvons la Recherche*,⁵³ a social media site concerned with the struggle to maintain French academic excellence in the face of managerial reforms. The manifesto, which gathered nearly 300 signatures, was quickly followed by another petition with 400 signatures against the nomination of Alain Bauer as professor of criminology.⁵⁴ The academic protest intensified when conservative law faculties joined the opposition. At the prospect of the creation of the new discipline, 50 professors of criminal law signed an editorial ‘against the creation of a criminology section within the CNU’.⁵⁵ It was followed by another petition instigated by other criminal law professors denouncing the project, while at the same time promoting the restructuring of criminology through the reform of the dormant criminal sciences institutes created in the 1950s within law faculties.⁵⁶ Opposition grew as various learned societies and academic circles expressed their opposition, leaving little room for the proponents of the project to reply.⁵⁷ Eventually, the protest reached its apex after the publication of the governmental decree establishing the new discipline.⁵⁸ The permanent committee and several sections of the CNU itself adopted motions condemning the decision of the government, and the French Association of Penal Law decided to turn to France’s highest administrative court, the *Conseil d’État*, to have the decree annulled.

The opponents of the section presented a no more coherent front than the heterogeneous coalition of disciplinary entrepreneurs in criminology seeking to found it.

⁵⁰ Laurent Muchielli was at the time director of CESDIP. Using Ian Loader and Richard Sparks’s taxonomy of criminological engagement, he could be labelled a ‘social movement theorist’ concerned with the need ‘to develop a critique of official agendas—to raise problems for government not solve problems of government’ (*Public Criminology*, *op. cit.*, pp. 26–37).

⁵¹ The first article was published just before the manifesto: ‘Une “nouvelle criminologie” française? Pourquoi et pour qui?’, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, pp. 795–803. The second just after: ‘Vers une criminologie d’Etat en France? Institutions, acteurs et doctrines d’une nouvelle science policière’, *Politix*, 2010, 89: 195–214.

⁵² ‘Pourquoi nous ne voulons pas de la “nouvelle criminologie” et des projets de contrôle de la recherche sur la “sécurité intérieure” dans lesquels elle s’inscrit’, available online at <http://sauvonslarecherche.fr/spip.php?article2317>, last accessed 15 April 2013.

⁵³ <http://sauvonslarecherche.fr>, last accessed 15 April 2013.

⁵⁴ This second petition was published in the daily newspaper *Libération* on 6 February 2009.

⁵⁵ ‘Contre la création d’une section de criminologie au CNU’, *Semaine Juridique*, ed. G., 2011, act. p. 36; *Recueil Dalloz*, 2011, p. 457.

⁵⁶ ‘Pour une rénovation des instituts de sciences criminelles et de criminologie dans l’Université française’, *Semaine Juridique*, ed. G., 2011, act. pp. 846–8.

⁵⁷ See nonetheless M. Herzog-Evans, R. Cario and L. Villerbu, ‘Pourquoi il est urgent de créer des UFR de criminologie’, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 766; and from the same authors ‘L’émergence indispensable de la criminologie à l’université’, *Le Monde*, 21 March 2012. See also A. Bauer, ‘Une science qui répond au besoin d’explication’, *Le Monde*, 29 March 2012.

⁵⁸ Following the decree establishing the criminology section, the following organizations expressed their public opposition to the decision in various press releases: the *Association pour la ‘Qualité de la science française’* (8 March 2011, www.qsf.fr/), the *Association française de criminologie* (14 March 2011, www.afcassoc.org/), the CESDIP (23 March 2011, www.cesdip.fr/), the journal *Champ Pénal/ Penal Field* (24 March 2011, <http://champpenal.revues.org/7999>), the *Association française de science politique* (12 April 2011, www.afsp.msh-paris.fr/), not to forget the Conference of Law Faculties Deans, and a few others.

The opposition lumped together conservative law professors and progressive social scientists. They collectively endorsed the traditional posture of public intellectuals challenging a policy in the name of disinterested knowledge. In doing so, the opponents of criminology perpetuated a French tradition by which internal conflicts between and within faculties and disciplines (in this case, law and humanities) are occasionally resolved through collective intervention in the public sphere, in the name of intellectual autonomy and academic unity.⁵⁹ This retrieved unity built upon scholastic reason⁶⁰ presented itself in a series of arguments challenging the autonomy of criminology, both as a core curriculum and as science.

On the teaching side, the protesters denied the very possibility of an autonomous criminology curriculum, claiming that access to this field of knowledge could not be a substitute for prior mono-disciplinary training in law, sociology and medicine.⁶¹ It was also asserted that the creation of a CNU section dedicated to criminology could not be justified without further evidence regarding the professional prospects it would offer to students.⁶² French universities offer more and more programmes with practical or vocational character.⁶³ Yet, high-level executive and administrative training is still considered the domain of a few prestigious *Grandes écoles* and specialized schools. And it is true that most of the people pursuing a career in penal institutions (justice, police or penitentiary administration) benefit from initial training and lifelong learning in vocational schools⁶⁴—hence the waning demand for criminology graduates in France.

On the research side, the opponents of the new disciplinary formation appealed to the traditional reticence of French academia towards ‘public problem solving’. Overall, French academic culture is suspicious towards external influences. It has thus been argued that ‘the resistance of “pure” and fundamental research to the demands of capitalist market forces is one of the favourite fantasies’ of French academia.⁶⁵ But this distrust applies to the demands of the government as well, especially in the realm of crime control. Thus, 30 years ago, Foucault could authoritatively assert that criminological discourse was ‘staggering’ because it was ‘entirely utilitarian’ and did ‘not even seek a theoretical justification for itself’.⁶⁶ Today, the separation between applied and theoretical science is largely illusory, since researchers often put on their expert’s hat, especially in the criminological field.⁶⁷ Nonetheless, the anxiety

⁵⁹ C. Charle, *La République des universitaires*, *op. cit.*, pp. 291–341. From the same author, see also *Naissance des ‘intellectuels’ (1880–1900)*, Paris, Ed. de Minuit, 1990.

⁶⁰ For an elaboration on the theme of scholastic reason, see P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, 1997 (English translation by R. Nice, *Pascalian Meditations*, Cambridge, Polity Press, 2000).

⁶¹ ‘Pour une rénovation des instituts de sciences criminelles et de criminologie dans l’Université française’, *op. cit.*

⁶² This point is made crystal clear in the three main manifestos against the criminology section. On this theme, see J. Danet, ‘La formation en criminologie: Quels besoins? Quels Objectifs?’, in P. V. Tournier, ed., *op. cit.*, pp. 75–83.

⁶³ B. Le Gall and C. Soulié, ‘Massification, professionnalisation et actualisation du conflit des facultés en France’, in C. Charle and C. Soulier, eds, *Les ravages de la ‘modernisation’ universitaire en Europe*, Paris, Syllepse, 2008, pp. 173–208 (English revised version: ‘Administrative Reform and the New Conflict of the Faculties at French Universities’, *Laboratorium*, 2009, 1: 83–97).

⁶⁴ For example, the National School for the Judiciary (*Ecole nationale de la magistrature*), the Higher National School for the Police (*Ecole Nationale supérieure de la police*) and the National School for Penitentiary Administration (*Ecole nationale d’administration pénitentiaire*).

⁶⁵ F. Dubet, ‘Problèmes d’une sociologie de l’enseignement supérieur’, in G. Felouzis, ed., *Les mutations actuelles de l’Université*, Paris, PUF, 2003, p. 369.

⁶⁶ M. Foucault, ‘Les jeux du pouvoir’, in D. Grisoni, ed., *Politiques de la philosophie*, Paris, Grasset, 1976 (English translation by C. Gordon, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*, New York, Pantheon Books, 1980, p. 47).

⁶⁷ For example, the CESDIP prides itself on its website (www.cesdip.fr/) as a means of providing policy makers with a scientific approach to criminal justice and of maintaining involvement in several research projects, educational missions and collaborative committees with the Ministry of Justice.

remains that the disciplinization of criminology would encourage applied law enforcement expertise for political ends at the expense of independent fundamental research on crime.⁶⁸

Last but not least, the protesters harshly criticized the dysfunctionality of the process of negotiation led by the Ministry of Research and Higher Education to promote criminology as a discipline. Although diverse in their background, the initiators of the projects were not representative of their peers. The participants in the National Conference of Criminology constituted an avant-garde of individuals with limited authority in the academic community. The distrust grew as the online consultation organized by the Minister was called into question (its results were not made public) and the follow-up committee's progress report suggested the possibility of grouping criminology, diplomacy and war studies into a single CNU section. This may not have been enough to justify the repeal of the decree creating the section, as no formal procedure is required before such a decision, but it was perceived as a breach of a fair negotiation process by many undecided academics. Seen as a last-minute top-down initiative closing the era of a highly unpopular president soon to be defeated, the fate of the newborn discipline was sealed.

Conclusion

The story told so far illustrates the complexity of concrete decision making about the organization of criminological work. The success of the collective protest which contributed to the abolition of the criminology section just after the presidential election is indeed highly paradoxical. The petition depicted the disciplinization of criminology as one facet of a more general law and order policy agenda, nay an academic Trojan Horse containing a neo-liberal punitive ideology. Yet, in doing so, it actually impeded the expansion of criminological research in the very place where it could have been developed free from political pressure. As a consequence, there will probably be less independent criminological research produced in France than there could have been. This, in turn, may reinforce the authority and the visibility of the official criminology⁶⁹ produced by think tanks more closely allied to executive power, and less autonomous than French professors. At first sight, then, the protest was counterproductive, impeding a criminology that could have been able to combat the sirens of penal populism.

Even so, such an interpretation would not do justice to the protest. Through a trick of history, and in contrast with what has been described as the 'successive failure' of British criminology (i.e. its dramatic growth inside the academy and its waning influence outside of it),⁷⁰ the 'failing success' of the disciplinization process in France has limited the development of criminology within universities while reinforcing at least temporarily the voice of the academy in the public sphere on the issue of penal policy. From this dual perspective, the outcome of the dispute matches perfectly the intentions of the remonstrators,⁷¹ in terms of both narrow disciplinary self-interest and disinterested knowledge construction.

⁶⁸ See L. Mucchielli, 'De la criminologie comme science appliquée et des discours mythiques sur la "multidisciplinarité" et "l'exception française"', *Champ pénal/Penal field*, 2010, VII, available online at <http://champpenal.revues.org/7728>, last accessed 15 April 2013.

⁶⁹ On the notion of official criminology, conceived as set of discourses 'that function to justify and validate state policies and practice of crime control', see T. Hope, 'Official Criminology and the New Crime Science', in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *What Is Criminology?*, Oxford, OUP, 2011, pp. 456–74.

⁷⁰ I. Loader and R. Sparks, *op. cit.*, pp. 10–17.

⁷¹ On the distinction between motives and intentions in relation to questions about interpretation, see Q. Skinner, *Visions of Politics, Vol. 1: Regarding Method*, Cambridge, CUP, 2002, especially Chapter 5.

If we try to grasp not only what the opponents to the disciplinization of criminology were saying, but also what they were doing in saying it,⁷² it appears that many of them were first and foremost engaged in a brutal struggle for disciplinary territory. The first manifesto launched by law professors offers a particularly striking example of what appears to be pure disciplinary corporatism. According to the signatories, ‘the annexation of criminal sciences to criminal law, and so to private law (sic!), is justified because criminal sciences in general and criminology in particular, should serve criminal law and not the contrary.’⁷³ Such a stance can easily be understood. Most criminal law professors are ‘black letter’ lawyers and those of them who engage in empirical or interdisciplinary research constitute a minority, hence their very entrenched defensive position.⁷⁴ They could hardly tolerate the creation of a new CNU section encroaching on their domain without running the risk of further weakening their position. In light of this corporatist anxiety, which should not be underestimated even among reflexive social scientists,⁷⁵ the protest has been an undeniable success.

Yet, the outcome of this corporatist surge also has a profitable dimension in both scientific and political terms. First, it neutralizes various epistemological risks entailed in criminology becoming an academic discipline. Contrary to the current trend in Anglo-American criminology,⁷⁶ the risk that research on crime will be cut off from the basic disciplines or that it will fragment into criminological cliques is virtually non-existent in France. The temptation of an ‘independent’ criminology has been so well resisted that French research on crime will probably remain underdeveloped in the next decade. But it will also remain—and this is not cold comfort—‘dialogic rather than detached, eccentric rather than self-enclosed, grounded in multiple disciplines, not floating independent of them.’⁷⁷ Second, French anti-criminological evangelism has proved to be an efficient device against the ideological hijacking of penal policy, and may be even more efficient than the various critical strands of British criminology.⁷⁸ It succeeded in bringing forth a public discussion of the inherently political nature of institutional discourses on crime. It also reminded the French academic community that not only the content, but also the boundaries of social science in general, and of criminology in particular, raise political questions that should be answered by the scientists themselves.⁷⁹

⁷² *Ibid.*, p. 82.

⁷³ ‘Contre la création d’une section de criminologie au CNU’, *op. cit.*

⁷⁴ In French Law faculties, criminal law subsists within an academic model which favours private law and dogmatic thinking, and marginalizes any kind of interdisciplinary work, including socio-legal studies. On the precarious position of criminal law within French law faculties, see C. Lazerges, ‘Pénalistes, droit pénal et sciences criminelles dans l’université française’, in *Sciences pénales et sciences criminologiques: Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2007, pp. 27–39. It is telling that the author, a respected criminal law professor at the Sorbonne, criticizes the inadequate functioning of the CNU insofar as criminal law is concerned and laments the extreme scarcity of criminal science within law faculties, yet signed the two petitions instigated by law professors to denounce the creation of a criminology section at the CNU.

⁷⁵ A proponent of the criminology section suggested that the CESDIP may have had ulterior motives to limit a disciplinization process, namely ‘to protect its pot of gold devoid of responsibilities and societal demands’, M. Herzog-Evans, ‘Who Is Afraid of Criminology? Why Is Criminology a Casus Belli Subject in France and Why It Has to Change?’, 5 April 2012, available online at SSRN, <http://ssrn.com/abstract=2034867>, last accessed 15 April 2013.

⁷⁶ K. Hannah-Moffat, ‘Criminological Cliques: Narrowing Dialogues, Institutional Protectionism, and the Next Generation’, in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *op. cit.*, pp. 440–55.

⁷⁷ D. Garland, ‘Criminology’s Place in the Academic Field’, in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *op. cit.*, p. 314.

⁷⁸ For a reverse perspective on evangelism in British criminology, see P. Carlen, ‘Against Evangelism in Academic Criminology: For Criminology as a Scientific Art’, in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *op. cit.*, pp. 95–108.

⁷⁹ On the issue of the political dimension of knowledge, see F. D. Rubio and P. Baert, eds, *The Politics of Knowledge*, New York, Routledge, 2012.

Finally, however dubious the argument forged by French academia against state intervention into the disciplinary formations of knowledge, it was a concrete and refreshing reminder that critique of disciplinarity and the right to dissent are at the very core of academic freedom.⁸⁰

Funding

This work was funded by a Marie Curie Intra-European Fellowship within the European Commission's 7th Framework Programme.

ACKNOWLEDGEMENTS

I am indebted to Stewart Field and Monica Roman for comments and help on a previous version of this article. The views expressed herein are my own. All errors and omissions are entirely my responsibility.

REFERENCES

- BAUER, A., DELMAS, P., DEROUET, V., LEWANDOWSKI, C., RAUFER, X. and TOURNIER, P.V. (2008), *Décélér-Etudier-Former: Une voie nouvelle pour la recherche stratégique-Rapprocher et mobiliser les institutions publiques chargées de penser la sécurité globale*, Cahiers de la Sécurité (supplément au n° 4), available online at www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000174/index.shtml#book_presentation, last accessed 15 April 2013.
- BODY-GENDROT, S. (2010), 'How to Become Schizophrenic? Try French Criminology', *Newsletter of the European Society of Criminology*, 9: 2, 10–11.
- BOURDIEU, P. (1984), *Homo Academicus*. Paris: Les éditions de minuit (English translation by Collier, P. (1988), *Homo Academicus*. Cambridge: Polity Press).
- (1997), *Méditations pascaliennes*. Paris: Seuil (English translation by Nice, R. (2000), *Pascalian Meditations*. Cambridge: Polity Press).
- (2001), *Science de la science et réflexivité*. Paris: Ed. Raisons d'agir (English translation by Nice, R. (2004), *Science of Science and Reflexivity*. Cambridge: Polity Press).
- BOUTIER, J., PASSERON, J.-C. and REVEL, J., eds (2006), *Qu'est-ce qu'une discipline?* Paris: EHESS.
- BUTLER, J. (2012), 'Critique, Dissent, Disciplinarity', in K. De Boer and R. Sonderegger, eds, *Conceptions of Critique in Modern and Contemporary Philosophy*, 10–29. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- CARLEN, P. (2011), 'Against Evangelism in Academic Criminology: For Criminology as a Scientific Art', in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *What Is Criminology?*, 95–108. Oxford: OUP.
- CHARLE, C. (1990), *Naissance des 'intellectuels' (1880–1900)*. Paris: Ed. de Minuit.
- (1994), *La République des universitaires*. Paris: Seuil.
- CHARLE, C. and VERGER, J. (1994), *Histoire des universités*. Paris: PUF.

⁸⁰ J. Butler, 'Critique, Dissent, Disciplinarity', in K. de Boer and R. Sonderegger, eds, *Conceptions of Critique in Modern and Contemporary Philosophy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 10–29.

- Collective Op-Ed (2011a), 'Contre la création d'une section de criminologie au CNU', *Semaine Juridique*, ed. G, act. 36; *Recueil Dalloz*, p. 457.
- (2011b), 'Pour une rénovation des instituts de sciences criminelles et de criminologie dans l'Université française', *Semaine Juridique*, ed. G, act. 846–8.
- COLSON, R. (2012), 'Quel devenir pour la criminologie? Note historiographique sur l'exemple britannique', *Revue internationale de droit comparé*, 64: 503–24.
- COLSON, R. and FIELD, S. (2011), *The Transformation of Criminal Justice: Comparing France with England and Wales*, bilingual edn. Paris: L'Harmattan.
- Conférence nationale de criminologie (2010), *Rapport établi pour Madame la Ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche sur la faisabilité, la mise en place et le développement des études, recherches et formations en criminologie*, available online at http://media.enseignements-sup-recherche.gouv.fr/file/2011/80/1/CNC_rapport_28_juin_2010_169801.pdf, last accessed 15 April 2013.
- Conseil national du développement des sciences humaines et sociales (2011), *Pour une politique des sciences sociales de l'Homme et de la société*. Paris: PUF.
- DANET, J. (2009), 'La formation en criminologie: Quels besoins? Quels Objectifs?', in P. V. Tournier, ed., *La Babel criminologique: Formation et recherche sur le phénomène criminel: Sortir de l'exception française? Actes du colloque du 3 février 2009*, 75–83. Paris: L'Harmattan.
- DEBUYST, C., DIGNEFFE, F., LABADIE, J.-M. and PIRES, A. P. (1995), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine (vol. 1: Des savoirs diffus à la notion de criminel né)*. Brussels: De Boeck & Larcier.
- DELMAS, C. (2006), *Instituer des savoirs d'État: L'Académie des sciences morales et politiques au XIX^e siècle*. Paris: L'Harmattan.
- DUBET, F. (2003), 'Problèmes d'une sociologie de l'enseignement supérieur', in G. Felouzis, ed., *Les mutations actuelles de l'Université*, 363–80. Paris: PUF.
- EYAL, G. and BUCHHOLZ, L. (2010), 'From the Sociology of Intellectuals to the Sociology of Interventions', *Annual Review of Sociology*, 36: 117–37.
- FOUCAULT, M. (1976), 'Les jeux du pouvoir', in D. Grisoni, ed., *Politiques de la philosophie*. Paris: Grasset (English translation by Gordon, C. (1980), *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*, 37–54. New York: Pantheon Books).
- GARLAND, D. (2002), 'Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain', in M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner, eds, *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd edn, 7–50. Oxford: Clarendon Press.
- (2011), 'Criminology's Place in the Academic Field', in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *What Is Criminology?*, 298–317. Oxford: OUP.
- HANNAH-MOFFAT, K. (2011), 'Criminological Cliques: Narrowing Dialogues, Institutional Protectionism, and the Next Generation', in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *What Is Criminology?*, 440–55. Oxford: OUP.
- HEILBRON, J. (2004), 'The Rise of Social Science Disciplines in France', *Revue européenne des sciences sociales/European Journal of Social Sciences*, XLII-129: 145–157, available online at <http://ress.revues.org/394>, last accessed 15 April 2013.
- HERZOG-EVANS, M. (2012), 'Who Is Afraid of Criminology? Why Is Criminology a Casus Belli Subject in France and Why It Has to Change?', available online at <http://ssrn.com/abstract=2034867>, last accessed 15 April 2013.
- HERZOG-EVANS, M., CARIO, R. and VILLERBU, L. (2011), 'Pourquoi il est urgent de créer des UFR de criminologie', *Recueil Dalloz*: 766.

- HOPE, T. (2011), 'Official Criminology and the New Crime Science', in M. Bosworth and C. Hoyle, eds, *What Is Criminology?*, 456–74. Oxford: OUP.
- KALUSZINSKI, M. (2002), *La République à l'épreuve du crime: La construction du crime comme objet politique (1880–1920)*. Paris: LGDJ.
- KAMINSKI, D. (2011), 'Criminologie plurielle et pourtant singulière', *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*: 475–85.
- LAZERGES, C. (2007), 'Pénalistes, droit pénal et sciences criminelles dans l'université française', in *Sciences pénales et sciences criminologiques: Mélanges offerts à Raymond Gassin*, 27–3. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- LE FEUVRE, N. and METSO, M. (2005), *Disciplinary Barriers between the Social Sciences and Humanities: National Report on France*, University of Hull, available online at www.york.ac.uk/res/researchintegration/National_Report_France.pdf, last accessed 15 April 2013.
- LE GALL, B. and SOULIÉ, C. (2008), 'Massification, professionnalisation et actualisation du conflit des facultés en France', in C. Charle and C. Soulier, eds, *Les ravages de la 'modernisation' universitaire en Europe*, 173–208. Paris: Syllepse (English revised version, (2009), 'Administrative Reform and the New Conflict of the Faculties at French Universities', *Laboratorium*, 1: 83–97).
- LOADER, I. and SPARKS, R. (2011), *Public Criminology?* London/New York: Routledge.
- MESSER-DAVIDOW, E., SCHUMWAY, D. R. and SYLVAN, D. J., eds (1993), *Knowledges: Historical and Critical Studies in Disciplinarity*. Charlottesville/London: University Press of Virginia.
- MORRIS, T. (1988), 'British Criminology: 1935–1948', *British Journal of Criminology*, 28: 20–34.
- MUCCHIELLI, L., ed. (1994a), *Histoire de la criminologie française*. Paris: L'Harmattan.
- (1994b), 'Naissance et déclin de la sociologie criminelle: 1880–1940', in L. Mucchielli, ed., *Histoire de la criminologie française*, 287–312. Paris: L'Harmattan.
- (2004), 'L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France: Cadres institutionnels, enjeux normatifs et développements de la recherche des années 1880 à nos jours', *Criminologie*, 37: 13–42.
- (2008), 'Une "nouvelle criminologie" française? Pourquoi et pour qui?', *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*: 795–803.
- (2010a), 'De la criminologie comme science appliquée et des discours mythiques sur la "multidisciplinarité" et "l'exception française"', *Champ pénal/Penal Field*, VII, available online at <http://champpenal.revues.org/7728>, last accessed 15 April 2013.
- (2010b), 'Vers une criminologie d'Etat en France? Institutions, acteurs et doctrines d'une nouvelle science policière', *Politix*, 89: 195–214.
- MUSSELIN, C. (2001), *La longue marche des universités françaises*. Paris: PUF (English translation (2004), *The Long March of French Universities*. New York: RoutledgeFalmer).
- MUSSELIN, C. and PARADEISE, C. (2009), 'France: From Incremental Transition to Institutional Change', in C. Paradeise, E. Reale, I. Bleikie and E. Ferlie, eds, *University Governance: Western European Comparative Perspective*, 21–49. New York/Heidelberg: Springer.
- NELKEN, D. (2010), *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*. London: Sage.
- PINATEL, J. (1957), 'Les données du problème de l'enseignement de la criminologie', *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*: 411–21.
- Public Petition (2009), 'Pourquoi nous ne voulons pas de la "nouvelle criminologie" et de contrôle de la recherche sur la "sécurité intérieure" dans lesquels elle s'inscrit', available online at <http://sauvonslarecherche.fr/spip.php?article2317>, last accessed 15 April 2013.

- RENNEVILLE, M. (1994), 'L'anthropologie du criminel en France', *Criminologie*, 27: 185–209.
- ROBERT, P. (1991), 'The Sociology of Crime and Deviance in France', *British Journal of Criminology*, 31: 27–38.
- RUBIO, F. D. and BAERT, P., eds (2012), *The Politics of Knowledge*. New York: Routledge.
- SALAS, D. (2012), *La Justice dévoyée: Critique des utopies sécuritaires*. Paris: Les Arènes.
- SKINNER, Q. (2002), *Visions of Politics, Vol. 1: Regarding Method*. Cambridge: CUP.
- TOURNIER, P. V., ed. (2009), *La Babel criminologique: Formation et recherche sur le phénomène criminel: Sortir de l'exception française? Actes du colloque du 3 février 2009*. Paris: L'Harmattan.
- VALLAR, C. (2011), *Rapport d'étape du Comité de suivi pour la mise en œuvre du rapport Villerbu*, available online at http://media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2011/80/6/rapportetapecomitesuivi_169806.pdf, last accessed 15 April 2013.
- WACQUANT, L. (2011), 'From "Public Criminology" to the Reflexive Sociology of Criminological Production and Consumption: A Review of *Public Criminology*?' by Ian Loader and Richard Sparks', *British Journal of Criminology*, 51: 438–48.
- WEISZ, G. (1983), *The Emergence of Modern Universities in France, 1863–1914*. Princeton: Princeton University Press.
- ZEDNER, L. (2007), 'Pre-Crime and Post-Criminology?', *Theoretical Criminology*, 11: 261–81.

Reviews

EU Justice and Home Affairs Law

by Steve Peers (Oxford: Oxford University Press, 3rd edn, 2011), 983 pages, £105, Hardback, ISBN 978-0-19-960490-6

and

The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice

by Marise Cremona, Jörg Monar, and Sara Poli (eds) (Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Wien: Peter Lang, 2011, College of Europe Studies Vol 13), 434 pages, £39.50, ISBN 978-90-5201-728-0 Paperback, ISBN 978-3-0352-6107-3 (eBook)

Once part of the realm of the sovereign State, and deliberately excluded from the competence of the European Community, Justice and Home Affairs (hereinafter JHA) have become an area considered worthy of interest by the European Union. From the period of informal cooperation between Member States in the 70s to the recognition of a shared competence and the development of a common policy on these matters, the legal corpus founding the EU's 'Area of Freedom, Security and Justice' (hereinafter AFSJ) has steadily expanded.

Even a quick glance at the number of academic publications related to this field demonstrates that the subject has gathered increased interest. New legal journals essentially or even exclusively devoted to this area have appeared, while a number of monographs, collected works, and textbooks have been published on the subject in the last ten years. A closer look at some of these writings shows that beyond the variety of formats and the diversity of approaches, a new area of specialization is being carved out in the field of European studies.

The new strand of research brings together areas of law which are usually studied independently in national curricula (namely criminal law, immigration law, judicial cooperation, and policing) and fosters interdisciplinary investigation integrating political science and legal doctrine. These scientific developments are *prima facie* justified both by the move towards the 'Community' model in the field of Justice and Home Affairs with the coming into force of the Treaty of Lisbon, and by the rapid pace of change in this area of substantive law. But the disciplinary dimension of this new research programme, both in terms of boundary-work and field specialization, is often left unquestioned. Yet it has profound implications for EU legal scholarship, as illustrated by the two books reviewed below.

Compared to the previous editions of his already classic book, Steve Peers' 3rd edition of his essential work on EU Justice and Home Affairs comes as physical evidence of the expansion of this legal corpus. The volume of Peers' book has indeed grown from a modest 250-page study (1st edn, 2000) to an encyclopaedic 983 pages. This nearly fourfold increase does not match the evolution of the annual EU budget allocated to JHA spending, which has been multiplied by 20 in the last ten years, from €52 million in 2000 to above €1 billion in 2010 (pp 123–7), but it is equally revealing of the fast changing nature of the AFSJ and clearly demonstrates, if needed, how far EU competence has extended within the domain of Member States' immigration and criminal law.

Peers' book gives a broad and systematic account of the institutional arrangement for JHA governance in the EU and an in-depth analysis of the substantive laws adopted or under discussion in this field. Following a brief introduction, the second chapter of the volume offers a dense overview (130 pages) of the institutional framework of the EU AFSJ. It provides a genealogical perspective on its evolution and engages with the main legal issues raised by this policy of the European Union, namely: the extent and the intensity of EC and EU competence; the flexible territorial scope of JHA cooperation; the effect of human rights protection within the EU legal order; the relationship between JHA rules with other areas of EU law; the funding of administrative cooperation; and last but not least, the external dimension of the AFSJ. This set of headings is then used to analyse each and every area of EU JHA law. Following the same pattern, the ten subsequent chapters examine, respectively: border controls; visas; asylum; legal migration; irregular migration; civil cooperation; mutual recognition and criminal procedure; substantive criminal law; jurisdiction, coordination, and prosecution; policing and security.

Peers describes the history and the institutional framework of each of these substantive areas of law, focusing on primary sources rather than the secondary literature. He provides an exhaustive, yet clear and concise, exposition of EU legislation and a systematic presentation of the relevant decisions and judgments of EU institutions. But the author does not restrict himself to a technical and positivistic survey of the law. Without sacrificing expository rigour, he goes beyond the mere ordering of raw materials to offer an overall assessment of the main instruments of the AFSJ and a critical analysis of its legal details. Assuming his academic role of watchdog, Peers engages with what he considers shortcomings and inconsistencies of the EU construction. His assessment of JHA law, both formal and substantial, leads him to adopt a fairly critical stance toward the EU legislator (thus the 'Returns Directive' is deemed to fall short of 'minimum standards of proportionality, fairness and humanity', p 575) and towards the Court, which the author sometimes considers misguided (for example on the widening of the application of the European Arrest Warrant, pp 707–8). And from time to time he does not hesitate to briskly

deliver his opinion on potential institutional development. Thus three paragraphs are devoted to discrediting the 'fundamentally flawed' idea of a European Public Prosecutor because of its 'obvious' defects (pp 859–60).

Peers' book affords a helpful perspective on the general trends in immigration and criminal law under the EU umbrella and a detailed account of this highly complex set of rules. If the larger picture remains too uncertain for definite appraisal, some facets appear profoundly disturbing. If, in theory, the Treaty of Lisbon has addressed most of the problems of democratic legitimacy and legal accountability of law-making in the field of JHA, it remains to be seen how the revised rules will work in practice (p 135). There is also cause for concern as positive developments, such as progress of procedural fairness in visas (p 294) or recognition of the cross-border double jeopardy principle in criminal law (p 861), do not make up for the low standards, from a human rights viewpoint, applied to the treatment of irregular migrants (p 594) or the over-broad abolition of dual criminality (p 753). Taking stock of the latest development of the AFSJ, Peers observes that on several occasions, EU law has 'failed to strike the right balance between the objective of ensuring public security and the protection of civil liberties' (p 943). He finishes his book on a pessimistic note, predicting that part of the EU programme 'will contribute significantly towards the creation of a "surveillance society" across Europe' (p 943). Based on a thorough analysis of the law, this trenchant conclusion commands respect even if the book does not engage in any theoretical reflection on the social or political significance, and the constitutional nature of the AFSJ.

Peers' work is a highly valuable endeavour to the extent that it brings clarity to a subject fraught with technicalities. But beyond its pedagogical dimension, the book provides interpretative hindsight and conceptual tools likely to assist law-makers and judges in the task of refining the law in accordance with the European human rights regime. The latter is used not only as a yardstick to evaluate the rules of the AFSJ but also as a guide to construe them. As such, Peers' work is characteristic of a civilian legal scholarship which meets the need for a common European legal science capable of providing a legal grammar for further developing the law. It may come as a surprise that the first comprehensive treatise on EU Justice and Home Affairs law was written by a British scholar, whose country was granted an opt-out from JHA measures and whose dominant academic culture does not promote doctrinal work as the civil law tradition does. But this in turn probably explains some of the qualities of the book, such as the *tour de force* of bringing clarity to the highly complicated subject of territorial scope of the AFSJ, or the successful hybridization of legal dogmatic with a human rights based approach.

Still, one may wonder if the commitment to a critical assessment of JHA law in the light of human rights is not betrayed by the very design of Peers' object of study. Whereas the law of the AFSJ as a whole lacks any thematic or institutional unity, the author makes the choice to build it as an autonomous legal field.

Peers' research agenda seems fully justified to the extent that there is an obvious coherence in the EU project of creating a unified internal security policy out of diverse components. And in so far as this political project is converted into a legal corpus, it can make sense to explore it in a systematic way. But aside from the creation of huge EU databases used both for immigration and crime control, there is—and there should be—very little in common between these two dimensions of law. It is doubtless that the constructive nature of legal scholarship allows for changes in disciplinary boundaries, including the creation of a branch of EU law meant to cope with the 'free movement of immigrants and asylum seekers, criminals, terrorists, and abductors of children' (Series Editors' Foreword, p vii). Yet, if one agrees that any legal discipline tends to promote a set of common techniques and an implicit teleology, it is unclear what EU JHA law's motto could be. Turning this aggregative set of subjects into an integrative area of law would carry heavy symbolic significance without corresponding theoretical gains beyond further promotion of security at the expense of freedom and justice. Should the next edition of this excellent book be separated into two volumes before this remarkable expository programme turns into a dubious legal specialism? Such is the firm opinion of the author of the present review: this position, however, should not preclude the AFSJ from being the subject of exploratory research intended to better understand it as a policy programme. This is precisely the aim of the recent book edited by Marise Cremona, Jörg Monar, and Sara Poli, devoted to *The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*.

Among the various aspects of the AFSJ EU programme, its external dimension is one of the most fascinating. To the wide scope of subjects covered by the Justice and Home Affairs programme, this external aspect adds institutional complexity, since it develops within the large and fragmented field of EU international policy. To provide an in-depth examination of this specific domain in which concerns for EU security, freedom, and justice intersect with global cooperation, Marise Cremona, Jörg Monar, and Sarah Poli have gathered fifteen articles offering a variety of perspectives on the legal and political dynamics of this emerging field. The book combines focused articles with general perspectives on this new policy area. It has no encyclopaedic purpose and no pretension to comprehensiveness, but provides a rich diversity of views offering a telling picture of the new EU international involvement in the domains of security, freedom, and justice.

The collection begins with two chapters devoted to 'the institutional and legal framework' (Part 1) of the EU's external activity in the AFSJ. The setting and tools of this rapidly evolving policy field are described from a doctrinal standpoint which provides a systematic perspective on its legal structure. Sara Poli successively presents the specific roles played by the EU bodies (either political or administrative) and the wide variety of binding and non-binding instruments which shape the EU's external power in the context of the AFSJ. Marise

Cremona points out the uncertainty which has long affected the AFSJ's external objectives and the respective power of the EU and the Member States in this field, partly due to its inter-pillar nature, and clarifies the state of the art regarding these issues. Avoiding redundancy, both articles are structured to display a comprehensive legal picture of the external dimension of the AFSJ in the light of the Treaty of Lisbon and the Stockholm Programme. Reflecting on the evolution of a field in search of coherence, this part stresses both the fragmentation of the EU's external activity and the development of an autonomous legal policy, defined in Union terms and distinct from that of the Member States (p 115).

Following this broad institutional picture, three contributions examine 'policy interaction and interconnection' (Part 2) which contribute to shaping the international dimension of the AFSJ. Sandra Lavenex offers a conceptualization of the channels of externalization of EU Justice and Home Affairs. She distinguishes a hierarchical conditionality model, which led to the imposition of the JHA *acquis* on incoming members, and a more cooperative model based on network governance designed to influence countries that do not intend to join the EU (pp 121–3). In both cases, increased cooperation with third countries in the field of JHA interacts with other EU external policies. In his contribution, Panos Koutrakos focuses on the existing 'osmotic relationship' between the external dimension of the AFSJ on one hand, and Development and Cooperation Policy, the European Neighbourhood Policy, and the European Security and Defense Policy on the other hand. He argues that the former has acquired a prominent role in the conduct of EU external policy (p 160) as the notion of internal security has been construed very broadly. In contrast with this political science approach, Bart Van Vooren offers a legal account of the questions raised by the extension of the scope of EU external competence as far as readmission policy is concerned. This juridical piece, which examines the impact of pre-emption in the field of readmission, provides a transition to the next subdivision of the book devoted to 'external aspects of migration policy' (Part 3).

First of five thematic investigations into various aspects of the external dimension of the AFSJ, the third part combines a political science perspective on 'resilient bilateralism in the cooperation on readmission' (p 191) and a legal approach to 'the external dimension of EU policy on trafficking in human beings' (p 209). In these essays, both Jean-Pierre Casarino and Conny Rijkens welcome the EU shift from a security-centred policy to a more balanced approach taking into account the expectations of third countries and seemingly more protective of human rights, while stressing that it is too early to assess the actual implementation of this development.

The next three papers are devoted to legal analysis of the 'external aspects of judicial cooperation' (Part 4). Valsamis Mitsilegas addresses this theme in criminal matters, focusing on the impact of international norms in the Union legal

order. Bringing to light the links between EU external and international actions in this domain, the paper outlines increasing synergies between the Union and other international *fora* in a field mainly concerned with enforcement, and less with human rights protection (p 258). Subsequently, Horatia Muir Watt takes stock of ‘recent trends in private international law’ and assesses their impact on the relationship between the EU and third States. The paper highlights a renewal of unilateralism methodology promoting new forms of European legal expansionism in both fields of regulatory private law and human rights. Jan-Jaap Kuipers then analyses the influence of European law on private international law in the light of ‘the exclusive external competence of the Community under article 81 TFEU’, thus echoing some aspects of Bart Van Vooren’s piece.

Two more contributions then address the ‘external aspects of counter-terrorism’ (Part 5) in its legal and political dimensions. Piet Eeckhout returns to the landmark *Kadi* case and argues that the ECJ was right to apply its own version of the rule of law: this stance was justified as far as fundamental rights are concerned, but it also strengthens the EU’s role as an actor in the fight against terrorism. The international dimension of EU action in this field is nonetheless problematic since, as Monica den Boer points it, counter-terrorism has functioned as a ‘Trojan Horse for the introduction of multi-purpose instruments of control’ (p 342). Devoted to the ‘cooperation with major international partners’ (Part 6), the last two articles also support the conclusion that the security agenda tends to take precedence over other aspects of the external dimension of the AFSJ, be it in relations with the Mediterranean third countries or in the framework of EU-US cooperation.

In the concluding chapter of the book, Jörg Monar offers a wider perspective on the external dimension of the AFSJ through a tentative survey of its main outcomes in so far as it impacts EU cooperation with third countries and international organizations. Questioning the ‘forms, effectiveness and prospects’ of this EU policy, Monar tries to dissociate it from overall EU external relations and makes the case for its specificity (pp 430–1). This final contribution is particularly welcome as it provides a general picture of the externalization of the AFSJ from the viewpoint of political science. It echoes the two introductory chapters, which offered an overall perspective on the subject from a doctrinal point of view, while contributing to the volume a truly multidisciplinary flavour.

The set of contributions gathered in this volume provides a remarkable outlook on the EU’s external relations. But the greatest value of the book lies in the dialogue it allows between jurists and political scientists. As often in this kind of enterprise, one may regret the absence of this or that specific disciplinary approach, such as a philosophical viewpoint on the securitization of EU external relations, or a sociological perspective on the human consequences of the externalization of EU migration policy. But one should not deny oneself the pleasure of this truly multidisciplinary volume which gives the reader the opportunity to

synthesize different perspectives on a policy domain subject to a variety of analytical approaches. In European studies as in any other field, attempts to bridge disciplinary boundaries are still too rare not to be praised. They allow for a better understanding of European integration, a complex process which different spheres of knowledge tend to artificially segment into its legal and political dimensions. But such multidisciplinary endeavours may also help to counterbalance a process of internal specialization which increasingly fractures the community of legal scholars. In this respect, one would hope that Marise Cremona, Jörg Monar, and Sara Poli's endeavour will be followed by other editorial enterprises bringing together disciplines which, although they all belong to the field of European studies, too often ignore each other.

Renaud Colson

Marie Curie Fellow at the European University Institute (Fiesole, Italy), Maître de conférences à l'Université de Nantes (France), <http://www.univ-nantes.fr/colson-r>

Renaud.Colson@eui.eu

Renaud.Colson@univ-nantes.fr

doi:10.1093/yel/yes018

EU CRIMINAL JUSTICE AND THE CHALLENGES OF DIVERSITY

EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity examines how questions of cultural difference between Member States' legal traditions are being constructed, addressed, and resolved in the development of the European Area of Freedom, Security and Justice. The volume brings together leading socio-legal scholars and criminal justice professors from eight European countries and combines analytical approaches rooted in the social sciences with more normative approaches based on legal doctrine. It examines the construction of a common European criminal policy, explores some of the paths that may be followed by the EU in seeking to cope with national diversity in the field of criminal justice, and finally provides some insights into various forms of legal and cultural resistance offered by Member States to the European harmonization process. In so doing, it bridges disciplinary boundaries between law and social sciences and draws in a range of perspectives from around Europe.

RENAUD COLSON is Associate Professor of Law at the University of Nantes.

STEWART FIELD is Professor of Law at Cardiff University.

EU CRIMINAL JUSTICE
AND THE CHALLENGES OF
DIVERSITY

Legal Cultures in the Area of Freedom,
Security and Justice

Edited by
RENAUD COLSON and
STEWART FIELD



Cambridge University Press
978-1-107-09658-5 — EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity
Edited by Renaud Colson , Stewart Field
Frontmatter
[More Information](#)

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS

University Printing House, Cambridge CB2 8BS, United Kingdom

Cambridge University Press is part of the University of Cambridge.

It furthers the University's mission by disseminating knowledge in the pursuit of education, learning and research at the highest international levels of excellence.

www.cambridge.org

Information on this title: www.cambridge.org/9781107096585

© Cambridge University Press 2016

This publication is in copyright. Subject to statutory exception and to the provisions of relevant collective licensing agreements, no reproduction of any part may take place without the written permission of Cambridge University Press.

First published 2016

A catalogue record for this publication is available from the British Library.

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Names: Colson, Renaud, editor. | Field, Stewart, editor.

Title: EU criminal justice and the challenges of diversity : legal cultures in the area of freedom, security and justice / edited by Renaud Colson, Stewart Field.

Other titles: European Union criminal justice and the challenges of diversity

Description: New York : Cambridge University Press, 2016. |

Includes bibliographical references and index.

Identifiers: LCCN 2016021096 | ISBN 9781107096585 (hardback)

Subjects: LCSH: Criminal justice, Administration of – European Union countries. |

Legal polycentricity – European Union countries. |

International and municipal law – European Union countries.

Classification: LCC KJE9430 .E8 2016 | DDC 345.24–dc23

LC record available at <https://lccn.loc.gov/2016021096>

ISBN 978-1-107-09658-5 Hardback

Cambridge University Press has no responsibility for the persistence or accuracy of URLs for external or third-party internet websites referred to in this publication, and does not guarantee that any content on such websites is, or will remain, accurate or appropriate.

CONTENTS

<i>List of Contributors</i>	<i>page</i> vii
<i>Post-Brexit Preface</i>	xiii
<i>Acknowledgements</i>	xv
<i>List of Abbreviations</i>	xvii
1 Legal Cultures in Europe: Brakes, Motors, and the Rise of EU Criminal Justice	1
RENAUD COLSON AND STEWART FIELD	
PART I Constructing a Common Policy	27
2 Is There an EU Criminal Policy?	29
ANNE WEYEMBERGH AND IRENE WIECZOREK	
3 The Symbolic Purpose of EU Criminal Law	48
THOMAS ELHOLM AND RENAUD COLSON	
4 Why Some Old Dogs Must Learn New Tricks: Recognising the New in EU Criminal Justice?	65
MARIANNE L. WADE	
PART II Dealing with Diversity	85
5 Eurojust in Action: An Institutionalisation of European Legal Culture?	87
ANTOINE MÉGIE	
6 Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law	106
JACOB ÖBERG	
7 Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts	125
VALSAMIS MITSILEGAS	

8	Dealing with European Legal Diversity at the Luxembourg Court: <i>Melloni</i> and the Limits of European Pluralism	160
	LORENA BACHMAIER WINTER	
	PART III Resisting Harmonization	179
9	Cultural Barriers on the Road to Providing Suspects with Access to a Lawyer	181
	JOHN JACKSON	
10	Domesticating the European Arrest Warrant: European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation	199
	RENAUD COLSON	
11	What Limits to Harmonising Justice?	221
	CHRISJE BRANTS	
12	Crimes, Remedies, and Videotape: An Unhappy Encounter with EU Law?	241
	ESTELLA BAKER	
	<i>Index</i>	269

CONTRIBUTORS

LORENA BACHMAIER WINTER holds a degree in Political Science (1989) and a PhD in Law (1994) from Complutense University (Madrid), where she is now Professor at the Faculty of Law. She studied as a Research Fellow at the Alexander von Humboldt Foundation and spent some time as a visiting scholar at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (Freiburg im Breisgau) and at the universities of Berkeley, Harvard, and Stanford. She was appointed Honorary Professor and Distinguished Visitor of the University of La Rioja (Argentina) in 2009. Her research interests lie in the areas of comparative criminal procedure, international judicial cooperation, and European legal harmonization. She has authored several books, amongst them *Criminal Law in Spain* (2013, with Antonio del Moral Garcia), and many academic articles on criminal law and procedure. Lorena Bachmaier Winter has also worked as a legal expert for the Council of Europe in Ukraine, Georgia, Bosnia, Latvia, Russia, Armenia, Georgia, and Moldova, and for the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Office for Democratic Institutions and Human Rights in the ex-Soviet republics of Central Asia.

ESTELLA BAKER is currently Professor of European Criminal Law and Justice at Leicester De Montfort Law School. She previously held posts at the Universities of Sheffield and Leicester. She has also held visiting positions at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (Freiburg im Breisgau) and at the School of Criminology at Simon Fraser University (British Columbia). She was a trustee of Fair Trials International from 2002 to 2008, and chaired the Board of Trustees from 2006 to 2008. Estella's primary area of research interest is EU, transnational, and comparative criminal law and justice, particularly the evolving penal competence of the EU and its role in governance and citizenship. She also researches in the field of punishment and sentencing. Recent publications include 'The United Kingdom and its protocol 36 opt-out: is police and judicial cooperation in criminal matters within the EU losing

momentum?', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21-3 (2013), and 'The EU as a penal actor', in Tom Daems, Sonja Snacken, and Dirk van Zyl Smit (eds.), *European Penology?* (2013).

CHRISJE BRANTS was educated in both the United Kingdom and the Netherlands. After initially working as a journalist, she studied criminology and law in Amsterdam, completing her doctorate there in 1991. After six years as a researcher at the Department of Criminology in Amsterdam, she became a lecturer at the Willem Pömppe Institute for Criminal Law and Criminology, Utrecht University. Since 1997, she has been Professor of Criminal Law and Criminal Procedure there and was Head of Department until 2006. Since 2013, she has been a part-time professor at Northumbria University. Chrisje's research interests are in the comparison of legal cultures (particularly from a multidisciplinary perspective). Among her recent publications are *Issues of Convergence: Inquisitorial Prosecution in England and Wales* (2011, with Allard Ringnalda) and 'Comparing criminal process as part of legal culture', in David Nelken (ed.), *Comparative Criminal Justice and Globalisation* (2011). She is a member of the *Académie Internationale de Droit Comparé* and the Dutch Association for International Comparative Law, was co-founder and board member of the Dutch-Flemish Association of Criminal Law, and is a Fellow of the European Law Institute.

RENAUD COLSON is Associate Professor at the Law and Political Sciences Faculty of the University of Nantes and Honorary Lecturer at Cardiff University. He holds a Diploma in Legal Studies from Cardiff University, a Master's degree in legal theory from the Université Saint-Louis Bruxelles and the Katholieke Universiteit Brussels, a Master's degree in private law, and a PhD in legal history from the University of Nantes. He was previously British Academy Visiting Fellow at Cardiff University and Marie Curie Fellow at the Law Department of the European University Institute (Florence). His doctoral thesis on the history of the judicial function in France was published as a book: *La fonction de juger: étude historique et positive* (2006). Since then, he has written on a variety of subjects including comparative law, procedural law, drugs law, and criminology. His most recent books are *The Transformation of Criminal Justice: A Comparison of France and England and Wales* (2011, with Stewart Field) and *Les drogues face au droit* (2015, with Henri Bergeron).

THOMAS ELHOLM is Professor and Head of the Law Department at the University of Southern Denmark. After graduating from the University of

Copenhagen in 1997 (LLM), he worked as a legal adviser for several years. In 2002, he completed his PhD on the relationship between national criminal law and EU law. His main field of research is criminal law, including comparative criminal law and EU criminal law. Among his recent publications are *Criminal Jurisdiction: A Nordic Perspective* (2014, with Birgit Feldtmann), and *Dialogues on Justice: European Perspectives on Law and Humanities* (2012, with Helle Porsdam). Thomas Elholm has been a visiting researcher at University of Saarland and the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (Freiburg im Breisgau). He is President of the Danish Association of European Lawyers, co-founding member of the European Criminal Policy Initiative, member of the editorial board of the *European Criminal Law Review*, and chief editor of the *Scandinavian Journal of Criminal Law and Criminology* (NTfK).

STEWART FIELD became a lecturer at what is now Cardiff School of Law and Politics in 1984 after doing his doctorate at the Centre for Socio-Legal Studies, Oxford University. His research interests are primarily in comparative criminal process and his publications include detailed bilateral studies focusing on the Netherlands, France, and Italy. His most recent book, *The Transformation of Criminal Justice: A Comparison of France and England and Wales* (2011), was written with Dr Renaud Colson and examines the developing discourses around procedural fairness, repressive efficacy, and managerial efficiency in the two jurisdictions. The study was part-funded by the British Academy and *La Mission de recherche Droit et Justice* (a joint initiative of French Ministry of Justice and CNRS). Professor Field has been a member of the editorial board of the *Journal of Law and Society* since 1989 and is currently Director of the Cardiff Centre for Crime Law and Justice.

JOHN JACKSON is Professor of Comparative Criminal Law and Procedure at the School of Law of the University of Nottingham. He was previously Dean of the School of Law at University College Dublin from 2008 to 2011 and before that Professor of Public Law at Queen's University Belfast from 1995 to 2008. Professor Jackson's research interests lie in the areas of criminal evidence and comparative criminal justice. He has a particular interest in empirical and policy research and is the author of a number of books, articles, and research reports in these areas including *Judge without Jury: Diplock Trials within the Adversary System* (1995, with Sean Doran). His most recent book, co-authored with Sarah Summers, is *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* (Cambridge University Press, 2012). He is on

the editorial boards of a number of journals including the *Criminal Law Review* and the *International Journal of Evidence & Proof* and is the UK and Europe editor of the *International Commentary on Evidence*.

ANTOINE MÉGIE is Senior Lecturer in Political Science at the University of Rouen and a collaborator of the International Centre for Comparative Criminology of the University of Montreal. He teaches seminars at Sciences Po Paris and University Paris 1 Panthéon-Sorbonne. His research interests lie in the areas of European politics, the war on terror and security studies, and European criminal law. His publications include 'Behind the development of European Union authority in criminal matters: a sociology of legal experts in EU policymaking', *Journal of European Public Policy*, 21–2 (2014), 'Replacing and displacing the law: the Europeanization of the judicial power', in Mark B. Salter (ed.), *Mapping Transatlantic Security Relations: The EU, Canada, and the War on Terror* (2010), and *The Field of the EU Internal Security Agencies* (2008, with Didier Bigo and Philippe Bonditi). Antoine Mégie is editor of the journal *Politique européenne* and a member of the editorial board of the journal *Cultures & Conflits*.

VALSAMIS MITSILEGAS is Professor of European Criminal Law, Director of the Criminal Justice Centre, and Head of the Department of Law at Queen Mary University of London. His expertise lies in the areas of EU law (with a particular focus on the European Area of Freedom, Security and Justice), global security governance, and human rights. He has published widely in the fields of European criminal law, immigration and asylum, and security and counter-terrorism law. Among his recent publications are *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law* (2015), *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice: Theoretical, Comparative and Transnational Perspectives* (2014, edited with Peter Alldridge and Leonidas Cheliotis), and *EU Criminal Law* (2009). Valsamis Mitsilegas is a consultant to EU institutions and international organizations. He provides regular advice to the UK government and is actively engaged with the legal profession in relation to the impact of European Union law on the domestic legal system.

JACOB ÖBERG received an LLM from Stockholm University in 2008 and his doctorate in 2014 from the European University Institute (Florence). He has taught as a guest lecturer in Stockholm and Uppsala University and is currently employed as a senior lecturer in Law at Örebro University. His research interests lie primarily in EU criminal law, EU constitutional

law, and general criminal law. Jacob Öberg has published widely on those topics in journals such as *Journal of Corporate Law Studies*, *Tilburg Law Review*, *European Criminal Law Review*, *New Journal of European Criminal Law*, and *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. His forthcoming monograph, *Limits to EU Powers: A Case Study of EU Regulatory Criminal Law*, examines the limits of EU competence with particular reference to European Union criminal law (forthcoming 2017).

MARIANNE L. WADE is Reader in Criminal Justice at the School of Law of the University of Birmingham. She was educated in Norway, the United Kingdom, and Germany before working for the Department of Criminology of the University of Göttingen and then at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (Freiburg im Breisgau). Dr Wade's activities currently focus on criminal justice related developments within the EU, especially the creation of a European public prosecutor's office, and defence rights and European citizenship. She has also worked on the prevention, investigation, and prosecution of terrorism and human trafficking at a national, regional, and global level. Key publications include *The Prosecutor in Transnational Perspective* (2012, with Erik Luna) and *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems: The Rise of Prosecutorial Power* (2006, with Jörg-Martin Jehle).

ANNE WEYEMBERGH was educated in Belgium, at the Université Libre de Bruxelles (ULB). She is a full-time professor at the ULB (Institute for European Studies). Her main research activities focus on EU criminal law (police cooperation and judicial cooperation in criminal matters), but she also is concerned with criminal law in other legal orders (national and international law) and European law more broadly. Anne Weyembergh is the author of numerous books and articles and has also co-edited a number of collective books. Among the most recent are *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU: The Way Forward* (2013, with Francesca Galli), and *EU Counter-Terrorism Offences: What Impact on National Legislation and Case-Law?* (2012, with Francesca Galli). Together with Serge de Biolley, she founded and coordinates the European Criminal Law Academic Network (ECLAN).

IRENE WIECZOREK is a PhD researcher at the Institute of European Studies of the Vrije Universiteit Brussels (VUB), where she is currently doing doctoral research on European constitutional criminal law under the co-supervision of Professor Paul De Hert from the Law Faculty (VUB) and Professor Anne

Weyembergh from the Université Libre de Bruxelles (ULB). Her research interests include European criminal law, European constitutional law, comparative criminal law and procedure, and international criminal law. Irene Wieczorek has been a visiting researcher at Trento University and at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (Freiburg im Breisgau) and spent an extended research period at the University of Cambridge. She is Editorial Assistant to the peer-reviewed *New Journal of European Criminal Law*.

Legal Cultures in Europe: Brakes, Motors, and the Rise of EU Criminal Justice

RENAUD COLSON AND STEWART FIELD

The Rise of EU Criminal Justice

The way communities address what they consider to be ‘wrong’ varies between different societies. European legal practices have common medieval roots,¹ but they have taken distinct and particular forms in different regions under the influence of a variety of cultural and social factors. For centuries, the regal mission of dispensing criminal justice was guarded jealously within the jurisdiction of the sovereign state, and as modern states sought to harness criminal justice to their laws, judicial styles became national. Over time, considerable changes have occurred in the development of legal forms and penal practices. Certain common evolutionary patterns and broad similarities can be observed in the way criminological ideas and penal institutions have evolved in European states.² But not every country has followed the same trajectory: criminal justice systems have been moulded by diverse national histories and state cultures. Independent and separate from each other, criminal justice systems implement legal rules formally established by the state according to a procedural framework defined at the national level. Yet since the nineteenth century, the states’ monopoly of criminal matters has not precluded international cooperation between penal systems, especially through extradition mechanisms and transnational policing networks.³ Nor, after the Second World War, did it prevent the establishment of transnational

¹ R. C. van Caenegem, ‘Reflexions on Rational and Irrational Modes of Proof in Medieval Europe’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d’histoire du droit / The Legal History Review*, 58–3 (1990), 263–279.

² C. Emsley, *Crime, Police and Penal Policy: European Experiences, 1750–1940* (Oxford University Press, 2007).

³ P. Andreas and E. Nadelmann, *Policing the Globe: Criminalization and Crime Control in International Relations* (Oxford University Press, 2006), esp. chapter 2 on the ‘European Origins of International Crime Control’.

standards of fair procedure through the ratification of international conventions protecting fundamental rights.⁴ For many years, these developments took place under the aegis of sovereign states and remained under their firm control. They did not seem to challenge that cornerstone of the modern state: the assumption that criminal justice is national in character. Yet the rapidly evolving nature of the European Union calls for a reassessment of this key tenet of the Westphalian system. For in Europe, criminal policy is no longer a preserve of nation-states.

From National Criminal Justice Systems to a European Criminal Policy

The EU now has a criminal law competence in its own right. Whereas the founding treaties foresaw no interaction between domestic criminal law and European Community (EC) law, this is no longer the case. The evolution has been quite remarkable, from a EC seen as a primarily economic organization in no way destined to shape national criminal policy, to an EU seen as a fully fledged penal actor.⁵ It started with early forays by the European Court of Justice into the realm of criminal law. Frequently in its case law the Court required domestic authorities to ignore national criminal law for the sake of uniform application of European law.⁶ Thereafter, inter-institutional battles necessitating the intervention of the Court led to the recognition of (implied) powers vested in the EC to require domestic criminal law measures.⁷ This power slowly expanded through incremental treaty revisions, starting in the mid-1980s with the signing of the Schengen Agreement (1985). Although this was a treaty only loosely connected to the EC, it paved the way for new cooperation among Member States in the field of criminal justice. Initially presented as a necessary reaction to the security deficit that arose from the abolition of internal borders within an integrated union,⁸ policy justifications for EU criminal justice have gradually developed over the last twenty years with the advent of a discourse around the ‘citizenship of the Union’.

⁴ A. Cassese, *International Law* (Oxford University Press, 2001), 349–374.

⁵ E. Baker, ‘The Emerging Role of the EU as a Penal Actor’, in T. Daems, S. Snacken, and D. van Zyl Smit (eds.), *European Penology?* (Oxford/Portland: Hart, 2013), 77–111.

⁶ For example, Case 8/74, *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, 11 July 1974, involving community law as a defence against prosecution.

⁷ Case C 176/03, *Commission v Council (Environmental Legislation Litigation)*, 13 September 2005.

⁸ On the spill-over theory, see M. Fletcher, R. Lööf, and B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice* (Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2008), 22–31.

This is seen as empowering the EU as a guarantor of the security and the freedom of the nationals of the Member States.⁹ From the Maastricht Treaty (1993), which constructed a formal intergovernmental ‘pillar’ covering justice and home affairs, to the Amsterdam Treaty (1997), which provided for the creation of a transnational Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ), criminal policy has become a competence of the EU. The steady development of a new legal corpus can be traced through some highly visible achievements, such as the establishment of the European Arrest Warrant (EAW) and the creation of new agencies (Europol, Eurojust), but also through other less noticeable yet far-reaching judicial developments¹⁰ and multiannual programmes.¹¹

Such developments are gathering momentum now that the Treaty of Lisbon has entered in force. The Union explicitly shares a law-making competence with the Member States in the European AFSJ¹² and there is a clear legal basis for the adoption of EU criminal legislation to combat and prevent crime and to achieve efficient regulation. Article 82(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) confers on the European institutions the power to adopt minimum rules in relation to certain aspects of criminal procedures ‘to the extent necessary to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension’. Furthermore, Article 83 (TFEU) allows the Union to establish ‘minimum rules’ to define ‘criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension’ and to ‘ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonization measures’. In addition, the Treaty provides for some crucial institutional innovations. The framework for criminal law making, long entrenched in a formal intergovernmental structure, is now closely aligned with the rules generally applied to the rest of EU law. The introduction of qualified majority voting in the Council, a co-decision power for the European Parliament and normal jurisdiction for the European Court of Justice in relation to policing and criminal law, now make the institutional framework for EU criminal law essentially transnational (as opposed to

⁹ S. Coutts, ‘Citizenship of the European Union’, in D. A. Arcarazo and C. C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law* (Oxford/Portland: Hart, 2014), 92–109.

¹⁰ Case C 105/03, *Criminal Proceedings against Maria Pupino*, 16 June 2005.

¹¹ The Tampere Programme adopted by the European Council in October 1999 was the first multiannual programme to set priorities for an AFSJ. It was then followed by the Hague Programme of 2004 and the Stockholm Programme of 2009.

¹² Art. 4(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

intergovernmental). In practice, this revised institutional framework has been accompanied by the proposal and adoption of an increasing number of Directives in the field of criminal law and criminal procedure. And it is expected that in the coming years the impact of EU law's harmonizing measures on national criminal justice systems will be increasingly felt.

Potentially affecting most aspects of domestic criminal justice systems, these new developments in European law take place in a domain where distinctive legal characteristics are deeply entrenched. Rooted in history and tradition, penal justice should not be viewed as a mere set of technical arrangements. It emerges within a cultural context which overwhelmingly determines its character. The criminal process is the articulation in legal form of the political and cultural constructs that are the norms governing the proper relationships between the state and the individual, the safeguards to be expected from a fair trial, and the nature of judicial truth.¹³ Converging national trends can be perceived under the influence of international legal instruments (most notably the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the case law of the European Court of Human Rights [ECtHR]). Furthermore, similar administrative evolutions are evident in a number of countries (mainly the development of managerialism in criminal justice systems).¹⁴ But in spite of these widely shared tendencies, and the consequent diminishing of the differences between jurisdictions primarily shaped by adversarial and inquisitorial procedural traditions,¹⁵ the existence of distinctive, long-standing national features must be acknowledged: one can observe a variety of very different regimes when it comes to penal processes in Europe.¹⁶

*Dealing with National Diversity in the Area of Freedom,
Security and Justice*

The inextricable link between sovereign state, national culture, and criminal justice makes it an area politically sensitive to governance at the

¹³ On the cultural dimension of penal procedure, see the landmark M. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority* (New Haven: Yale University Press, 1986).

¹⁴ R. Colson and S. Field, 'La fabrique des procédures pénales', *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 65-2 (2010), 13-41.

¹⁵ N. Jörg, S. Field and C. Brants, 'Are Adversarial and Inquisitorial Systems Converging?', in C. Harding *et al.* (eds.), *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1995), 41.

¹⁶ M. Delmas-Marty and J. R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures* (Cambridge University Press, 2002).

supranational level. Unsurprisingly, the expanding ambitions of the EU on criminal matters have been met with resistance. The arrangements whereby some Member States were offered the opportunity not to participate in EU criminal law, the so-called opt-outs, are the most visible sign of national opposition to European harmonization of criminal law. But other signs of resistance are reflected in the European Treaties.¹⁷ Against a background of increasing hostility to deeper European integration, and in the light of the growing potential for conflict between ever-expanding EU law on the one hand, and national legal traditions on the other, EU primary law now emphasizes the need to accommodate national diversity within the European framework. The preamble of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) celebrates 'the diversity of the cultures and traditions of the peoples of Europe as well as the national identities of the Member States and the organization of their public authorities'. This statement echoes the preamble of the consolidated version of the Treaty on European Union (TEU) in which the signatories express the desire 'to deepen the solidarity between their people while respecting their history, their culture and their traditions', and article 4(2), which instructs the Union to respect the 'national identities' of Member States. The celebration of European diversity and the respect for Member States' identity is made very explicit in criminal law matters. The Treaty's common provisions require the EU to respect 'essential State functions' including 'maintaining law and order'.¹⁸ In addition, a specific clause states that the Union 'shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for (...) the different legal systems and traditions of the Member States'.¹⁹

Beyond these symbolic statements, the Treaty of Lisbon provides an institutional framework that reflects concern for the legal diversity of Member States by setting limits to the scope of EU policy on criminal law. First, the confirmation of mutual recognition as the cornerstone of cooperation in criminal matters²⁰ can be seen as a way to limit EU intrusion in national judicial traditions. The mutual recognition principle requires one Member State to accept another Member State's decision as equivalent to its own. In theory, such an approach reduces the need for the adoption of EU

¹⁷ V. Mitsilegas, 'European Criminal Law and Resistance to Communautarisation after Lisbon', *New Journal of European Criminal Law*, 1–4 (2010), 458–480.

¹⁸ Art. 4(2) TEU.

¹⁹ Art. 67(1) TFEU.

²⁰ Art. 82 TFEU.

harmonized legislation and appears less threatening to national criminal justice systems. Second, if nonetheless approximation of criminal laws and criminal procedures appears necessary to the construction of the AFSJ, it has to take place by means of Directives.²¹ Because they only require that a particular result be achieved without dictating the means of achieving it, Member States retain a margin of appreciation as to how to implement EU law and can use this discretion to take into account and preserve their legal traditions. Last but not least, the Treaty of Lisbon provides for a power to delay and withdraw when a Member State considers that a draft Directive ‘would affect fundamental aspects of its criminal justice system.’²² The so-called emergency brake allows a state to request a conciliation procedure in front of the European Council and to refuse to adopt the measure, leaving other Member States to proceed under the ‘enhanced cooperation’ procedure. It is unclear how these provisions will affect the construction of EU criminal policy in practice. They seem to announce a new phase in the construction of European criminal justice which is likely to be dominated by the tensions between harmonization and diversity. This phase will represent a challenge for the EU as the resistance of Member States, already visible in the form of governmental and judicial reluctance to accommodate European advance in this domain, may well develop in the future. It also represents a challenge for European legal scholarship which will need to develop the analytical tools to describe, explain, and possibly influence the balance of the various forces shaping EU criminal justice.

As a rapidly growing field, EU criminal law – be it substantive or procedural – receives a fair amount of academic attention. Throughout Europe, legal scholars have tended to domesticate these supranational rules by analysing them in accordance with their own national academic traditions and by reference to the legal practices within particular Member States. In addition to this fragmented EU law scholarship divided along national and linguistic lines,²³ a multinational community of academics is taking up the challenge of discipline building at the European level through the promotion of academic research and education on EU criminal law.²⁴ A quick glance at the number of academic publications related

²¹ Art. 82(2), 83(1), and 83(2) TFEU.

²² Art. 82(3) and 83(3) TFEU.

²³ B. de Witte, ‘European Union Law: A Common Core or a Fragmented Academic Discipline’, in A. W. Heringa and B. Akkermans (eds.), *Educating European Lawyers* (Antwerp: Intersentia, 2011), 19–41.

²⁴ See, among other transnational academic initiatives, the European Criminal Law Academic Network: www.eclan.eu

to this field demonstrates that the subject is attracting increased interest. New legal journals essentially or even exclusively devoted to this area have appeared, while a number of monographs, collected works, and textbooks have been published on the subject in the last ten years. A closer look at some of these writings shows a new area of specialization is being carved out within the field of European studies. Although English language writings dominate this emerging strand of 'Europeanized' legal studies on EU criminal law, the intellectual paradigm and the academic style of this legal literature is very much continental. The earliest steps in the construction of the discipline were primarily descriptive, offering a technical and positivistic survey of the rapidly changing legal landscapes.²⁵ Yet very quickly this doctrinal work has gone beyond the mere ordering of raw materials to offer an overall assessment of the main instruments of the AFSJ and a critical analysis of its legal details.²⁶ Assuming their academic role of watchdog, European scholars are now turning prescriptive. The need for rigorous evaluation has been emphasized and the so-called Manifesto on European Criminal Policy²⁷ has established 'principles and guidelines for a reasonable criminal policy on the European level' rooted 'in the common European enlightenment tradition.'²⁸ This welcome development of transnational doctrine on EU criminal justice is all the more necessary as the ongoing integration process affects the penal institutions that are at the core of the constitutional orders of the Member States.

Putting EU Criminal Justice in Context

Compared to the area of EU constitutional law and politics, where interdisciplinary, contextual or critical approaches are thriving, one has to admit that we have not seen this surplus of theory spill over into the field of EU criminal law.²⁹ The developing discipline is bringing clarity

²⁵ See, for example, the first edition of A. Klip, *European Criminal Law: An Integrative Approach* (Antwerp: Intersentia, 2009).

²⁶ See, for example, S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd edn (Oxford University Press, 2011).

²⁷ The 'Manifesto on European Criminal Policy' was published in the *European Criminal Law Review*, 1-1 (2011), 86-103. With the 'Manifesto on European Criminal Procedure Law', it is available online on the website of the European Criminal Policy Initiative: www.crimpol.eu

²⁸ Preamble of the 'Manifesto on European Criminal Policy', 86.

²⁹ See already in the early 2000s, J. Shaw, 'The European Union. Discipline Building Meets Polity Building', in P. Cane and M. Tushnet (eds.), *Oxford Handbook of Legal Studies* (Oxford University Press, 2003), 346. More generally, on the challenges faced by European legal scholarship, see R. van Gestel and H.-W. Micklitz, 'Why Methods Matter in European Legal Scholarship', *European Law Journal*, 20-3 (2014), 292-316.

to a subject fraught with technicalities. It is engaging with the shortcomings and inconsistencies of EU construction. It is reflecting on the limits imposed to supranational interventions and stoking academic discussion of the asymmetrical focus on security at the expense of freedom and justice. It is also providing interpretative reflection and conceptual tools likely to assist lawmakers and judges in the task of refining the law in accordance with the European human rights regime. Yet this successful hybridisation of doctrinal legal analysis with a human rights based approach falls short of providing all the conceptual tools needed to explore the paradoxical quality of European aspirations for a form of harmonisation that respects legal diversity. At each step of a cross-border procedure, cultural preconceptions as to the nature of a legitimate criminal justice system (its procedures as well as its punishments) may stand in the way of mutual recognition between European criminal justice systems. Approximation of European criminal laws through harmonization may well be unavoidable. But the strength of domestic traditions may be a serious obstacle to securing political agreement for the setting of common rules (e.g. the proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the EU, eventually abandoned). National conceptions of criminal justice may also be an obstacle to domestic implementation when a measure has been adopted at the European level (for example, Germany had to overcome constitutional hurdles to transpose the Framework Decision (FD) on the EAW). Finally, European legislation may prove to be almost unworkable without national adjustments as a result of the peculiarity of some domestic procedures (for instance, it remains to be seen to what extent the Directive on the European Investigation Order³⁰ will prove workable in adversarial as well as in more inquisitorial systems of criminal justice). To understand and possibly resolve these difficulties, they need to be addressed using sharp concepts developed through doctrinal legal analysis. But such a task also requires us to take into account the cultural dimension of European criminal justice systems.

In an integration process led by law, culture may appear elusive to legal scholars. The conceptual difficulty of using this 'term of art' developed by sociologists of law is heightened by the fact that legal cultures and national identities are now used with normative intent by European and

³⁰ Directive 2014/41/EU of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters.

national courts and legislators to mark out jurisdictional territory on which they can safely claim supremacy.³¹ This political hijacking should not discourage analytical use of the concept. Indeed there is much to gain by a reflection on the contemporary transformations of – and the resistance to – EU criminal justice in the light of a notion that has been the primary tool used by comparative criminologists and socio-legal scholars to reflect on legal transplants and other consequences of globalization in law. In this academic literature, the term ‘legal culture’ is used in a variety of ways. Some authors use it to describe the bundle of ideas, attitudes, opinions and expectations that people have with regard to their legal system while others emphasize the practices and ideologies of legal institutions.³² Indeed the use of the concept of legal cultures is itself highly contested with some leading anthropologists and sociologists of law arguing that there is a danger that talking in these terms about national (or more local) legal practices may lead to ‘oversimplification and the imposition of a general unity on what may be extremely diverse and contradictory elements of ideas, practices, values and traditions.’³³ Thus the notion of legal cultures may itself fail adequately to confront the challenges of legal diversity if it ascribes explanatory force to simple stereotypical labels such as French or Dutch legal culture.

We do not have the space here to enter into a fully argued defence of at least some uses of the concept of legal cultures.³⁴ In essence, we would argue that using this approach encourages comparative scholars to identify and analyse the sense of the normative that is present in particular everyday legal practices, the sense of cultural investment in this way of doing things rather than that. And in its broad emphasis on sociological

³¹ As D. Nelken puts it, the interpretation and definition of the notion of legal culture have ‘illocutionary effects’. Its use, ‘as much prescriptive as descriptive, or prescriptive through being descriptive, can “make” the facts it purports to describe or explain’, ‘Legal Culture’, in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd edn. (Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012), 480.

³² On these various definitions, see S. E. Merry, ‘What Is Legal Culture? An Anthropological Perspective’, in D. Nelken (ed.), *Using Legal Culture* (London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2012), 52–85.

³³ S. Field, ‘Finding or Imposing Coherence? Comparing National Cultures of Youth Justice’, *Journal of Comparative Law*, 5–2 (2010), 216–231, reprinted in Nelken (ed.), *Using Legal Culture*, 306–326. The most sophisticated critiques have come from Sally Merry and Roger Cotterrell. See their chapters in Nelken (ed.), *ibid*.

³⁴ See Nelken (ed.), *ibid*, for widespread discussion from a range of perspectives. The argument briefly set out here, derived from the work of the Welsh cultural theorist Raymond Williams, is more fully presented in Field, ‘Finding or Imposing Coherence?’

and anthropological interpretation, it encourages us to anticipate that making sense of the legal 'other' itself requires an investment of time not just in close doctrinal analysis of rules and the formal intellectual formations used to justify them: it also requires an understanding of institutional and material contexts and implicit assumptions often rooted in a half-articulated common sense and (partly) shared history. This is precisely the kind of approach that we think is required to better understand the way EU criminal policy is implemented or resisted in Member States.

European Legal Culture(s): Brakes and Motors

We have pointed out that the Lisbon Treaty itself exhibits the tensions between harmonisation and diversity that seem likely to dominate the next phase in the construction of European criminal justice. The TFEU provides a legal basis for the 'approximation of criminal laws' but this must be done with 'respect for' (Art. 67) or 'taking account of' (Art. 82) differences in legal systems and traditions of Member States. These aspirations have on the surface a certain obvious paradoxical quality. But of course criminal justice processes – and legal institutions generally – often seek to balance competing objectives. And the approximation or harmonisation of laws requires elimination or reduction of differences only insofar as that is seen as necessary to the particular objectives being pursued: promoting mutual recognition and cross-border judicial and police coordination and cooperation (and the development of mutual trust and understanding that these imply).

Nevertheless, these textual tensions do raise certain questions about the relationship between harmonisation and diversity that might be framed in terms of 'can, ought, and how' questions. First, *can* criminal justice cultures in Europe really be harmonised? To what extent is the diversity of legal cultures and procedural traditions in Europe likely to act as a constraint which threatens any such process? Secondly, there are 'ought' questions about the normativity of legal diversity: how far does a valuing of legal cultures and procedural traditions suggest that we should defend diversity and deny the desirability of any 'coming together' in Europe? Lastly, if some kind of harmonisation is both possible and desirable, *how* might different legal cultures come together and what difficulties can one envisage in such a process?

*'Can' Questions: The Diversity of European Legal Cultures and
the Possibility of Harmonization*

To take the 'can' question first and consider the extent to which diverse legal cultures might operate as constraints on change, a pessimistic answer might see the power of local legal cultural interpretations as a kind of 'wrecking ball' for harmonization: legal attempts to 'come together' in EU criminal justice or other spheres are thus doomed to failure or at least inherently unpredictable in outcome. This is because even apparently common formal rules will always be understood in fundamentally different ways. The strongest version of this kind of argument is associated with Pierre Legrand's well known argument that common law and civil law ways of thinking about law (*'mentalités'*) are irreducibly distinct and thus the ambition of European legal integration is an illusion.³⁵ But as the recent debates mentioned earlier suggest, there is a danger in representing legal cultures as central organising concepts with too much stability and unity.³⁶ Legal cultures often embrace very diverse and contradictory practices because they tend to be hybrid and creolized, formed of borrowings, transplants and translations of other legal practices in other places and times.³⁷

To give this argument a more concrete form, across Europe in recent years, we have seen significant shifts in central aspects of established procedural traditions, including some more or less explicit borrowing from legal traditions elsewhere. To cite the most obvious example: in 1989 Italy, a country with strong historical roots in the inquisitorial tradition of criminal procedure, adopted a new Code of Criminal Procedure founded on an Italian version of adversarial procedures. This speaks to the capacity for profound ruptures with cultural inheritance. More broadly across Continental Europe, negotiated settlement has often been seen as antithetical to inquisitorial traditions of the active truth-finding judge. Yet we have seen the rise in recent years of various forms of exactly that with adoption of practices that look rather like plea-bargaining.³⁸ Borrowings may

³⁵ P. Legrand, 'European Legal Systems Are Not Converging', *International and Comparative Law Quarterly*, 45-1 (1996), 52-81.

³⁶ R. Cotterrell, *Law, Culture and Society* (Aldershot: Ashgate, 2006), 141.

³⁷ Merry, *What Is Legal Culture?*

³⁸ F. Tulkens 'Negotiated Justice', in M. Delmas-Marty and J. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures* (Cambridge University Press, 2002), chapter 12, 641-687; M. Langer,

be more or less explicit: some French authors themselves have described a recent innovation – *la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* – as ‘plea-bargaining à la française’. Elsewhere, in England and Wales the new Criminal Procedure Rules, originally introduced in 2004, place a duty on the judge to actively manage cases in the pre-trial process. This more cooperative and judge-defined approach to pre-trial preparation is designed to promote earlier settlement and pre-trial resolution of some decisions relating to evidence and law. Some commentators have seen this as a development of inquisitorial practices (which is highly debatable) but it does look like a significant modification to traditional adversarial assumptions given that the judge is traditionally passive in an adversarial pre-trial phase dominated by the autonomy of parties.³⁹

This suggests that traditional cultural practices in law are characterised as much by fluidity as by stability, by complexity as much as unity, and by interaction with other legal cultures rather more than isolation. This means that the influence of particular legal cultures and traditions on what can be thought and done in a particular context is real but is not usually determining in the sense of dictating unchanging practice and excluding the modification even of legal fundamentals. It would be a brave person who would be prepared to predict how the adversarial and inquisitorial traditions will be interpreted and operationalized in Europe in twenty years’ time. Legal cultures are continually being made and re-made.

Nevertheless, legal cultures and traditions might be thought to be determining in a weaker sense in that they exert pressures towards particular kinds of thinking and place obstacles in the way of alternatives.⁴⁰ To return

‘From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalisation of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Process’, *Harvard International Law Journal*, 45–1 (2004), 1–63; T. Weigend ‘The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure’, in J. Jackson, M. Langer and P. Tillers (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (Oxford: Hart 2008), 39–64; L. Marifioti, ‘Italian Criminal Procedure: A System Caught Between Two Traditions’, in Jackson, Langer and Tillers (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context*, 81–98; A. Taleb, ‘Les procédures de *guilty plea*: plaidoyer pour le développement des formes de justice ‘négociée’ au sein des procédures pénales modernes. Etude de droit comparé des systèmes pénaux français et anglais’, *Revue internationale de droit pénal / International Review of Penal Law / Revista internacional de derecho penal*, 83–1/2 (2012), 89–108.

³⁹ J. McEwan, ‘From Adversarialism to Managerialism: Criminal Justice in Transition’, *Legal Studies*, 31–4 (2011), especially 519–528 and 537–546.

⁴⁰ See R. Williams, *Marxism and Literature* (Oxford University Press, 1977), 83 *et seq.*, and *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society* (London: Fontana, 1983), 98 *et seq.* for this weaker sense of determination.

to Italy – where such a public adoption of adversarial legal structures was made in 1989 – it still has a public prosecutor whose role in directing and supervising police investigations is much more consonant with the inquisitorial tradition than the adversarial. Even its shiny new adversarial trial processes with their requirements that witnesses should be cross-examined at trial can apparently be side-stepped by a whole range of ‘exceptional processes’, which enable decision making on the dossier.⁴¹ Recent empirical work by Penny Darbyshire suggests that the brave new world of active judicial case management in England and Wales is often mediated by judicial preference for more traditional ways of doing things.⁴²

*‘Ought’ Questions: The Virtues and Vices of
Harmonization and Diversity*

So while the outcomes of criminal justice harmonization are likely to be mediated by established legal cultures, there seems no reason for thinking harmonization some kind of mission impossible. But is this a mission with desirable goals? Should we see diversity of local or national legal cultures and traditions as something to defend and thus harmonization as something to resist? Does a commitment to analysis in terms of comparative legal cultures cast the researcher as some kind of impassioned collector of legal butterflies seeking not only to map out but to preserve species diversity? Clearly not. However, one can construct a variety of arguments for promoting diversity in legal cultures. If we see legal cultures expressing themselves in the normative weight that accumulates around certain established practices (the jury for the adversarial tradition, the *juge d’instruction* or more broadly the active truth-finding judge for the inquisitorial) then one might conclude that things are done like that not because that is one convenient way of doing things but because that is *our* way of doing things. Notions of national identity, confidence and pride may be rooted in these particular practices.

But this looks rather like a descriptive argument about the impact of legal cultures dressed up as normative justification: some terrible things have been defended in the name of national identity and pride. A more precisely normative argument might be to emphasize that decision-making in criminal proceedings should be seen by the public as not only

⁴¹ Marifioti, *Italian criminal procedure*, especially 88–91.

⁴² P. Darbyshire, ‘Judicial Case Management in Ten Crown Courts’, *Criminal Law Review* (2014–1), 30–50.

effective but also fair and legitimate. But how we see what is fair and legitimate in criminal proceedings often depends on conceptions of relations between the state and the individual. And that depends on political and legal cultures and traditions that are themselves very diverse in Europe.

For example, historians such as Brewer and Styles, Douglas Hay, and E. P. Thompson have shown the way that notions of fair criminal procedure in England and Wales have been shaped by the importance of direct citizen participation.⁴³ Others have shown the way the notion that the independence of the police (constabulary independence) is a guarantee of legality in criminal process is rooted in a very particular political history.⁴⁴ All this seems very odd to the Dutch, to whom close supervision of the police by career prosecuting magistrates representing the public interest seems a much better guarantee of truth-finding and fairness than leaving complex legal decisions to know-nothing citizens and police autonomy. But to identify one way of viewing the world and not the other as preferable seems partly to miss the point: their legitimacy is rooted in particular histories and the relations between individual and state that they confirm.⁴⁵ That suggests that at the very least we need to define carefully the gains from harmonisation.

There is a danger of cultural relativism in the kind of reasoning we have just outlined that ignores the possibility that harmonisation might lead to the creation of standards that are higher than those that prevail in at least some EU states in relation to at least some matters. Local cultural norms may derive from, or be rooted in, authoritarian or discriminatory political cultures, corrupt or self-serving official or professional practice. For those with longer memories of the United Kingdom, one could say that the activities of the West Midlands Regional Crime Squad in the 1970s and 1980s reflected a certain local historically situated culture of policing. But that cultural resonance does not make a strong normative case for putting bin bags over people's heads until they pass out or they confess.⁴⁶

⁴³ J. Brewer and J. Styles, 'Popular Attitudes to Law in the 18th Century', in J. Brewer and J. Styles (eds.), *An Ungovernable People* (London: Hutchinson, 1980); D. Hay, 'Property, Authority and the Criminal Law', in D. Hay, P. Linebaugh, and E.P. Thompson (eds.), *Albion's Fatal Tree* (London: Allen Lane, 1975); E.P. Thompson, *Whigs and Hunters* (London: Allen Lane, 1975).

⁴⁴ L. Lustgarten, *The Governance of Police* (London: Sweet and Maxwell, 1986).

⁴⁵ C. Brants and S. Field 'Legal Cultures, Political Cultures and Procedural Traditions: Towards a Comparative Interpretation of Covert and Proactive Policing in England and Wales and in the Netherlands', in D. Nelken (ed.), *Contrasts in Criminal Justice* (Aldershot: Dartmouth, 2000), 77–115.

⁴⁶ T. Kaye, *Unsafe and Unsatisfactory? Report of the Independent Inquiry into the Working Practices of the West Midlands Police Serious Crime Squad* (London: Civil Liberties Trust,

To analyse legal practices and their underlying assumptions in terms of legal cultures is to make no necessary judgment about the political or professional morality of the cultures involved. Whether a legal culture deserves respect surely depends on some kind of normative evaluation of its claims to procedural fairness, truth-finding effectiveness and respect for broader political principles like democracy and the rule of law.

For the EU the explicit starting point is that the construction of better judicial and police cooperation in cross-border crime control depends on mutual trust and that strengthens the case for certain common standards. So one obvious hope is that European standards exist, or are being developed, or may develop in the coming years that could improve the quality of at least some of these aspects of criminal justice in some Member States. Given the indirectness of the democratic authority of the Council and the low turn outs in European elections, the arguments in terms of procedural fairness and the rule of law are more likely to run than those from democracy. On the one hand, the fact that the EU has only started to issue Directives on suspects' rights long after the EAW and a series of other measures on particular crime control issues have been introduced might be cause for pessimism on procedural fairness. But on the other hand, one cause for optimism might be chauvinistic empathy: we may find that national media and perhaps the citizens of Member States are more exercised by mistreatment of their citizens in other member's police stations than they are in their own. And if there are some who see in the decisions of the ECtHR the basis of a shared European culture of criminal process,⁴⁷ it is possible to envisage the creation over time of an 'EU culture of criminal justice' that reflects common European notions of the proper relations between state and individual. The pessimists may suggest that the EU is insufficiently homogenous as an institution or too isolated from its citizens to produce norms that are 'culturally embedded'. But the creation of new Directives on the rights of the victim or the suspect in criminal process may provide a key opportunity for the Court of Justice to build a set of norms for EU criminal justice that have their own cultural coherence rooted in key general principles. If this is so, it

1990). For a brief flavour, see I. Burrell and J. Bennetto, 'West Midlands Serious Crime Squad: Police unit to blame for "dozens more injustices"', *The Independent*, 1 November 1999: www.independent.co.uk/news/west-midlands-serious-crime-squad-police-unit-to-blame-for-dozens-more-injustices-1120219.html (Last accessed: 11 September 2015).

⁴⁷ J. Jackson, 'The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment', *Modern Law Review*, 68-5 (2005), 737-764.

may be best to see the EU harmonization project in terms of both risks and opportunities: opportunities for improvements in the quality of justice but risks of a gap growing between legal institutions and the popular sense of justice in the Member States if we do not 'respect' key elements of diverse legal traditions and cultures.

So far we have argued that the existence of diverse national legal cultures does not render some kind of EU harmonisation project impossible. But certain fundamental aspects of the diverse legal cultures of Member States may be linked in complex ways to a sense of political tradition and national identity in that they depend on particular visions of the relationship between citizen and state. The extent to which those various legal cultures reflect a 'proper' balance between collective interests in security, the efficient management of resources, liberal notions of the rule of law, and individual human rights, is itself a matter for political discussion. In the past that discussion has been principally conducted at national level. But the processes captured by terms like globalization and Europeanization, such as the increased movement of people, goods, services and communications between nation states, means that discussions about the direction of criminal justice in one country will increasingly be affected by what happens in others. What is more, nation states will increasingly have an interest in the quality of justice not just in directly neighbouring states but in other states with whom they have links through those movements of people, goods, services and communications. Thus political dialogue about the quality of criminal justice is likely, despite the strength of the claims of national sovereignty in this context, to become increasingly transnational. The European Union provides both an obvious example of the kind of increasing flows that seem to require broader collective discussions and an institution with some kind of political will and institutional framework to conduct them.

'How' Questions: Diversity in Harmonization

Clearly there are intrinsic difficulties in determining what differences should be accepted in the name of political and cultural diversity and what should be regarded as a common minimum standard to which all must not just aspire but also be held accountable. These are problems with which the ECtHR has wrestled for some years in a range of contexts. But what particular difficulties do diverse legal cultures bring to the process of political dialogue and legal debate where this concerns the definition of both minimum standards and margins of cultural appreciation? What impediments

might exist to effective communication and collective decision making? We have time, within the confines of this chapter, to evoke only two.

First, there is the problem of comparing current national practices in order to make decisions about the way forward. Building common European criminal justice norms seems to imply the development of standardized comparisons on which to base judgment. But common policy making is difficult if data on current practices across the EU are not comparable. There are developing mechanisms within the European Union for gathering data on crime and the response of criminal justice systems, and there is some recognition that for the moment – for a variety of reasons – these data are often not complete or reliable and certainly not comparable across Member States (see for example the chapter in this volume by Weyembergh and Wieczorek). Here the danger is that questions about incommensurability and the difficulties of comparing like with like are seen as merely technical (if complex) difficulties to be solved by agreements to pursue common counting methods. But we need to prepare for the prospect that in reality the categories that can be counted will often not be the same across Member States exactly because different legal cultures are associated with different institutional arrangements, which make distinctions in different places.

For example, suppose one wants to do something very simple such as compare the number of youths coming into different criminal justice systems such as Italy and England and Wales.⁴⁸ The Italian Ministry of Justice measures the total number of minors notified to the Public Prosecutor by the police. But in England and Wales the data are not collected in the same way. There is data on offences reported and recorded by the police, there are court data from the official Judicial Statistics and Youth Justice Board data (based on returns by Youth Offending Teams). None of these data sources corresponds to the Italian concept of minors or offences reported by the police to the Prosecutor. And if one were to start counting cases reported to the Prosecutor in England and Wales then that would still not be comparing like with like because the legal rules and cultural significance of the police reporting incidents to the Prosecutor is completely different. In Italy, reporting to the Prosecutor

⁴⁸ The example in this paragraph is drawn from the ongoing study by S. Field and D. Nelken which compares youth justice in Italy and (England and) Wales. See S. Field and D. Nelken, 'Early Intervention and the Cultures of Youth Justice: A Comparison of Italy and Wales', in V. Gessner and D. Nelken (eds.), *European Ways of Law* (Oxford: Hart, 2007), and 'Reading and Writing Youth Justice in Italy and (England and) Wales', *Punishment and Society*, 12–3 (2010), 287–308.

is a key trigger for supervisory arrangements (reasonably) common to jurisdictions influenced by the inquisitorial tradition but unknown in England and Wales. What this illustrates is the fundamental difficulty of trying to identify and isolate comparable elements that can be counted within criminal justice systems that operate according to different legal cultures (and thus different established institutional categories). In a policy world increasingly dominated by the search for quantitative indicators upon which to base comparison and decision making, this is likely to pose on-going difficulties.

The second way in which the diverse national legal cultures of the Member States may create impediments to effective communication and collective decision making is through the variable interpretive assumptions which they bring to the understanding and implementation of legal norms. Underlying cultural assumptions may shape the effective meanings of legal texts in places in ways that are not necessarily obvious to the outsider.⁴⁹ Apparently, familiar concepts may mean different things in different jurisdictions depending on local interpretation. For example, the principle of 'orality' in trial proceedings is one that underpins criminal procedure in a number of European jurisdictions but what that means in practice – in terms of whether witnesses actually come and give evidence at trial – is completely different.⁵⁰

This means that making change through common formal rule-making may lead to variable and perhaps even unpredictable interpretation in different legal cultures. We are currently waiting for the transposition and implementation of a range of very important Directives on suspects and victims' rights⁵¹ and the European Investigation Order.⁵² Perhaps the most obvious danger is that common Directives may give rise to a degree of harmonization of legal texts which is not matched by the same degree of harmonization of criminal justice practices on the ground as each Member State interprets concepts in ways that fit its own legal culture and tradition. Research for the European Commission into the implementation of

⁴⁹ For an investigation of the underlying cultural influences shaping the effective meaning of defence rights in France, see S. Field and A. West, 'Dialogue and the Inquisitorial Tradition: French Defence Lawyers in the Pre-trial Criminal Process', *Criminal Law Forum* 14 (2003), 261–316.

⁵⁰ Delmas-Marty and Spencer, *European Criminal Procedures*, *passim*.

⁵¹ Esp. Directive 2012/29/EU of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and Directive 2012/13/EU of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings.

⁵² Directive 2014/41/EU of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters.

the 2001 FD on victims' rights suggested widespread violation amongst Member States but that the States generally claimed to be in conformity. In part the dissonance between these claims was linked to substantial local variations in the way the rights were interpreted.⁵³

But even beyond the question of interpretation of rights according to assumptions of a particular legal culture, we need to understand legal cultures in terms of the material and institutional contexts in which rules are applied.⁵⁴ For example, the effective meaning of defence rights is not just a matter of local interpretation but also the underpinning contexts of implementation: the availability of legal aid and its calculation, the institutional organisation of criminal defence within the local legal profession and in particular the organisation of duty-lawyering by local Bars.⁵⁵ All these provide particular material, institutional contexts that support traditional cultural assumptions as to the role of the defence lawyer in the pre-trial process. Comparing defence lawyers' practices across a range of European jurisdictions, the impact of both local cultural interpretations and institutional contexts on the real meaning of access to a lawyer is very evident.⁵⁶

But the EU is not defenceless in the face of diverse local contexts and interpretations. It can respond with more clearly defined requirements in subsequent legislation and there is the control of textual interpretation by the Court of Justice of the European Union (ECJ). So if harmonizing Directives are subject to variations in national interpretation and implementation, then those variations will in turn be subject to subsequent review. Over the last few years we have seen the way in which the ECtHR, even from a weaker institutional position, has been able (while recognizing cultural differences) to develop what John Jackson has described as a participatory model of criminal process and to develop some kind of dialogue around the way that Article 6 of the European Convention on

⁵³ Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. The research is reported in M. S. Groenhuijsen and A. Pemberton, 'The EU Framework Decision for Victims of Crime: Does Hard Law Make a Difference?', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 17 (2009), 43–59.

⁵⁴ Field, 'Finding or imposing coherence'.

⁵⁵ For an illustration based on an empirical study in France, see Field and West, 'Dialogue and the Inquisitorial Tradition'.

⁵⁶ E. Cape, J. Hodgson, T. Prakken, and T. Spronken (eds.), *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union* (Antwerp-Oxford: Intersentia, 2007); E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, and T. Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe* (Antwerp-Oxford: Intersentia, 2010); J. Blackstock, E. Cape, J. Hodgson, A. Ogorodova, and T. Spronken (eds.), *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions* (Antwerp-Oxford: Intersentia, 2014).

Human Rights may be interpreted in the light of different legal traditions.⁵⁷ And given the plural nature of national legal cultures, such interventions can play an important role in shaping debate between competing visions within a Member State. For example, *Salduz*⁵⁸ (on the right to a lawyer in the police station) and the following decisions have played a key role in debate in France between different views as to how far one might introduce *le principe du contradictoire* into the police station.⁵⁹

If the ECJ has an interpretative role to play in resisting local variation then so too does the cumulative effect of European legislation. If there is good enough comparative research, many variations in interpretation may be known in advance or they may be discovered during discussions (for example, during the negotiations on the content of a Directive). Forewarned, legislators may seek to clarify meaning or define more closely the material and institutional contexts within which implementation should take place. Thus the impact in practice of Directives on suspects' rights will depend in part on whether it is supported by a Directive on legal aid for defence services which requires a certain level of training and accreditation for those delivering those services.⁶⁰ In the short term the economic climate is not favourable. In the longer term the key question is how far the EU is willing to drill down to those matters over which it has fewer or less direct levers of influence (such as the culture of the local criminal defence lawyers in Member States). The alternative approach is seek to exploit variations in interpretation and implementation politically to claim a relatively easy short term victory in the adoption of a common Directive while not worrying too much about continuing diversity on the ground. The recent Victims' Directive is seen by some as showing depressing evidence of this latter approach.⁶¹

⁵⁷ Jackson, 'Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes'.

⁵⁸ *Salduz v Turkey*, 36391/02, ECHR, 27 November 2008.

⁵⁹ *Le principe du contradictoire* implies defence rights to know the prosecution case, to make representations in relation to it and to appeal against adverse decisions. Generally see A. Dorange, S. Field, 'Reforming Defence Rights in French Police Custody: A Coming Together in Europe?', *International Journal of Evidence and Proof*, 16–2 (2012), 153–174.

⁶⁰ On 27 November 2013 the Commission made recommendations (2013/C 378/03) on the right to legal aid which were intended to complement the Directive on the right of access to lawyers. It was recommended that a system of accreditation and training should be put in place to ensure the quality of legal aid lawyers. Consideration were to be given as to whether legislative measures were necessary. Two years later and the Justice and Home Affairs Council, 13 March 2015, seems to have made little progress: www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2015/03/st07178_en15_pdf/ (Last accessed: 11 September 2015).

⁶¹ M. Mousmouti, 'The Victims' Directive and the Reality of Victims' Rights in the EU', and H. Xanthaki 'Legislative Quality in the AFSJ: The Victims' Directive', Conference

Approach and Structure of the Book

This book aims to address these complex difficulties by drawing together a range of academic perspectives. EU lawyers have only recently started to reflect on the legal significance of the constitutional identity of Member States in the process of European integration. As for comparative criminologists and socio-legal scholars working on the consequences of globalization in criminal justice, they are only just beginning to focus on the reciprocal influences between EU law and the diversity of legal traditions. Each of these two academic tribes has much to learn from the other. This volume, which represents the beginning of that necessary 'cross-pollination', suggests new paths bridging the boundaries between these two separate fields of legal knowledge in the study of EU criminal justice. It combines analytical approaches rooted in the social sciences with more normative approaches based on legal doctrine in order to examine the implications of cultural difference for the construction of a common AFSJ.

The following three chapters of the book examine the construction of a common European policy in the field of criminal law. Chapter 2 written by Anne Weyembergh and Irene Wieczorek, reflects on the current state of this project and asks: 'Is there an EU criminal policy?' They argue that EU interventions in the criminal field are guided by programmes and action plans but they do not follow any consistent policy or strategy; they do not implement a 'vision'. So far, the approach has been events-driven, *ad hoc* and eclectic. The authors elaborate a general concept of criminal policy and set out the prerequisites for building one at the European level. They address the challenges that this process will face, assessing and taking stock of the first documents issued by EU institutions on this theme. Finally, the chapter presents some thoughts on the implementation and evaluation of the EU integration project in relation to criminal law. Although European criminal policy is still under defined, Chapter 3, written by Renaud Colson and Thomas Elholm, reveals that in reality 'the symbolic purpose of EU criminal law' is already evident. Drawing on the sociology of punishment, especially on the academic literature, which has emphasized the expressive dimension of punishment, this chapter argues that the symbolic function of criminal law, clearly observable at national level in the Member States, also has significance at the level of the European Union. Just like national

governments, the Union may have good strategic reasons to enact criminal law with strong elements of a symbolic function. On the one hand, it expresses the collective identity of the Union in the name of its people through the assertion of core values, while on the other, it entrenches a belief in the indispensable nature of EU action. However, it remains to be seen whether this integration through criminal law is technically possible and politically safe. In Chapter 4, Marianne Wade points to another kind of risk in the construction of EU criminal justice in her explanation as to 'why some old dogs must learn new tricks' rather than unthinkingly adopt national practices at the European level. Drawing on empirical research, which demonstrates that, over the last few decades, prosecutorial case settlement has become embedded in the national working cultures of most Member States, she warns against the transplant of these routine practices to the new European Public Prosecutor Office. EU criminal justice is not a higher version of national systems she argues, but a very specific entity in its own right which will have to deal with Europe's most serious criminals. 'Recognising the new in EU criminal justice' requires that we reject at the European level the very negotiated justice that has become such a clear converging feature amongst the diverse legal cultures of Member States.

The four following chapters explore some of the paths that may be followed by the EU in seeking to cope with national diversity in the field of criminal justice. Chapter 5, written by Antoine Mégie, focuses on 'Eurojust in action' and looks for empirical evidence that this European agency devoted to judicial cooperation offers an appropriate framework for 'the institutionalisation of a European legal culture.' Based on a series of interviews with prosecutor-magistrates appointed by each Member State and their counterparts in national jurisdictions, this chapter examines the practices of the agents of Eurojust and the constraints placed on their action. Sociological analysis of the beliefs and practices of these key legal professionals reveals that Eurojust is not really disseminating a European judicial culture but rather contributing to the management of operational cooperation in a way which acknowledges diversity amongst Member States' legal systems and renders them compatible. In contrast with this descriptive and empirical approach, Chapter 6, written by Jacob Öberg, provides a prescriptive argument as to how legal differences should be addressed in the development of EU criminal policy. In his consideration of the proper relations between 'legal diversity, subsidiarity and harmonization of EU regulatory criminal law', he asks whether the internal market justification for harmonization of EU criminal law under Article 83

(2) TFEU is defensible. His answer starts from the proposition that empirical socio-legal research on the nature of cultural differences supports the protection of legal diversity and opposes excessive harmonization of national criminal laws. Furthermore, both the Edinburgh Guidelines and the Court of Justice's ruling in *Tobacco Advertising* on the scope of EU powers suggest that the EU can only harmonise national criminal laws where it shows that this will make, in comparison to Member State action, a 'significant' contribution in correcting 'market failures'.

When, nonetheless, the path of European harmonization is taken, EU law provides a variety of techniques to promote the integration of various jurisdictions of Member States. European judge-made law is one of them as demonstrates Chapter 7, written by Valsamis Mitsilegas. This contribution focuses on 'the role of autonomous concepts' in 'managing legal diversity in Europe's area of criminal justice'. The contribution of the European Court of Justice in developing legal notions applicable throughout the EU is crucial. The chapter explores the rationale and method of the development of these concepts and describes how they enable co-operation between national legal orders in the EU. It also provides an assessment of the impact of autonomous concepts on the particular development of substantive EU criminal law. Finally, the author highlights the way that the case law of the Court is gradually evolving from a tool of legal adaptation managing national legal diversity to a key motor driving the development of a common legal culture in Europe's area of criminal justice. Such an evolution sometimes goes along with a reshaping of national legal traditions when EU criminal law, as interpreted by the European Court of justice, claims supremacy over constitutional rules entrenched in national legal order. In Chapter 8, Lorena Bachmaier Winter explores the 'limits of European pluralism' in her analysis of the treatment of 'European legal diversity at the Luxembourg Court.' She takes the recent Melloni case as an example of how normative conflicts between the EU and Member States are being resolved. Beyond the technical yet essential issues raised by the case, which dealt with the (non-)execution of a European arrest warrant issued upon a conviction determined *in absentia*, loomed a crucial question: which norm should prevail when national constitutional law gives more protection to fundamental rights than EU law? Beyond its significance for European judicial cooperation and its constitutional consequences for the national hierarchies of norms, this ruling provides a test case for the assessment of how European and national constitutional courts deal with the challenges of legal pluralism. The chapter examines

the reaffirmation in this case of the primacy of EU law in the face of the legal diversity of Member States. It also explores the notion of national identity as a possible tool to tame this diversity while reflecting on the quality of judicial dialogue between the European Court of Justice and Member States' constitutional courts.

The last four chapters provide some insights into various forms of legal and cultural resistance offered by Member States to the European harmonization process in the field of criminal justice. Chapter 9, written by John Jackson, analyses the 'cultural barriers on the road to providing suspects with access to a lawyer' in EU legislation. He examines the gap between the provisions outlined in the original Commission proposal and those eventually accepted by the Member States for the latest Directives. According to the author, the difficulties in reaching consensus can be attributed to different conceptions of the functions of the right to legal advice and assistance in custodial interrogation. Resistance to the safeguards drawn up originally by the European Commission was neither due to any fundamental legal cultural objection to the concept of access *per se* nor the consequence of ingrained nationalism on the part of Member States. It resulted from an unwillingness across legal traditions and Member States alike to embrace a particular vision of defence participation that might disturb the state management of cases in the pre-trial phase of criminal procedure. Other forms of resistance can be observed such as those analysed in Chapter 10 by Renaud Colson. He draws on the example of the European Arrest Warrant (EAW) to show how the domestication of European legislation in Member States leads to a complex process of fragmentation and acculturation of EU criminal law. Careful comparative observations of the processes of transposition of the EAW Framework Decision suggest that the successful implementation of this piece of legislation conceals entrenched differences and remarkable divergences between Member States' legal systems. Yet this diversity in the law of surrender does not refute suggestions of a rapprochement of domestic jurisdictions through European legal harmonization. Indeed, the development of judicial cooperation tools such as the EAW is fostering a remarkable cultural convergence impacting on national legal systems in a much deeper way than one might think given the persistent diversity of national procedures of surrender between Member States. Yet the malleability of national legal cultures is not absolute as Chrisje Brants shows in Chapter 11, by asking 'what limits to harmonising justice?' Her contribution uses an issue in substantive criminal law (the criminalisation of hate crime) and an area

of criminal procedure (access to a lawyer) as case studies to examine how processes of convergence unfold and what their limits might be. The chapter argues that enforcement mechanisms in the procedural field, however deficient in some respects, can combine to produce considerable external pressure on Member States to conform to a common European norm. In contrast, while it is perfectly possible to 'harmonise' substantive law on paper, *de lege* harmonisation is not *de facto* convergence. Harmonization of substantive criminal law appears particularly difficult in the light of cultural differences in attitudes to the use of criminal law as a means of social control and corresponding differences in the organisation and distribution of powers in criminal justice. Among these forces of resistance to European integration, Member States judiciaries play a crucial role as illustrated in Chapter 12. This contribution, written by Estella Baker, provides a close reading of a recent Court of Appeal decision in England and Wales which turned out to be 'an unhappy encounter with EU law'. In this case, defendants appealed against their criminal convictions before the domestic courts on the grounds that they were a violation of EU Law. Taking the judgment on its own terms, the Chapter offers a critique of the court's reasoning from a doctrinal point of view. It then focuses on rhetorical resistance, drawing out of the judgment its explicit and implicit expressions of opposition to the intrusion of European laws. Appropriately, the author concludes the chapter – and the book – by speaking to the judicial treatment of themes of sovereignty and respect for national procedure and tradition in the light of demands for the reception of EU law within the domestic criminal justice system.

This is a pre-copyedited, author-produced PDF of a chapter published in R. Colson & S. Field (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 48-64.

More information on the book available online at: www.cambridge.org/9781107096585

The symbolic purpose of EU criminal law

Thomas Elholm and Renaud Colson

“...seemingly without the criminal, the cohesiveness of society would disappear...”

Mead¹

Abstract. Drawing on Durkheim’s sociology of law and the contribution of other authors who have emphasized the expressive dimension of punishment, this paper argues that the symbolic function of criminal law, which can be observed at the national level in European Member States, also has significance at the level of the European Union. Just as national governments, the Union may have good strategic reasons to enact criminal law with strong elements of symbolic function. But such a policy raises many problems.

Introduction

Émile Durkheim was one of the first sociologists to construct an influential theory on the symbolic function of criminal law. In his view, punishment and criminal law cannot be regarded as merely technical tools to prevent and combat crime. They are first and foremost symbols which express certain public beliefs and common moral values.² According to Durkheim there is a causal relationship between social and moral life within a society: “if there is one thing that history has irrefutably demonstrated it is that the morality of each people is directly related to the social structure of the people practicing it”.³ The relationship is visible in several ways, but a key notion for Durkheim is the *conscience collective*. In every society there must exist a set of beliefs and sentiments, which are shared by the average citizen⁴ and constitute the *conscience collective*. To some degree the society is even held together by this common set of beliefs and sentiments. Thus,

¹ G.H. Mead, “The Psychology of Punitive Justice”, *The American Journal of Sociology*, 22 (1918), 591.

² Durkheim’s theory of punishment runs through several of his works, including his famous book *De la division du travail social* (Paris, Alcan, 1893), transl. by G. Simpson: *The Division of Labour* (New York, Macmillan, 1933). It is developed at length in *L’Éducation morale* (Paris, Alcan, 1934), transl. by E. K. Wilson: *Moral Education* (New York, Dover Publications, 2011), and in the article ‘Deux lois de l’évolution pénale’ in *Année sociologique*, 4 (1899-1900), 65-95 (Repr. as chapter 4, “The Evolution of Punishment”, in S. Lukes and A. Scull (eds.), *Durkheim and the Law*, 2nd ed. (London, Palgrave Macmillan, 2013)).

³ E. Durkheim, *Moral Education* (New York, Dover Publications, 2011), p. 87.

⁴ E. Durkheim, *The Division of Labour in Society* (New York, Macmillan, 1933), p. 79.

conscience collective is not only a common, shared set of beliefs and sentiments, which is embodied in the social life. It is also constitutive of social solidarity.

Penal law and penal sanctions are manifestations of the *conscience collective*.⁵ By committing a crime the offender is not only violating provisions of law, but also the moral order and the *conscience collective*. By punishing the offender, society is not only taking revenge and trying to prevent criminal behavior, but also – and primarily – reaffirming and strengthening the moral order, the shared moral beliefs and sentiments. This reaffirmation strengthens social bonds. It is worth mentioning that penal law holds a special position in the legal system, because violations of penal law are (often) associated with strong sentiments or emotions deeply rooted in society.⁶ Core crimes violate “sacred” sentiments within society. Thus, penal law is not just any kind of law, but the kind of law which citizens are often passionate about, and punishing violations of the criminal law thus becomes an important manifestation of the *conscience collective*. It is a kind of glue holding society together. There are other kinds of glue – Durkheim points out – tort law, contract law etc. However, punishment and criminal law holds a special position, because punishment is a result of violations of strong sentiments or emotions deeply rooted and integrated in a society – at least this goes for some violations of criminal law.

Durkheim’s theory has been subject to many criticisms.⁷ His account of penal evolution hardly fits with historical facts and his description of the relationship between social sentiments and criminal law as unilateral rather than interactive can easily be refuted: “state actions do not simply ‘express’ such sentiments – they also seek to transform and reshape them in accordance with a particular vision of society”.⁸ The very notion of *conscience collective* has been criticized for ignoring the contradictions in collective sentiments and neglecting how dominant groups shape popular representations. Last but not least Durkheim overlooks the instrumental dimension of the criminal justice system in the restraint of offenders and the control of crime which are central in most contemporary criminological thinking. On the contrary Durkheim emphasizes moral aspects of punishment’s meaning which are not uppermost in Western pluralistic societies and can hardly account for the development of regulatory criminal law.

Yet in spite of these problems, some core elements of Durkheim’s theory might still be valid today and provide useful conceptual resources to understand the contemporary transformation of criminal justice systems in Europe. On the one hand Durkheim points out that criminal law is a cultural fact and suggests that it rests upon determinant social factors out of reach of the legislator. In doing so, he offers a valuable explanatory framework for persistent differences between domestic criminal laws in the face of approximation efforts at the European level. On the other hand, his theory accounts for the symbolic dimension of criminal law policies, an oft-overlooked aspect of legal reforms in Europe, where criminal justice seems nowadays to be goal-oriented towards crime control and grounded in instrumental rationality. In the face of traditional theories of punishment,

⁵ E. Durkheim, *The Division of Labour in Society* (New York, Macmillan, 1933), p. 228.

⁶ E. Durkheim, *The Division of Labour in Society* (New York, Macmillan, 1933), p. 64 and p. 79.

⁷ See among others D. Garland, “Durkheim’s Theory of Punishment: A Critique”, in D. Garland and P. Young (eds), *The Power to Punish* (London, Heinemann, 1983), chap. 3.

⁸ D. Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (The University of Chicago Press / Oxford University Press, 1990), p. 54.

which underline the need for deterrence, incapacitation or rehabilitation of offenders, Durkheim reminds us that criminal law is also a means of expressing common moral values and social solidarity. Irrespective of its legal effect and its actual implementation the enactment of new penal legislation can sometimes fulfil the function of affirming shared ideals and strengthening social bonds. Criminal law can be used to foster moral cohesion and to create some sense of collective identity. It can also be used to reinforce the legitimacy of the legal authority which channels popular punitive passions, sometimes at the expense of marginalized segments of society.

Drawing on this explanatory framework, based on Durkheim's theory and the contribution of other authors who have emphasized the expressive dimension of punishment⁹ this chapter argues that the symbolic function of criminal law, which can be observed at the national level in European Member States (Part 1) also has significance at the level of the European Union (Part 2). Just as national governments, the Union may have good strategic reasons to enact criminal law with strong elements of symbolic function. But such a policy raises many problems (Part 3).

The symbolic function of national criminal law

The landscape of European criminal justice systems has changed massively in the last three decades. In many countries there has been an increasing indignation in relation to crime in general which has led in turn to rapid transformation in institutional responses. These shifts are sufficiently profound for commentators to talk of a 'crisis in penal modernism'¹⁰ affecting both substantive principles of punishment and the functioning of criminal justice systems in Western states. Fundamental differences remain though and it has been convincingly shown that the rise of 'penal populism' and increased punitiveness in criminal policy do not impact in the same way on the various European jurisdictions.¹¹ Some legal systems appear more stable than others and less affected by this apparently far-reaching transformation. Penal ideologies, procedural traditions and sentencing practices remain extremely diverse throughout Europe. Yet the following examples drawn from various European jurisdictions provide evidence that the enactment of new criminal legislation for symbolic purpose can be found in countries with very different legal cultures.

⁹ Among others G.H. Mead, "The Psychology of Punitive Justice", *The American Journal of Sociology*, 22 (1918), 577-602; C.E. Paliero, "Consensus sociale e diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 35 (1992), 849-922; M. van de Kerchove, "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques" in F. Ost and M. van de Kerchove (eds.), *Jalons pour une théorie critique du droit* (Bruxelles, Publications des Faculté universitaires Saint-Louis, 1987), pp 317-351; A. Baratta, "Les fonctions instrumentales et les fonctions ymboliques du droit pénal", *Déviante et Société*, 15-1 (1991), 1-25.

¹⁰ Compare, in very different styles and relative to distinct cultural domains, the collection edited by M. Massé, J.-P. Jean and A. Giudicelli, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris (Presses Universitaires de France, 2009), the work of D. Garland, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford University Press, 2001), especially chap. 3 ('The crisis of penal modernism'). See also L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa* (Roma, Editori Laterza, 2011).

¹¹ M. Cavadino and J. Dignan, *Penal Systems. A Comparative Approach* (London, Sage, 2006), p. 43. See also N. Lacey, *The Prisoners' Dilemma. Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies* (Cambridge University Press, 2008), and S. Snacken and E. Dumortier (eds.), *Resisting Punitiveness in Europe? Welfare, Human Rights and Democracy* (Oxon, Routledge, 2012).

In Denmark within the last two or three decades growing awareness of crime has been accompanied by an acknowledgement that punishment often has little or no effect on crime. Realizing this fact the Danish legislator has increasingly stressed the symbolic effect or function of punishment. A study¹² which examined the 40 Acts amending the Danish criminal code from 1999 to 2010 reveals that approximately half of them can be characterised as signal legislation, that is Acts whose primary purpose is to signal a certain attitude without any real interest in the legal effects of the legislation proposed. Compared to the 1990s, new criminal law legislation has often been adopted with the primary purpose of communicating certain moral values irrespective of the applicability of the law. The study went through the *travaux préparatoires* and revealed that in several cases, the legislator himself did not expect *any* effect from the new legislation in terms of the prevention or combating of crime: the signal was the only official justification for the submission of the Bill. One such example – taken from the study – is a new provision in the Danish Criminal Code introducing the crime of female mutilation. Female mutilation was at the time of the adoption of the new provision already criminalized in Denmark by the general provision on aggravated assault (Section 245 of the Danish Criminal Code) but there was no specific provision on female mutilation. The legislator introduced a new provision (Section 245(a)), but the acts criminalized and the penalty scales were identical. Hence, there were no changes in the legal position in this regard. Since it was introduced in 2003 the provision has rarely been used.

A similar development of symbolic legislation can also be observed in France where the public acknowledgement of the social reality of crime has been translated into a political dramatisation of its risks and an expansion in the range of criminal offence. This political evolution, sometimes described as a “security frenzy”¹³, has led to the creation of new loosely defined offences in the wake of dramatic crime stories or under the pressure of some victims’ associations. The new legal provisions often overlap with existing legislation and they are in practice very difficult to apply due to their poor drafting. The function of these Acts has been described as “declarative”¹⁴ as the intention of the legislator is to have an announcement effect and to maximize its media impact, rather than to tackle actual problems or to modify legal situations. A good example is the offence of occupation of a building hallway, enacted in 2003, to crack down on youngsters who gather and hinder free movement in the lobbies of buildings. The provision (art. 126-3 of the French Construction and Housing Code) signals a problem but offers no actual legal remedies as the elements of the offence already fall within other proscribed categories (assault and battery, causing harassment, alarm or distress...). So on the rare occasions that it has been applied by the courts, a similar result could have been reached by other legal means.

Far from being exceptional, such examples are common throughout the European Union. In England and Wales, dozens of new Acts containing hundreds of provisions relating to criminal

¹² T. Elholm, “The Symbolic Purpose of Criminal Law. A Danish Perspective”, in S. Reindl-Krauskopf, I. Zerbes, W. Brandstetter, P. Lewisch and A. Tipold (eds.), *Festschrift für Helmut Fuchs* (Vienna, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2014), pp. 137-152.

¹³ See L. Mucchielli (ed.), *La frénésie sécuritaire. Retour à l’ordre et nouveau contrôle social* (Paris, La Découverte, 2008).

¹⁴ C. Lazerges, “De la fonction déclarative de la loi pénale”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 59-1 (2004), 194-202.

justice have been enacted since the 1990s. This tidal wave of legislation has led to the creation of thousands of new offences, some of them “completely pointless”.¹⁵ The idiosyncrasy of the law-making process and the tradition of statutory drafting in England and Wales partly explain the impenetrable nature of this new legislation.¹⁶ Yet the political roots of English “binge law-making”¹⁷ are similar to those of declarative legislation in France: both countries have been the site of a punitive turn which promotes criminal policy based on “spin” instead of on research.¹⁸ In this context, penal legislation is designed as a sign of “Ministerial virility” to respond to “what was believed to be public opinion”.¹⁹ Italy with its specific political culture and distinctive legal tradition has gone along the same path. The recurrent use of symbolic penal legislation serves to reaffirm some sort of ideological unity in a changing society – to stigmatize new phenomena, such as drug use, or traditional behaviours, such as sexual violence – and to signal a political willingness to confront organized criminality.²⁰ More recently, the securitization of criminal policy has led to the proliferation of new offences in the criminal code.²¹ Just as in other European countries, this has resulted in legislative hyperinflation. This similar trend of English, French, Italian and Danish criminal policy is all the more revealing in that the political economy of punishment is very different in these four countries, ranging from an exclusionary neo-liberal model to more inclusionary policies. Despite this diversity, similar use of symbolic penal legislation has been observed in these national settings in the last two decades. It is not altogether surprising that such an evolution can also be noticed at the EU level.

The quest for symbolic EU criminal law

The apparent absence of symbolic EU criminal law

From a European Community seen as a primarily economic organization not supposed to affect national criminal law, to an EU seen as a fully-fledged penal actor²², the evolution is quite remarkable. This shift in approach stands in stark contrast to the unchanging nature of justifications for European criminal law which from the beginning have been exclusively utilitarian. Initially based on the theory of “spill-over”, according to which European criminal law competence was required to ensure the functioning of the internal market²³, European inroads into the field of

¹⁵ J.R. Spencer, “The Drafting of Criminal Legislation: Need it be so Impenetrable?”, *Cambridge Law Journal*, 67-3 (2008), p. 588) quoting section 47 Anti-terrorism, Crime and Disorder Act 2001 which provides that: (1) A person who (a) knowingly causes a nuclear weapon explosion (...) is guilty of an offence. (5) A person guilty of an offence under this section is liable on conviction on indictment to imprisonment for life...

¹⁶ J.R. Spencer, “The Drafting of Criminal Legislation”, *Cambridge Law Journal*, 67-3 (2008), esp. pp. 594-598.

¹⁷ J.R. Spencer, “The Drafting of Criminal Legislation”, *Cambridge Law Journal*, 67-3 (2008), p. 586.

¹⁸ For a comparison, see R. Colson, S. Field, *The Transformation of Criminal Justice: Comparing France with England and Wales / Les transformations de la justice pénale : Une comparaison franco-anglaise* (Paris, L'Harmattan, 2011), pp. 52-55.

¹⁹ J.R. Spencer, “The Drafting of Criminal Legislation”, *Cambridge Law Journal*, 67-3 (2008), p. 598.

²⁰ F. Palazzo, “La politica criminale nell’Italia Repubblicana”, in L. Violante (ed.), *Storia d’Italia. Annali 12: La criminalità* (Turin, Giulio Einaudi, 1997), esp. pp. 868-873.

²¹ F. Palazzo, “Requiem per il codice penale? (scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)”, *Cassazione penale*, 40 (2011), p. 4071.

²² E. Baker, “The Emerging Role of the EU as a Penal Actor”, in T. Daems, S. Snacken and D. van Zyl Smit (eds.), *European Penology?* (Oxford, Hart, 2013), pp. 77-111.

²³ On the spill-over theory, see M. Fletcher, R. Löf and B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice* (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2008), pp. 22-31.

criminal law are now based on two main strands of argument: the need to respond to global security threats on one hand, and the protection of EU interests and the effectiveness of European law on the other hand.²⁴

EU competence over criminal matters has been evolving over time but its remit has always been justified by instrumental considerations. The official purpose of EU criminal law is to combat and prevent crime and to achieve efficient regulation. The legal basis for the adoption of criminal legislation provided by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) is determined by this dual purpose. Article 82 confers on the European institutions the power to adopt rules for “ensuring recognition throughout the Union of all forms of judgment and judicial decisions” and “to the extent necessary to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension”. Article 83 allows the Union to establish “minimum rules” to define “criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension” and to “ensure the effective implementation of a Union policy (...) subject to harmonization measures. These Treaty provisions imply that criminal law cannot be adopted at the EU level for mere symbolic purpose. This stance is incidentally corroborated by important policy documents, for example, the European Parliament resolution on an EU approach to criminal law which makes clear that “it is not sufficient to refer to abstract notions or to symbolic effect, but that the necessity of new substantive criminal law provision must be demonstrated by the necessary factual evidence”.²⁵

No wonder then that the symbolic function of criminal law is underplayed in the preambles of the European instruments which usually underline the pragmatic need to take legal action at the EU level to achieve effective regulation or to fight specific types of crime. To take but a few examples, a 2008 Directive *on the protection of the environment through criminal law*²⁶ states that “in order to achieve effective protection of the environment, there is a particular need for more dissuasive penalties for environmentally harmful activities” (recital 5). The preamble goes on with the observation that “the objective of this Directive, namely to ensure a more effective protection of the environment, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale and effects of this Directive, be better achieved at Community level” and stresses the fact that the Directive “does not go beyond what is necessary in order to achieve that objective” (recital 14). A similar phraseology can be found in Directive 2011/36/EU *on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims* (recital 32) and in Directive 2011/92/EU *on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography* (recital 49), as well as in other European Framework Decisions²⁷. This justification may well beg the question why EU criminal legislation rather than domestic action is needed in these cases – but the emphasis on the effectiveness of the legal response excludes on the face of things a mere symbolic purpose.

²⁴ V. Mitsilegas, “EU Criminal Law Competence after Lisbon. From Securitised to Functional Criminalisation”, in D.A. Arcarazo and C.C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm* (Oxford / Portland, Hart, 2014), pp. 110-128.

²⁵ European Parliament resolution of 22 May 2012 *on an EU approach to criminal law* (2010/2310(INI)), paragraph Q.3.

²⁶ Directive 2008/99/EC of 19 November 2008 *on the protection of the environment through criminal law*.

²⁷ See for example Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 *on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law* (recital 13).

The “added value” of criminal law harmonization is officially to ensure that “criminals can neither hide behind borders nor abuse differences between national legal systems for criminal purpose”.²⁸ However, some evidence might still point to the fact that the EU legislator is aware of and interested in the expressive function of new EU criminal law legislation.

The discrete presence of symbolic EU criminal law

Policy documents reveal that EU institutions are well aware of the expressive purpose of criminal law and conceive legal harmonization as a means to achieve objectives which are not limited to instrumental reasons. In a 2004 *Green Paper on the Approximation, Mutual Recognition and Enforcement of Criminal Sanction in the European Union*, the Commission declared that “by defining common offences and penalties in relation to certain forms of crime, the Union would be putting out a symbolic message” which “would help to give the general public a shared sense of justice”.²⁹ This is acknowledgement that European criminal law should also be seen as a statement of values and a device to express judgments of disapproval and reprobation. Proof of this is the focus of the EU legislator on certain core crimes which provoke strong sentiments or emotions that are deeply rooted in the populations throughout Europe (terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, etc.). European criminal legislation tallies with the list of “Eurocrimes” established by the European treaty (TFEU Art. 83(1)) and signals a core set of common moral values across the EU.

This expressive dimension is explicitly claimed by some of the instruments adopted by the Union to highlight and protect its founding values.³⁰ A good example is the Framework Decision on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia³¹, the very first paragraph of which states: “Racism and xenophobia are direct violations of the principles (...) upon which the European Union is founded and which are common to the Member States.”³² More surprisingly, even European regulatory criminal law, designed “to ensure the effective implementation of a Union policy” (TFEU Art. 83(2)) is not immune from this expressive dimension as the 2008 Directive on the protection of the environment shows: “compliance can and should be strengthened by the availability of criminal penalties, which demonstrate a social disapproval of a qualitatively different nature” (recital 3).³³

²⁸ European Commission, *Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*, COM(2011)573 final, p. 3.

²⁹ European Commission, *Green Paper on the Approximation, Mutual Recognition and Enforcement of Criminal Sanction in the European Union*, COM(2004)334 final, p. 9.

³⁰ TEU, Art. 2: “The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.”

³¹ For a thorough examination of the symbolic dimension of this instrument, see J. Iontcheva Turner, “The Expressive Dimension of EU Criminal Law”, *American Journal of Comparative Law*, 60-2 (2012), 555-583.

³² Council Framework Decision 2008/913/JHA.

³³ Another example is the Directive 2014/57/EU of 16 April 2014 *on criminal sanctions for market abuse* which emphasizes in its preamble that “it is essential that compliance with the rules on market abuse be strengthened by the availability of criminal sanctions which demonstrate a stronger form of social disapproval compared to administrative penalties (...), set clear boundaries for types of behaviour that are considered to be particularly unacceptable and send a message to the public...” (recital 6).

The symbolic function of criminal law is made especially apparent in cases where there is not much evidence that new legislation has any effect. Although the EU legislator is always stressing the need for new EU legislation to prevent and combat crime efficiently, in many cases there is not much (if any) empirical evidence to support the assumption that an EU Directive on criminalization has any significant effect on Member States' legislation. Member States may well adopt new special provisions to implement European law; yet the core criminalization often remains unchanged. For example Denmark and Sweden adopted new special provisions on terrorism to implement the EU Framework Decision on terrorism but the new provisions were mainly criminalizing the same acts as before, with the offences renamed and reshaped.³⁴ Sometimes no modification at all of domestic legislation is required. Thus the 2004 Framework Decision on illicit drug trafficking brings very limited added-value to the relevant UN convention already ratified and transposed in all Member States.³⁵ The content of the Framework decision is, in large parts, the lowest common denominator and this instrument eventually boils down to "moral posturing".³⁶ One could easily get the idea that the legislation is rather a "quick-fix solution that is cheap and satisfying to important groups of constituents"³⁷ and that the legislation is a convenient way for the legislator to show empowerment and to express common moral, fundamental values.

The purpose of EU symbolic legislation

The adoption of expressive measures with no practical effect is best understood as part of a larger project to give a political identity to the EU.³⁸ By the statement of common moral norms, moral solidarity and social bonds can be strengthened within the Union. This plan is made explicit with regard to the promotion of mutual trust between Member States in order to make mutual recognition of domestic rulings possible. Thus the European Council has considered "a certain level of approximation of laws is necessary to foster a common understanding of issues among judges and prosecutors"³⁹. The advancement of mutual trust through symbolic legislation is supposed to forge a common culture among professionals but this logic also applies to ordinary people.

By imposing on Member States an obligation to criminalize specific types of offences, the Union seeks to create social consensus by identifying European shared values. The harnessing of punitive passions ("the revulsion against criminality") can also be used by the Union to reveal "a sense of solidarity with the group, as sense of being citizen"⁴⁰. In this perspective the concomitance of the rise of EU Criminal law and of EU citizenship in an *area of freedom, security and justice* in the

³⁴ Thomas Elholm, "Does EU Cooperation Necessarily Mean Increased Repression?", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 17-3 (2009), 191-226.

³⁵ On this Directive, see R. Kert, A. Lehner, "Content and Impact of Approximation. The Case of Drug Trafficking", in F. Galli, A. Weyembergh (eds.), *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU: The Way Forward* (Brussels, Edition de l'Université de Bruxelles, 2013), pp.169-188.

³⁶ To adopt an expression used by M. Fletcher, R. Lööf and B. Gilmore to describe the purpose of the Framework decision dealing with abuse of children and child pornography in their book *EU Criminal Law and Justice* (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2008), pp. 201-202.

³⁷ J.B. Jacobs and K. Potter, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics* (Oxford University Press, 1998), p. 52.

³⁸ M. Hildebrandt, "European Criminal Law and European Identity", *Criminal Law and Philosophy*, 1-1 (2007), 57-78.

³⁹ European Council, *The Stockholm Programme. An open and secure Europe serving and protecting citizens* (2010/C 115/01).

⁴⁰ G.H. Mead, "The Psychology of Punitive Justice", *The American Journal of Sociology*, 22 (1918), p. 586.

making should be seen as no surprise: by reinforcing common moral norms, the European Union take a step towards a thicker social and political notion of European citizenship.⁴¹ This in turn helps build “the supranational demos” which Europe is repeatedly said to lack.⁴²

One must also bear in mind another symbolic use of penal law, which is “telling stories about authority and stories about the identity of the superior power”.⁴³ Irrespective of the values protected by European criminal law and its ability to constitute a European *demos*, its development represents a key moment in the constitutional maturing of the Union and the redistribution of sovereignty between the European institutions and the European states. Through its criminal legislation the power of the EU is affirmed in the face of its Member States and their people. The fabric of consensus on the values protected by criminal legislation is transferred by extension to the source of these measures⁴⁴, which is the European legal order. Protector of the European citizens, to whom the Union promises “a high level of security” (TFEU, Art. 67.3), penal powers enhance the European project as a whole and provide the Union with the aura of an institution endowed with the authority to use legitimate violence alongside the states (which must now share their monopoly). The symbolic use of criminal law thus gives the Union the opportunity to kill two birds with one stone: on the one hand it expresses the collective identity of the Union in the name of its people through the assertion of core values, on the other, it entrenches a belief in the indispensable nature of EU action. It remains to be seen though if this integration through criminal law is technically possible and politically safe.

The limits of symbolic EU criminal law

Technical obstacles

There is clear evidence that the expressive dimension of criminal law is not absent from the plans of the European legislator. Yet there are reasons to doubt whether this symbolic function can operate in a similar way at both the national and the transnational level. Two technical obstacles oppose the transfer of this function from the domestic sphere to a European context: the lack of a legal basis to adopt a symbolic criminal policy and the inability to address European citizens directly.

Among the many questions raised by the use of symbolic legislation by the European Union, the first to spring to mind to EU lawyers is that of the legal basis. The principle of conferral means that the Union “shall act only within the limits of the competence conferred upon it by the Member States in the Treaties” (TEU, Art. 5.2). Although wide-ranging, harmonisation powers in the field of criminal law have been granted to the EU in order to fulfil instrumental functions in the fight

⁴¹ See S.Coutts, “Citizenship of the European Union”, in D.A. Arcarazo and C.C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law*, (Oxford / Portland, Hart, 2014), pp. 92-109.

⁴² J. Iontcheva Turner, “The Expressive Dimension of EU Criminal Law”, *American Journal of Comparative Law*, 60-2 (2012), p. 573. More generally, on European citizenship and the (lack of) European demos, see J. Weiler, *The Constitution of Europe* (Cambridge University Press, 1999), esp. chapter 10 : “To be a European Citizen: Eros and Civilization”.

⁴³ K. Nuotio, “On the Significance of Criminal Justice for a Europe ‘United in Diversity’”, in K. Nuotio (ed.), *Europe in Search of ‘Meaning and Purpose’* (Helsinki, Publication of the Faculty of Law, 2004), p. 193.

⁴⁴ C.E. Paliero, “Consenso sociale e diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 35 (1992), esp. p. 893 and p. 905.

against crime, not to engage in symbolic engineering. In addition, both the principles of subsidiarity⁴⁵ and proportionality, supposed to determine the content and form of Union action, seem to be in fundamental opposition to such a development. This is especially true as they tend to be associated to the *ultima ratio* principle according to which the “European legislator may only demand that an act be criminalised if it is necessary in order to protect a fundamental interest, and if all other measures have proved insufficient to safeguard that interest”.⁴⁶ Although not enshrined in the treaties, the *ultima ratio* argument can be traced in EU law as a legitimizing principle of EU criminal law⁴⁷ and it is hardly compatible with symbolic tinkering. In theory the adoption of criminal law as a means of last resort does not exclude the enactment of expressive provisions providing that they also have another purpose which falls under a competence explicitly granted to the EU. So the expressive dimension of EU criminal law is not ruled out but it must necessarily be reduced to a mere accessory of its instrumental function – be it the fight against trans-border crime or the implementation of Union policies.

Hardly justifiable *per se* the adoption of EU criminal law for symbolic purpose proves also technically difficult to carry out as European instruments are less suitable to fulfil this function than their domestic counterparts. Whereas national criminal law is addressed directly to citizens who can be punished for its breach, this is not true of EU criminal law legislation which until now has been directed at the Member States (to the governments and parliaments), not to European citizens. Indeed so far, EU criminal law can only be adopted in the form of Directives which have to be implemented in national law if they are to serve as a basis for punishment.⁴⁸ In other words, European criminalisation is a two step process. First it necessitates the definition of the conduct to target, and possibly a penalty scale, by the European legislator. Secondly it requires Member States to incorporate this “conduct norm” into their domestic legal order and to issue a “repression norm”.⁴⁹ Although Member States are bound to transpose the “conduct norm”, they have a margin of appreciation to distort its symbolic message and can claim to have full control – if not the final say – over the criminalization process, including its expressive dimension. Does the fact that EU law is implemented through national criminal law necessarily extract all symbolic meaning from EU law leaving the Directives as empty shells (symbolically, morally)? Probably not, and there is no reason why EU criminal law legislation might not claim to convey symbolic signals, express common beliefs and denounce certain acts as morally wrong. Yet there is little doubt that the indirect process of criminalization weakens to a certain extent the symbolic power of the European law as it is mediated by national law.

⁴⁵ On this principle see P. Asp, “The importance of the principles of subsidiarity and coherence in the development of EU criminal law”, *European Criminal Law Review*, 1-1 (2011), pp. 43-54. See also M. van de Kerchove, “Le principe de subsidiarité”, in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (eds.), *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne* (Paris, Société de législation comparée), pp. 27-46.

⁴⁶ European Criminal Law Initiative, “The Manifesto on European Criminal Policy in 2011”, *European Criminal Law Review*, 1-1 (2011), p. 88.

⁴⁷ S. Melander, “*Ultima Ratio* in European Criminal Law”, *European Criminal Law Review*, 3-1 (2013), 45-64.

⁴⁸ On this paradoxical power of criminalization deprived of punitive dimension see C. Sotis, “‘Criminaliser sans punir’. Réflexion sur le pouvoir d’incrimination (directe et indirecte) de l’Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 65-4 (2010), 773-785.

⁴⁹ P. Simon, “The Criminalisation power of the European Union after Lisbon and the Principle of Democratic Legitimacy”, *New Journal of European Criminal Law*, 3-3 (2012), esp. pp. 242-246.

Political risks

In spite of the technical obstacles, which make it more difficult to adopt symbolic criminal legislation at the European level than at the national level, it has been shown that the EU has been engaged in such symbolic tinkering. Beyond the questions of legality and efficacy raised by this policy, one should not underestimate the risks it brings.⁵⁰

The first danger is the failure of the symbolic project itself. The affirmation of shared values through criminal legislation in order to infuse European people with some sense of community and to promote the legitimacy of the European institution may simply go wrong. In modern societies, the legal idiom is necessarily secular and moral community is fragmented so that large portions of the population are “ambivalent adherents to the dominant moral order”.⁵¹ Although the rise of penal populism in the last decades has led to the enactment of much symbolic legislation at the national level, it remains to be seen if this policy has reinforced the moral cohesion of societies and enhanced the legitimacy of law-makers. This is all the more uncertain at a European level as the AFSJ covers a patchwork of almost 30 States with different social and cultural characteristics. This diversity, which is reflected in the variety of Member States’ penal cultures, makes the use of expressive legislation very hazardous as it exposes the European legislator to a possible symbolic backlash. Signal legislation opposing sentiments of large part of the European society may actually highlight the moral and cultural heterogeneity of European peoples and accentuate the perceived democratic deficit of the EU instead of creating concord.

Even if the symbolic effect of penal instruments eventually operates to reinforce moral consensus throughout the Member States and to strengthen EU legitimacy, one may question its value. For criminal law promotes a distinctive form of cohesion: “the emotional solidarity of aggression”.⁵² Solidarity based on “functional group hostility”⁵³ may well enhance social cohesion but it comes at a cost.⁵⁴ It directs institutional energies towards criminalisation of conducts which raise a high degree of social alarm instead of towards the reconstruction of social condition for crime prevention. Moreover the political exploitation of punitive passions through symbolic criminal law can end up turning transgressors into scapegoat enemies with a risk of “destructive intolerance and escalating social violence”.⁵⁵

⁵⁰ On these risks, see S. Manacorda, “Le programme pour une politique pénale de l’Union entre mythe et réalité”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 66-4 (2011), 908-924, esp. Part I.

⁵¹ D. Garland, *Punishment and Modern Society* (The University of Chicago Press / Oxford University Press, 1990), p. 75.

⁵² G.H. Mead, “The Psychology of Punitive Justice”, *The American Journal of Sociology*, 22 (1918), p. 591.

⁵³ D. Garland, *Punishment and Modern Society* (The University of Chicago Press / Oxford University Press, 1990), p. 77.

⁵⁴ “While then the attitude of hostility (...) against the transgressor of the laws (...) gives to the group a sense of solidarity which most readily arouses like a burning flame and which consumes the differences of the individual interests, the price paid for this solidarity of feeling is great and at times disastrous”, G.H. Mead, “The Psychology of Punitive Justice”, *The American Journal of Sociology*, 22 (1918), p. 592.

⁵⁵ D. Garland, *Punishment and Modern Society* (The University of Chicago Press / Oxford University Press, 1990), p. 77.

At the European level, this process is made easier by the character of EU cooperation: each Member State pushes forward its values and moral beliefs in order to have them exposed and expressed on the European scene. Each chairmanship of the EU proposes to enshrine in EU criminal law its favourite moral values. Denmark proposes criminalization of environmental issues, Sweden proposes criminalization of sexual services, the United Kingdom proposes criminalization of trafficking in human beings (after a specific incident at Dover), and finally Belgium proposes criminalisation of sexual exploitation of children.

Thus the emphasis on the expressive function of criminal law, however justified it may seem, can lead to an ongoing repressive development and to penal hypertrophy.⁵⁶ The risk brought about by this symbolic competition between Member States is reinforced by other structural factors. On one hand the decision to signal EU interests worthy of protection through penal legislation may lead to legislative inflation with the progressive expansion of the signal beyond hard core interests in order to symbolically entrench the spill over of EU power (e.g. from the protection of EU financial interests to the criminalization of Euro counterfeiting, money laundering and eventually all organized criminality).⁵⁷ On the other hand, one may fear some sort of ratchet effect when European legislation symbolically requires the criminalization of conducts already prohibited by national laws, a move with seemingly no legal consequence except that of restraining the ability of Member States to engage in a policy of decriminalisation in the future.

Conclusion

The last decades have seen an increasing use of penal policies in order to “counter increasing public distress of government competence and legitimacy”.⁵⁸ This governing through crime strategy, first identified in the United States of America⁵⁹, has since then spread to other settings, thanks to the emergence of “insecurity” as a major political topic. There is little evidence at this point that the European Union has endorsed such a strategy with regard to crime control. It is yet possible to identify some legal developments pointing in that direction in the emergence of a European strategy of “governing through security”.⁶⁰ The neo-Hobbesian turn by which the EU presents itself as the guarantor of European citizens’ safety in the *area of freedom, security and justice*⁶¹ has been qualified in the Stockholm programme which underlines the need to ensure respect for fundamental rights. Yet security remains a central argument in policy discourses used to legitimize the action of

⁵⁶ On this penal hypertrophy hazard, see C. Sotis, “Mauvaises pensées et autres’: A propos des perspectives de création d’un droit pénal communautaire”, in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda (eds.), *L’intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l’Union européenne* (Paris, Société de législation comparée, 2005), pp. 243-267.

⁵⁷ C. Sotis, “Mauvaises pensées et autres’”, in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda (eds.), *L’intégration pénale indirecte* (Paris, Société de législation comparée, 2005), pp. 247-249.

⁵⁸ S. Snacken, “Legitimacy of Penal Policies: Punishment between Normative and Empirical Legitimacy”, in A. Crawford, A. Huckleby (eds.), *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice* (Oxon, Routledge, 2013), p. 60.

⁵⁹ J. Simon, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear* (Oxford University Press, 2009).

⁶⁰ E. Baker, “Governing through Crime. The Case of the European Union”, *European Journal of Criminology*, 7-3 (2010), 187-213.

⁶¹ S. Coutts, “Citizenship of the European Union”, in D.A. Arcarazo and C.C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law*, (Oxford / Portland, Hart, 2014), pp. 100-101.

European institutions and to promote a sense of European citizenship. This tendency echoes our observations on the symbolic dimension of European criminal legislation, oft used to signal common moral values without having much effect on domestic criminal law.

The identification of enemies - real or imaginary - has long served the constitution of polities and there is no reason to believe that our liquid societies can avoid such catalysts to maintain their cohesion.⁶² This is not to say that this anthropological characteristic should be exploited by the EU legislator to build the European demos and strengthen European institutions. Not only is the success of such an enterprise very uncertain. It also runs counter some of the technical features of the EU and carries important political risk.

Should the EU renounce the symbolic use of criminal law? Not necessarily, but to be faithful to its fundamental values it should rather wield its expressive power to promote penal de-escalation. The role of the EU in the abolition of the death penalty in Europe could be mentioned here.⁶³ Now the civilising force of the Union in an era of penal populism could take many other forms. For the power of harmonizing rules in the field of criminal law comes with the power to require decriminalisation of certain conducts from Member States.⁶⁴ To take but one example, whereas mere drug use rarely leads to imprisonment in Europe, such a sanction remains theoretically possible in several Member States.⁶⁵ By proscribing such a punishment, the EU would not affect seriously the legal practices in the Member States. However it would reassert some sort of European political identity by explicitly rejecting the violent treatment still imposed to drug addicts in many parts of the world and support symbolically the public health model of drug policy it promotes otherwise. Often portrayed as a recipe for increased punitiveness, symbolic European criminal legislation may thus turn into a tool of humanization of national criminal policies.

⁶² U. Eco, *Costruire il nemico e altri scritti occasionali* (Milan, Bompiani, 2011), esp. chap. 1: "Costruire il nemico".

⁶³ S. Snacken, "Legitimacy of Penal Policies: Punishment between Normative and Empirical Legitimacy", in A. Crawford, A. Hucklesby (eds.), *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice* (Oxon, Routledge, 2013), p. 60.

⁶⁴ J. Simon, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear* (Oxford University Press, 2009), pp. 53-54.

⁶⁵ V. Mitsilegas, "From Overcriminalisation to Decriminalisation: The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law", *New Journal of European Criminal Law*, 5-3 (2014), 415-423.

⁶⁵ H. Bergeron, R. Colson (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform* (Oxon, Routledge, forthcoming in 2016).

This is a pre-copyedited, author-produced PDF of a chapter published in R. Colson & S. Field (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, 199-220.

More information on the book available online at: www.cambridge.org/9781107096585

Dr Renaud Colson

Webpage: <http://www.univ-nantes.fr/colson-r>

E-mail: Renaud.Colson@univ-nantes.fr

Domesticating the European Arrest Warrant: European Criminal Law between Fragmentation and Acculturation

Abstract: Careful comparative observations of the domestic processes of transposition of the European Arrest Warrant Framework Decision (EAW) suggest that the successful implementation of this piece of legislation throughout the European Union conceals entrenched differences and remarkable divergences in the way Member States actually incorporate the EAW within their legal systems. Yet this diversity in the law of surrender does not refute the idea of a rapprochement of domestic jurisdictions through European legal harmonization. Indeed the development of judicial cooperation tools such as the EAW is fostering a remarkable cultural convergence which is impacting national legal systems in a much deeper way than one might think given the persistent plurality of national procedures of surrender between Member States.

Introduction

In the wake of the attacks of September 11th, the impetus given to the securitization of the European Union (EU) agenda offered an opportunity to flesh out the project of a common policy in criminal matters.¹ Following swift negotiation with the European Commission and the European Parliament,² the Council of the European Union – consisting of a representative of each Member State - adopted the Framework Decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States on 13 June 2002.³ Aiming at “abolishing extradition between Member States and replacing it by a system of surrender between judicial authorities”,⁴ the Framework Decision on the European Arrest Warrant was conceived as “the first concrete measure in the field of criminal law implementing the principle of mutual recognition”.⁵ It is designed to facilitate the arrest and the transfer “of a requested person, for the purposes of conducting a criminal prosecution or executing a custodial sentence or detention order” from a Member State to another.

¹ On the EU’s reaction to the terrorist attacks of 11 September 2001, see J. Wouter and F. Naert, “Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU’s Main Criminal Law Measures Against Terrorism after 11 September”, *Common Market Law Review*, 41 (2004), 909-35.

² On the birth of the European Arrest Warrant, see M. Plachta and W. van Ballegooij, “The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures Between Member States of the European Union”, in R. Blekxtoon and W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant* (The Hague: TMC Asser Press, 2005), esp. pp. 32-36.

³ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedure between Member States, OJ L 190, 18.7.2002. There is a vast amount of literature on the European Arrest Warrant. For a detailed presentation of this instrument, see among others N. Keijzer and E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice* (The Hague: TMC Asser Press, 2009), and in French, S. Bot, *Le mandat d’arrêt européen* (Bruxelles: Larcier, 2009).

⁴ Council Framework Decision 2002/584/JHA, 5th recital of the preamble.

⁵ *Ibid.*, 6th recital of the preamble.

Beyond terminological changes⁶ the Framework Decision establishes a “system of free movement of judicial decisions” which differs from the previous extradition procedure in many ways. The major breakthrough of the scheme is the complete judicialization of the surrender process from the issuing of the warrant to its execution.⁷ Under this instrument the role of executive authorities is limited to “practical and administrative assistance”⁸ and the procedure is entirely placed in the hands of the Member States’ judiciaries, who become the only bodies competent to issue and execute a European Arrest Warrant. The Framework Decision shortens the lengthy extradition process by setting a 90 day time limit for the execution of the warrant⁹ and it renders the substantive requirements for transfer less onerous. The double criminality principle – according to which extraditable infractions must be punishable in both the requesting and the requested states - is not required for 32 enumerated offences.¹⁰ The political offence exception is also abolished and so too the nationality exception according to which states do not extradite their own nationals. However, the Framework Decision does set out many grounds for non-execution of the European Arrest Warrant - some mandatory and some optional - including amnesty in the executing state, *ne bis in idem*, age of criminal responsibility, and *locus delicti* exceptions.¹¹

The legislation establishing the European Arrest Warrant (EAW) did not become directly applicable upon its adoption by the Council of the European Union.¹² It could only acquire legal effect through implementation in each of the EU Member States. The latter were bound to take the necessary measures to comply with the new instrument by the end of 2003, which they all did (though not always on time). Eventually all Member States transposed the Framework Decision into their own domestic legislation and the European Arrest Warrant gradually replaced extradition throughout the European Union.¹³ By 2011 the Commission could boast of the operational success of this new “efficient mechanism to ensure that open borders are not exploited by those seeking to evade justice”¹⁴ by pointing to a series of indicators showing consistent increases in the number of warrants issued and executed in the preceding years and a remarkable decrease in the average time of surrender compared to the pre-EAW era.

Breaking with the long history of extradition,¹⁵ in which the idiosyncrasies of domestic criminal law, complex international treaties and overtly political considerations had intertwined for centuries, the legal transplant of a single instrument designed by the European Union to streamline and depoliticize surrender between the 28 Member States reveals the

⁶ Instead of “extradition”, “extradition request”, “requesting states” and “requested state”, the Framework Decision uses the words “surrender”, “arrest warrants”, “state of issue” and “state of execution”, thus contributing a terminological evolution stressing automaticity in the process of removing a person from one state to another.

⁷ O. Lagodny, “‘Extradition’ without a Granting Procedure: The Concept of ‘Surrender’”, in Blekxtoon and van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, pp. 39-45.

⁸ 9th recital and Art. 7 of the Council Framework Decision 2002/584/JHA.

⁹ Council Framework Decision 2002/584/JHA, Art. 17 and 23.

¹⁰ *Ibid.*, Art. 2(2).

¹¹ *Ibid.*, Art. 3 and 4.

¹² On the legal effects of Framework Decisions, see A. Hinajeros, “On the Legal Effects of Framework Decisions and Decisions: Directly Applicable, Directly Effective, Self-executing, Supreme?”, *European Law Journal*, 14-5 (2008), 620-634.

¹³ For a series of case studies on the implementation of the Framework Decision in Belgium, France, Germany, Italy, Spain and the UK, see M.-E. Cartier (ed.), *Le mandat d’arrêt européen* (Bruxelles: Bruylant, 2005). On Belgium, Cyprus, Finland, France, Germany, Hungary, Italy, Poland, Spain, see also E. Guild (ed.), *Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2006), and E. Guild and L. Marin (eds.), *Still not Resolved? Constitutional Issues of the European Arrest Warrant* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009).

¹⁴ European Commission, *On the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States*, COM(2011)175 final, p. 3.

¹⁵ On the history of extradition, see I. A. Shearer, *Extradition in International Law* (Manchester University Press, 1971), pp. 5-21. See also J. Puente Egido, *L’Extradition en droit international. Problèmes choisis*, Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye, Vol. 231 (Leiden: Martinus Nijhoff, 1991), pp. 27-34.

extent of the ongoing Europeanization of law. It signals the expanding power of the Union, now dealing with a subject which used to be the preserve of national states, and it reveals the depth of EU law penetration into domestic jurisdictions, as the Framework Decision regulates in detail the scope and limits of the duty to surrender which now falls on the judiciaries of the Member States to implement the demand of their European counterparts. This unprecedented transfer of prerogative from national political authority to foreign judiciaries endowed with regulatory power is a remarkable phenomenon. At first sight, it makes the case for the ‘convergence thesis’ according to which the current movement towards globalization and Europeanisation drives an historic cultural rapprochement between European legal systems.¹⁶ Influenced by a range of legal, political and more general cultural factors, increasingly legal systems seem to resemble each other in their procedural styles and also in their distribution of formal constitutional functions. In support of this thesis, the EAW Framework Decision goes beyond mere technical approximation of national rules, as witnessed for example in banking law or environmental law. Not only does the new scheme affect the symbol of state sovereignty that is the power to arrest, detain and transfer persons. It also has an effect on the power structure of the Member States by depoliticizing the surrender process whereas the technique of extradition had long displayed the signs of a tight coupling with domestic political arrangements. In this respect it could be argued that the achievement of the EAW not only reflects successful legal assimilation but is also the tangible sign of a nascent EU legal culture superseding national traditions.

However convincing the ‘convergence thesis’ may be in the light of the apparent success of the EAW, it is important though to recognise that legal harmonisation, in the sense of a formal process of integration between legal systems,¹⁷ offers only a narrow window on legal culture. This term, which is often used to describe the set of “values, ideas and attitudes that a society has with respect to its law”,¹⁸ reminds us that there is more to law than formal rules. In this perspective, formal approximation of legislation does not necessarily imply legal acculturation. The transposition of the Framework Decision does not mean that from now on Member States share a common understanding of surrender within the *Area of Freedom, Security and Justice* (AFSJ). Indeed some have questioned the somehow naïve vision of convergence through the transfer of regulations and institutions. According to them, beneath superficial harmonization, the deep structure of domestic legal mentalities and legal epistemologies remains unique and cannot be bridged.¹⁹ On the contrary, attempts at legal

¹⁶ On the ‘convergence thesis’, see B.S. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence* (Oxford: Clarendon Press, 1994). Comp. V.G. Curran, “Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union”, *Columbia Journal of European Law*, 7 (2001), 63-126. See also U. Mattei and L.G. Pes, “Civil Law and Common Law: Toward Convergence?”, in K.E. Whittington, R.D. Kelemen, and G.A. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford University Press, 2010), esp. pp. 267-271. The ‘convergence thesis’ has been discussed from a variety of perspectives, either disciplinary (e.g. from a law and economics approach: B. Crettez, R. Deloche, “On the Unification of Legal Rules in the European Union”, *European Journal of Law and Economics*, 21-3 (2006), 203-214), national (e.g. from a French perspective: G. Canivet, “La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français”, *Revue internationale de droit comparé*, 55-1 (2003), 7-22), and thematic (e.g. from a criminal law perspective, the contributions gathered in *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*, edited by J. Jackson, M. Langer and P. Tillers (Oxford / Portland: Hart, 2008)).

¹⁷ On the notion of legal harmonization in the field of European criminal law, see the introduction “Objectifs et methods” by M. Delmas-Marty in the collection she edited: *Les chemins de l’harmonisation pénale* (Paris: Société de législation comparée, 2008), p. 19 *et seq.* See also A. Weyembergh, “The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12-2 (2005), 149-172.

¹⁸ R. Michaels, “Legal Culture”, in J. Basedow, K.J. Hoppt, R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2 vols. (Oxford University Press, 2012), vol. II, p. 1059.

¹⁹ See esp. Pierre Legrand’s works, and esp. its oft quoted article “European Legal Systems Are Not Converging”, *International and Comparative Law Quarterly*, 45-1 (1996), 52-81. To replace this provocative statement in its epistemological context, see from the same author *Le droit comparé* (Paris: Presses Universitaires de France, 1999), and his article “The Same and the Different”, in P. Legrand and R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press, 2011), pp. 240-311.

unification may paradoxically lead to further divergences as the adoption of uniform legal forms requires a reinterpretation of practice in the light of domestic legal culture, thus triggering evolutionary dynamics closely tied to national legal systems.²⁰

This is not the place to take sides in a debate fuelled to a large extent by competing epistemological assumptions as to the nature of law (legal historians seem more prone to see successful legal transplants than comparatists attached to the irreducible diversity of legal traditions).²¹ Indeed the question cannot be determined on theoretical grounds. What seems instead to be required at this point are empirical case studies which adduce evidence supporting or refuting the thesis at hand, and possibly refining the terms of the debate. In this respect the EU governing project can provide useful data to further the discussion. The EAW offers a good test case to challenge the ‘convergence thesis’ especially as the incorporation of the EAW Framework Decision in the legal systems has been scrutinized by various EU bodies. The stakes (both political and technical) are high and the new surrender scheme offers a perfect case study to assess the progress and the success of the AFSJ. No wonder then that special attention was devoted to the evaluation of its implementation. What does this evaluation of the EAW provided by the European institutions tell us about the ‘convergence thesis’? It shows that the new surrender scheme can be seen as bringing greater efficiency throughout the AFSJ with respect to the transfer of suspects and convicts. Surely the fast assimilation of an automatic surrender scheme common to all Member States is evidence of a successful legal approximation but is it evidence of a coming together? In this chapter, it will be argued that the grey literature of the official bodies and the case-law of the Union offer no definite answer (Part 1). Careful comparative observations of the domestic processes of transposition of the Framework Decision suggest that the successful implementation of this piece of legislation throughout the Union conceals entrenched differences and remarkable divergences in the way Member States actually incorporate the EAW within their legal systems (Part 2). Yet this diversity in the law of surrender does not refute the idea of a rapprochement of domestic jurisdictions through European legal harmonization. Indeed the development of judicial cooperation tools such as the EAW is fostering a remarkable cultural convergence which is impacting national legal systems in a much deeper way than one might think given the persistent plurality of national procedures of surrender between Member States (Part 3).

European evaluation of Member States’ compliance

Evaluation Framework

The European Union did not wait for the requirement of « objective and impartial evaluation » of the AFSJ to be engraved into the primary law of the EU²² to scrutinize the correct transposition of the EAW Council Framework Decision. The symbolic importance of this first measure of mutual recognition at a time of securitization of European politics²³ explains the early attention devoted to the proper implementation of the new surrender

²⁰ G. Teubner, ‘Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences’, *Modern Law Review*, 61-1 (1998), 11-32. See also M. Langer, ‘From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure’, *Harvard International Law Journal*, 45-1 (2004), 1-64.

²¹ Comp. P. Legrand, ‘The Impossibility of ‘Legal Transplants’’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4-2 (1997), 111-124, and A. Watson, ‘Legal Transplants and European Private Law’, *Electronic Journal of Comparative Law*, 4-4 (2000) URL: <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html> (Retrieved: 09/08/2015). And for a discussion on the “competing approaches to the study of legal transfers”, see D. Nelken, ‘Towards a Sociology of Legal Adaptation’, in D. Nelken and J. Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures* (Oxford/Portland: Hart, 2001), esp. pp. 7-20.

²² Art. 70 of the Treaty on the European Union, in force since 1 December 2009.

²³ On the securitization of European politics in the first decade of the 20th century, see E. Guild, S. Carrera and T. Balzacq, ‘The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union’, in D. Bigo, S. Carrera, E. Guild and R.B.J. Walker (eds.), *Europe’s 21st Century Challenge: Delivering Liberty* (Farnham / Burlington: Ashgate, 2010), 31-48.

scheme in the European national jurisdictions. As with all “third pillar” instruments, Member States were shielded until 1 December 2014²⁴ from any infringement proceedings brought by the Commission before the European Court of Justice for failures to incorporate the Framework Decision in their law.²⁵ But the ECJ, mother of all enforcement bodies of the European Union, is not the only “compliance-promoting tool” designed to tackle the “compliance-deficit” of EU law.²⁶

With the European Union trying to reduce the recourse to infringement procedures and to improve monitoring through a range of measures such as “correlation tables, conformity checking, scoreboards and barometers, guidelines, implementation plans, networks and committees, inspection, package meetings, fitness checks, legal reviews, and reporting”,²⁷ a vast array of techniques are available to assess the compliance of Member States. Drawing on this toolbox, two distinct non-judicial evaluations of the EAW were launched successively.²⁸ The first procedure was instigated by the Commission under art. 34 par. 3 of the EAW Framework Decision²⁹ and led to three successive reports in 2005,³⁰ 2007³¹ and 2011.³² The second procedure was based on the Joint Action of 5 December 1997 “establishing a mechanism for evaluating the application and implementation at national level of international undertakings in the fight against organized crime”.³³ It took place under the aegis of the Council of the European Union and involved all Member States in a process of “mutual evaluations” which resulted in one national report per country followed by a final recap document.

Evaluation Strategies

The evaluations of Member States carried out by the Commission and the Council were based on distinct standards. Thus the criteria of assessment adopted by the Commission – effectiveness and rapidity of the judicial instrument³⁴ – were more precise than those adopted by the Council which emphasized more vaguely³⁵ the need to determine “the extent

²⁴ Protocol n° 36 of the Lisbon Treaty (12008M/PRO/36) provides “as a transitional measure, and with respect to acts of the Union in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters which have been adopted before the entry into force of the Treaty” that the powers of the Commission under Article 258 of the Treaty on the Functioning of the European Union shall not be applicable until five years after the date of entry into force of the Treaty of Lisbon. As a result Member States were shielded from any infringement proceedings until the end of 2014.

²⁵ Even thus curtailed, the role of the ECJ has been crucial with respect to the Framework Decision: several preliminary rulings have been issued at the request of national courts in doubt about the interpretation and validity of the Framework Decision and the transposing legislation.

²⁶ On the variety of “compliance-promoting tools”, see, M. Cremona (ed.), *Compliance and the Enforcement of EU Law* (Oxford University Press, 2012), esp. the book’s introduction and the chapter on “The Governance of Compliance” by E. Chiti.

²⁷ M. Ballesteros, R. Mehdi, M. Eliantonio and D. Petrovic, *Tools for ensuring implementation and application of EU law and evaluation of their effectiveness*, European Parliament’s Committee on Legal Affairs Study, Doc. PE 493.014 (Luxembourg: Publications Office, 2013), p. 18.

²⁸ A.G. Zarza, “Evaluation of Member States in the Third Pillar of the European Union: The Specific Case of the European Arrest Warrant”, in A. Weyembergh and S. de Biolley (eds.), *Comment évaluer le droit pénal européen?* (Editions de l’Université de Bruxelles, 2006), pp. 99-113.

²⁹ According to this provision “the Commission shall (...) submit a report to the European Parliament and to the Council on the operation of this Framework Decision accompanied, where necessary, by legislative proposals”.

³⁰ COM(2005) 63 final, followed by a revised version COM(2006) 8 final.

³¹ COM(2007) 407 final.

³² COM(2011) 175 final.

³³ Joint Action 97/827/JAI, OJ L344, 15/12/1997.

³⁴ In addition to the general criteria used to evaluate the implementation of Framework Decisions and Directives (i.e. “practical effectiveness, clarity and legal certainty, full application and compliance with the time limit for transposal”), see COM(2005) 63, p. 2.

³⁵ One weakness of the mutual evaluation system seems to be that “no particular parameter have been identified which would serve as a marking system (...) to assess whether a Member State is compliant, partially compliant or not compliant”, H.G. Nilson, “Eight Years of Experiences of Mutual Evaluation within the EU”, in Weyembergh and de Biolley (eds.), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, p. 123.

of the practical successes”³⁶ of the surrender scheme. As far as method is concerned, the Commission mainly based its first two reports on statistical and legal data communicated by Member States while the peer-evaluation operated by the Council relied instead on a sophisticated mix of questionnaire, on-the-spot visits by experts of other Member States, and follow up reports. Yet the autonomy and the specificity of each evaluative process should not be over-emphasized. Not only do the assessment of the Commission and the mutual evaluation organized by the Council refer to each other,³⁷ but all of these institutions promote a common objective, namely to measure the proper implementation and the effective application of the new surrender scheme throughout the *Area of Freedom, Security and Justice*.

The assessment carried out by the EU bodies provides a wealth of information on the use of EAW by Member States. Yet reservations have been expressed in relation to the statistical data collected.³⁸ The Commission itself acknowledges in its 2011 reports the existence of “considerable shortcomings in the statistical data available for analysis” and highlighted the absence of a “common statistical tool” and the “different interpretations to be found in the answers to the Council’s questionnaire”.³⁹ Moreover the restriction of the evaluation to the application of the EAW meant that it did not include the domestic structures into which it was incorporated.⁴⁰ The assessment carried out by the Council or the Commission was above all a check on the conformity of national law with the Framework Decision. The evaluation was centred on the implementation of the legal instrument rather than its impact on the jurisdictions of the Member States. And even when the assessment was practice oriented - the Council’s mutual evaluation was intended to scrutinize “the practical processes operated and encountered by Member States”⁴¹ - the extent of the fit between EU rules and Member States’ law was not a subject of primary concern.⁴² What was critical was to assess the effectiveness of the surrender scheme, to highlight the situations in which the respective national implementing authorities failed to fully satisfy their transposition duty and to promote compliance with the Framework Decision.

Evaluation Results

Relying on their respective assessment, the Commission and the Council hailed the success of the EAW. Both institutions concluded that the new surrender scheme was operating efficiently. The basis for this conclusion was “the increasing volume of requests, the percentage of them that result in effective surrender and the fact that the surrender deadlines are generally met”,⁴³ an “operational success” which “contrasts very favourably with the pre-

³⁶ Council of the European Union, *Orientation debate on a proposed Mutual Evaluation exercise concerning, in particular, the practical application of the provisions of the Framework Decision on the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States*, Council doc. 9602/05, 3/06/2005.

³⁷ In this respect it is telling that the last report from the Commission on the implementation of the EAW draws heavily on the mutual evaluations carried out by the Council which in turn refers to the evaluations carried out by the Commission.

³⁸ S. Carrera, E. Guild, N. Hernanz, *Europe’s Most Wanted? Recalibrating Trust in the European Arrest Warrant System*, CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, n°76 (Brussels: Centre for European Policy Studies, 2013), esp. annex 1, pp. 29-33. According to the authors, the indicators produced display important defects and methodological deficiencies and result in incomplete, inaccurate and inconsistent data which led the Council of the European Union to propose a revision of the evaluation process in 2012.

³⁹ European Commission, COM(2011)175 final, p. 10.

⁴⁰ P. Kortenhorst, “Evaluating the Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States”, in Guild and Marin (eds.), *Still not Resolved?*, p. 100.

⁴¹ Council of the EU, *Final report on the fourth round of mutual evaluations - The practical application of the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States*, Council doc. 8302/4/09 REV4, 28/05/2009, p. 4.

⁴² On the narrow purpose of evaluation of European criminal law, see de Biolley and Weyembergh’s conclusion in their edited collection, *Comment évaluer le droit pénal européen?*, esp. pp. 223-224.

⁴³ Council of the EU, 8302/4/09 REV4, p. 6.

EAW position”.⁴⁴ This positive judgement was also backed by the analysis of formal compliance. Other positive indicators came from the monitoring of domestic legislative changes to adapt to general or individual recommendations provided by evaluating bodies with respect to administrative or legal issues (e.g. language flexibility in everyday practice, proportionality test in the issuing of EAW...).

In spite of the sophisticated apparatus designed to measure the application of the EAW throughout the EU, very little is known about the impact of the Framework Decision on the deeply entrenched legal structure of Member States. The approximation of the rules of surrender between European Member States is a legal reality attested by the EAW evaluation. Statistical and legalistic key indicators do provide information about the efficiency of the new surrender scheme and the increasing degree of conformity of national legal systems with the Framework Decision. Individual reports on the implementation of the Framework Decision in Member States shed light on possible obstacles to the issuing and executing of EAW and offer recommendation to resolve them. But without any thick description of the transposition process in the Member States, these sectoral evaluations can hardly cut short the academic debate about the forms of legal convergence between European jurisdictions. The success of the EAW may well be the sign of a coming together of European Member States, but it could also conceal the fragmentation of European legislation which was the result of its visible domestication by Member States.

Domestic Fragmentation of European Legislation

Diversity of Constitutional Challenges

Many hints of a fragmentation of the EAW scheme were actually visible from its inception.⁴⁵ Compared to the quick adoption of the Framework Decision, its national transposition did not always go smoothly.⁴⁶ The last country to introduce the EAW into its legal system, Italy provides a good example of how domestic context influenced the pace of the reform as political ambiguity towards the new instrument met academic and practitioner criticism.⁴⁷ Far from being an exception, the Italian scenario is only one among many others which saw national legal elites express reservation towards the paradigm of mutual recognition and some of its consequence, especially extraditing nationals or partial elimination of the double criminality requirement.⁴⁸ In some countries the incorporation did not seem to pose any problem but in others doubts about the validity of the scheme prompted *ex ante* constitutional reform (France).⁴⁹ Where the constitutionality of implementing statutes was contested in front of the supreme courts,⁵⁰ judges sometimes rejected the objecting arguments (Belgium, Czech Republic). But in several cases implementing statutes were

⁴⁴ European Commission, COM(2011)175 final, p. 3.

⁴⁵ For a general perspective on the fragmentation of the AFSJ, see the various contributions gathered in *Revue trimestrielle de droit européen*, 47-4 (2012), 827-854.

⁴⁶ For a pan-European perspective, see R. Calvano (ed.), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo* (Naples: Jovene, 2007); Guild (ed.), *Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant*; Guild and Marin (eds.), *Still not Resolved?* See also J. Sivers, “Too Different to Trust? First Experience with the Application of the European Arrest Warrant”, in E. Guild, F. Geyer (eds.), *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union* (Aldershot / Burlington: Ashgate, 2008).

⁴⁷ L. Marin, “The European Arrest Warrant in the Italian Republic”, *European Constitutional Law Review*, 4-2 (2008), 251–273.

⁴⁸ The case of Germany is emblematic: see F. Gayer, “A Second Chance for the EAW in Germany: The ‘System of Surrender’ After the Constitutional Court’s Judgment of July 2005”, in Guild and Marin (eds.), *Still not Resolved?*, pp. 195–208, with good bibliographic references.

⁴⁹ R. Errera, “The Implementation of the EAW in France. Constitutional Issues and Scope of Judicial Review”, in Guild and Marin (eds.), *Still not Resolved?*, esp. pp. 167-169.

⁵⁰ For a comprehensive list of these constitutional challenges, see P. Zeman, “The European Arrest Warrant: Practical Problems and Constitutional Challenges”, in Guild and Marin (eds.), *Still not Resolved?*, pp. 107-111.

deemed contrary to the Constitution leading either to their annulment and the adoption of new legislation (Germany) or to the amendment of national constitutions (Poland, Cyprus).

In spite of these setbacks the transposition of the Framework Decision was eventually achieved in all Member States. But the apparent pan European consensus on the validity of the new surrender scheme is based on a variety of constitutional understandings which reveals the existence of seemingly irreconcilable perspectives between Member States.⁵¹ Thus confronted with a constitutional provision prohibiting the transfer of nationals to foreign countries, the Czech supreme court gave the green light to the EAW on the basis that traditional extradition and European surrender are substantially different⁵² while Polish judges required an appropriate amendment to the Constitution because the two categories were not regarded as fundamentally distinct.⁵³ Beyond this example, European constitutional courts' rulings on the implementation of the Framework Decision dealt with the relationship between EU law and Member States constitutional legal systems in very different ways, showing growing differences between their readings of the respective constitutional clauses on the interconnections between legal systems.⁵⁴

Variety of Implementing Acts

Political and constitutional differences between national contexts played a key role in the diversity of national laws putting into practice the EAW Framework Decision. The very nature of this type of legal instrument leaves considerable leeway to Member States as it is "binding upon the Member States as to the result to be achieved but shall leave to the national authorities the choice of form and methods".⁵⁵ But a close analysis of national legislation shows that the room for manoeuvre left to the States did not just result in a multiplicity of methods of implementation. Regulatory creep and gold-plating could be observed as some countries exceeded the terms of the Framework Decision ('over-implementation') while substantive requirements were sometimes lost in translation. Prompt in hailing the transposition by all the Member States, the Commission also noticed these shortcomings and it reported incorrect implementation of the surrender scheme in several jurisdictions.⁵⁶

The way Member States incorporated the grounds for refusal to surrender provided by the Framework Decision⁵⁷ offers a good example of how over-implementation led to a fragmentation of the EAW scheme. While some countries made some or all of the optional grounds for refusal mandatory in their national legislation, others also added additional bars to extradition relating to national security, to political offences or to human rights.⁵⁸ Here the glass half-full perspective which sees proper transposition of a unified surrender scheme

⁵¹ O. Pollicino, "European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: A Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems", *German Law Journal*, 9-10 (2008), 1313-1355. See also J. Komárek, "European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of "Contrapunctual Principles"", *Common Market Law Review*, 44 (2007), 9-40.

⁵² Czech Constitutional Court, Judgment of 3 May 2006, Pl. ÚS 66/04, English translation available online, URL: http://www.usoud.cz/en/decisions/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=512&cHash=94f2039f92b13843f3a3b93c6fcb237e (Retrieved: 09/08/2015).

⁵³ Polish Constitutional Tribunal, Judgment of 27 April 2005, P 1/2005, English translation available online, URL: http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/P_1_05_full_GB.pdf (Retrieved: 09/08/2015).

⁵⁴ Pollicino, "European Arrest Warrant and Constitutional principles of the Member States", 1353.

⁵⁵ Art 34(2) of the Treaty on European Union, in force at the time of the adoption of the Council Framework Decision 2002/584/JHA. Since then the Treaty on European Union has been substantially amended by the Treaty of Nice and the Treaty of Lisbon.

⁵⁶ In its last report the Commission still pointed out "shortcomings in the way some Member States implement the Council Framework Decision", COM(2011)175 final, p. 3.

⁵⁷ On bars to surrender in the EAW scheme, see S. Alegre, "The European Arrest Warrant and the Grounds for Non-Execution", in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda and J. Tricot (eds.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne* (Paris: Société de législation comparée, 2005), 127-153.

⁵⁸ For a general overview, see *Commission Staff Working Document SEC(2011) 430 final*, esp. pp. 3-8.

throughout Europe gives way to the glass half-empty view of a multiplicity of national legislations, some giving judges discretion as to whether or not to execute a warrant that other jurisdictions consider either compulsory or inadmissible. The “disturbing”⁵⁹ observation of a marked variability in the implementation of bars to surrender applies to other features of the EAW. Referring to the Council’s evaluation, the final Commission report highlights several cases where the respective national implementing law fails to fully transpose the Framework Decision⁶⁰ with regards e.g. to time-limits to issue or execute a warrant, the condition of reciprocity in EAW procedures, the list of offences not covered by the double criminality test, the seriousness of the offence liable to surrender...

Plurality of National Frameworks

Making clear the variability of the implementing Acts of Member States and their failure to comply with EU legislation does not provide a complete picture of the degree of fragmentation of the new surrender scheme. The multilingual nature of EU law also plays its part in reinforcing diversity and creating possible discrepancies between national texts and domestic practices. The EAW Framework Decision has been published in the twenty-four official languages of the EU, each text being authentic.⁶¹ In the twenty-eight Member States, legislators have transposed one of these versions into their own legal system according to epistemic conventions peculiar to their respective jurisdiction. Following on from this, the judges of Member States, in implementing the EAW scheme on a case by case basis, have interpreted this national legislation in the light of their own national understanding of the law.⁶² Such an interpretive *mise en abyme*, from translation to application via transposition in each jurisdiction, gives rise to conceptual confusion and possible divergences between them. Even if textual concordance of multilingual legislation can be created through meta-jurilinguistic mechanisms,⁶³ the multiplicity of legal cultures brought together under the AFSJ adds to the difficulty in transplanting the EAW uniformly in all Member States.

The focus on formal transposition of the Framework Decision plays down the fact that the rules transposed find themselves “indigenized on account of the host culture’s inherent integrative capacity”.⁶⁴ This domesticating process is influenced by the national interpreters’ epistemological assumptions and their legal practices which are culturally conditioned. In this respect the EAW offers a good illustration of the way legal rules and techniques – conceived in their textual dimension - change as they cross boundaries. In Italy for example the entrenched political conception of civil liberties protection (*garantismo*) justified a version of the EAW “much more restrictive than traditional extradition was”⁶⁵ but the judges consistently adopted an interpretation of the requirements of national legislation which

⁵⁹ COM(2006)8 final, p. 5.

⁶⁰ COM(2011) 175 final, p. 5, and accompanying *Staff Working Document* SEC(2011) 430 final, esp. pp. 3-8.

⁶¹ With regard to European secondary legislation, the European Court of Justice established that “all the language versions must, in principle, be recognised as having the same weight”, Case C-296/95, *Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, 2 April 1998, par. 36. For a thorough examination of the EU linguistic regime, see J.-C. Barbato, Fascicule 2390 : “Régime linguistique de l’Union européenne”, *JurisClasseur Europe Traité*, 2011.

⁶² On the variability of the national rules of statutory interpretation, see S. Vogenauer, “Statutory Interpretation”, in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd ed. (Cheltenham / Northampton: Edward Elgar, 2012), pp. 826-838.

⁶³ For evidence supporting this thesis, see K.K. Sin, “Out of the Fly-Bottle: Conceptual Confusions in Multilingual Legislation”, *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de sémiotique juridique*, 26-4 (2013), 927-951.

⁶⁴ Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, 118.

⁶⁵ M. Fichera, *The Implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice* (Antwerp / Cambridge: Intersentia, 2011), p. 146.

avoided frustrating cooperation between judicial authorities.⁶⁶ In contrast, most Member States' legislators have designed the EAW as a simplified procedure but national judges sometimes interpret it so strictly that its application slips back to a quasi extradition process.⁶⁷ Beyond these expressions of legal particularism, another striking feature of variation between Member States lies in the use of the EAW: figures provided by the Commission show that the number of European warrants issued and executed varies greatly between Member States and is not at all correlated with their population,⁶⁸ thus raising suspicion of diverging national attitudes and judicial practice in respect of this instrument.

European acculturation of National Legal Systems

Transnational practices

Even if we admit the theoretical impossibility of uniform application of EU law throughout the Union and in spite of significant divergences in the application of the EAW Framework Decision, one should not jump too hastily to the conclusion that no convergence is taking place. The illusion of a technical rapprochement fuelled by a narrow focus on State compliance is clearly revealed by awareness of the political and linguistic processes maintaining and reinforcing diversity in spite of legal approximation. Yet if we widen the lens even more to take into consideration specific institutional developments and broad cultural trends which have accompanied the implementation of the surrender scheme, it must be noted that other factors are playing in favour of convergence. Specific tools have been established to manage, contain and reduce legal diversity, such as the evaluation procedures set up by the Commission and the Council (see *supra*). The European legislature has also created horizontal networks bringing together judges and officials from all Member States to facilitate judicial cooperation and improve coordination between competent authorities responsible for investigation and prosecution of organized and cross-border crime (see especially the European Judicial Network and Eurojust).⁶⁹

What these various instruments all have in common is the promotion of convergence between criminal justice systems through monitoring techniques which are not legally binding but are nevertheless normative. Thus, the evaluation carried out by the Commission and the Council of the implementation by Member States of the EAW Framework Decision does not have a merely descriptive purpose. It is also prescriptive in that it develops recommendations which build up further expectations: the extent to which national practice conforms to those expectations is then itself subject to future checks either in the form of follow-up reports or domestic judicial interpretation of EU law. In a similar way, the European Judicial Network (EJN) and Eurojust do not have any regulatory power but they promote increased cooperation through peer-learning and experience sharing throughout Europe.⁷⁰ To achieve this aim, these transnational networks created by the European institutions rely on the one hand on regular

⁶⁶ Marin, "Like after a Strange Fall: Constitutional Micro-fractures and the EAW. Some Lessons from the 'Emerging' European Constitutional Law Suggested by the Italian Case", in E. Guild and L. Marin (eds.), *Still Not Resolved?*, p. 239.

⁶⁷ See the French example: P. Lemoine, "La coopération judiciaire entre Etats: L'exemple de l'extradition et du mandat d'arrêt européen à travers la jurisprudence de la Chambre criminelle", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 64-2 (2009), 297-316.

⁶⁸ *Commission Staff Working Document SEC(2011) 430 final*, pp. 185-189.

⁶⁹ On Eurojust, see in this volume the chapter by A. Megie: "Eurojust in Action: An Institutionalisation of European Legal Culture?"

⁷⁰ M. Claes and M. de Visser, "Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks", *Utrecht Law Review*, 8-2 (2012), 100-114. From the same authors, see also, "Courts United? On European Judicial Networks", in A. Vauchez and B. de Witte (eds.), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field* (Oxford / Portland: Hart, 2013), 75-100. See also J. Thomas, "Networks of the Judiciary and the Development of the Common Judicial Area", *New Journal of European Criminal Law*, 2-1(2011), 5-8.

face-to-face meetings between governments' legal agents, and on the other hand, on the use of sophisticated IT facilities. Thus the EJM website provides online apps to assist national judicial authorities to identify their competent counterparts and the legal requirements in the executing Member State,⁷¹ and to help to draft an EAW form.⁷² In addition, the EJM online library not only provides practical information concerning the EAW (the full text of the legal instrument, forms, notifications, case law, national legislation, etc....) but also makes guidelines for the adoption of good practices easily accessible (see especially the European handbook on how to issue a European Arrest Warrant, translated in all EU languages).⁷³ Irrespective of the degree of legal fragmentation of the EAW scheme and whatever the success may be of these compliance-tools in streamlining surrender and nurturing mutual trust between Member States, they foster common practices and transnational interactions between judges throughout the Union.

Judicial Dialogue

In addition to transnational practices in surrender, which contribute to the creation of some kind of EU legal culture (conceived as 'EU law in action' distinct from 'EU law in books'), other legal processes reinforce convergence between the law of Member States. The role of the ECJ is crucial in this respect even though its jurisdiction was restricted with regard to "third pillar" measures until the end of 2014 (see *supra*). Despite the reluctance of some domestic courts to initiate a 'judicial dialogue' with the ECJ,⁷⁴ it has had the opportunity to release preliminary rulings on the interpretation (and validity) of the Framework Decision on eleven occasions between 2007 and 2013.⁷⁵ These decisions - made at the requests of national judges - lay down how the EAW must be understood and applied in Member State jurisdictions. Through declaratory rulings, which bind all Member States with respect to the meaning of EU law, the Court promotes uniform interpretation of the Framework Decision.⁷⁶ The Court does not just clarify the content of its rules and give an autonomous meaning to its concepts (e.g. 'residents' entitled to request the non-execution of a European Arrest Warrant to undergo a custodial sentence in the country of execution).⁷⁷ The ECJ also requires national courts to interpret EAW domestic legislation as far as possible 'with a view to ensuring that (the) Framework Decision is fully effective and to achieving an outcome consistent with the objective pursued by it'.⁷⁸

The ECJ preliminary rulings rein in the fragmentation of the surrender scheme by limiting the margin of interpretation of national courts in the application of domestic legislation. But the work on the meaning and the significance of EU legislation carried out by the Court goes further in that it leads to the Europeanization of legal concepts.⁷⁹ With the

⁷¹ See the EAW atlas, URL: <http://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejm/AtlasChooseCountry.aspx?Type=1> (Retrieved: 09/08/2015).

⁷² See the EAW Compendium Wizard, URL: http://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejm/EJM_EAWWizard.aspx (Retrieved: 09/08/2015)

⁷³ URL: <http://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejm/libdocumentproperties.aspx?Id=13> (Retrieved: 09/08/2015)

⁷⁴ A. Weyembergh and V. Ricci, "Les interactions dans le secteur de la coopération judiciaire : Le mandat d'arrêt européen", in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda and J. Tricot (eds.), *Cour de justice et justice pénale en Europe* (Paris: Société de législation comparée, 2010), pp. 203-244.

⁷⁵ H. Patricio, "The European Arrest Warrant in the Case Law of the Court of Justice", *Unio – EU Law Journal*, 0(2014), 62-82. URL: http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%20ENG/UNIO%200%20-%20Helena%20Patricio_eng.pdf (Retrieved: 09/08/2015).

⁷⁶ On the effect of the preliminary rulings, see M. Broberg and N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2014) esp. 441-469.

⁷⁷ Case C-66/08, *Koslowski*, 17 July 2008 ; see also Case C-123/08, *Wolzenburg*, 5 October 2009.

⁷⁸ Case C-42/11, *Lopes da Silva*, 5 September 2012.

⁷⁹ L. Azoulai, "The Europeanisation of Legal Concepts", in U. Neergaard & R. Nielsen (eds.), *European Legal Method in a Multi-Level Legal Order* (Copenhagen: DJØF Publishing, 2012), pp. 165-182. See also, in this volume, the chapter by V. Mitsilegas: "Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts".

number of preliminary references relating to the EAW expected to grow, especially with the introduction of an urgent procedure to decide preliminary rulings within shorter time frames in disputes relating to persons detained or deprived of their liberty,⁸⁰ one can reasonably expect this process of conceptual Europeanization of the EAW to develop in the future.⁸¹ The creation of these pan-European judicial standards by the ECJ is crucial to the development of a distinct EU legal culture in its own right.⁸² But in the Union context, where interpreters are dispersed and legal meaning vulnerable to many alterations, the stability and the integrity of the surrender scheme throughout Member State legal systems requires more. The national interlocutors of the Court, Member State officials and national judiciaries, must be committed to the same claims, beliefs and actions. In the case of the EAW, the sharing of normative commitment does not limit itself to multilevel cooperation in legal reasoning. It includes the sharing of political values and ideological beliefs underpinning the enterprise of building an *Area of Freedom, Security and Justice*.

Shared narrative

The establishment and the implementation of the EAW is a good example of the ways a legal instrument can serve the promotion of an ideological purpose throughout the Union's Member States. The new surrender scheme is a flagship of EU criminal policy. It embodies the shifting rationales of the Union in the field of crime control and it fleshes out an integrationist project traceable in the treaties which give the Union new competences in the *Area of Freedom, Security and Justice* (art. 4(2) Treaty on the Functioning of the European Union). This is not the place to disentangle the ideological bundle founding this project.⁸³ Suffice it to say that it relies on a set of explicit values and implied beliefs expressed in various policy documents which convey an unfolding narrative establishing the European engagement in criminal matters. This new development was first presented according to a functional logic of spillover, in terms of a necessary reaction to the security deficit arising from the abolition of internal borders within an integrated Union.⁸⁴ It then gained momentum with the advent of a "citizenship of the Union" which empowered the EU as a guarantor of the security and the freedom of the nationals of the Member States.⁸⁵ This critical incremental step in the Union's rationale allowed wider intervention in the field of criminal justice based on mutual trust and the diffusion of market-based mechanisms of integration (e.g. mutual recognition and free circulation of judicial decisions).

Whatever the reality of the security deficit and the degree of mutual trust between Member States, one cannot but observe that these ideas feed a certain vision of the EU and provide the building blocks of a political myth about the Union's past and future.⁸⁶ This narrative is given material expression in legal techniques which in turn confirm the contemporary relevance of the European project. Devices such as the EAW are not only

⁸⁰ Art. 107-114 of the Rules of Procedure of the Court of Justice (consolidated version of 25 September 2012) establishing an "urgent preliminary ruling procedure" in the areas covered by Title V of Part Three of the Treaty on the Functioning of the European Union.

⁸¹ See nonetheless Advocate General E. Sharpston, who notes that "in a difficult case, speed may come at the expense of quality", "Transparency and clear language in the European Union: Ambiguous Legislative Texts, Laconic Pronouncements and the Credibility of the Judicial System", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 12 (2009-2010), p. 418.

⁸² C. Franklin, "The Melting Pot or the Salad Bowl Revisited (Again). The Meeting of Legal Cultures at the European Court of Justice", in J. Øyrehagen Sunde and K. Einar Skodvin (eds.), *Rendezvous of European Legal Cultures* (Bergen: Fagbokforlaget, 2010), 61-75.

⁸³ For an attempt, see F. Ferraro, *Libertà e Sicurezza nell'Unione europea* (Pisa University Press, 2012).

⁸⁴ On the spill-over theory, see M. Fletcher, R. Lööf and B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice*, Cheltenham / Northampton: Edward Elgar, 2008, pp. 22-31.

⁸⁵ S. Coutts, "Citizenship of the European Union", in D.A. Arcarazo and C.C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law* (Oxford / Portland: Hart, 2014), pp. 92-109.

⁸⁶ On the unavoidable mythical dimension of the European integration project, see V. Della Sala, "Myth and the Postnational Polity", in G. Bouchard (ed.), *National Myths: Constructed Pasts, Contested Presents* (Oxon: Routledge, 2013), 157-172.

justified by the new powers of the EU but they also contribute to the development of its constitutional identity as an actor which promotes the public goods of security and justice in all Member States.⁸⁷ Whatever the plurality of the national framework implementing the EAW, all Member States have incorporated in their legal system an instrument the *raison d'être* of which is shaped by a story framed by European institutions. The narrative may undergo various interpretations.⁸⁸ It may be too weak to win the assent of all stakeholders, be they politicians, professionals or academics. It is nonetheless taken up by them, if only for them to criticize it, and it is thus circulated even among those who do not embrace it. As such the establishment of the new surrender scheme contributes to the entrenchment of a political myth and its transplant into the legal cultures of all Member States.

Conclusion

The establishment of the EAW scheme throughout the EU has been hailed as a remarkable accomplishment by the European institutions. The best evidence of this is provided by key indicators which demonstrate that suspects and convicts are now transferred between Member States much more effectively than before. Yet even if we endorse the evaluative framework of EU bodies, one should not take success for granted on the basis of mere quantitative figures. The meaning of success is never straightforward in the case of legal adaptation.⁸⁹ And if we take seriously the ECJ statement according to which the purpose of the Framework Decision is to approximate the rules relating to surrender between national authorities,⁹⁰ we may question the achievement of this objective on the basis that the efficiency of the new scheme does not preclude wide variation in its national implementation. In other words, surrender between Member States may well be facilitated but it is far from certain that their domestic rules are more similar now than what they used to be. It is however undeniable that the introduction of the EAW follows the flow of developing transnational practices, feeds the continuous dialogue between European and national courts, and contributes to the circulation of shared beliefs as to the means and ends of the construction of a *European Area of Freedom, Security and Justice*.

In the light of these seemingly contradictory trends, it is tempting to dismiss the debate over the 'convergence thesis'. Long lasting differences between Member States' jurisdictions remain as the Framework decision is implemented by a variety of domestic Acts and national practices which reaffirm and renew some national variations in the process of surrender. Yet a remarkable rapprochement can be observed as the transfer of suspects and convicts is streamlined and eased between all European jurisdictions. While we observe homogenization through the circulation of common practices and shared narrative, new national differences emerge and old ones are upheld. In this respect the discussion over the legal convergence taking place in Europe appears flawed by what Gaston Bachelard has described as the "bipolarity of errors" which often characterizes scientific thought. According to this epistemological law, the scientific mind tends to escape from one error by falling into its opposite.⁹¹ Legal thinking is no exception to this movement⁹² of which the controversy over

⁸⁷ On this theme, see A. Howard Gibbs, *Constitutional Life and Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, (Farnham: Ashgate, 2011).

⁸⁸ See for example the European Parliament Resolution of 27 February 2014 with recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant (2013/2109(INL)) endorsing the narrative while pointing out at the failure of European legislation to explicitly include fundamental rights safeguards or a proportionality check.

⁸⁹ On the meaning of success in the case of legal adaptation, see Nelken, "Towards a Sociology of Legal Adaptation", esp. pp. 35-50.

⁹⁰ Case C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad*, 3 May 2007, par. 29-30.

⁹¹ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique : Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 5^e éd. (Paris: Vrin, 1965), p. 20.

⁹² F. Ost, M. Van de Kerchove, In "Constructing the Complexity of the Law: Towards a Dialectic Theory", in L.J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives* (Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999), esp. pp. 148-149. From the

the ‘convergence thesis’ provides another example. If European legal systems are getting closer while diverging at the same time, the ‘convergence thesis’ is neither true nor false and it is time for a new analytical framework able to solve this paradox.

In order to better describe the reality of legal integration carried out by judicial cooperation tools such as the EAW, a positive escape route may well be to play the EU legal culture card. In an institutional framework such as the European Union, culture may appear elusive compared to national settings, especially if we use it as a ‘term of art’ developed by sociologists of law.⁹³ Geography and history, so important in the Westphalian imagination to shape the contours of national legal cultures, are far less meaningful in the case of the EU. As to the traditional dimensions of the way the term legal culture has been used (practices and ideologies of legal institution, public attitudes and beliefs toward the law, the process of legal mobilisation...) ⁹⁴ they are more developed in domestic law than in relation to EU law due to its limited scope and its relative novelty. Yet looking at the introduction of the European Arrest Warrant in the landscape of judicial cooperation between Member States, one cannot help but observe a nascent EU legal culture characterized by its sector specific-nature,⁹⁵ its market-based legitimacy⁹⁶ and the dynamism of its entrepreneurs.⁹⁷ This transnational legal culture in the making neither replaces nor unifies national legal cultures but moulds them through a diffusion process which impacts differently on the various Member States. Very little scholarly attention⁹⁸ has been devoted to this EU legal culture “simultaneously distinct from and mutually constitutive of the legal cultures of its Member States”.⁹⁹ Yet in an era of globalization which forces comparativists to redefine the subject of their discipline away from a traditional focus on static comparison of rules emanating from national legal systems to a dynamic analysis of emerging spaces of transnational normativity,¹⁰⁰ EU legal culture may well be a key to better understand the contemporary transformations of the legal in the field of criminal justice.

same authors, “De la ‘bipolarité des erreurs’ ou de quelques paradigmes de la science du droit”, *Archives de philosophie du droit*, 33 (1988), 177-206.

⁹³ D. Nelken, “Legal Culture”, in Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, pp. 480-490.

⁹⁴ On these various dimensions, see S.E. Merry, “What is Legal Culture? An Anthropological Perspective”, in D. Nelken (ed.), *Using Legal Culture* (London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2012), 52-85.

⁹⁵ Michaels, “Legal Culture”, p. 1062.

⁹⁶ A. Afilalo, D. Patterson and K. Purnhagen, *Statecraft, the Market State and the Development of European Legal Culture*, European University Institute Working Papers, 2012/10.

⁹⁷ On the various transnational legal entrepreneurs promoting European polity-building, see Vauchez and de Witte (eds.), *Lawyer Europe. European Law as a Transnational Social Field*.

⁹⁸ An exception has to be made regarding the constitutional dimension of EU legal culture, scrutinized by the supporters of constitutional pluralism, which has attracted slightly more attention. Even then, the focus is on “elite legal culture” and not on “general legal culture” as rightly notes F. Snyder, “European Constitutionalism in the 21st Century”, in T. Tridimas and P. Nebbia (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century*, 2 vols. (Oxford/Portland, Hart, 2004), vol. 1, p. 11.

⁹⁹ D. Augenstein and J. Hendry, *The ‘Fertile Dilemma of Law’: Legal Integration and Legal Cultures in the European Union*, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper, 2009/06, p. 11.

¹⁰⁰ See *inter alia* D.A. Westbrook, “Theorizing the Diffusion of Law: Conceptual Difficulties, Unstable Imaginations, and the Effort to Think Gracefully Nonetheless”, *Harvard International Law Journal*, 47-2 (2006), 489-505, and the reply of W. Twining, “Diffusion and Globalization Discourse”, 507-515.

5. EU criminal justice and the diversity of legal cultures in Europe

Renaud Colson and Stewart Field

1. INTRODUCTION

This collective volume aims to examine the governance of criminal justice within the EU as it seeks to respond to common security threats and transnational crime. Tensions between the national and the supranational are likely to be central to developments in the coming years. The Lisbon Treaty has given the EU significant new legal powers to pursue harmonization in criminal law and procedure. Yet there is manifest and continuing sensitivity amongst Member States – and their electorates – about national sovereignty (and its loss). The difficulty of negotiating relationships between the national and supranational is likely to manifest itself most clearly in the tensions between, on the one hand, EU aspirations for the harmonization of criminal law and procedure, and on the other, commitment to established local and national ways of doing criminal justice. That such tensions are an important issue is recognized very clearly in the Treaties themselves. The principles of subsidiarity and proportionality (Art. 5 of Treaty on European Union) limit the power of the Union in delineating the respective competences of EU and Member States.¹ The preambles to the Treaty on European Union and the Charter of Fundamental Rights emphasize the attachment of the EU to the diversity of the cultures of the peoples of Europe as well as the ‘national identities’ of the Member States. More specifically in the context of criminal justice harmonization, Articles 67, 82 and 83 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)²

¹ For further discussion of this question, see chapter 6 of this volume (by Maria Bergstrom on ‘National Parliaments, Subsidiarity and the Democratic Deficit in the Area of Freedom, Security and Justice’).

² For a variety of statements on the need to respect diversity of cultures, traditions and specifically legal systems and traditions see the Preambles to the Treaty on European Union (TEU) and Charter of Fundamental Rights and Art. 4(2) TEU and Arts 67, 82 and 83 Treaty on Functioning of the European Union (TFEU). Art. 67 sets out general principles underpinning the creation of the Area of Freedom, Security and

require any such harmonization to ‘take account of’ and ‘respect’ differences in legal systems and traditions. The possibility of tensions between legal cultures is also recognized by the so-called ‘emergency brake’ procedure (Arts 82.3 and 83.3 TFEU) allowing Member States to request conciliation procedures to be adopted and to withdraw from a legislative measure if they consider that ‘fundamental aspects’ of their criminal justice system are likely to be affected by it.

But very little is said in the texts as to how the inherent tension between these specific injunctions and the underlying overall project of harmonization might be negotiated. In what follows we examine the challenge posed to any EU harmonization project by the diversity of national legal cultures and the challenge of building a common EU criminal justice culture.³ First, we discuss the concept of legal culture, particularly as it has been developed in comparative law, and ask what it may tell us about the prospects for attempts to reform the underlying assumptions of national legal systems. We then focus more specifically on its application in the particular sphere of criminal justice by examining the experience of various jurisdictions that have seen significant transformation of criminal procedure in recent years. To what extent have established legal cultures or procedural traditions influenced the reception of these new reforms and the impact in practice of the changes on the ground? What lessons might be learnt from these experiences about the challenges involved in harmonizing criminal justice in the EU? We then focus specifically on evidence from the EU harmonization project itself. On the one hand, we discuss examples of the ways in which national criminal justice cultures have resisted the common application of EU norms. On the other, we examine the prospects of creating a common EU criminal justice culture.

2. CONCEPT OF LEGAL CULTURE AND ITS LESSONS FOR LEGAL REFORMERS

The recent flourishing of interest in comparative law and legal studies has been linked to increasing global interdependence and processes in which law and legal practices are borrowed, imitated or imposed across national bound-

Justice while Arts 82 and 83 set out the legal basis for harmonization of criminal procedure and substantive criminal law.

³ This chapter draws on the arguments and findings of a collective project that started with a workshop at the European University Institute in Florence in 2013 and culminated in an edited volume: Renaud Colson and Stewart Field, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice* (Cambridge University Press 2016).

aries.⁴ Despite the contested status of the concept and considerable variation in its definition,⁵ much of this work chooses to frame comparison using the concept of legal cultures as a way of bringing out interconnections between law, society and culture.⁶ We do not have space here to set out a fully argued defence of at least some uses of the concept.⁷ For us, it provides a conceptual framework that enables and encourages comparative legal analysis that goes beyond a focus on formal legal rules and doctrine, embracing not just established institutional practices but also the interpretations and meanings accorded to those rules and practices by local actors. Those interpretations and meanings may be found not just in the elaborate expositions of formal legal documents: they can also be seen in the patterns of established institutional practice and the half-articulated common sense and implicit assumptions of legal actors and the broader public. In the context of EU attempts to harmonize aspects of criminal justice, a concern for legal culture enables us to ask about the prospect not just for common transnational legal rules, but for common transnational institutional practices and cultural interpretations. A recent study by the World Bank argued:

Legal culture is often considered as a given feature of the local environment to which proposed legal reform projects must adapt; many argue that legal and judicial reform programs must be tailored to fit local legal culture or they will fail. Other times, the prevailing legal culture may itself be the object of reform, rather than merely a constraint. Thus, understanding the arguments related to the concept of legal culture will become increasingly important for aspiring legal reformers.⁸

So the concept of legal culture may enable us to address the fear that the EU harmonization project might lead to harmonized legal rules which are nevertheless understood in diverse local ways and applied through diverse local

⁴ David Nelken, 'Comparative Law and Comparative Legal Studies' in Esin Örcü and David Nelken (eds) *Comparative Law: A Handbook* (Hart 2007), 3.

⁵ For a variety of key positions see the chapters by Roger Cotterrell, Lawrence Friedman and David Nelken in D Nelken (ed) *Comparing Legal Cultures* (Dartmouth 1997). See also the chapters by Sally Merry and Roger Cotterrell in D Nelken (ed) *Using Legal Culture* (Wildy, Simmonds & Hill 2012).

⁶ David Nelken (2007, n 4) at 6, David Nelken 'Defining and Using the Concept of Legal Culture' in Örcü and Nelken (n 4) at 109. For an overview of the use of the concept see David Nelken (ed) (2012, n 5).

⁷ One of us has set out his position, derived from the work of the Welsh cultural theorist Raymond Williams, in Stewart Field 'Finding or Imposing Coherence? Comparing National Cultures of Youth Justice' (2010) 5(2) *Journal of Comparative Law*, Special Issue on Legal Culture 216, reprinted in David Nelken (ed) (2012, n 5) 306.

⁸ Cited by David Nelken (n 6) at 109.

institutional practices. Furthermore, using the term legal culture rather than (for example) legal order or system also encourages us to think about the sense of the normative that is present in everyday legal practices. Established ways of doing things may not just be thought effective or efficient but may be seen as ‘our’ way of doing things.⁹

What does research tell us about the constraints and possibilities in constructing significant change in legal cultures (particularly where change is driven by external influences)? There is a strong element in the general literature on legal cultures that sees them as reinforcing coherence and stability in legal practices and thus maintaining established local traditions.¹⁰ Yet there is also theoretically informed empirical work that suggests that legal cultures are today characterized as much by fluidity as they are by stability, by complexity as much as by unity and by mutual influence rather than by isolation or independence. Thus, the leading anthropologist of law Sally Merry writes:

Under contemporary conditions of globalisation and the wide spread of legal knowledge and technique, legal culture tends to be hybrid. Legal systems in the current era typically consist of procedures, institutions, rules and practices that are imported from other legal systems and translated into the local context....¹¹

This division in the literature between those who associate legal cultures with stability and coherence and those who emphasize its fluid, creolized nature is understandably reflected in different views about the ease and predictability of engineering change with ideas from elsewhere. On the one hand, a ‘technocratic’ approach emphasizes the ease with which legal concepts, institutions and practices can be deliberately transferred. On the other, strong ‘culturalist’ positions exist: that such transfers are either simply not possible or will have dramatic unintended outcomes because the recipient legal system transforms the new external elements in its own image.¹² Tom Ginsburg has drawn from the work of Lawrence Friedman the view that the way to deal with these con-

⁹ We do not have the space here to consider the competing arguments around the desirability of harmonization: see Renaud Colson and Stewart Field ‘*Legal Cultures in Europe: Brakes, Motors and the Rise of EU Criminal Justice*’ at 13–16 in Colson and Field (eds) (2016, n 3).

¹⁰ David Nelken ‘Using Legal Culture: Purposes and Problems’ in David Nelken (2012, n 5), 1, 40–46.

¹¹ Sally Merry ‘What is Legal Culture: an Anthropological Perspective’ in David Nelken, *ibid.*, 68.

¹² For exposition of both positions, see Tom Ginsberg ‘Lawrence M Friedman’s Comparative Law, with Notes on Japan’ in David Nelken (ed) (2012, n 5). Pierre Legrand is a trenchant exemplar of this ‘culturalist’ view with a wholly pessimist view of the outcome of legal transplants. See for example his ‘What “Legal Transplants”?’ in David Nelken, *Adapting Legal Cultures* (Hart 2001).

tending views is to take a more contingent approach: whether legal transfer can be achieved with its intended outcomes depends on the ‘cultural embeddedness’ of the particular area of law.¹³ If this is the critical factor in transferability, then it makes sense to examine examples specifically of the outcome of transfers and shifts in the underlying cultures of criminal procedure.

3. REFORMING CRIMINAL PROCEDURES: CONSTRAINTS AND POSSIBILITIES IN TRANSFORMING LEGAL CULTURES

In recent decades, a number of attempts have been made in different jurisdictions to reform national criminal procedure in ways that have not just altered particulars but challenged the underlying assumptions of the established procedural tradition. Many of these examples are ones in which jurisdictions from the inquisitorial tradition of criminal procedure have introduced practices associated with the adversarial tradition. Across both Continental Europe and South America we have seen widespread introduction of practices of negotiated settlement that have been long associated with the United States of America and the United Kingdom.¹⁴ Beyond that, attempts have been made to enhance defence rights of participation in ways that qualify the traditional inquisitorial dominance of prosecuting and investigating magistrates in the pre-trial process.

The drivers have been in part internal: in some countries suspicion of the state’s coercive power has played a part and in many an increasing sense that a modern conception of citizenship should imply active participation in state processes affecting individuals.¹⁵ One example of such reforms occurred in France in the 1990s, when defence lawyers were given enhanced rights of access to their clients in police custody, to see the official dossier, to attend judicial hearings and new powers to request investigative acts of examining magistrates. The underlying objective was to place greater accent on dialogue

¹³ Though he acknowledges that Friedman’s position is a hypothesis which remains still largely untested empirically: Ginsburg, *ibid.*, 107–8.

¹⁴ On Europe see Marianne Wade ‘Why Some Old Dogs Must Learn New Tricks: Recognising the New in EU Criminal Justice?’ in Colson and Field (eds) (2016, n 3). On South America, see Maximo Langer ‘From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalisation of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Process’ (2004) 45 *Harvard International Law Journal* 1.

¹⁵ Chrisje Brants and Stewart Field, *Participation Rights and Proactive Policing: Convergence and Drift in European Criminal Process* (Deventer: Kluwer 1995), 19–29.

between prosecuting and investigating magistrates on the one hand and defence lawyers on the other.¹⁶

But changes in defence participation rights have also been shaped by external influence. The need to respond to reinterpretation by the European Court of Human Rights (henceforth ECtHR) of the right to a fair trial under Article 6 of the European Convention of Human Rights (henceforth ECHR) has provided at several points an external challenge to national legal cultures.¹⁷ Most famously the ECtHR has itself required increased defence participation rights in the police custody phase, traditionally the most ‘inquisitorial’ phase of criminal procedure on the European Continent. Debate continues as to the implications of this for the established procedural traditions.¹⁸

How might an examination of this range of attempts to challenge or qualify existing legal cultures in criminal procedure help us to understand the prospects for EU driven harmonization of criminal procedure? It must be recognized that these shifts or qualifications to the culture of criminal procedures have not been attempts at harmonization as such. Academics have examined them more as evidence of possible ‘convergence’ between jurisdictions of different procedural traditions.¹⁹ Harmonization is a different kind of project: it is politically conscious but more limited in its objectives than convergence. It is often used in a sense which necessarily implies the continuing existence of difference. The intention is to ensure that distinct procedures work together well or effectively. In musical harmony different notes sound pleasing in combination: if all the notes were to be the same, that would not be harmony. Thus, the Treaty on the Functioning of the EU emphasizes that the particular purpose of European approximation of Member States’ criminal laws is to enable police and judicial co-operation through mutual recognition of different national practices rather than to create a single transnational practice.²⁰

¹⁶ Stewart Field and Andrew West, ‘A Tale of Two Reforms: French Defense Rights and Police Powers in Transition’ (1995) 6(3) *Criminal Law Forum* 473; Stewart Field and Andrew West ‘Dialogue and the Inquisitorial Tradition: French Defence Lawyers in the Pre-trial Criminal Process’ (2003) 14 *Criminal Law Forum* 261.

¹⁷ Brants and Field (n 15).

¹⁸ John Jackson (2016) ‘Responses to Salduz – Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence’ (2016) 79(6) *Modern Law Review* 987; Chrisje Brants ‘The Reluctant Dutch Response to Salduz’ (2011) 15(2) *Edinburgh L.R.* 298; Aude Dorange and Stewart Field ‘Reforming Defence Rights in French Police Custody: A Coming Together in Europe?’ (2012) 16(2) *International Journal of Evidence and Proof* 153.

¹⁹ Renaud Colson and Stewart Field, *The Transformation of Criminal Justice - Comparing France with England and Wales*, (L’Harmattan 2011).

²⁰ See, e.g., Art. 82 TFEU.

Despite these differences, there are reasons for feeling that the experience of these recent cultural shifts in criminal justice may be informative. The development of a series of EU Directives on the criminal process demands rather more – and more specific – movement in local criminal justice cultures in Europe than we have seen before. We have noted the external influence of the ECtHR’s interpretation of Article 6 on various European jurisdictions in recent years. But this has been a broader-brush approach to procedural requirements. The ECtHR has accepted a broad margin of appreciation in the application of standards. It has been prepared to accept very different ways of achieving a fair trial in which weaknesses of protection at one point and in one form may be compensated for by protections elsewhere and in a different form.²¹ Recent EU Directives on suspects’ rights are much more specifically demanding in this regard: they set out clear objectives to be achieved in particular areas of criminal process.²² Even if this is subject to transposition by national legislatures, any post-Lisbon local cultural resistance may be confronted not only by new legislation, in the form of new EU Directives, but also the interpretative supremacy and sanctioning power of a Court of Justice of the European Union (henceforth CJEU) committed to the project of harmonization.

The very transformative potential of these strong harmonizing levers suggests greater risk of tensions and local cultural resistance on the ground. The effective transposition of EU Directives on criminal procedure into national laws and local practices may well require significant shifts in the cultural attitudes of judges, magistrates and legal practitioners at the Member State level.²³ Thus, experience of local cultural resistance to criminal justice ideas from elsewhere may have relevance to the issues facing EU harmonization. So what does the experience of these attempts to shift underlying assumptions

²¹ Jacqueline Hodgson, *The Metamorphosis of Criminal Justice: A Comparative Account* (Oxford University Press 2020).

²² See, e.g., Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, or Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty.

²³ Most obviously, EU Directives aimed at enhancing defence pre-trial rights are central to the EU’s attempt to build the transnational trust necessary to the operation of mutual recognition (which in turn is fundamental to judicial and police co-operation within the EU). Yet enhanced defence participation rights in the pre-trial phase run counter to the inquisitorial tradition of a pre-trial process dominated by the active truth-finding magistrates (and/or the police supervised by such magistrates).

suggest about the relationship between reforms and established local cultures of criminal procedure?

4. SOFT DETERMINISM OF LEGAL CULTURES

First, the existing research does not suggest that the influence of national legal culture dictates unchanging practice or even precludes the changing of fundamentals. In Continental Europe and South America, the established assumptions of the inquisitorial tradition have been significantly re-shaped by both enhanced defence participation rights in the pre-trial process and the rise of negotiated settlement.²⁴ But the extent to which the two shifts have taken hold or been resisted seems to have been quite different. Marianne Wade, after a critical review of the rise of negotiated settlement across the EU, has described it as ‘the one convergent feature to be found amongst our diverse jurisdictions’.²⁵ The rise of abbreviated forms of settling cases, more or less with the consent of the defence, is seen as now part of a ‘common culture born of working practices’. Explicitly she concludes that this has produced across Europe ‘an important and fundamental change affecting the working culture of criminal justice systems’ which has gone so far as to affect the expectations of practitioners in terms of what constitutes a ‘just outcome’.²⁶ Given that the truth-finding judge is a fundamental cultural starting point of the inquisitorial tradition and the tension between that and any notion of party bargaining to resolve issues, this suggests the capacity for fundamental transnational cultural change. This is not to say that local traditions of legal culture and criminal procedure do not shape the reception of these fundamental transformations in the detail of how negotiated settlement plays out on the ground.²⁷ But the outcomes seem to illustrate Merry’s²⁸ vision of the creolized hybridity of contemporary legal cultures with their capacity to borrow practices from elsewhere while translating them into local legal idioms.

The experience of seeking to enhance defence participation rights across Europe in the pre-trial process has been more variable. There may be reasons for reluctance to develop such rights that exist across Member States, namely political domestic emphasis on crime control rather than fundamental rights. Unlike the development of negotiated settlement, which might be thought to promote efficient responses to criminality, stronger defence rights are politically controversial in many European jurisdictions because they are

²⁴ Hodgson (2020, n 21).

²⁵ Wade, (n 14), 65, 84.

²⁶ *Ibid.*, at 73.

²⁷ Langer (n 14).

²⁸ Merry (n 11).

seen as impeding police investigations. But opposition is often expressed through adherence to traditional local criminal justice cultures. Even domestic legislative attempts to shift established practices have been limited not just by traditional interpretations of the defence role but also by the underpinning contexts of implementation: the availability of legal aid and its calculation, the institutional organization of criminal defence within the local legal profession and in particular the organization of duty-lawyering by local Bars.²⁹ All these provide a particular material context that supports traditional cultural assumptions as to the limited role of the defence lawyer in the pre-trial process. Comparing defence lawyers' practices across a range of European jurisdictions, the impact of both local cultural interpretations and institutional contexts on the real meaning of access to a lawyer is very evident.³⁰ Concluding their survey of defence practice in a range of European countries in 2010, Cape and others concluded:

There are aspects of the constituent elements of the right to effective criminal defence that are largely beyond the reach of legislation, or which are so entrenched in a criminal justice system that legislation is either not appropriate, or is not sufficient, to create the necessary conditions for effective criminal defence. Our analysis shows, in particular, that there are cultural attitudes and practices that will require considerable effort over time in order for them to change.³¹

The impact of national cultural resistance to developing defence participation rights inspired by European influence has already been seen in the various responses to the ECtHR's decision in the *Salduz* case (which determined that a right to legal advice in police custody was an aspect of fair trial rights under Art. 6).³²

The most obvious conclusion that seems to flow from these experiences is that local and national legal cultures can best be seen as determining in the sense of exerting pressures towards particular ways of thinking and placing obstacles in way of alternatives. But this is a soft determinism without guarantees: the pressures of established ways of doing things are not irresistible

²⁹ For an illustration based on an empirical study in France, see Field and West (2003, n 16).

³⁰ Ed Cape, Jacqueline Hodgson, Ties Prakken and Taru Spronken (eds), *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union* (Intersentia, 2007); Ed Cape, Zaza Namoradze, Roger Smith and Taru Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe* (Intersentia, 2010); Jodie Blackstock, Ed Cape, Jacqueline Hodgson, Anna Ogorodova and Taru Spronken (eds), *Inside Police Custody: an Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions* (Intersentia, 2014).

³¹ Cape et al (2010), *ibid.*, at 611.

³² Jackson (2016, n 18), Brants (2011, n 18), Dorange and Field (2012, n 18).

and the obstacles to new ways of thinking not insurmountable.³³ The second conclusion is that the transformation of legal cultures is as much about the way legal practice is carried out on the ground as it is about the way it is defined in legal rules. The transnational rise of negotiated settlement has been driven exactly by institutional and material pressures on the ground: the demand for visible state response to a widening range and thus number of offences. The cultural shifts observed have been quite dramatic. But the consequences for EU harmonization of procedural rights through EU Directives are less easy to predict.

If criminal justice cultures are fundamentally shaped by institutional and material practices, the danger is that we may see converging texts being accompanied by continuing divergence in practice on the ground. Criminal justice practice, such as defence lawyering, is as much shaped by how professional practice is financed and organized through selection, training and organization through professional associations as it is by the drafting of the relevant Code of Criminal Procedure. This has particular relevance to the EU's attempt to develop effective pre-trial participation rights. Establishing a formal right to the presence of a lawyer in the police station is one thing. Establishing an effective common standard of active defence lawyering across the EU is quite another: this is not just a question of traditional assumptions about the 'inquisitorial' nature of the police custody phase. It is the way that national legal cultures are expressed in established local institutional practices around appointment, organization, training and finance of duty lawyering in the police station. Thus, when Article 7 of the 2016 EU Directive on legal aid requires Member States to ensure that legal aid services are of a 'quality adequate to safeguard the fairness of the proceedings'³⁴ the likelihood is that this will be interpreted nationally in the light of very different local legal cultures. Even more so, given that these guarantees of quality and indeed local provision for lawyer training must show 'due respect for the independence of the legal profession'. The independence of the legal profession may in particular jurisdictions be thought to require that the local Bars be allowed to continue designating duty lawyers in criminal practice who are generally inexperienced and/or not specialist in criminal matters and may lead to wide variation in training requirements.³⁵ So the broader evidence of attempts to significantly shift criminal justice cultures seems to counsel not necessarily dark pessimism

³³ For an account of 'soft' determination see Raymond Williams, *Marxism and Literature* (Oxford University Press 1977) 84–9.

³⁴ Directive 2016/1919 of the European Parliament and the Commission of 26 October on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for required persons in EAW proceedings.

³⁵ See, Field and West (2003, n 16) on French practice.

but certainly caution and suggests close attention should be paid to the material and institutional conditions of legal practice. But what of existing evidence of national cultural resistance to the specific project of EU harmonization in criminal justice?

5. NATIONAL LEGAL CULTURES AND RESISTANCE TO HARMONIZATION

There is great variety in the legal forms by which EU norms are implemented, and when there is harmonization of legal rules, local cultural resistance is often quite visible. The very nature of Framework Decisions and EU Directives – the two main legal instruments used to legislate in the field of criminal justice – leaves significant leeway to Member States.³⁶ A close analysis of national legislation shows that the room for manoeuvre left to the states has resulted in both minimalist and maximalist transposition of legal norms. There can be both ‘gold-plating’ where some countries go beyond the terms of the Directives (‘over-implementation’) and instances where clear substantive requirements are sometimes lost in the process of transposition (‘under-implementation’).

The variability in Member States’ implementation of EU law is sometimes evidence of overt cultural resistance to a full embracing of EU norms by particular nations. This is very clear in the case of the opt-outs from the Area of Freedom, Security and Justice negotiated by the two common law jurisdictions, Ireland and the UK.³⁷ But such resistance is also visible in civil law jurisdictions. The case of the European Arrest Warrant (EAW) is particularly illustrative in this respect. Compared to the quick adoption of the Framework Decision, its national transposition did not always go smoothly.³⁸

³⁶ According to Art. 288 TFEU, these instruments are ‘binding, as to the result to be achieved, upon each Member State (...) but shall leave to the national authorities the choice of form and methods’. Of course, since the Lisbon Treaty, Framework Decisions are no longer used as an instrument for harmonization of criminal law since the Lisbon Treaty. Art. 288 TFEU now covers the legal effect of Directives, Regulations and other measures (but not Framework Decisions).

³⁷ For an analysis of the ways of which fear of the inquisitorial Continental ‘other’ has shaped response to harmonization in criminal justice in the UK and its negotiation of ‘opt-outs’ from such measures see John Spencer, ‘EU Criminal Law’ in Catherine Barnard and Steve Peers (eds) *EU Law* (2nd edn, Oxford University Press 2017). For further discussion of these questions, see Chapter 3 of this volume (by Annegret Engel on the UK’s negotiated opt ins/outs) and Chapter 2 (by Valsamis Mitsilegas on Brexit).

³⁸ For a pan-European perspective, see R Calvano (ed), *Legalità costituzionale e mandato d’arresto europeo* (Jovene 2007); Elspeth Guild (ed), *Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant* (Wolf Legal Publishers 2006); Elspeth Guild and Luisa Marin (eds), *Still not Resolved? Constitutional Challenges to the*

The last country to introduce the EAW into its legal system, Italy, provides a good example of how domestic context influenced the pace of the reform as political ambiguity towards the new instrument met academic and practitioner criticism.³⁹ Far from being an exception, the Italian scenario is only one among many others which saw national legal elites express reservation towards the paradigm of mutual recognition and some of its consequences, especially extraditing nationals or partial elimination of the double criminality requirement.⁴⁰ In some countries the incorporation did not seem to pose any problem but in others doubts about the validity of the scheme prompted *ex ante* constitutional reform (France).⁴¹ Where the constitutionality of implementing statutes was contested in front of the supreme courts,⁴² judges sometimes rejected the objecting arguments (Belgium, Czech Republic). But in several cases implementing statutes were deemed contrary to the Constitution leading either to their annulment and the adoption of new legislation (Germany) or to the amendment of national constitutions (Poland, Cyprus).

The EAW offers a good example of the way the process of transposition can hardly claim to reduce national diversity. While some countries made some or all of the optional grounds for refusal mandatory in their national legislation, others also added additional bars to extradition relating to national security, to political offences or to human rights.⁴³ There are also differences in time-limits allowed to issue or execute a warrant, in conditions of reciprocity in EAW procedures, in lists of offences not covered by the double criminality test and in the seriousness of offences which render citizens liable to surrender. Moreover, in implementing the EAW scheme on a case-by-case basis, the judges of Member States have interpreted their national legislation in the

European Arrest Warrant: A Look at Challenges Ahead After the Lessons Learned from the Past (Wolf Legal Publishers 2009).

³⁹ Luisa Marin, 'The European Arrest Warrant in the Italian Republic' (2008) 4(2) *European Constitutional Law Review* 251–73.

⁴⁰ The case of Germany is emblematic: see F Gayer, 'A Second Chance for the EAW in Germany: The "System of Surrender" After the Constitutional Court's Judgment of July 2005', in Guild and Marin (2009, n 38), 195–208, with good bibliographic references.

⁴¹ R Errera, 'The Implementation of the EAW in France. Constitutional Issues and Scope of Judicial Review', in Guild and Marin, *ibid.*, esp. 167–9.

⁴² For a comprehensive list of these constitutional challenges, see P Zeman, 'The European Arrest Warrant: Practical Problems and Constitutional Challenges', in Guild and Marin, *ibid.*, 107–11.

⁴³ For a general overview, see *Commission Staff Working Document SEC(2011) 430 final* (esp. pp. 3–8) attached to the European Commission *Report on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States*, COM(2011)175 final, p. 3.

light of their own national understanding of the law. Diversity of local legal cultures (both in underpinning constitutional frameworks and in more specific approaches to criminal justice) meant that some national judges have given themselves discretion as to whether or not to execute a warrant in circumstances where courts from other jurisdictions would regard similar requests as either mandatory or inadmissible.⁴⁴ As a result, what we have in Europe is 28 different EAWs, not one.

Judicial resistance sometimes develops into full-blown opposition. Estella Baker, discussing a recent decision of the Criminal Division of the English Court of Appeal, has pointed to an example where national judges evoked fundamental elements of national legal culture in manifesting both ‘rhetorical resistance’ and ‘substantive resistance’ to EU laws in relation to criminal justice.⁴⁵ In the conjoined appeals in *Interfact* and *Budimir and another*,⁴⁶ the Lord Chief Justice, the head of the English judiciary, evoked the spirit of AV Dicey and the sovereignty of the British Parliament to express impatience with the suggestion that national prohibitions on marketing pornographic videos might be unenforceable for non-compliance with European laws. Baker argues that this cultural resistance even affected the substantive reasoning of the court to the point whereby key elements of European law were not appropriately considered.⁴⁷ If this is perhaps a rare overt example of cultural resistance written into a judgment, other examples can be given of the difficulties posed by national legal cultures in the transposition of European laws. For example, European legislation may conceive of problems requiring criminal intervention in ways very different from those traditionally adopted in particular national legal cultures.

Chrisje Brants⁴⁸ has examined the implementation of the 2008 EU Framework decision on combating racism and xenophobia and its requirement that ‘hate crime’ be criminalized. She shows that the Netherlands has historically constructed its response to such issues in terms of ‘group discriminatory defamation’ seen as a public order offence aimed at promoting tolerant public discourse. The concept of hate crime constructed by EU legislation, based

⁴⁴ For details see Renaud Colson ‘Domesticating the European Arrest Warrant: European Criminal Law between fragmentation and acculturation’ in Colson and Field (2016, n 3), 199.

⁴⁵ Estella Baker ‘Crimes, Remedies and Videotape: An Unhappy Encounter with EU Law’ in Colson and Field, *ibid.*, 241.

⁴⁶ *Interfact Ltd v Liverpool City Council (Secretary of State for Culture, Media and Sport intervening)*; *R v Budimir and another (Same intervening)* [2011] 2 WLR 396.

⁴⁷ Baker (n 45), 257.

⁴⁸ Chrisje Brants ‘What limits to harmonising justice?’ in Colson and Field (2016, n 3) 221.

on racist motivation of the individual, thus sits ill with Dutch concepts of group discrimination and the general irrelevance of motive to the definition of offending. She concludes that current Dutch legislation now conforms in theory to the demands of the Framework decision but, in the exercise of the traditionally wide discretion given to Dutch police and prosecutors, local legal actors can quite happily continue to work with the grain of established national ways of doing things. She concludes that the top-down mechanism that is harmonization is confronted by differing bottom-up national cultures in the social construction of crime. This may not necessarily involve the overt resistance that Baker identifies in the *Interfact* case. Even the underlying assumptions – the taken for granted – of established local legal cultures can provide structural resistance to ways of thinking from elsewhere.

The two examples above refer to particular national cultures. But there can be resistance to EU attempts at harmonization that stretches across national boundaries. An example is provided by John Jackson's assessment of the drafting and implementation of the recent EU Directives on access to a lawyer.⁴⁹ He concluded that cultural resistance to the EU's original conception of what an effective role for a defence lawyer in the police station might mean came from a number of Member States from both adversarial and inquisitorial traditions. A number of countries resisted the development of an active defence role both before and after transposition. The effect is that EU requirements allow continuing differences in relation to key issues that determine the real significance of defence lawyer presence: the definition of permitted intervention during interrogation and lawyers' access to information on the case in the police station.⁵⁰ In different ways, jurisdictions from different procedural traditions have sought to preserve state dominance of the police custody phase and thus their capacity to manage the pre-trial process. For our purposes, it reinforces the view that established national ways of thinking about particular aspects of legal practice are clearly setting obstacles in the way of EU harmonization.

6. DEVELOPING A DISTINCTIVE EU CRIMINAL JUSTICE CULTURE?

One way of binding together an EU project of harmonization against the centrifugal forces of diverse legal cultures is by constructing a distinct but common EU culture of criminal justice. What is the evidence for the existence of such a culture and what are the mechanisms by which it might develop?

⁴⁹ John Jackson 'Cultural Barriers on the Road to Providing Suspects with Access to a Lawyer' in Colson and Field, *ibid.*, 181.

⁵⁰ Jackson, *ibid.*, and Hodgson (2020, n 21).

Certainly, the limited scope of EU law and legal institutions make the concept of legal culture appear more elusive than at a national level. The elements that we would want to associate with legal cultures are much more evident at national than EU level: traditions, institutions, intellectual formations (ideologies) as well as structures of feeling (underlying attitudes and beliefs toward the law).⁵¹ Although there are dangers in overemphasizing the unity and stability of national legal cultures, for many it does not seem implausible to talk about French or Italian legal culture.⁵² This is not just a question of scope but also of history. Legal cultures draw on the normative force of tradition and need time to become embedded. In relative historical terms the EU is still a very new institution, particularly as one that aspires to be more than a common economic market, to be a site of citizenship and belonging. And the pre-existing diversity of legal cultures in Europe, not just as between civil and common law traditions but also the national differences within those broader traditions, also makes the concept of an EU legal culture seem on the surface rather improbable. And yet, there are some signs that something is going on.

Where should we look for signs of European acculturation in criminal justice? Three distinct phenomena will be highlighted here: the development of a shared narrative, of judicial dialogue and the work of transnational bodies. We argue that the groundwork for an EU criminal justice culture may be established in political rhetoric, and its doctrinal concepts may be capable of co-ordination through judicial dialogue. But in the construction of EU criminal justice policies and the operation of transnational bodies on the ground there are still only limited signs of a collective EU culture.

6.1 Shared Narrative

First, a common culture might be seen as emerging from the sharing of political values and ideological beliefs underpinning the enterprise of building an Area of Freedom, Security and Justice. This project relies on a set of explicit values and implied beliefs expressed in various policy documents which convey an unfolding narrative establishing the European engagement in criminal matters. This new development was first presented according to a functional logic of ‘spill over’.⁵³ The development of an EU capacity in criminal justice was described in terms of a necessary reaction to the security deficit arising from the abolition of internal borders within an integrated Union. But it then gained

⁵¹ Field (2010, n 7).

⁵² Though it might be better to talk of French or Italian legal cultures in the plural: see John Bell, *French Legal Cultures* (London: Butterworths 2001) v.

⁵³ On the spill over theory, see Maria Fletcher, Robin Lööf and Bill Gilmore, *EU Criminal Law and Justice* (Cheltenham / Northampton: Edward Elgar 2008), 22–31.

momentum with the advent of a discourse around ‘citizenship of the Union’ which empowered the EU as a guarantor of the security of nationals of the Member States in exercising their freedom of movement within the Union.⁵⁴ Improving the experience of transnational victims and transnational defendants (both seen as EU citizens) justifies new common legal rights and practical legitimate expectations. This critical incremental step in the Union’s rationale has allowed wider intervention in the field of criminal justice on the basis of the need to build mutual trust and the diffusion of market-based mechanisms of integration (e.g., mutual recognition and its accompanying free circulation of judicial decisions).

Whatever the reality of the security deficit and the degree of mutual trust between Member States, these ideas feed a certain vision of the EU and provide the building blocks for a useful political myth about the Union’s past and future.⁵⁵ This narrative is given material expression in legal techniques which in turn confirm the contemporary relevance of the European project. Devices such as the EAW and now the European Investigation Order⁵⁶ are not only justified by the new powers of the EU but they also contribute to the development of its constitutional identity as an actor which promotes the public goods of security and justice in all Member States. This narrative may be viewed in different ways. It may be seen as too weak to win the assent of all stakeholders, be they politicians, professionals or academics. It is nonetheless taken up by them, if only for them to criticize it, and it is thus circulated even among those who do not embrace it. As such the development of EU criminal legislation contributes to the entrenchment of a political myth which at least evokes the idea of an EU legal culture.

6.2 Judicial Dialogue

There is also evidence of a developing judicial dialogue between national and EU courts in the construction of a shared conceptual vocabulary. The role of the CJEU has become crucial in this respect since the Lisbon Treaty even

⁵⁴ Stephen Coutts, ‘Citizenship of the European Union’, in Diego Acosta Arcaz and Cian C Murphy (eds), *EU Security and Justice Law* (Oxford / Portland: Hart, 2014), 92–109.

⁵⁵ On the unavoidable mythical dimension of the European integration project, see Vincent Della Sala, ‘Myth and the Postnational Polity’, in Gérard Bouchard (ed), *National Myths: Constructed Pasts, Contested Presents* (Oxon: Routledge 2013), 157–72.

⁵⁶ The European investigation order came into force in May 2018: Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters.

though its jurisdiction was restricted with regard to ‘third pillar’ measures until the end of 2014.⁵⁷ Despite the reluctance of some domestic courts to initiate a ‘judicial dialogue’ with the Court of Justice, there has been the opportunity to produce preliminary rulings on the interpretation (and validity) of EU criminal legislation. Through such declaratory rulings, which bind all Member States with respect to the meaning of EU law, the Court can promote uniform interpretation of EU legislation. Thus, the CJEU required national courts to interpret EAW domestic legislation as far as possible ‘with a view to ensuring that (it) is fully effective and to achieving an outcome consistent with the objective pursued by it’.⁵⁸ In so doing, the Court of Justice can resist the fragmentation of EU criminal law by limiting the margin of interpretation of national courts in the application of domestic legislation.

But the work on the meaning and the significance of EU legislation carried out by the Court goes further in that it leads to the creation of distinct European legal concepts. These pan-European judicial standards are crucial to the development of a distinct EU legal culture. In order to manage diversity in a non-harmonized field, the Court of Justice has developed a number of autonomous concepts and has thus superimposed on to national legal systems a Union meaning in relation to concepts which may have had an earlier, different ordinary meaning in domestic law.⁵⁹ In a recent survey, Mitsilegas cites a number of examples: ‘judicial authority in criminal matters’, ‘same acts’ for the purposes of the determination of the scope of the *ne bis in idem* principle and the concept of ‘residence’ for the purpose of recognising and executing EAWs.⁶⁰ In this way, the Court of Justice ensures that the EU has not just the legislative power to transform legal cultures by changing the letter of the law by enacting Directives but also the capacity to shape judicial interpretation of underlying concepts. With it comes a much stronger capacity to shape perceptions and practices in national criminal justice systems.

⁵⁷ Protocol n° 36 of the Lisbon Treaty (12008M/PRO/36) provides ‘as a transitional measure, and with respect to acts of the Union in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters which have been adopted before the entry into force of the Treaty’ that the powers of the Commission under Art. 258 of the TFEU shall not be applicable until five years after the date of entry into force of the Treaty of Lisbon. As a result, Member States were shielded from any infringement proceedings until the end of 2014.

⁵⁸ Case C-42/11, *Lopes da Silva*, 5 September 2012.

⁵⁹ Valsamis Mitsilegas ‘Managing Legal Diversity in Europe’s Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts’ in Colson and Field, (2016, n 3).

⁶⁰ *Ibid.*

6.3 Transnational Bodies

The European legislature has created a variety of horizontal networks: these bring together judges and officials from all Member States to facilitate judicial co-operation and improve co-ordination in the investigation and prosecution of organized and cross-border crime. The most obvious examples are the European Judicial Network, Eurojust and Europol.⁶¹ What these various instruments all have in common is the promotion of closer and more effective co-ordination between criminal justice systems through monitoring techniques which are not legally binding but are nevertheless normative.⁶²

The European Judicial Network (henceforth EJN) and Eurojust do not have any regulatory power but they promote increased co-operation through peer-learning and the sharing of experience across Europe. To achieve this aim, these EU transnational networks rely, on the one hand, on regular face-to-face meetings between legal agents of different jurisdictions, and on the other, on the use of sophisticated IT facilities. Thus, the EJN website provides online apps to assist national judicial authorities to identify their competent counterparts and legal requirements in the executing Member State.⁶³ In addition, the EJN online library makes guidelines on good practice easily accessible (see especially the European Handbook on how to issue a European Arrest Warrant, which has been translated into all EU languages).⁶⁴

Eurojust provides another example. Eurojust is an EU agency, a ‘body of the Union’ with legal personality, engaged in putting in place European procedures to resolve the many practical obstructions that arise in the daily management of transnational criminal cases (translation of national requests, simultaneous arrests, issuing and execution of EAWs, etc.). But a recent empirical study by Mégie suggests that there are limits to the creation of an EU criminal justice culture. Eurojust ‘judges’ (who may be judges, prosecuting magistrates or

⁶¹ For an introduction to the role of these and other key EU transnational bodies such as OLAF (the body charged with preventing fraud against the EU) and the emerging European Public Prosecutor, see Spencer (n 37), section 3.

⁶² Monica Claes and Maartje de Visser, ‘Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks’ (2012) 8(2) *Utrecht Law Review* 100–14. From the same authors, see also, ‘Courts United? On European Judicial Networks’ in Antoine Vauchez and Bruno de Witte (eds), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field* (Oxford/Portland: Hart, 2013), 75–100. See also J Thomas, ‘Networks of the Judiciary and the Development of the Common Judicial Area’ (2011) 2(1) *New Journal of European Criminal Law* 5–8.

⁶³ See the EJN Judicial atlas, URL: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/AtlasChooseCountry.aspx> (Retrieved: 15/12/2018).

⁶⁴ URL: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=13> (Retrieved: 15/12/2018).

police officers depending on the national legal cultures involved) seem to be riven by ‘profound institutional and social divisions’ which are impeding the development of a common European judicial culture.⁶⁵ In their search for legitimacy and credibility, these judges have focussed on facilitating the work of national judges by disseminating technical tools to assist in cross-border co-operation.

Eurojust appears to be less involved in producing and disseminating a European judicial culture than in solving the concrete problems that arise in criminal investigations. It is therefore difficult to speak of any real convergence or harmonisation of cultures and practices in criminal matters through the mediation of Eurojust....⁶⁶

Thus, if the foundations of a nascent European legal culture can be discerned in an underlying political narrative and judicial means of enforcing common interpretations of legal concepts, evidence of harmonizing culture of enforcement practices on the ground – as opposed to pragmatically working round differences – is much more elusive.

7. CONCLUSIONS: SOME FUTURE CHALLENGES IN BUILDING AN EU CRIMINAL JUSTICE CULTURE

We started by arguing that the concept of legal culture had become influential in comparative legal studies because it both enables and requires researchers to go beyond examining the legal rules in books to examining the other determinants of practice on the ground. Thinking about the building of the Area of Freedom, Security and Justice in these terms emphasizes that it is not enough to harmonize rules or even the interpretation of legal concepts in court. What is required is to harmonize their use and application by legal actors in diverse institutional and material settings and in the light of locally established ways of doing things which are often based on implicit assumptions. Harmonizing the legal rules of criminal procedure may be the easier bit for the EU. Harmonizing the lived experience of victims and suspects as they travel across Europe or the expectations of police and judges as they work with different national partners will be much more demanding.

Over the next few years, we will see the way in which the EU deals with themes of cultural diversity and harmonization in building an EU criminal justice. In particular we will see the CJEU’s judgment of Member States’

⁶⁵ Antoine Mégie ‘Eurojust in Action: An Institutionalization of European legal culture?’ in Colson and Field, (2016, n 3), 97–8.

⁶⁶ *Ibid.*, 104–5.

efforts at implementing a variety of Directives establishing minimum standards for victims' and suspects' rights and the European Investigation Order. It might be assumed that the likely departure of the UK from the EU might reduce the potential for cultural tensions around criminal justice. It would certainly shift the balance within the Union further towards those jurisdictions with an inquisitorial tradition, effectively leaving Ireland as an outlier with opt-outs.⁶⁷ But differences in legal culture in criminal justice can no more be reduced to matters of procedural tradition than they can to formal legal rules. Across Continental Europe, different national criminal justice systems bear different relationships to the inquisitorial tradition exactly because those relations are mediated by particular national legal and political cultures. These express different concepts of the relationships between the state, citizen, legal professions and markets which in turn shape varied arrangements around the training, funding and organization of policing, courts and defence lawyering. If effective harmonization must encompass such matters of institutional practice, the challenge of diversity that will remain even after Brexit will be substantial. The recent Directive on legal aid is a symbolically important, but tentative, first step to confronting differences around the material conditions of criminal justice practice. But it may be that in the coming years, it will be the economic inequalities within Europe – and different accompanying perceptions of what it is possible to ask of the state – that become the major fault line in the EU harmonization project.

⁶⁷ This is taking the view that Italy's post-1989 criminal procedure should be seen as hybrid rather than primarily adversarial.

Journal of Law and Society

(Formerly the British Journal of Law and Society)

VOLUME 46 SPECIAL SUPPLEMENT S1

OCTOBER 2019

Contents

Articles

- Learning from Elsewhere: From Cross-cultural Explanations
to Transnational Prescriptions in Criminal Justice.
An Introduction *Renaud Colson and Stewart Field* S1
- Understanding Transnational Policy Flows in Security
and Justice *Trevor Jones and Tim Newburn* S12
- Whose Best Practices? The Significance of Context in and
for Transnational Criminal Justice Indicators *David Nelken* S31
- Explaining, Interpreting, and Prescribing: Some Tensions
and Dilemmas in the Comparative Analysis of
Youth Justice Cultures *Stewart Field* S51
- Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the
Eyes of Comparative Law *Renaud Colson* S73
- The Challenge of Universal Norms: Securing Effective
Defence Rights Across Different Jurisdictions and
Legal Cultures *Jacqueline Hodgson* S95
- In a World of Their Own: Security-cleared Counsel, Best
Practice, and Procedural Tradition *John D. Jackson* S115

Learning from Elsewhere: From Cross-cultural Explanations to Transnational Prescriptions in Criminal Justice. An Introduction

RENAUD COLSON* AND STEWART FIELD**

COMPARING CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS IN A TRANSNATIONAL ERA

We are living at a time in which increasingly concerns about crime and security are shared across national borders and our responses are becoming transnational: this is evident in intensifying international efforts at crime-control cooperation and the dissemination of particular approaches to crime prevention, criminal justice, and the rule of law. These developments are being implemented partly through international law (especially international criminal law and international human rights law) and partly through wider and more diverse forms of supranational influence and intergovernmental cooperation. There is now a substantial grey literature emerging from international institutions such as the United Nations, the European Union, and the Council of Europe, producing comparative data and research and seeking to promote particular views of good practice in relation to a variety of issues around crime, security, and justice.¹

** Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, Chemin de la Censive-du-Tertre, BP 81307, 44313 Nantes CEDEX, France
renaud.colson@univ-nantes.fr*

*** Cardiff School of Law and Politics, Law Building, Museum Avenue, Cardiff CF10 3AX, Wales
fieldsa@cardiff.ac.uk*

This Special Supplement emerged from a workshop jointly organized by the Centre for Crime, Law and Justice and the Centre of Law and Society at Cardiff Law School in May 2017. The project benefited from the financial support of the Centre of Law and Society, the Cardiff University International Visiting Fellow scheme, and the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

- 1 The UN Office on Drugs and Crime, the European Union Agency for Fundamental Rights or the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction are obvious examples.

In this context, it is hardly surprising that the comparative study of criminal justice practice and policy and its transfer across national boundaries is beginning to emerge as a new field of research both in criminology and criminal justice.² One can distinguish two linked research questions within this field. The first is the more descriptive or analytical. How are concepts of good or best practice in security and criminal justice being constructed and circulated transnationally? How do transfers take place, through what channels, and with what effects (good and bad)? Here, the task is to chart what is actually happening in the development of transnational prescription in criminal justice practice and policy. The second research question is more directly normative with clear prescriptive implications. To what extent is it desirable to seek to identify transnational good or best practice? What are the difficulties and challenges in doing so validly? If transfers of policy and practice can sometimes be desirable, how should they be carried out in order to promote the exchange of good practice (as opposed to bad)?

What both descriptive and prescriptive research questions have in common is that they require an engagement with the underlying challenge of cross-cultural diversity in social and legal norms. If the definition and operation of concepts and practices in security and justice varies according to cultural contexts, then this raises questions both about the feasibility of effective transfer and its desirability. This, in turn, leads to questions about the role of comparative researchers and cross-cultural research in informing good learning practices and criticizing bad ones. We may anticipate that, in so far as it is governments that are shaping transfers, they are likely to be driven by the immediacy of their own instrumental and political goals. Established in particular legal jurisdictions and shaped by the cultures of particular nations, they may struggle to come to terms with the significance of cross-cultural diversity. What part can or should cross-cultural research play in defining good transnational practice and assessing the consequences, both good and bad, of transfer? What kinds of comparative research might be appropriate to the task?

There are several distinct strands to the published academic research that relates to these questions. First there is a substantial body of conceptually sophisticated and methodologically reflective research in politics and international relations on policy transfer studies. It even has its own acronym (PTS). But, as yet, very little of this has been applied in the criminal justice and criminological field.³ Secondly there is a burgeoning literature in com-

2 See, especially, T. Newburn and R. Sparks (eds.), *Criminal Justice and Political Cultures: National and International Dimensions of Crime Control* (2004); D. Melossi et al. (eds.), *Travels of the Criminal Question: Cultural Embeddedness and Diffusion* (2011).

3 See, for a notable exception, T. Jones and T. Newburn, *Policy Transfer and Criminal Justice: Exploring US Influence over British Crime Control Policy* (2007). See Jones and Newburn in this volume for the authors' reflections on the significance of policy transfer studies to comparative criminal justice.

parative law which uses the concepts of legal transplant and legal adaptation to examine the transfer of legal rules and practices. But, again, there has been only a limited focus on criminal justice.⁴ There is a more substantial literature on broader questions of comparative criminal justice; but policy transfer is often not a direct focus and such work is often seen as in need of greater conceptual and methodological reflection.⁵ In recent years, we have seen the rise of a diverse academic and policy literature stretching across criminology, politics, and international relations, which treats a very wide range of transnational issues of public safety and social order as questions of ‘security’. This includes a concern to define ‘legitimate security’ and to address normative questions about the ‘good’ in security.⁶ Yet the approach has traditionally been based more on notions of security as a general human need with a dominant universal logic rather than something differently experienced, felt, and managed by different groups.⁷ The examination of the influence of cultural differences on the lived experience of security is as yet underdeveloped.⁸ Finally, there are substantial specialist legal literatures on international and European criminal law and the development of European criminal justice. But the general drive of much of the research is towards developing coherent general normative principles to organize these different fields rather than examining their effects and implications for diverse legal cultures.⁹

- 4 For a sample of studies, see D. Nelken and J. Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures* (2001). For a notable exception to the neglect of criminal justice, see M. Langer, ‘From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Process’ (2004) 45 *Harvard International Law J.* 1.
- 5 David Nelken’s work involves a continuing concern that those working in comparative criminal justice should be more reflexive in the development and use of concepts. See, among others: D. Nelken (ed.), *Contrasting Criminal Justice: Getting From Here to There* (2000); D. Nelken, *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference* (2010).
- 6 A. Crawford and S. Hutchinson, ‘The Future(s) of Security Studies’ (2016) 56 *Brit. J. of Criminology* 1049, at 1053. For a particular attempt to develop the concept of legitimate security, see S. Virta and M. Branders, ‘Legitimate Security? Understanding the Contingencies of Security and Deliberation’ (2016) 56 *Brit. J. of Criminology* 1146.
- 7 Crawford and Hutchinson, *id.*, p. 1053.
- 8 But see, for an agenda, A. Crawford and S. Hutchinson, ‘Mapping the Contours of “Everyday Security”: Time, Space and Emotion’ (2016) 56 *Brit. J. of Criminology* 1184. There are important exceptions to this generalization that offer pointers for future development. On urban security in Europe, see A. Edwards and G. Hughes, ‘Comparative European Criminology and the Question of Urban Security’ (2013) 10 *European J. of Criminology* 257 and the Special Issue that this introduces. On policing, see A. Edwards et al. (eds.), *Policing European Metropolises*, Special Issue (2014) 2(1) of the *European J. of Policing Studies*; E. Devroe et al. (eds.), *Policing European Metropolises: The Politics of Security in City-Regions* (2017).
- 9 See, nonetheless, R. Colson and S. Field (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice* (2016).

FUNCTIONALISM AND ITS CRITIQUES

In order to develop conceptual reflection on the terms and conditions of sound comparison and its implications for policy transfer in the specific contexts of criminology and criminal justice, an obvious starting point is mainstream comparative law. In the last thirty years, the rise of globalization and the harmonization of legal fields as diverse as commercial law, company law, constitutional law or human rights law have stimulated academic research on the methods of legal comparison. The dominant approach relies on the idea that only laws which fulfil the same function can be compared. According to the so-called functional method, the goal of comparison is to understand how different societies solve similar problems in diverse ways. This, in turn, opens the door to legal progress because the contrast between various solutions helps to identify best practices and to circulate them.

At first sight, the identification of functional equivalents in different legal systems seems to provide an appropriate tool to overcome the descriptive and normative challenges facing comparatists in the field of criminal justice. Not only does it provide a framework to identify what is worth comparing (different legal rules and normative practices deployed to solve similar criminal problems and analogous security issues), but it also allows us to assess these norms and possibly promote or criticize their diffusion depending on how they fulfil their goal. A good example is provided by the way the development of negotiated justice and plea-bargaining in different states is described as a response to a common problem, namely, a growing burden on criminal procedures due to an increasing crime rate.¹⁰ In the light of such a diagnosis, it then becomes possible to compare the various national manifestations of plea-bargaining in order to determine how each of them meet this goal, what overall impact it has on the functioning of the criminal justice system, and to evaluate whether it should be extended further or applied in other contexts.¹¹

Although dominant in comparative scholarship, the functional approach has been under fierce attack. The critique is manifold and bears both on the method itself (criticized as relying on a simplistic and instrumental view of legal technique) and its goals (said to be practice-oriented, lacking neutrality, and blind to cultural diversity). Some critiques claim that the mainstream approach precludes a sophisticated understanding of the relationship between norms and their functions and is heavily tilted towards hegemonic harmonization, not to say unification, of laws. Ultimately, its most radical opponents reject the quest for similarities at the core of the functionalist

¹⁰ Langer, *op. cit.*, n. 4, p. 37.

¹¹ M. Wade, 'Why Some Old Dogs Must Learn New Tricks: Recognising the New in EU Criminal Justice?' in Colson and Field (eds.), *op. cit.*, n. 9, p. 65.

approach and claim that the legal comparisons should essentially focus on differences instead of pseudo-convergences.¹²

This critique seems all the more powerful in the field of criminal justice, a domain where distinctive legal characteristics are deeply entrenched. Rooted in history and tradition, criminal law – especially in its procedural dimension – should not be viewed as a mere set of technical arrangements. It emerges within a historical context and it articulates local political and cultural constructs which seem to determine its development as much as its explicit function. As a result, the quest for functional equivalence to explain the circulation of criminal models may prove problematic as it overlooks other fundamental determinants in the transfer of norms and institutions. Thus, in understanding a practice like negotiated justice, we may need to think more about the effects of legal and political cultures to explain the ways in which the apparent homogenization of legal practices may conceal continued differences or even the development of unpredictable consequences.¹³ This, in turn, may lead us to be very cautious with, or even to abstain from, any normative statement on the desirability of legal transfer.

Should comparatists resign themselves to oversimplification in order to shape the increasing normative exchanges which characterize criminal justice systems? Or should they sacrifice policy prescription on the altar of cultural complexity? At first sight, the fierceness of the ongoing methodological dispute and the depth of the epistemological discrepancy between the functionalist and the hermeneutic perspectives seem to rule out any reconciliation of the two points of view. Yet compromise should not be seen as precluded. Although functional and interpretive approaches are based on very different epistemological starting points, both stress the need for a contextual analysis of law.

COMPARISON AS TRANSLATION

Translation studies can provide a useful guide to the researcher involved in the comparison and the circulation of norms and practices between criminal justice systems. Language and law are analogous in many ways. Both are systems of rules (linguistic or legal) which evolve in particular social, economic, and political contexts. Both are the result of historical processes shaped by interaction with other linguistic and legal systems, and these interactions often reflect hegemonic power relationships. Moreover, com-

12 P. Legrand, 'The Same and the Different' in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, eds. P. Legrand and R. Munday (2003) 240.

13 E. Grande, 'Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure Has Affected Continental Europe' (2016) 64 *Am. J. of Comparative Law* 583; Langer, *op. cit.*, n. 4.

parative law and translation studies have much in common.¹⁴ Comparative lawyers are often obviously confronted with the issue of translation when working on foreign laws. But beyond this visible connection, which simply flows from different legal systems being in different languages, there are other similarities between the two disciplines. Indeed, both provide methods to mediate meanings and identify correspondence between distinct semiotic universes, and both engage in debates on the value of these methods and their results.

The first lesson that researchers involved in the comparison of criminal laws can learn from translation studies is that mediating the exact same information from one language into another is impossible. While translators should strive to say ‘almost the same thing’,¹⁵ they can never achieve an ‘ultimate’ translation in the target language without a loss. Because languages do not signify identically, all translation necessarily implies some sort of distortion. In an influential essay,¹⁶ Walter Benjamin illustrated this phenomenon using a simple example: while the German word *Brot* and the French word *pain* refer to essentially the same *bread*, these two words are not interchangeable as they mean something different to a German, who will probably have in mind *Vollkornbrot*, and to a Frenchman, who will most likely be thinking of a *baguette*. Similarly, comparatist lawyers willing to describe foreign rules and legal concepts can hardly claim to fully render their meaning to their audience.¹⁷ American plea-bargaining, German *Absprachen*, French *comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité*, and Italian *patteggiamento* may well all be referred to as *guilty pleas*, but they are not interchangeable. On the contrary, it could be argued that each of these concepts excludes the others. They have different meanings. Each of them refers to a distinct set of rules and practices, all deeply culturally bound and reflecting particular legal mentalities which are incommensurable.

The second lesson that translations studies can provide to the comparatist is that since there is no ‘true’ translation, the translator is bound to betray somehow the original text and the host language,¹⁸ and should accordingly choose an interpretative strategy. Does he or she want to convey the strange-

14 See, among others, V. Grosswald Curran, ‘Comparative Law and Language’ in *Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. M. Reimann and R. Zimmerman (2006) ch. 20; C. Laske, ‘Translators and Legal Comparatists as Objective Mediators between Cultures?’ in *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, eds. J. Husa and M. Van Hoecke (2013) 213.

15 U. Ecco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione* (2003).

16 W. Benjamin, ‘Die Aufgabe des Übersetzers’ (1923), at <<https://www.textlog.de/benjamin-aufgabe-uebersetzers.html>>.

17 S. Glanert, ‘Translation Matters’ in *Comparative Law: Engaging Translation*, ed. S. Glanert (2014) 1.

18 F. Ost, ‘Law as Translation’ in *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, eds. M. Adams and D. Heirbaut (2014) 69.

ness of the original text and communicate its cultural and linguistic particularities to a foreign readership at the risk of being cryptic and elusive? Or should the aim be a more transparent discourse in the host language at the risk of assimilation of the cultural other? Depending on the choice made, the translator will stick to the word or to the spirit of the original text, to the letter or to the genius of the host language. This decision is sometimes framed in ethical terms, as a choice between 'authenticity' and 'ethnocentrism'.¹⁹ Yet, Julian Barnes has rightly pointed out that the translation that works best may sometimes be the one least faithful to the original.²⁰ This 'politics of translation' in relation to the work of translators mirrors the 'politics of comparison' which is also at play, although usually implicitly, in the work of legal comparatists.²¹ Indeed, similar issues arise in the comparative description and appreciation of foreign criminal justice systems.

In order to describe foreign rules and foreign institutions, comparatists can try to do justice to their originality, to emphasize their otherness to the point of incomprehension, or they can choose to emphasize sameness over difference in order to make the foreign model understandable and possibly transferable. The choice between these two approaches has political consequences. The study of law, including comparative law, is not only a contemplative activity; part of its value derives from its ability to transform legal representations and legal practices.²² These political stakes are especially high as comparative arguments are frequently used in the framing of national and transnational criminal policies. When involved in such enterprise, comparatists cannot always take refuge in the ethereal debate on cultural appropriation and the authenticity of the comparative process. They necessarily have to take a stance, if only because the knowledge produced is likely to have a governance effect, because cross-cultural comparisons play a crucial role in accelerating the circulation of policy ideas and legal models.

Like translators, comparatists should reflect on the purpose of their research to determine what comparative strategy to adopt. This is all the more necessary if they are engaged in a process of law reform, whether it be new procedural guarantees for individuals, increased crime control efficacy or the administrative modernization of criminal justice. In that case, they should remember that any legal transfer from one setting to another is

19 F. Schleiermacher, 'On the Different Methods of Translating' in Glanert, op. cit., n. 17, p. 9.

20 J. Barnes, 'Translating Madame Bovary' in J. Barnes, *Through the Window: Seventeen Essays (and one short story)* (2012).

21 D. Kennedy, 'The Methods and the Politics' in Legrand and Munday (eds.), op. cit., n. 12, p. 345. See, also, D.W. Kennedy, 'New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance' (1997) *Utah Law Rev.* 545.

22 H. Muir-Watt, 'La fonction subversive du droit comparé' (2000) 52 *Revue internationale de droit comparé* 503.

fraught with uncertainty.²³ All jurisdictions have an established framework for thinking and doing criminal justice (a criminal justice language) that imposes particular constraints but also offers specific opportunities. As a result, the most faithful transfer from one jurisdiction to the other may not be the most effective. Yet there may be occasions where showing one's fidelity to the original model may be a matter of important political symbolism, and effectiveness in practice on the ground a lesser concern.²⁴

THE ARTICLES

With this volume, we hope to place reflection on comparative methodology at the centre of scholarly debate on transnational harmonization of criminal law. This Special Supplement seeks to do this by asking notable cross-cultural researchers to reflect on their own experiences, positive and negative, in attempting in particular studies to define good transnational practice or to negotiate cross-cultural difference. In so doing, it seeks to develop insights into both of the research challenges with which we started: the descriptive analysis of mechanisms of international transfer of policy and practice and the prescriptive evaluation of the characteristics of good and bad transfers. All contributors engage with comparative practices and methodologies in the specific contexts of transnational criminal policy, and all discuss studies or initiatives that represent good practice as well as counterexamples where good practice has been defined invalidly and/or unhelpfully.

The first article of the Special Supplement provides a general perspective on transnational policy flows in security and justice. It offers an overview of cross-national comparative research in relation to crime control and penal policy. **Trevor Jones** and **Tim Newburn**'s state-of-the-art account of policy transfer studies shows that there is now a sufficient body of work on the subject to make some general observations on the increasing circulation of criminal policy models and criminological ideas around the globe. The article addresses empirical questions relating to how far and in what ways crime, security, and justice policies are actually transferred across national boundaries, what happens to them in the process, and what factors might explain such phenomena. These include 'rational' attempts at policy learning from other jurisdictions, but also 'coercion' orchestrated by powerful 'hegemon' states and 'mimicry' whereby norms and policies are emulated for symbolic reasons rather than likely effectiveness. Jones and Newburn then proceed to reflect on the desirability of such cross-national exchange. Observing that much research in relation to policy transfer in crime control

23 D. Nelken, 'Comparatists and Transferability' in Legrand and Munday (eds.), op. cit., n. 12, p. 437.

24 See both Nelken and Jones and Newburn for examples in this Special Supplement.

adopts a pessimistic position in the light of the ‘punitive turn’ that has emerged in many Western countries, the authors discuss the normative principles that might be used to explore the possibilities for progressive policy transfer.

The identification of such progressive policy in order to promote their diffusion across borders is central to the construction of global social indicators. **David Nelken**’s article ‘on the significance of context in and for transnational criminal justice indicators’ notes the growing interest of criminologists and comparative law scholars in such data. Drawing upon the example of the recent global targets set by the United Nations in the field of criminal justice, Nelken questions the way ideas that count as good practice are selected and how they are used to frame transnational comparisons. Global indicators which are used to evaluate local conditions in terms of overarching standards are neither purely descriptive nor politically neutral: they have a ‘knowledge effect’ and a ‘governance effect’. Those engaged in exercises of transnational ranking and target setting may often be tempted to disregard contexts. But applying similar (criminal) standards to dissimilar places may have adverse consequences when pursuing projects of social improvement, such as the fight against corruption or gender violence. While Nelken does not rule out the possibility that, with proper design, global indicators might have the potential to make effective contributions, he warns against the dangers of simplistic comparison. Calling for more empirical studies on how global indicators accomplish commensuration between diverse settings, Nelken’s article highlights the methodological difficulties attached to governance by numbers in transnational criminal policy, especially in the diffusion of best practices and ideal standards.

Stewart Field’s article, which focuses on the ‘comparative analysis of youth justice cultures’, examines precisely some of the methodological challenges in using comparative research to inform policy transfer. It is rare to attempt the transposition of whole criminal justice systems from one jurisdiction to another: it is more common to seek to transfer particular elements of a system such as a penal measure or a legal role. But how can we predict the impact of a transferred element when it is placed within a different cultural context? Where criminal justice cultures are very different, their elements may not be directly comparable, or their significance may be conditioned by the system of which they are part. Drawing on a bilateral comparative study of youth justice in Italy and in England and Wales conducted with Nelken, Field explains the difficulty of comparing particular pre-trial interventions in two jurisdictions where the relationship of pre-trial and trial phases and between civil and criminal intervention is very different. Arguing for the need to understand criminal justice practices in the light of the legal and political cultures within which they are embedded, Field argues that learning from very different ‘elsewheres’ should be seen in terms of broadening the criminal justice imagination rather than furnishing particular solutions with predictable consequences.

Renaud Colson's contribution on transnational drug policy demonstrates that comparative law has the potential to expand the agenda of 'thinkable' possibilities. The article explores the insights that may be gained from the vast amount of comparative data produced to monitor the implementation of the international drug control regime. At a time of growing doubt about the benefit of criminalization of drug use, it provides a case-study on the ways that epistemic communities may rely on comparative research to identify best practices and promote them as normative alternatives in the face of a long-entrenched legal dogma. In order to explore these issues, the article looks at the UN drug control system from the perspective of comparative law. It shows how the concept of legal transplant provides a useful tool to understand the limits of transnational criminal law designed on a global scale to tackle the 'drug problem'. The article also identifies the various types of legal comparison that might contribute to addressing this failed transplant. It argues that while comparative analysis can certainly make substantial contributions to legal and policy knowledge, its ability to provide universal solutions applicable on a transnational basis should not be overrated. Even when grounded in sophisticated design, legal comparisons are always open to interpretation and can sometimes prove erroneous. In this respect, comparison of laws and regulatory measures on drugs is no substitute for rigorous policy evaluation.

The Special Supplement concludes with two particular case-studies which consider the potential impact of comparative research on the building of transnational norms. In the first, **Jacqueline Hodgson** reflects on her recent experiences as a member of cross-cultural research teams. The teams were funded by the European Commission to do comparative empirical research aimed at informing the development of EU Directives on suspects' rights to legal advice in police custody. She notes that the legal form of transnational norms can make a significant difference to their effectiveness: the European Union's capacity for proactively legislating the particulars of suspects' rights has a potential to influence practice that goes beyond the more abstract and reactive interventions of the European Court of Human Rights (ECtHR). But in understanding the potential impact of Directives in different jurisdictions, what is essential is empirical research that goes beyond the comparison of formal legal texts to examine the variable ways that these may be translated into the everyday practices of law and the experiences of suspects in different jurisdictions. Comparative empirical research enables us to understand the different ways in which the professional organization of criminal defence or the provision of legal aid may shape the real meaning of a right to custodial legal advice. It enables us to appreciate the impact of variable institutionalized relations between police, prosecutor, defence lawyer, and judge. It provides us with a basis not just for advice on constructing legal norms but also on the training that may shape professional cultures. Critical to this is the kind of insight that can be generated by cross-cultural research teams.

The final article by **John Jackson** charts the transnational development of legal norms relating to security-cleared counsel (special advocates): these are lawyers acting in trials where evidential material is regarded as so sensitive to the interests of the state that their access to that material is conditional on not disclosing it to their 'client'. Like Hodgson, Jackson emphasizes the limits of the ECtHR's capacity to define best practice through judicial decision making. It struggles to compare widely enough across different jurisdictions, to look deeply enough into the variable practices discovered, and to pay close enough attention to the local context. Like Hodgson, Jackson argues for the potential of comparative empirical research to provide better insights: in this case, the challenge is to define procedures that best balance the needs of state security against suspects' rights of participation. Drawing on his own interview-based study of practice in Canada, the United States, and the United Kingdom as well as previous comparative research by Cole and Vladek, he too suggests that what is needed is 'interpretivist' research that engages with the professional cultures and procedural traditions that underpin domestic and transnational practice.

Sous la direction de
Renaud Colson

La prohibition des drogues

Regards croisés sur un interdit juridique



Table des matières

Les auteurs	7
Henri LECLERC	
Préface	9
Renaud COLSON	
Introduction	13

Première partie

FIGURES JURIDIQUES DU CONTRÔLE SOCIAL

Igor CHARRAS	
<i>Les origines de la prohibition contemporaine des drogues</i>	19
Olivier MÉNARD	
<i>Le monopole étatique de la vente de drogue :</i> <i>le cas de la régie de l'opium en Indochine. Un exemple de prophylaxie budgétaire</i>	27
Renaud COLSON	
<i>Le traitement légal de l'usager de drogues illicites</i>	33
Jean DANET	
<i>Les nouvelles figures procédurales de la prohibition des stupéfiants</i>	43

Deuxième partie

REGARDS D'ACTEURS SUR LE DROIT EN VIGUEUR

André-Michel VENTRE	
<i>Prévention ou répression ? L'ambiguïté, vice principal de la loi de 1970</i>	55
Jean-Pierre GALLAND	
<i>L'impossible prohibition du cannabis</i>	61
Fabrice OLIVET	
<i>La loi du 31 décembre 1970 et la réduction des risques liés à l'usage de drogues :</i> <i>une contradiction indépassable</i>	65
Georges APAP	
<i>Organiser un droit pour reconnaître une liberté</i>	69

Troisième partie

LIMITES PRATIQUES ET THÉORIQUES DE L'INTERDIT LÉGAL

Michel KOKOREFF	
<i>Le régime prohibitionniste et ses limites</i>	
<i>face aux transformations des pratiques sociales des drogues</i>	77
Jean-Luc VENISSE	
<i>La référence à l'interdit légal dans la dynamique de la cure</i>	89
Alain LABROUSSE	
<i>Limites et effets pervers de la « guerre à la drogue »</i>	95
Sylvaine PORET	
<i>Structure de marché et prohibition des drogues :</i>	
<i>aux sources de l'échec des politiques répressives</i>	103

Quatrième partie

ÉVOLUTIONS CONTEMPORAINES DES POLITIQUES PUBLIQUES

Anne COPPEL	
<i>La réduction des risques liés à l'usage de drogues,</i>	
<i>stratégie de changement des politiques à l'égard des drogues ?</i>	113
Francis CABALLERO	
<i>Une alternative à la prohibition des drogues : la légalisation contrôlée</i>	123
Serge KARSENTY	
<i>Les usages sociaux de l'interdit dans le champ des drogues</i>	133

Les auteurs

Georges APAP, juriste et ancien magistrat, a été procureur de la République à Valence.

Francis CABALLERO, professeur agrégé de droit à l'Université Paris X – Nanterre, diplômé d'Harvard law school, est avocat à la Cour de Paris. Il a notamment publié *Droit de la drogue*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2000 (en coll. avec BISSOU Y.).

Igor CHARRAS est historien. Ancien secrétaire général du GERN (Groupe européen de recherche sur les normativités, GDR-E du CNRS), il a publié plusieurs articles sur la genèse et l'évolution de la législation française en matière de stupéfiants.

Renaud COLSON, juriste, est maître de conférences à l'Université de Nantes. Il a consacré sa thèse de doctorat aux évolutions de la fonction de juger (*La fonction de juger : Étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2005).

Anne COPPEL, sociologue, est Présidente d'honneur de l'Association française de réduction des risques. Elle a notamment publié *Le Dragon domestique*, Paris, Albin Michel, 1989 (en coll. avec BACHMANN C.), réédité sous le titre *La drogue dans le monde*, Paris, Seuil, 1991 ; *Peut-on civiliser les drogues ? De la guerre à la drogue à la réduction des risques*, Paris, La Découverte, 2002.

Jean DANET, juriste, est ancien président du Syndicat des avocats de France et avocat honoraire. Il est maître de conférences à l'Université de Nantes et membre du laboratoire « Droit et changement social » (UMR CNRS 6028). Il a notamment publié *Défendre : Pour une défense pénale critique*, Paris, Dalloz, 2004.

Jean-Pierre GALLAND, écrivain, est co-fondateur du CIRC (Collectif d'information et de recherche cannabique). Il a notamment publié *Fumée clandestine (1) : Il était une fois le cannabis*, Paris, éd. du Léopard, 1991 ; *Fumée clandestine (2) : le monde est en pétard*, Paris, éd. du Léopard, 1995 ; *Cannabis : Nouvelles du front*, Paris, éd. du Léopard, 1996 ; *J'attends une récolte*, Paris, éd. Trouble-Fête, 2005 (en coll. avec Phix).

Serge KARSENTY, sociologue, est chargé de recherche au CNRS, chercheur au laboratoire « Droit et changement social » (UMR CNRS 6028) et membre du collège scientifique de l'OFDT (Observatoire français des drogues et des toxicomanies). Il a notamment publié *Le Tabac en milieu scolaire*, Paris, OFDT, 2003 (en coll. avec DIAZ-GOMEZ S.) ; *Regards croisés sur le lien social* (dir.), Paris, L'Harmattan, 2005 (en coll. avec BOUGET D.).

Michel KOKOREFF, sociologue, est maître de conférences à l'Université Paris V et chercheur au CESAMES (Centre de recherche psychotropes, santé mentale, société, UMR CNRS 8136/Unité INSERM 611). Il a notamment publié *Les mondes de la drogue*, Paris, Odile Jacob, 2000 (en coll. avec DUPREZ D.) ; *La force des quartiers*, Paris, Payot, 2003 ; *Sociologie pénale : Système et expérience*, Ramonville-Saint-Agne, Erès, 2004 (en coll. avec RODRIGUEZ J.).

Alain LABROUSSE, chercheur en sciences sociales, a été directeur de l'Observatoire géopolitique des drogues. Il a coordonné le *Dictionnaire des drogues*, Bruxelles, De Boeck, 2002, et a publié *Géopolitique des drogues*, Paris, PUF, 2004. Il prépare actuellement un livre sur *Les drogues en Afghanistan*.

Henri LECLERC, avocat, est Président d'honneur de la ligue des droits de l'Homme. Il a notamment publié *Un combat pour la justice*, Paris, La Découverte, 1994 ; *La défense*, Les Ullis, Edp Sciences, 2002 (en coll. avec FRIDMAN W. H.).

Olivier MÉNARD est historien du droit. Il est maître de conférences à l'Université de Nantes, membre du laboratoire « Droit et changement social » (UMR CNRS 6028) et vice-président de l'Université.

Fabrice OLIVET, militant associatif, est membre de l'association ASUD (Auto-support des usagers de drogues).

Sylvaine PORET, économiste, est chargée de recherche à l'INRA et chercheuse associée au CREST-LEI (Centre de recherche en économie et statistique, Laboratoire d'économie industrielle). Elle a consacré sa thèse de doctorat à « L'impact des politiques publiques sur le marché des drogues illicites », Paris I – Panthéon Sorbonne, 2002.

André-Michel VENTRE est haut fonctionnaire. Il était, lors de la rédaction de sa contribution, secrétaire général du SCHFPN (Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale). Il a notamment publié *Les polices en France*, Paris, PUF, 2002 (en coll. avec BAUER A.).

Jean-Luc VENISSE, médecin psychiatre, est professeur de psychiatrie et chef du service d'addictologie du centre hospitalo-universitaire de Nantes. Il a notamment publié *Conduites addictives, conduites à risques : Quels liens, quelle prévention ?* (dir.), Issy-les-Moulineaux, Masson, 2002 (en coll. avec BAILLY D. et REYNAUD M.) ; *Médecine et addictions* (dir.), Issy les Moulineaux, Masson, 2005 (en coll. avec BAILLY D. et REYNAUD M.).

Introduction

Renaud COLSON

Au terme de la 46^e session de la Commission des stupéfiants de l'ONU qui s'est tenue à Vienne du 8 au 17 avril 2003, les représentants des pays participants se sont dits « gravement préoccupés par les politiques et activités en faveur de la légalisation des stupéfiants et des substances psychotropes illicites ». L'organisation internationale réaffirmait ainsi le principe d'une prohibition mondiale du commerce et de l'usage de certaines substances psycho-actives, principe durablement posé par les traités multilatéraux dont elle est la gardienne. Pourtant, malgré ses rappels à l'ordre et en dépit d'une forte mobilisation des États depuis la fin des années 1980, la production et la consommation de drogues illicites ne cessent de progresser. Ne pouvant se prévaloir de résultats plus encourageants, la Commission des stupéfiants en est réduite à stigmatiser les stratégies nationales de lutte contre la toxicomanie jugées incompatibles avec l'interminable « guerre à la drogue » qu'elle coordonne tant bien que mal.

En France, la remise en cause du dogme prohibitionniste est pour l'instant exclue. Le cadre juridique de la politique en matière de drogues témoigne d'une volonté durable d'éradication pure et simple des usages illicites. La loi du 31 décembre 1970 qui fait du consommateur un délinquant et un malade a permis de se focaliser alternativement sur chacun de ces pôles mais, à aucun moment, la sortie de cette problématique n'a été sérieusement envisagée par les pouvoirs publics. La multiplication des rapports officiels mettant en question l'idéal d'abstinence prôné par la loi de 1970, l'institutionnalisation progressive d'un programme de « réduction des risques » et l'assouplissement concomitant des législations en vigueur dans plusieurs pays voisins, poussent néanmoins à s'interroger sur le bien-fondé de cette logique prohibitionniste.

Rapportées par nombre d'études de terrain, la diversification des produits illicites et la banalisation de l'usage de certains d'entre eux ne disent rien sur la pertinence de l'interdit au fondement du droit de la drogue français, mais elles appellent une analyse critique de ses effets. Or, si la recherche en droit et sciences sociales sur les psychotropes illicites s'est enrichie de nombreux travaux au cours de ces dernières années, force est de constater que l'évaluation des politiques de lutte contre la toxicomanie reste parcellaire. Menée depuis peu par l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies, l'accumulation de connaissances visant la mesure des résultats de l'action publique signale pourtant l'intérêt d'une approche évaluative en ce domaine. L'existence en d'autres pays, notamment anglo-saxons, d'une riche tradition de recherches, empiriques et spéculatives, sur la légitimité et l'efficacité

des politiques des drogues témoigne *a fortiori* de la nécessité de se livrer à l'examen critique de la prohibition « à la française ».

Le sujet résiste à l'expertise et il est vrai qu'il a de quoi dissuader universitaires et chercheurs. Comment aborder avec toute la rigueur requise un thème aussi polémique que celui de l'interdit des drogues? Le regard scientifique suppose distance et neutralité à l'égard de son objet d'étude. Peut-il légitimement se porter sur une prohibition qui divise le corps social entre ceux qui la défendent et ceux qui la dénoncent? Appréhendant d'être lu avec les yeux d'une opinion publique curieuse de savoir s'il est « pour » ou « contre » l'abolition de l'interdit, le chercheur en sciences sociales peut être tenté de contourner l'objet. Protégé par un appareil méthodologique le dispensant de tout jugement normatif, l'expert peut aisément laisser à d'autres la responsabilité du diagnostic sur les mérites et les limites d'une politique controversée. À analyser la prohibition, les sciences humaines risquent ainsi, au premier chef... le syndrome d'inhibition!

Prenant cette hypothèse à contre-pied, le présent ouvrage fait le pari d'une étude critique de l'institution prohibitionniste au moyen d'une mise en perspective des connaissances théoriques de chercheurs spécialistes de la question et des expériences pratiques d'acteurs en prise directe avec la réalité sociale des drogues illicites. Faisant le point sur la question de l'interdit au cœur du dispositif d'appréhension des stupéfiants par le droit, ce travail collectif repose sur un double pari heuristique. D'une part, celui de la complémentarité des sciences sociales : l'histoire, la sociologie, l'économie, la géopolitique et la théorie du droit y sont simultanément sollicitées pour décrire et évaluer les effets de la prohibition. D'autre part, celui de la prise en compte des discours d'acteurs : clinicien, usager de drogue, magistrat, avocat et policier y sont invités à rendre compte de leurs expériences respectives de l'interdit légal frappant les drogues illicites.

La prohibition des stupéfiants – conçue comme institution juridique – est un fait social complexe susceptible d'être décrit et analysé sous différents angles. L'objectif de cet ouvrage est de croiser ces regards afin d'analyser l'interdit légal dans une perspective généalogique, théorique et pratique, nécessairement pluridisciplinaire. L'articulation de points de vue très différents sur une institution controversée ne permettant guère de prétendre à la cohérence méthodologique, on revendiquera la production d'un ouvrage pluriel, dans sa forme comme dans sa substance, porteur de discours relevant de registres différents. Cette posture, qui justifie la prise en compte du discours de chercheurs, de professionnels mais également d'usagers de drogues engagés dans un combat pour la légalisation, s'impose *a fortiori* eu égard à l'inséparabilité de fait entre la discussion politique et la controverse experte caractérisant le débat sur la prohibition des stupéfiants.

Chaque auteur précise, selon un plan qui lui est propre, comment il appréhende l'interdit frappant les stupéfiants, quels effets il lui attribue et quel jugement il porte sur lui, à l'aune de son savoir théorique ou pratique. Quant à la logique qui préside à la construction du livre, elle est celle de l'évaluation rationnelle d'une institution juridique. À la description historique et positive de la prohibition succède son appréciation par divers acteurs qui la vivent en pratique, puis des experts d'origines disciplinaires différentes en établissent l'intérêt, les limites et les effets per-

vers. On présente enfin les évolutions possibles ou souhaitables de la prohibition des drogues.

Conformément à cette démarche évaluative, l'ouvrage s'ouvre par une première partie consacrée aux « figures juridiques du contrôle social » en matière de drogues illicites. Igor Charras retrace la genèse de l'interdit légal pesant sur les stupéfiants. Olivier Ménard rappelle l'exception au régime prohibitionniste, un temps constituée par la régie française des opiums en Indochine. Renaud Colson fait le point sur le traitement légal réservé à l'usager de drogues illicites en droit français. Jean Danet dresse le tableau des évolutions procédurales les plus récentes du droit pénal réprimant les infractions en matière de stupéfiants. Dans une seconde partie, intitulée « Regards d'acteurs sur le droit en vigueur », André-Michel Ventre invoque l'ambiguïté de la loi de 1970 pour expliquer sa difficile application par les forces de police. Fabrice Olivet dénonce les méfaits de ce texte pour les usagers de drogues. Jean-Pierre Galland insiste sur l'impossibilité d'instituer une prohibition effective de l'usage du cannabis. Georges Apap étaye ses convictions antiprohibitionniste de son expérience de magistrat. Dans une troisième partie portant sur les « limites pratiques et théoriques de l'interdit légal », Michel Kokoreff évoque les insuffisances du modèle prohibitionniste dans la définition d'une politique des drogues. Jean-Luc Venisse minore le rôle de l'interdit légal dans la dynamique de la cure. Alain Labrousse décrit les effets géopolitiques pervers de la « guerre à la drogue ». Sylvaine Poret étudie les limites économiques de la prohibition. Enfin, dans une quatrième partie portant sur les « évolutions contemporaines des politiques publiques », Anne Coppel présente la politique de réduction des risques comme une rupture dans la politique prohibitionniste française. Francis Caballero propose une légalisation contrôlée des drogues. Quant à Serge Karsenty, il invite à repenser la prohibition à la lumière des usages de l'interdit comme langage.

« Le traitement légal de l'usager de drogues illicites », in R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, PUR, 2005, 33-42.

Le traitement légal de l'usager de drogues illicites

Renaud Colson

La prohibition des substances ou plantes classées comme stupéfiants emporte interdiction générale et absolue de toute opération les concernant, depuis leur production jusqu'à leur consommation en passant par leur possession. La mise en œuvre de cette interdiction repose sur un vaste corpus normatif¹ au sein duquel les dispositions applicables à l'usager de drogues illicites occupent une place essentielle, même si elles n'en représentent qu'une petite partie. C'est en effet la lutte contre l'usage de stupéfiants qui justifie la prohibition dans son principe².

Les règles applicables à l'usager de drogues illicites ont vocation à régir une population numériquement importante : en 2003, près de onze millions de français auraient déjà fumé du cannabis et plus de deux pour cent de la population aurait expérimenté une drogue dite « dure » (qu'il s'agisse de cocaïne, d'héroïne ou de LSD)³. Parmi ces consommateurs, bien peu se verront appliquer les dispositions légales édictées à leur intention. Délit sans victime, l'usage de drogues se prête mal à une détection et à une sanction systématique. Mais si cependant l'usager de stupéfiants entre en contact avec le droit à raison de sa consommation personnelle, c'est le plus souvent par l'intermédiaire des juridictions répressives⁴.

Comme un délinquant ordinaire, l'usager de drogue doit répondre de ses actes et peut être contraint de purger une peine en cas de condamnation. Mais s'il est ainsi tenu à des obligations légales, dont la première est de renoncer à sa pratique, le consommateur de produits stupéfiants est également titulaire de droits lui permettant, à certaines conditions, de bénéficier d'un traitement médical et d'une suspension des poursuites. Il n'est pas excessif de parler à cet égard d'un véritable statut de l'usager de drogues illicites, statut constitué de l'ensemble de règles qui déterminent son traitement légal⁵.

Le traitement légal de l'usager de drogues, tel qu'il est défini en droit français, s'inscrit dans un cadre juridique international. La France est en effet signataire de trois traités à vocation universelle qui instituent et organisent une prohibition mondiale sur les stupéfiants

¹ Sur ce corpus normatif, l'ouvrage de référence est le précis Dalloz de Caballero (F.) et Bisiou (Y.) *Droit de la drogue*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2000. Pour une vue synthétique, v. la rubrique « Stupéfiants », par Leclair (G.), dans le *Répertoire pénal Dalloz*.

² En vertu de l'adage à la juridicité incertaine « Pas de drogue, pas de drogué », Caballero (F.) et Bisiou (Y.), *op. cit.*, p. 539.

³ Observatoire français des drogues et des toxicomanies, *Drogues et dépendances - Données essentielles*, Paris, La découverte, 2005.

⁴ L'usage de drogue est cependant susceptible de constituer, dans certaines circonstances, une faute civile (Civ. 2^e, 16 mars 1994, *D.* 1994. IR. 96) ou disciplinaire (Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1993, *D.* 1995, somm., 164, obs. Brunois).

⁵ Pour une perspective synthétique sur les règles applicables à l'usager de drogues illicites, v. Bouloc (B.), *Pénologie*, 2^e éd., Paris, Dalloz, p. 412 et suivantes.

afin d'en éradiquer l'usage récréatif¹. Cet objectif est recherché par le biais d'une politique d'élimination de l'offre fondée sur le contrôle de la production et de la distribution des substances interdites. Les traités n'abordent en revanche la question de la consommation illicite de drogues que de manière incidente. Les rares dispositions qui s'y rapportent recommandent la mise en œuvre d'une politique sanitaire à destination des toxicomanes et la criminalisation de l'usage².

Le droit européen, pas plus que le droit international, ne se désintéresse du contrôle des produits stupéfiants³. Outre l'instauration d'outils d'évaluation et d'indicateurs européens relatifs à la toxicomanie⁴, l'Union européenne se donne pour objectif de compléter l'action des États membres en matière de prévention de la consommation de drogue et réduction de la toxicomanie⁵. Si par ailleurs une harmonisation des législations pénales en matière de lutte contre le trafic de drogues n'est pas exclue, les textes européens ne prévoient pas de prohiber l'usage, chaque État déterminant à loisir sa politique en la matière.

Les sources internationales et européennes du droit applicable à l'usager de drogues illicites s'imposent aux autorités françaises dans la définition de leur politique des drogues. Mais dénuées d'effet direct, ces sources externes ne peuvent être invoquées devant les juridictions françaises. C'est donc finalement au seul droit interne qu'il revient de déterminer le traitement légal réservé à l'usager de stupéfiants. Intégrées au Code de la santé publique (art. L. 3421-1 et s., art. R. 3424-1 et s.), ces règles ont été édictées par la loi du 31 décembre 1970 *relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses*. Ce texte, qui n'a pas été modifié substantiellement depuis son entrée en vigueur, a donné lieu à de très nombreuses circulaires, notes et instructions générales de la part des ministères de la justice, de l'intérieur et de la santé⁶. L'abondance, la dispersion et les contradictions de cette réglementation administrative incitent à revenir à l'intention première du législateur pour saisir le sens du droit en vigueur.

À l'occasion des débats précédant le vote de la loi de 1970, les députés et les sénateurs ont unanimement témoigné leur attachement à un idéal thérapeutique privilégiant une politique sanitaire à l'égard des usagers de drogues illicites. Au regard de cet objectif, la loi

¹ Ces trois conventions internationales sont la Convention Unique sur les stupéfiants de 1961 amendée par le protocole de Genève de 1972, la Convention de Vienne sur les psychotropes de 1971 et la Convention de Vienne contre le trafic illicite des stupéfiants et psychotropes de 1988. Sur ces sources internationales du droit de la drogue, v. Caballero (F.) et Bisiou (Y.), *op. cit.*, p. 42 et suivants ; sur « la formation du contrôle international des drogues », v. l'article de Dudouet (F.-X.), *Déviante et Société*, 1999-4, pp. 395-419.

² La Convention de Vienne contre le trafic illicite des stupéfiants et psychotropes amorce à cet égard un durcissement certain puisque son article 3 § 2 stipule que « sous réserve de ses principes constitutionnels (...), chaque partie adopte les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale (...) à la détention et à l'achat de stupéfiants et de substances psychotropes destinés à la consommation personnelle... ».

³ Decourrière (A.), *Les drogues dans l'Union européenne. Le droit en question*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

⁴ Créée en 1993, l'OEDT, ou EMCDDA (European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction) est un service décentralisé de l'Union européenne. Sa mission est d'organiser, au niveau européen, la collecte et l'analyse des données concernant les consommations de drogues et leur évolution. Pour plus d'information sur cet organisme : <http://www.emcdda.eu.int/>

⁵ Il s'agit là du premier objectif du nouveau plan d'action contre la drogue (2005-2008), adopté par la Commission européenne, qui sera soumis à l'approbation du Conseil européen courant 2005. Pour plus d'information sur la politique européenne en matière de drogues illicites et de lutte contre la toxicomanie : <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/s22001.htm>

⁶ Pour une table chronologique de ces sources administratives, v. Simmat-Durand (L.), *La lutte contre la toxicomanie, De la législation à la réglementation*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 194 et suivantes.

n'a pas tenu ses promesses. Elle a en revanche permis de pénaliser, parfois lourdement, les consommateurs de substances stupéfiants. Ce paradoxe témoigne d'une contradiction entre le fondement dogmatique de l'intervention du législateur et la logique juridique qui préside au texte finalement voté¹. Pareil phénomène n'est pas exceptionnel dans l'ordre juridique : les valeurs justifiant l'édiction d'une loi sont parfois trahies par la vie propre des normes qui les expriment.

La loi de 1970 est exemplaire de ce processus par lequel un texte législatif initie une politique en contradiction avec l'idéal qui le fonde. Les statistiques officielles l'attestent : l'intention originaire de soigner les toxicomanes a servi l'institution d'un dispositif légal qui est aujourd'hui essentiellement orienté vers leur répression. Le fondement du statut de l'usager de stupéfiants résidait dans un puissant idéal thérapeutique : le traitement médical (I). L'échec de cet idéal consommé, c'est une autre logique, axée sur le traitement pénal du consommateur de drogues, qui s'est imposée (II).

I – Le traitement médical de l'usager de drogues illicites

La loi du 31 décembre 1970 était interprétée, lors de son élaboration, comme le signe d'une évolution par laquelle on s'acheminait vers un traitement extra-pénal de l'usager de drogues illicites (A). Assimilant la consommation de stupéfiants à une pathologie, le législateur délaisse alors la répression pour organiser le traitement médico-social des toxicomanes (B). Les limites du dispositif institué à cette fin témoignent de l'échec du projet législatif porté par la loi de 1970 (C).

A – Généalogie d'une intervention législative

La loi du 12 juillet 1916, qui ébauchait les linéaments d'un statut de l'usager de drogues illicites, incriminait l'usage « en société » de l'opium, du haschich et de leurs dérivés². Ce texte punissait de peines similaires consommateurs et trafiquants et ne prévoyait aucun traitement particulier pour le toxicomane. La portée sanitaire de cette loi répressive apparaissait cependant en filigrane, l'idée d'incriminer la consommation d'opiacés reposant à l'époque essentiellement sur des considérations hygiénistes³.

Le droit positif, qui traitait l'usage de stupéfiant comme un problème criminel justifiant une répression de type classique, s'est progressivement ouvert à des mesures de sûreté curatives applicables aux toxicomanes. Cette tendance s'est exprimée pour la première fois dans la loi du 24 décembre 1953. Marquant l'avènement d'une figure juridique de l'usager de drogues tout à la fois malade et délinquant, ce texte dispose qu'il peut être astreint, dans certaines circonstances, à subir une cure de désintoxication dans un établissement

¹ Sur ce paradoxe, v. notre article « Sur la confusion des valeurs en droit pénal : l'usage de drogues illicites entre pathologie et délinquance », in *Les valeurs*, Nantes, Maison des sciences de l'Homme Ange Guépin, 2002, pp. 139-143.

² Sur « l'odyssée de la loi de 1916 », v. Bachmann (C.) et Coppel (A.), *La drogue dans le monde*, Paris, Albin Michel, 1991, p. 296 et s. ; v. également. Charras (I.), « Genèse et évolution de la législation relative aux stupéfiants sous la Troisième République », *Déviante et Société*, 1998-4, p. 367 ; et du même auteur, « L'État et les stupéfiants : archéologie d'une politique publique répressive », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 32, 1998, p. 7.

³ Dès la deuxième moitié du XIX^e siècle, le corps médical appréhende l'usage de certaines drogues comme une pathologie justifiant le développement d'une prophylaxie à l'échelle de la société. Sur cette question, v. Yvorel (J.-J.), « Naissance de la cure », in Hervieu (J.-M.), *L'esprit des drogues*, Paris, Autrement, 1989, p. 144.

spécialisé (art. 3). Saluée en son temps par la doctrine¹, cette disposition législative est néanmoins d'une portée limitée : son domaine est étroit, réduit à des hypothèses procédurales bien définies². Au surplus, le règlement d'administration publique qui devait en assurer l'application n'a jamais été édicté.

À la fin des années 1960, les limites de la loi de 1953 semblent atteintes et ses insuffisances sont dénoncées de part et d'autre. Les députés relaient les inquiétudes d'une opinion publique sensibilisée par la presse au « danger » des drogues³. La conscience d'avoir à légiférer sur ce « problème » se fait si vive chez les dépositaires du pouvoir politique que trois projets s'y rapportant vont se télescoper en un très court laps de temps : deux propositions de loi⁴ et un projet préparé par le gouvernement voient le jour à la même époque. La loi du 31 décembre 1970 résulte de la fusion de ces textes par la *Commission des lois* de l'Assemblée nationale et de leur amendement par les parlementaires.

B – Mise en œuvre d'un idéal sanitaire

La loi du 31 décembre 1970 est le produit d'un compromis politique entre le ministère de la Santé, la Chancellerie, et les parlementaires⁵. S'il est difficile de démêler l'écheveau des influences à l'origine de ce texte hybride, il est acquis que celui-ci est une *loi de défense sociale* dominée par une double préoccupation d'humanisme et de resocialisation des déviants⁶. Le consensus parlementaire qui a présidé au vote de cette loi s'est bâti – du moins en ce qui concerne le statut de l'utilisateur de drogues - autour sa dimension sanitaire.

Empreinte de paternalisme, la position des députés et des sénateurs à l'égard des consommateurs de drogue est sans ambiguïté. Il faut avant tout « guérir les usagers »⁷, leur punition ne devant être envisagée qu'avec « une extrême prudence »⁸. Rempart contre les drogues, la loi de 1970 tient lieu de pédagogie pour les drogués qu'elle a vocation à protéger. En conséquence de quoi, le législateur place toute personne « usant d'une façon illicite de substances ou plantes classées comme stupéfiants (...) sous la surveillance de l'autorité sanitaire »⁹. La priorité accordée à la rééducation se traduit par la possibilité offerte à l'utilisateur d'échapper aux poursuites en s'engageant dans une démarche thérapeutique ayant l'abstinence pour finalité.

La loi de 1970 distingue les consommateurs selon la gravité de leur état. Certains

¹ V. par exemple les deux premiers rapports du colloque sur les délinquants alcooliques et intoxiqués publié par la *Revue de science criminelle* en 1956 (p. 479 et s.).

² Gassin (R.), « 18^e journées de défense sociale (politique criminelle et toxicomanie) - Le point de vue législatif et doctrinal », *Revue de science criminelle*, 1971, spéc. p. 202.

³ Vaillé (D.), « La grande presse et la drogue », *Moniteur des pharmacies*, 3 février 1973, n° 1068.

⁴ Ces deux propositions de loi, déposées sur le bureau de l'Assemblée par Messieurs Mazeaud et Weber, l'ont été respectivement le 15 octobre 1969 et le 5 novembre 1969.

⁵ Sur la naissance de la loi de 1970, v. Bernat de Celis (J.), *Drogues : consommation interdite. La genèse de la loi de 1970 sur les stupéfiants*, Paris, L'Harmattan, 1996.

⁶ Gassin (R.), « Séduction idéologique ou réalisme scientifique ? Réponse à Francis Caballero », *Droits*, n° 19, 1994, p. 144. Confirmation en est donnée par le commentaire à chaud de la loi publié en 1971 par Doll (P.-J.) à la *Gazette du Palais* (p. 117).

⁷ Mazeaud (rapporteur de la commission des lois), Assemblée Nationale, 3^e séance du 29 juin 1970, JO, p. 3303.

⁸ Massot, Assemblée Nationale, 3^e séance du 29 juin 1970, JO, p. 3307.

⁹ Art. L. 3411-1 du Code de la santé publique.

relèvent d'une cure, les autres sont justiciables d'une simple surveillance médicale¹. Mais tous ont également vocation à être traité dans le cadre d'un dispositif sanitaire rigoureusement réglementé². Le traitement peut être volontairement entamé par l'utilisateur³ ou accepté suite à une proposition des autorités sanitaires⁴. Dans les deux cas, le consommateur se voit garantir la gratuité des soins⁵, l'anonymat à l'égard des institutions policières et judiciaires⁶, et l'impunité eu égard à sa consommation antérieure de stupéfiants⁷. Cette impunité peut lui être conservée dans l'hypothèse de l'injonction thérapeutique prononcée par le Procureur de la République⁸. Enfin, la possibilité est ouverte d'un traitement prescrit par le juge d'instruction, ou par la juridiction de jugement⁹.

C – Limites d'un dispositif thérapeutique

À défaut de traitement volontaire, l'utilisateur de drogues peut être soumis à une obligation de soin imposé dans le cadre d'une procédure judiciaire¹⁰. Le pari formé par le législateur était de résoudre ainsi un problème de santé publique par le recours au système pénal. Les premières circulaires de la Chancellerie relatives à la loi de 1970 vont en ce sens : l'objectif de la poursuite pénale est avant tout de contraindre au traitement médical le délinquant¹¹. L'intention généreuse de la loi semble néanmoins avoir été contrecarrée par la réalité clinique et les pratiques judiciaires.

Diverses explications ont été avancées pour expliquer l'échec de l'obligation de soins. D'une part, celle-ci se prêterait mal au traitement des usagers de cannabis, cure de désintoxication et traitement médical se révélant inappropriés en l'espèce du fait de l'absence de dépendance physique à l'égard de ce produit¹². D'autre part, dans le cas des toxicomanies lourdes, l'injonction thérapeutique serait, en raison de son caractère coercitif, peu propice à une désintoxication durable qui requiert l'adhésion du malade au traitement¹³. L'échec de l'obligation de soin tiendrait également à la confusion des rôles entretenue par la loi entre

¹ Pour une présentation détaillée des « dispositions sanitaires de la loi du 31 décembre 1970 », v. sous ce titre la contribution de Raguin (G.) à l'ouvrage collectif *Toxicomanies & lois : controverses*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 17.

² L'organisation de la prise en charge sanitaire des toxicomanes, un temps dispersée, est désormais regroupée aux articles 3411-2 et suivants du Code de la santé publique.

³ Art. L. 3414-1 du Code de la santé publique.

⁴ Art. L. 3412-1 et s. du Code de la santé publique.

⁵ Art. L. 3411-2 du Code de la santé publique.

⁶ Le principe est posé de manière particulièrement forte en cas de traitement volontaire par l'alinéa 2 de l'art. L. 3414-1 du Code de la santé publique

⁷ Art. L. 3423-1 du Code de la santé publique.

⁸ Art. L. 3423-1 du Code de la santé publique.

⁹ Art. L. 3424-1 et L. 3424-2 du Code de la santé publique.

¹⁰ Simmat-Durand (L.), « Les obligations de soins en France », in Faugeron (C.), *Les drogues en France. Politiques, marchés, usages*, Paris, Georg, 1999, p. 110.

¹¹ Circulaire n° 71-8 du 25 août 1971 et circulaire n° 73-11 du 30 mars 1973, citées par Simmat-Durand (L.), *La lutte contre la toxicomanie, De la législation à la réglementation*, précité, p. 34.

¹² En ce sens, v. les récents travaux menés au sein du Sénat canadien : *Le cannabis – Rapport du Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2003, not. p. 175 et suivantes. Contra Delhoste (M.-F.), « Des droits fondamentaux et du haschich », *Droit prospectif - Revue de recherche juridique*, 2003-1, p. 49.

¹³ Valeur (M.), « Drogues et droits du toxicomane : le point de vue du praticien », in Caballero (F.), dir., *Drogues et droits de l'homme*, Paris, Les empêcheurs de penser en rond, 1992.

l'autorité judiciaire et l'autorité sanitaire¹. Ordonnée par un magistrat, qui se fait prescripteur de soins, l'injonction thérapeutique donne en effet au médecin qui apprécie les résultats de la cure un pouvoir d'ordre quasi-juridictionnel en certaines circonstances². La collaboration entre la justice et ses partenaires médicaux et sociaux en aurait été entravée, faute de confiance suffisante entre les différents acteurs.

Force est de constater l'échec, sur le terrain, du dispositif de soin obligatoire mis en place par la loi de 1970. Les recherches empiriques ont mis en évidence une grande diversité, spatiale et temporelle, dans le prononcé des injonctions thérapeutiques³. Quant aux statistiques officielles, elles témoignent de la faiblesse des résultats obtenus⁴. Plusieurs fois réorientés par voie de circulaires, les objectifs de l'obligation de soins se sont réduits à mesure que l'illusion de la cure réparatrice se dissipait. Ils visent désormais essentiellement la mise en contact des usagers les plus précaires avec les services sanitaires, notamment pour permettre la surveillance sérologique des populations à risques. C'est désormais essentiellement sur le terrain pénal que se mène la lutte contre l'usage de drogues.

II – Le traitement pénal de l'usager de drogues illicites

L'inadaptation du traitement obligatoire pour venir en aide aux consommateurs de drogues illicites identifiés par l'appareil judiciaire a rendu sa mise en œuvre exceptionnelle. En revanche, l'incrimination de l'usage de stupéfiants, votée en son temps presque à regret par le législateur, a connu une destinée plus favorable (A). La pénalisation s'est en effet imposée comme une réponse institutionnelle à la consommation de drogues illicites (B). Ce mouvement a été facilité par la loi de 1970 qui contenait, sans les valoriser, les ressources nécessaires à une rigoureuse répression des usagers (C).

A – L'incrimination de l'usage illicite

L'interdiction légale de consommer l'opium et le haschich « en société », édictée dès 1916⁵, a été étendue par la loi de 1970 qui proscriit, plus généralement, tout usage illicite de stupéfiants. Proposée par le ministère de la Justice contre le ministère de la Santé⁶, l'incrimination nouvelle a été adoptée par les parlementaires sur le fondement d'un droit à la santé, dont la contrepartie résiderait dans le pouvoir d'imposer certaines limites à l'utilisation que chacun peut faire de son propre corps⁷. La criminalisation de l'usager à raison de sa pratique était alors unanimement conçue comme un « filet de sécurité » destiné à venir en aide, envers et contre tout, aux toxicomanes refusant le traitement médical imposé par l'État⁸.

¹ Zavaro (M.), Aspects judiciaires et médicaux de la toxicomanie, *Revue de science criminelle*, 1979, p. 255. Rappr. Firchow (T.A.), « Les conflits de politique criminelle en matière de lutte contre les toxicomanies », *Revue de science criminelle*, 1987, p. 951.

² L'expert médical est en effet amené, en certaines circonstances, à décider du renvoi de l'usager devant une juridiction répressive ou au contraire d'un abandon des poursuites.

³ Simmat-Durand (L.), « L'obligation de soins : une pratique ambiguë », *Déviance et Société*, 1999, vol. 23, n° 4, p. 421.

⁴ *Ibid.*

⁵ Sur la loi de 1916, v. les articles de Charras (I.) précités.

⁶ Bernat de Celis (J.), *op. cit.*, p. 62 et s.

⁷ Dienesch (secrétaire d'État à l'action sociale et à la réadaptation), Assemblée Nationale, 3^e séance du 29 juin 1970, JO, p. 3306.

⁸ Gassin (R.), *op. cit.*, p. 144.

Quant à ses éléments constitutifs, l'infraction d'usage illicite de stupéfiants est conçue largement¹. D'une part, le délit d'usage suppose la consommation d'une substance ou plante classée comme stupéfiante par arrêté du ministre chargé de la santé². Le droit ignore la distinction entre les produits classés : sous la qualification de stupéfiant se côtoient des produits, naturels ou synthétiques, aussi divers que le cannabis, l'héroïne ou les substances amphétaminiques. D'autre part, la consommation accidentelle, dès lors qu'elle est volontaire, est tout aussi punissable que la consommation habituelle. Peu importe également la nature de l'usage : seul ou en société, en privé ou en public, celui-ci est également punissable.

Paradoxale au regard de l'intention première du législateur qui souhaitait éviter autant que possible la prison aux usagers, le spectre large de l'incrimination d'usage a suscité de vives critiques³. La pénalisation de l'usage solitaire par une personne majeure, à son domicile privé, d'une substance absorbée volontairement porterait atteinte à la liberté fondamentale de faire « tout ce qui ne nuit pas à autrui »⁴ et au principe selon lequel « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société »⁵. La dimension liberticide de l'incrimination d'usage n'avait pas échappé aux parlementaires⁶. Mais confiants dans le dispositif sanitaire mis en place, ceux-ci avaient estimé que la sanction de l'usage resterait exceptionnelle.

B - La sanction de l'infraction d'usage

L'action publique n'est pas exercée à l'égard des personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants, lorsqu'il est établi qu'elles se sont soumises depuis à un traitement médical répondant aux conditions fixées par la loi⁷. A défaut, le procureur de la République reste libre de classer sans suite⁸, de prononcer une injonction thérapeutique⁹, de recourir à une mesure de rappel à la loi¹⁰ ou de proposer une composition pénale à l'usager¹¹. Si néanmoins l'action publique est mise en mouvement, l'article 3421-1 prévoit que l'usage illicite « est puni d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende ». S'ajoute à cette sanction principale la confiscation des substances ou plantes saisies¹² et, à titre complémentaire facultatif, la fermeture de l'établissement où a été commis le délit¹³.

La politique criminelle menée à l'égard des usagers a fait l'objet de plusieurs changements de cap¹⁴. Après avoir insisté sur la dimension thérapeutique de la loi de 1970¹,

¹ Pradel (J.) et Danti-Juan (M.), *Droit pénal spécial*, 2^e éd., Paris, Cujas, 2001, p. 111.

² L'article L. 5132-7 du Code de la santé publique dispose que « les plantes, substances ou préparations vénéneuses sont classées comme stupéfiants (...) par arrêté du ministre chargé de la santé pris sur proposition du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ».

³ V. notamment Caballero (F.), « Drogues et droits de l'homme en France », in Caballero (F.), dir., *op. cit.*, spéc. pp. 14-22. *Adde.* Caballero (F.) et Bisiou (Y.), *op. cit.*, pp. 547-554.

⁴ Art. 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

⁵ Art. 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

⁶ V. notamment l'intervention du sénateur Pierre Marcilhacy lors de la séance du 3 novembre 1970, JO, p. 1715.

⁷ Art. L 3423-1, al. 3, du Code de la santé publique.

⁸ Art. 40-1 du Code de procédure pénale.

⁹ Art. L 3423-1, al. 1, du Code de la santé publique.

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

¹¹ Art. 41-2 du Code de procédure pénale.

¹² Art. L 3421-2 du Code de la santé publique.

¹³ Art. L 3422-1 du Code de la santé publique.

¹⁴ Pour une description chronologique de la politique criminelle de la Chancellerie à l'égard des usages de

la Chancellerie réclame dès 1977 une répression plus ferme à l'encontre des usagers revendeurs. Mais dans le même temps, une circulaire recommande que les usagers de cannabis fassent l'objet d'une simple mise en garde, consacrant ainsi une dépénalisation de fait de la consommation de ce produit². Au cours des années 1980 et 1990, la politique criminelle en matière d'usage oscille, les autorités ministérielles alternant invitations à l'action sanitaire et coups de barre répressifs. Cette politique en dents de scie a engendré une forte variabilité des pratiques judiciaires dans le temps comme dans l'espace³.

Les sources statistiques relatives au phénomène des drogues et des toxicomanies⁴ montrent que, les peines d'amende ou d'emprisonnement sont devenues une réponse relativement fréquente à l'usage de stupéfiants. Parmi les dizaines de milliers de consommateurs de drogues illicites interpellés chaque année par la police (en 2003, 90 630 personnes⁵), plusieurs milliers sont condamnés (4 658 condamnations pour usage à titre d'infraction principale en 2002) et plusieurs centaines incarcérés (en 2003, 1 977 personnes⁶). Rapprochés du nombre d'injonctions thérapeutiques prononcées et menées à leur terme (en 2002, 4 068 mesures comptabilisées⁷), ces chiffres attestent du caractère sinon systématique, du moins habituel, de la pénalisation de l'usage de drogues. D'autant que la répression des consommateurs emprunte parfois d'autres voies que la sanction de l'usage simple.

C - La répression des usagers

La répression de l'usager de stupéfiants n'est pas seulement suspendue à l'article L 3421-1 du Code de la santé publique. Des incriminations complémentaires existent, qui visent l'usager revendeur⁸, l'usager conducteur⁹ ou l'usager prosélyte¹⁰. Mais surtout, la simple consommation illicite d'une drogue implique la commission d'autres actes matériels en eux-

drogues, v. Caballero (F.) et Bisiou (Y.), *op. cit.*, pp. 563-566. Comp. Simmat-Durand (L.), *La lutte contre la toxicomanie, De la législation à la réglementation*, précité, p. 37 et s.

¹ V. *supra*.

² Circulaire 78-08 bis du 17 mai 1978, BO du ministère de la Justice, 1978, 8 bis, p. 1 et s.

³ Sur la pratique du parquet de Paris durant les années 1990, v. Vaubailon (M.), « Politique de poursuites en matière d'usage et de trafic de stupéfiants », *Revue de science criminelle*, 1997, p.35. Pour le département de l'Essonne, v. Davenas (L.), « Les drogués : quels traitements ? », *Revue pénitentiaire*, 1995-2, p. 140.

⁴ Un répertoire des sources de données statistiques sur le phénomène des drogues et des toxicomanies en France est disponible sur le site internet de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies (<http://www.ofdt.fr>).

⁵ Nombre d'interpellations pour usage de stupéfiants enregistrées par les services de police et de gendarmerie. Plus de 9 sur 10 concernent des usagers de cannabis. Les autres produits apparaissent loin derrière. Excepté en 2001, le nombre annuel d'interpellations pour usage de stupéfiants augmente depuis plus de 10 ans. La hausse est particulièrement forte pour les cas d'usage d'ecstasy, de cocaïne/crack et de cannabis (nombre d'interpellations multiplié par 3 en 10 ans). Seules celles pour usage d'héroïne sont en baisse depuis 1996 (source : Observatoire français des drogues et des toxicomanies, *Drogues et dépendances - Données essentielles*, précité).

⁶ Nombre de personnes ayant été incarcérées pour usage de stupéfiants, comme seul motif ou en association avec d'autres infractions (source : OFDT, *op. cit.*).

⁷ Nombre de mesures terminées, réussies et donc classées sans suite (source : OFDT, *op. cit.*).

⁸ Borricand (J.), « La politique criminelle française de fond en matière de stupéfiants », in Institut de sciences pénales et de criminologie, *Problèmes actuels de science criminelle*, vol. XIV, Aix-en-Provence, PUAM, 2001. Plus généralement, sur le trafic de stupéfiants, v. Samuel (X.), *Jurisclasser pénal*, fasc. 222-34 à 222-43.

⁹ Art. L. 235-1 à L. 235-4 du Code de la route. Sur ce nouveau délit, v. Pire (E.), « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D.* 2003, p. 771.

¹⁰ Art. L. 3421-4 du Code de la santé publique.

mêmes punissables, ce qui laisse la porte ouverte à un concours de qualification permettant de poursuivre les usagers pour trafic.

L'usage illicite d'une drogue ne se conçoit guère sans sa détention, son achat ou sa production. Or, ces agissements sont sévèrement réprimés par la loi de 1970 qui se voulait implacable pour les trafiquants. Ainsi l'usager qui recourt à l'auto-production encourt-il une peine criminelle de vingt ans¹. Quant à celui qui passe la frontière, transporte, acquiert ou détient une drogue prohibée en vue de sa consommation personnelle, il risque une peine correctionnelle de dix ans². Les poursuites contre l'usager simple sont également possibles sur le fondement de textes plus généraux réprimant délits douaniers³ ou infractions à la législation sur les substances vénéneuses⁴.

Pour les auteurs de la loi de 1970, la punition de l'utilisateur de drogues devait être réservée au toxicomane endurci rétif à tout traitement. Les limites de l'idéal thérapeutique, qui légitima en son temps l'institution d'une pénalisation subsidiaire, auraient pu amener le législateur à reconsidérer le volet pénal du statut du consommateur de stupéfiants. L'impossible « désintoxication » des usagers récréatifs conduit au contraire les tenants de la répression à réclamer leur sanction systématique en se prévalant des risques d'une dépenalisation de fait⁵. Ce durcissement dogmatique, qui permet de mieux fonder le caractère punitif du traitement légal réservé au consommateur de drogues, a jusqu'à maintenant justifié la conservation de la loi de 1970... au risque d'en trahir l'esprit.

¹ Art. 222-35 du Code pénal.

² Art. 222-36 et art. 222-37 du Code pénal.

³ Art. 414 du Code des douanes.

⁴ Art. L. 5432-1 du Code de la santé publique. La catégorie des substances vénéneuses, soumise à un régime juridique moins répressif que celui applicable aux substances stupéfiantes, inclut néanmoins ces dernières (art. L. 5132-1 du Code de la santé publique).

⁵ Le rapport consacré à la lutte nationale contre les drogues illicites, remis au Président du Sénat le 28 mai 2003 par Mme Nelly Olin, est exemplaire de cette position répressive. Le principe y est défendu d'une sanction systématique de l'usage de drogues (p. 395). A cette fin, la commission d'enquête préconise de prévoir une contravention permettant de réprimer plus aisément la première infraction tout en conservant le délit d'usage illicite assorti d'un an de prison en cas de récidive (p. 396).

En outre, Beccaria prônait la promptitude de la sanction pénale en soulignant que « le châtement est plus utile quand il est prompt, parce que moins il se passe de temps entre le délit et la peine, plus forte et plus durable est dans l'esprit l'association de ces deux idées de délit et de peine, si bien qu'insensiblement l'un est considéré comme la cause et l'autre comme l'effet nécessaire et infaillible »⁴²⁸. Aujourd'hui, les délais de la justice pénale sont d'une longueur excessive, la condamnation pénale intervenant souvent plus d'une année après la commission des faits et davantage encore en matière criminelle.

Or, pour le législateur contemporain, la lutte contre la délinquance se résout encore trop souvent par le choix d'une peine sévère, supposée dissuader l'auteur des faits de persister dans la voie du crime et inciter les tiers à ne pas s'y aventurer. Or, outre l'atteinte au principe de nécessité qu'une telle conception peut réaliser, un constat d'échec s'impose. L'annuaire statistique de la justice pénale révèle qu'entre 2006 et 2010 la criminalité a connu une baisse très relative⁴²⁹. La vision sécuritaire de la peine paraît donc essoufflée, pour ne pas tenir ses promesses en termes de baisse de la criminalité.

Par conséquent, à l'obscurantisme sécuritaire qui se traduit par un accroissement permanent de la sévérité de la sanction pénale, les Lumières suggéraient d'opter pour une peine modérée, certaine et prompte. L'avenir du principe de nécessité des peines se trouve donc, peut-être, dans un retour à des principes datant de plusieurs siècles.

428 - BECCARIA, *op.cit.*, p.109.

429 - Annuaire statistique de la Justice, édition 2011-2012, p. 105 et suivantes.

Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants

Renaud Colson⁴³⁰

Marie Curie Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence
Maître de conférences à l'université de Nantes
Membre du laboratoire Droit et changement social

Le récent tournant sécuritaire de la politique criminelle française n'est pas un phénomène isolé. Il s'inscrit dans un mouvement transnational qui affecte, à des degrés divers, de nombreux pays⁴³¹. Le diagnostic de cette évolution est posé en France comme à l'étranger, et si certains Etats semblent résister plus que d'autres à un durcissement de l'idéologie et des technologies pénales⁴³², on peut néanmoins se risquer à y voir une tendance caractérisant l'ensemble du monde occidental⁴³³. Il en résulte une marginalisation des doctrines qui, à l'image de la *Défense sociale nouvelle* en France⁴³⁴, de la criminologie « sociale-démocrate » britannique⁴³⁵, ou de la pensée pénale italienne⁴³⁶, promouvaient, jusque dans les années 1980, un idéal de mesure dans la sanction et de rééducation des délinquants. Ces approches « humanistes », longtemps dominantes au sein des élites politiques, sont aujourd'hui battues en brèche par le populisme pénal⁴³⁷. La sécurité est désormais l'objectif prioritaire assigné à la justice par les partis de gouvernement quels qu'ils soient⁴³⁸.

430 - Que soient ici remerciés Rafael Encinas de Munagorri, Serge Karsenty et Olivier Leclerc pour leurs commentaires critiques sur une première version de cet article. Les erreurs et positions du texte restent imputables au seul auteur.

431 - Sur la dimension mondiale de la radicalisation du contrôle social par l'outil pénal, v. entre autres M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.

432 - M. CAVADINO, J. DIGNAN, *Penal Systems. A Comparative Approach*, London, Sage, 2006, p. 43.

433 - L. RE, *Carcere e globalizzazione: Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, 3^e éd., Rome, Laterza, 2011.

434 - M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981.

435 - Sur le projet politique de la criminologie « sociale-démocrate » britannique, R. COLSON, « Quel devenir pour la criminologie ? Note historiographique sur l'exemple britannique », *Revue internationale de droit comparé*, 2012-2, p. 503 et s.

436 - C.-F. GROSSO, « Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano », in *Storia d'Italia, Annali 12 : La criminalità*, Turin, Einaudi, 1997, spéc. pp. 28-34 ; et, dans le même ouvrage, F. PALAZZO, « La politica criminale nell'Italia repubblicana », spéc. pp. 878-882.

437 - Sur le développement contemporain du populisme pénal, comp. pour la France l'ouvrage de D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal* (Paris, Hachette, 2005), et pour les démocraties anglo-saxonnes, le livre de J.-V. ROBERTS, L.J. STALANS, D. INDERMAUR, M. HOUGH, *Penal Populism and Public Opinion* (Oxford, OUP, 2003).

438 - Si lors des dernières élections nationales françaises, les propositions de l'UMP et du Parti Socialiste en matière de justice pénale différaient sensiblement, la phraséologie soumettant la politique criminelle à une question de sécurité était, pour sa part, partagée. V. en ce sens, et s'agissant du Parti Socialiste, le *Pacte national de protection et de sécurité publique : 22 propositions pour apporter les réponses justes et efficaces à la délinquance*, [En ligne], <http://www.parti-socialiste.fr/articles/pour-un-pacte-national-de-protection-et-de-securite-publique-22-propositions-pour-apporter> [document consulté le 25 août 2012] ; rapp. M. Valls, Sécurité : La gauche peut tout changer, éd. Du Moment, 2011.

Des voix s'élèvent pour critiquer les fondements théoriques et les conséquences sociales des nouvelles « utopies sécuritaires »⁴³⁹. Mais ces dernières ne semblent entravées ni par la dénonciation d'un droit criminel désormais conçu comme instrument de neutralisation de l'ennemi⁴⁴⁰, ni par la déconstruction des discours scientifiques et politiques qui nourrissent une théorie « néolibérale » de la justice pénale⁴⁴¹, ni par la promesse constitutionnelle selon laquelle « (l)la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »⁴⁴². La raison dogmatique ne parvient pas à calmer la soif de sécurité, apparemment inextinguible, qui justifie le renforcement de l'arsenal pénal. Et lorsque la doctrine dénonce les dérives répressives de l'ordre juridique, elle trouve si peu d'écho public que l'on peut légitimement s'interroger sur la réalité du magistère qu'elle revendique⁴⁴³. C'est pourquoi, plutôt que de creuser le sillon d'une indignation partagée mais à l'efficacité incertaine, on se propose de poser les jalons d'une critique alternative, moins oppositionnelle mais non moins radicale, des évolutions de la rationalité pénale.

Cette critique postule que le désir de sécurité publique qui s'exprime à tous les étages de l'édifice sociopolitique français, et auquel prétendent répondre les réformes législatives de ces dernières années, n'est pas seulement le produit d'une instrumentalisation politicienne des passions tristes de l'électorat⁴⁴⁴. La « frustration sécuritaire »⁴⁴⁵ est également, et surtout, un trait anthropologique des sociétés d'abondance postindustrielles taraudées par l'incertitude économique et sensibilisées à une nouvelle culture du risque⁴⁴⁶. Une fois admise l'hypothèse selon laquelle le sentiment d'insécurité est une réalité sociale durable appelant une réponse institutionnelle orientée vers l'accroissement de la sécurité, il devient possible d'analyser et de remettre en cause le durcissement des technologies pénales à partir de ses prémisses. Si en effet la protection des personnes et des biens est le premier objectif de la politique criminelle, la charge répressive de celle-ci mérite d'être évaluée à l'aune de sa capacité à atteindre ce but.

439 - V. par exemple, pour le cas français, D. SALAS, *La Justice dévoyée : Critique des utopies sécuritaires*, Paris, Les Arènes, 2012. Cette critique s'est immiscée jusque dans les manuels de Droit pénal général comme l'illustre celui d'E. DREYER (LexisNexis, 2010, pp. 34-41).

440 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010-1, p. 69.

441 - A. GARAPON, *La raison du moindre État : Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010. V. également, dès 1978, M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, éd. établie sous la direction de F. ÉWALD, A. FONTANA et M. SENELLART, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, spéc. pp. 245-270 ; rappr. B.E. HARCOURT, « Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy », *Theoretical Criminology*, 2010, vol. 14/1, p. 74.

442 - Art. 8, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Sur cette promesse constitutionnelle, et plus généralement sur le principe de nécessité en droit pénal, v. la contribution d'Olivier Cahn à ce volume.

443 - Sur ce magistère doctrinal, v. P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, spéc. pp. 256-258.

444 - Il ne s'agit pas de nier l'existence d'une instrumentalisation électorale de la lutte contre la délinquance mais plutôt d'insister sur le fait que le sentiment d'insécurité n'est pas un simple artefact produit par la classe politique. Sur l'instrumentalisation politique du sentiment d'insécurité en France, v. S. Guinchard, « Une certaine idée de la sécurité et de la liberté en France à travers vingt ans de discours politiques sur le sentiment d'insécurité », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Paris, Litec, 2004, pp. 311-325.

445 - R. CASTEL, *L'insécurité sociale : Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003, p. 58.

446 - *Ibid.*, spéc. pp. 57-62. Plus généralement sur le sujet, v. L. BONELLI, *La France a peur. Une histoire sociale de l'« insécurité »*, Paris, La découverte, 2010. Comp. pour une synthèse de la littérature en langue anglaise sur la question, S. FARRALL, J. JACKSON, E. GRAY, *Social Order and the Fear of Crime in Contemporary Times*, Oxford, OUP, 2009.

Un détour par l'histoire de la criminologie britannique laisse entrevoir comment une réflexion théorique, opérationnelle en pratique, respectueuse des libertés individuelles et soucieuse de justice sociale, peut élever la sécurité au rang d'objectif prioritaire. Au cœur de l'hiver thatcherien s'est en effet développé outre-Manche un courant de pensée renvoyant dos à dos l'idéalisme radical des abolitionnistes et le réalisme punitif des néo-conservateurs⁴⁴⁷. Se qualifiant de réalisme pénal radical (*left realism*), cette école revendiquait un ancrage politique à gauche tout en assumant le refus de toute forme d'angélisme à l'égard du phénomène criminel⁴⁴⁸. Sans renoncer à penser les déterminants sociaux de la délinquance, les réalistes de gauche insistaient sur la nécessité de prendre au sérieux la réduction de l'insécurité, laquelle frappe de manière disproportionnée les personnes issues des classes sociales les moins favorisées. Ils insistaient sur la nécessité de conditionner toute extension des dispositifs répressifs au respect des normes démocratiques et promouvaient une inscription locale des politiques de lutte contre l'insécurité. Mais dans le même temps, ces auteurs reconnaissaient la légitimité d'une action pénale rigoureuse destinée à protéger les personnes et les intérêts les plus vulnérables. Si le réalisme de gauche plaïdait pour un rétrécissement du filet pénal dans certains domaines (notamment dans le champ du droit pénal des mineurs ou du droit de la drogue), il réclamait dans le même temps un recours plus systématique à la justice pénale, sinon à la prison, dans d'autres matières (criminalité financière, délinquance écologique, violences domestiques, agressions racistes et sexistes...).

Ce redéploiement de la critique du droit pénal suppose de rompre avec l'attitude de défiance systématique à l'égard des politiques publiques de lutte contre l'insécurité. L'idéalisme de la posture anti-sécuritaire est certes généreux, mais il opère sur un mode essentiellement négatif, comme la mauvaise conscience, souvent inaudible, de l'esprit du temps. L'effort d'identification des phénomènes de « dramatisation, criminalisation, déshumanisation, disciplinarisation et désocialisation »⁴⁴⁹ au cœur des politiques contemporaines est peut-être justifié, mais il se condamne à l'impuissance s'il ne s'accompagne pas d'une stratégie crédible pour répondre à la demande de sécurité. En ce domaine, une critique constructive ne peut se limiter à la dénonciation des évolutions juridiques et des processus sociaux à l'œuvre : elle doit être en prise sur la doxa sécuritaire pour en orienter le développement, en mobilisant le cas échéant les ressorts qui lui sont propres⁴⁵⁰. Cela suppose de réorienter la

447 - Pour une description des points communs et des divergences entre le réalisme pénal dit « de gauche » (*left realism*), le réalisme pénal dit « de droite » (*right realism*), et la criminologie radicale, v. J. Young, « Incessant Chatter: Recent Paradigms in Criminology », in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, Clarendon Press, 1994, spéc. pp. 102-118.

448 - De manière générale, sur ce courant criminologique, v. J. LEA, J. YOUNG, *What Is To Be Done About Law and Order: Crisis in the Eighties*, Harmondsworth, Penguin, 1984 ; v. également R. MATTHEWS, J. YOUNG, (dir.), *Rethinking Criminology: The Realist Debate*, London, Sage, 1992, ainsi que J. Lea, « Left Realism: A Defense », *Contemporary Crises*, 1987, n°11, pp. 357-370, [En ligne], <http://www.bunker8.pwp.blueyonder.co.uk/misc/defence.htm>, [document consulté le 25 août 2012].

449 - L. MUCCHIELLI (dir.), *La frénésie sécuritaire : retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, Paris, La découverte, 2008, p. 9.

450 - Pour une analogie avec la critique du capitalisme, v. L. Boltanski, E. Chiapello, selon lesquels « (l)la reprise de la critique s'accompagne, mais toujours avec retard, de l'apparition de nouveaux types de dispositifs protestataires (...) selon le principe qui veut que la critique, en cherchant l'efficacité, tend à devenir isomorphe aux objets auxquels elle s'applique », *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, pp. 619-624 ; rappr., s'agissant de la critique criminologique, J. BRATHWAITH, « The New Regulatory State and the Transformation of Criminology », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), spéc. p. 231.

critique des dispositifs répressifs vers leur efficacité (évaluation de la sécurisation) plutôt que sur leur finalité (recherche de la sécurité).

Il devient alors possible de découvrir les vertus d'une logique sécuritaire qui, une fois civilisée⁴⁵¹, peut servir le renforcement des droits et libertés des personnes. Le souci de protéger les individus et la collectivité de la délinquance et du désordre est en effet porteur de promesses libérales qui vont bien au-delà de ce que laisse entendre la rhétorique populiste du « droit fondamental à la sécurité »⁴⁵². Car l'impératif de sécurité peut servir d'amorce à une véritable descente en enfer pénale : il a en effet la capacité de corroder en profondeur les dispositifs répressifs qui ne renforceraient pas directement, ou qui menaceraient indirectement la sûreté des personnes ou des biens. La présente contribution s'efforce de le démontrer à partir de l'exemple des infractions à la législation sur les stupéfiants, et plus particulièrement du traitement juridique réservé à l'usager de drogues. Le raisonnement adopté conduit à exposer les dérives répressives d'un droit pénal empreint d'humanisme, plus préoccupé de (ré)éducation que d'ordre public (I), et à mettre en lumière la dimension nécessairement libérale que revêtirait une politique de sécurité dédiée à la réduction des risques sanitaires et criminels liés à l'usage et au trafic de drogues (II). Au-delà de la spécificité propre à la législation sur les stupéfiants, on évoquera, en conclusion, les voies possibles d'une critique doctrinale se prévalant de l'exigence de sécurité pour neutraliser les tendances autoritaires des politiques pénales.

I. Les dérives de l'humanisme pénal

Les excès d'un droit criminel désormais placé sous le paradigme de l'insécurité⁴⁵³ invitent à penser l'histoire pénale contemporaine sous l'angle d'une alternance entre sévérité répressive et humanisme libéral. Mais l'ambivalence des doctrines pénales modernes⁴⁵⁴ justifie une lecture plus nuancée. À s'en tenir à l'exemple du droit applicable à l'usager de drogues, on peut ainsi constater que c'est un idéal curatif pétri d'« humanisme scientifique » et de modération pénale⁴⁵⁵ (A), plutôt qu'une quête effrénée de sécurité publique, qui constitue le terreau du régime répressif aujourd'hui applicable aux consommateurs de drogues illicites (B).

A. L'expression législative d'un idéal curatif

Pierre angulaire de la politique française de lutte contre la drogue depuis plus de

451 - Sur ce projet, v. not. I. LOADER, N. WALKER, *Civilizing Security*, Cambridge, CUP, 2007.

452 - M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un 'droit fondamental à la sécurité' ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009/2, p. 273.

453 - J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, 2003, n°25, p. 37.

454 - J.-L. HALPÉRIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/1, p. 9.

455 - « Humanisme scientifique » dont la conquête constitue, aux dires de J. PINATEL, une des vertus de la défense sociale nouvelle : « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale nouvelle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1964, p. 771, cité par J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/1, note 14.

quarante ans, la loi du 31 décembre 1970 *relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses* est le produit d'un compromis politique entre le ministère de la Santé, la Chancellerie, et les parlementaires⁴⁵⁶. S'il est difficile de démêler l'écheveau des influences de ce texte hybride, il est en revanche acquis qu'il s'agit d'une loi de défense sociale dominée par une double préoccupation d'humanisme et de resocialisation des déviants⁴⁵⁷. Le consensus parlementaire qui a présidé au vote de cette loi s'est bâti – du moins en ce qui concerne le statut du consommateur de drogues – autour de sa dimension curative. Empreinte de paternalisme, la position des députés et des sénateurs est sans ambiguïté : il faut avant tout « guérir les usagers »⁴⁵⁸, leur punition ne devant être envisagée qu'avec « une extrême prudence »⁴⁵⁹, sous la contrainte de la nécessité « si l'on ne peut obtenir de résultats par une voie moins coercitive »⁴⁶⁰. En conséquence de quoi, le législateur place toute personne « usant d'une façon illicite de substances ou plantes classées comme stupéfiants (...) sous la surveillance de l'autorité sanitaire »⁴⁶¹.

La priorité ainsi accordée au soin se traduit par la possibilité offerte à l'usager d'échapper aux poursuites judiciaires en s'engageant dans une démarche thérapeutique ayant l'abstinence pour finalité. La loi distingue les consommateurs selon la gravité de leur état. Certains relèvent d'une cure, les autres sont justiciables d'une simple surveillance médicale⁴⁶². Mais tous ont également vocation à être traités dans le cadre d'un dispositif sanitaire rigoureusement réglementé⁴⁶³. Le traitement peut être volontairement commencé par l'usager⁴⁶⁴ ou accepté suite à une proposition des autorités sanitaires⁴⁶⁵. Dans les deux cas, le consommateur se voit garantir la gratuité des soins⁴⁶⁶, l'anonymat à l'égard des institutions policières et judiciaires⁴⁶⁷, et l'impunité eu égard à sa consommation antérieure de stupéfiants⁴⁶⁸. Cette impunité peut lui être conservée dans l'hypothèse de l'injonction thérapeutique prononcée par le Procureur de la République⁴⁶⁹. Enfin, l'usager de drogues peut-être soumis à une obligation de soin imposée dans le cadre d'une procédure

456 - Sur la naissance de la loi de 1970, v. J. BERNAT DE CELIS, *Drogues : consommation interdite. La genèse de la loi de 1970 sur les stupéfiants*, Paris, L'Harmattan, 1996.

457 - V. en ce sens le commentaire à chaud de la loi publié en 1971 par P.-J. DOLL à la *Gazette du Palais* (p. 117). Confirmation en est donnée par R. GASSIN, « Séduction idéologique ou réalisme scientifique ? Réponse à Francis Caballero », *Droits*, n° 19, 1994, p. 144.

458 - Mazeaud (rapporteur de la commission des lois), Assemblée Nationale, séance du 29 juin 1970, JO, p. 3303.

459 - Massot, Assemblée Nationale, séance du 29 juin 1970, JO, p. 3307.

460 - Lemarié, Sénat, séance du 3 novembre 1970, JO, p. 1714.

461 - Ancien art. L. 3411-1 du Code de la santé publique.

462 - Pour une présentation détaillée des « dispositions sanitaires de la loi du 31 décembre 1970 », v. sous ce titre la contribution de G. RAGUIN à l'ouvrage collectif *Toxicomanies & lois : controverses*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 17.

463 - Les règles régissant la prise en charge sanitaire des toxicomanes, un temps dispersées, sont désormais regroupées aux articles L. 3411-1 et suivants, et R 3411-1 et suivants du Code de la santé publique.

464 - Art. L. 3414-1 du Code de la santé publique.

465 - Art. L. 3412-1 et s. du Code de la santé publique.

466 - Art. L. 3411-2 du Code de la santé publique.

467 - Le principe est posé de manière particulièrement forte en cas de traitement volontaire par l'alinéa 2 de l'art. L. 3414-1 du Code de la santé publique.

468 - Art. L. 3423-1 du Code de la santé publique.

469 - Art. L. 3423-1 du Code de la santé publique.

judiciaire⁴⁷⁰, le traitement étant alors prescrit par le juge d'instruction, ou par la juridiction de jugement⁴⁷¹.

Depuis 1970, le cadre juridique réglementant l'usage illicite de drogues a connu quelques retouches législatives et a donné lieu à de nombreuses circulaires, notes et instructions générales de la part des ministères de la Justice, de l'Intérieur et de la Santé⁴⁷². Ces aménagements témoignent de certaines inflexions mais également d'une remarquable continuité idéologique : la spécificité prophylactique du « traitement » juridique du consommateur de drogues illicites est une constante du droit français. Ainsi la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, bien que porteuse d'une répression aggravée des toxicomanes dans certaines circonstances⁴⁷³, s'illustre par la création, à titre d'alternative aux poursuites ou de peine complémentaire, d'une mesure d'essence pédagogique : le stage de sensibilisation aux dangers de l'usage des produits stupéfiants⁴⁷⁴. Cette logique (ré)éducative se retrouve dans une récente proposition de loi qui vise à contraindre à la répression pénale des primo-usagers, jusqu'à maintenant passibles d'une peine d'un an d'emprisonnement, ce texte a été amendé par les sénateurs afin que la contravention soit « accompagnée des coordonnées des centres spécialisés de soins aux toxicomanes les plus proches ». Se perpétue ainsi une conception, directement héritée de la Défense sociale nouvelle⁴⁷⁵, qui définit l'usage de stupéfiants comme une déviance pathologique dont la sanction est au service d'un objectif curatif d'abstinence, et qui envisage le système pénal comme un mode possible, et parfois nécessaire, d'entrée dans le soin⁴⁷⁷. Dans cette perspective, la répression accrue qui pèse aujourd'hui sur les consommateurs de drogue s'interprète moins comme le produit d'une politique de sécurité que comme l'expression d'un projet pédagogique en échec.

B. La dimension répressive d'une loi pédagogique

Les premières circulaires de la Chancellerie relatives à la loi de 1970 prévoyaient que la perspective d'une sanction correctionnelle pour usage de stupéfiants de-

470 - L. SIMMAT-DURAND, « Les obligations de soins en France », in C. FAUGERON (dir.), *Les drogues en France. Politiques, marchés, usages*, Paris, Georg, 1999, p. 110.

471 - Art. L. 3424-1 et L. 3425-1 du Code de la santé publique.

472 - Pour une table chronologique de ces sources administratives jusqu'au tournant des années 2000, v. Simmat-Durand (L.), *La lutte contre la toxicomanie, De la législation à la réglementation*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 194 et suivantes.

473 - J.-P. JEAN, « La répression aggravée des usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *Archives de politique criminelle*, 2009, n° 31, p. 145.

474 - J.-P. VICENTINI, G. CLÉMENT, « Les stages de sensibilisation aux dangers de l'usage des produits stupéfiants », *Archives de politique criminelle*, 2009, n° 31, p. 185. Pour une première évaluation, v. I. OBRADOVIC, « Les stages de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants », *Tendances OFDT*, n° 81, 2012.

475 - Proposition de loi visant à punir d'une peine d'amende tout premier usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants, enregistrée à la Présidence du Sénat le 25 octobre 2011 ; sur cette proposition, v. R. COLSON, « Soixante-huit euros d'amende pour le premier usage de drogues ? », *D.* 2012, pp. 32-33.

476 - M. ANCEL, *op. cit.*, p. 285.

477 - En ce sens, sur la primauté donnée au dispositif sanitaire sur le dispositif répressif, insistant sur « l'encouragement » du législateur aux usagers de drogues « à se faire soigner », v. B. BOULOC, *Pénologie*, Paris, Dalloz, 2005, p. 465.

vait servir à contraindre au traitement médical les consommateurs de drogues⁴⁷⁸. Mais la volonté de mettre l'institution pénale au service d'un objectif sanitaire a été très tôt contrecarrée par la réalité clinique et les pratiques judiciaires. Force est de constater l'échec, sur le terrain, du dispositif de soin obligatoire. Les recherches empiriques ont mis en évidence une grande diversité, spatiale et temporelle, dans le prononcé des injonctions thérapeutiques⁴⁷⁹, et le ministère de la Justice admet officiellement la faiblesse des résultats obtenus⁴⁸⁰. Les objectifs de l'obligation de soins se sont réduits à mesure que l'illusion de la cure réparatrice se dissipait. En revanche, le dispositif juridique de répression de l'usage de stupéfiants a connu une destinée plus favorable, facilitée par l'imposant volet pénal de la loi de 1970, puis par le renforcement de l'arsenal, tant substantiel que procédural, susceptible d'être mobilisé pour sanctionner la consommation illicite de drogues⁴⁸¹. L'article L3421-1 du Code de la santé publique, qui punit l'usage simple « d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende », est flanqué d'incriminations complémentaires visant l'usager revendeur⁴⁸², l'usager prosélyte⁴⁸³ ou l'usager conducteur⁴⁸⁴. En outre, la consommation de stupéfiants implique la commission d'autres actes matériels (détention, acquisition ou production) en eux-mêmes punissables, ce qui laisse la porte ouverte à un concours de qualification permettant de poursuivre les usagers pour des faits de trafic sévèrement réprimés par la loi de 1970⁴⁸⁵.

La politique criminelle menée à l'égard des consommateurs de drogues illicites a fait l'objet de plusieurs changements de cap⁴⁸⁶. À une réponse judiciaire longtemps restreinte aux toxicomanes refusant les soins ou au passé criminel chargé⁴⁸⁷ a succédé une répression plus systématique des usages. Cette évolution a été

478 - Circulaire n° 71-8 du 25 août 1971 et circulaire n° 73-11 du 30 mars 1973, citées par Simmat-Durand (L.), *La lutte contre la toxicomanie, De la législation à la réglementation*, précité, p. 34.

479 - Simmat-Durand (L.), « L'obligation de soins : une pratique ambiguë », *Déviance et Société*, 1999, vol. 23, n° 4, p. 421.

480 - Pour la période la plus récente, v. en ce sens la circulaire du 16 février 2012 relative à l'amélioration du traitement judiciaire de l'usage de produits stupéfiants (NOR : JUSD1204745C, BOMJL n° 2012-02 du 29 février 2012) qui relève que certaines des transformations introduites par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ont eu pour conséquence que « le dispositif actuel de l'injonction thérapeutique souffre d'un manque d'efficacité », p. 5.

481 - S'agissant de la dimension procédurale de cet arsenal pénal, v. J. Danet, « Les nouvelles figures procédurales de la prohibition des stupéfiants », in R. COLSON (dir.), *op. cit.*, p. 43 et s.

482 - J. BORRICAND, « La politique criminelle française de fond en matière de stupéfiants », in Institut de sciences pénales et de criminologie, *Problèmes actuels de science criminelle*, vol. XIV, Aix-en-Provence, PUAM, 2001. Plus généralement, sur le trafic de stupéfiants, v. X. Samuel, *Juriclasser pénal*, fasc. 222-34 à 222-43.

483 - Art. L. 3421-4 du Code de la santé publique.

484 - Art. L. 235-1 à L. 235-4 du Code de la route. Sur ce délit, v. E. PIRE, « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D.* 2003, p. 771.

485 - Ainsi l'usager qui recourt à l'auto-production encourt-il une peine criminelle de vingt ans (art. 222-35 du Code pénal). Quant à celui qui passe la frontière, transporte, acquiert ou détient une drogue prohibée en vue de sa consommation personnelle, il risque une peine correctionnelle de dix ans (art. 222-36 et art. 222-37 du Code pénal). Les poursuites contre l'usager simple sont également possibles sur le fondement de textes plus généraux réprimant délits douaniers (art. 414 du Code des douanes) ou infractions à la législation sur les substances vénéneuses (art. L. 5432-1 du Code de la santé publique).

486 - Pour une description chronologique de la politique criminelle menée à l'égard des usagers de drogues jusqu'à la fin des années 1990, v. F. CABALLERO et Y. BISIQU, *Droit de la drogue*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2000, pp. 563-566.

487 - B. AUBUSSON DE CAVARLAY, « L'usage de stupéfiants dans les filières pénales », *Psychotropes*, 1997, vol. 3, n° 4, pp. 7-23.

rendue possible par une politique d'interpellation policière massive et l'apparition des modes accélérés de traitement des délits (notamment la composition pénale et l'ordonnance pénale)⁴⁸⁸. Au cours de la dernière décennie, la sanction pénale est ainsi devenue une réponse plus fréquente à l'usage de stupéfiants. Parmi les dizaines de milliers de personnes désormais interpellées chaque année par la police pour simple usage, plusieurs milliers font l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire, et quelques centaines échappent d'une peine d'emprisonnement⁴⁸⁹. Las, cette rigueur n'a pas réussi à enrayer la consommation massive de stupéfiants. Bien au contraire, la France, malgré son régime répressif, se classe parmi les pays européens où la prévalence de l'usage est la plus élevée, notamment chez les jeunes⁴⁹⁰.

Les limites de l'idéal thérapeutique, qui justifia en son temps l'institution d'une pénalisation subsidiaire, auraient pu amener le législateur à reconsidérer la pertinence du volet pénal du statut du consommateur de stupéfiants. L'impossible « désintoxication » sous contrainte judiciaire de la vaste majorité des consommateurs de drogues a conduit, au contraire, les parlementaires à réclamer leur sanction systématique en se prévalant de la nécessité de réaffirmer l'interdit et d'en garantir la mise en œuvre⁴⁹¹. Aujourd'hui comme en 1970, la loi sert à édifier un rempart symbolique contre les drogues, et la norme pénale tient lieu de pédagogie pour le drogué⁴⁹². Clairement exprimée dans les rapports parlementaires⁴⁹³ et dans les circulaires qui règlent les évolutions les plus récentes du droit de la drogue⁴⁹⁴, cette conception de la peine resocialisante, « jumel(ant) la mesure éducative ou curative

avec la sanction punitive »⁴⁹⁵ dans un système de légalité stricte, reflète les thèses de la *Défense sociale nouvelle*⁴⁹⁶ et le principe de nécessité propre au droit pénal. En revanche, malgré sa dimension punitive de plus en plus clairement assumée, cette politique de lutte contre la toxicomanie ne saurait être qualifiée de sécuritaire : elle met en effet en péril bien plus qu'elle ne cultive la sécurité publique. Élever au rang de priorité cette dernière supposerait de renoncer à l'illusion d'une éducation à l'abstinence par la loi pénale et à son corollaire, le mythe d'une société sans drogue⁴⁹⁷, et de concevoir un régime juridique susceptible de lutter efficacement contre l'insécurité, individuelle et collective, résultant de l'usage et du trafic de stupéfiants.

II. Les promesses d'une politique de sécurité

Placer la sécurité au cœur de la politique de lutte contre les drogues implique au préalable de préciser le sens attribué à cette valeur hautement polysémique⁴⁹⁸. Il convient notamment de distinguer la sécurité individuelle des usagers de stupéfiants, de la sécurité collective du corps social. Si la première passe par la réduction des risques liés à l'usage de drogues et réclame prioritairement une dépénalisation *de jure* de la consommation de tous les produits psychotropes (A), la seconde est essentiellement menacée par la délinquance liée au trafic de stupéfiants, dont seule une légalisation contrôlée permettrait de venir à bout (B).

A. La dépénalisation, condition de la réduction des risques

La politique dite de réduction des risques repose sur un raisonnement simple : « il vaut mieux ne pas consommer de drogues, mais si certains en consomment néanmoins, il convient de les encourager à utiliser les produits les moins dangereux dans un cadre sécurisé »⁴⁹⁹. À cette fin, il faut autoriser la distribution de matériel d'injection stérile et de produits de substitutions, et promouvoir l'ouverture de lieux d'accueil et de soins de première urgence destinés aux toxicomanes. Devant les succès sanitaires de cette stratégie, qui s'est développée à l'origine en dehors de tout cadre juridique et souvent à la limite de la légalité, les parlementaires les plus

488 - I. OBRADOVIC, « La réponse pénale à l'usage de stupéfiants », *Tendances OFDT*, n° 72, 2010. Rapp. M.-D. Barré, « La répression de l'usage de produits illicites : État des lieux », *Questions Pénales*, 2008, XXI.2, [En ligne], <http://www.cesdip.fr/spip.php?article330> [document consulté le 25 août 2012].

489 - J.-P. JEAN, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ Pénal*, 2010(1), p. 182.

490 - V. en ce sens les enquêtes et données disponibles sur le site Internet de l'Observatoire français des drogues et toxicomanies (<http://www.ofdt.fr/ofdtdev/live/donneesnat.html>), ainsi que les tableaux de bord statistiques disponibles sur le site de l'Observatoire européen des drogues et toxicomanies (<http://www.emcdda.europa.eu/stats12>).

491 - La récente proposition de loi visant la contraventionnalisation du premier usage de stupéfiant (v. *supra* note 46) est exemplaire de ce consensus bipartisan relatif à la nécessité de rendre effective la sanction de la consommation de drogues. Le rapport consacré à la lutte nationale contre les drogues illicites, remis au Président du Sénat le 28 mai 2003 par la sénatrice UMP Nelly Olin, défendait déjà le principe d'une sanction systématique de l'usage (p. 395). A cette fin, la commission d'enquête préconisait de prévoir une contravention permettant de réprimer plus aisément la première infraction tout en conservant le délit d'usage illicite assorti d'un an de prison en cas de récidive (p. 396). C'est finalement une majorité de gauche au Sénat qui a approuvé la proposition déposée en ce sens par le Rassemblement démocratique et social européen, groupe parlementaire qui rassemble des sénateurs de gauche et de droite.

492 - A. EHRENBURG, « Drogue : éthique et politique des drogues », in M. CANTO-SPERBERG (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 1, 4^e éd., Paris, PUF/Quadrige, 2004, spéc. p. 566 ; rapp. du même auteur, *L'individu incertain*, Paris, Calman-Lévy, 1995.

493 - V. en ce sens le *Rapport d'information sur les toxicomanies* (n° 3612) de la Mission d'information sur les toxicomanies déposé le 29 juin 2011 sur le bureau de l'Assemblée nationale et sur le bureau du Sénat, spéc. les développements III, A, 2 sur l'impossible dépénalisation de l'usage, et III, A, 3 sur la nécessité de mieux assurer l'efficacité de l'interdit [en ligne], http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3612-ti.asp#P1187_407194 [document consulté le 25 août 2012].

494 - Ainsi la circulaire précitée (note 51) en date du 16 février 2012 et relative à l'amélioration du traitement judiciaire de l'usage de produits stupéfiants (NOR : JUSD1204745C, BOMJL n° 2012-02 du 29 février 2012) indique-t-elle que « le maintien de la pénalisation de l'usage de produit stupéfiant est un volet essentiel de la politique de prévention aux conduites addictives » (souligné par nous).

495 - M. ANGEL, *op. cit.*, p. 232.

496 - Sur la peine resocialisante, v. B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, Paris, L'Harmattan, 2010, spéc. p. 130 et s.

497 - Pour prendre la mesure de la massification de l'usage de stupéfiants, et de sa banalisation dans le monde occidental, la fréquentation des données statistiques élaborées par l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies constitue une bonne porte d'entrée (<http://www.emcdda.europa.eu/stats12>). En contrepoint, sur les difficultés inhérentes à toute tentative de comptage des usages de drogues, v. F. Beck, « Dénombrer les usagers de drogues : tensions et tentations », *Genèses*, 2005/1, n° 58, pp. 72-97.

498 - L. ZEDNER, *Security*, London, Routledge, 2009, spéc. pp. 9-26.

499 - A. COPPEL, « La réduction des risques liés à l'usage de drogues, stratégie de changement des politiques à l'égard des drogues », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 121. Sur l'histoire de la réduction des risques en France, v. du même auteur, *Peut-on civiliser les drogues ? De la guerre à la drogue à la réduction des risques*, Paris, La Découverte, 2002. Et pour une vue complète du sujet, v. l'expertise collective de l'Inserm publié en 2010 : *Réduction des risques chez les usagers de drogues*, [en ligne], <http://www.inserm.fr/thematiques/sante-publique/expertises-collectives> [document consulté le 25 août 2012].

réticents se sont inclinés⁵⁰⁰. Le principe de la réduction des risques a été consacré par la loi du 9 août 2004 qui organise la prévention « des dommages sociaux et psychologiques liés à la toxicomanie »⁵⁰¹. Cette reconnaissance légale confère une légitimité forte aux programmes de prise en charge à bas seuil d'exigence⁵⁰². Elle révèle un véritable « changement de paradigme » de l'action publique⁵⁰³ en faisant passer au second plan la promotion de l'abstinence par la cure de désintoxication pour privilégier la sécurisation des pratiques de consommation des produits illécites. À ce titre, l'institutionnalisation de la réduction des risques fragilise l'idéal d'éradication des drogues et soulève de délicats problèmes de cohérence juridique.

Comment le droit peut-il conférer un statut légal à des dispositifs destinés à sécuriser les conditions de consommation de produits dont l'usage est par ailleurs interdit ? L'antinomie juridique, quand elle n'est pas passée sous silence, est le plus souvent résolue par une hiérarchisation des normes « en situation », l'interdit pénal s'effaçant à mesure que le risque sanitaire croît⁵⁰⁴. Mais la contradiction entre la réduction des risques et la pénalisation de l'usage demeure. C'est ainsi que le gouvernement de François Fillon a refusé l'expérimentation de centres d'injection supervisés [dits « salles de shoot »] malgré une expertise positive de l'Inserm⁵⁰⁵, et contre l'avis de la ministre de la Santé, au motif que la priorité est de « réduire la consommation des drogues en France, non de l'accompagner »⁵⁰⁶. Quel que soit le jugement que l'on porte sur cette décision politique, elle a le mérite de mettre en évidence un conflit de normes dont la solution passe, logiquement, ou bien par l'abandon d'une démarche de sécurisation de la consommation des stupéfiants, ou bien par une dépénalisation de jure de leur usage.

Contrairement à la dépénalisation *de facto*, dont on s'est approché en France⁵⁰⁷ avant que les circulaires du ministère de Justice n'excluent les classements sans suite et limitent les classements avec rappel à la loi, la dépénalisation de jure im-

500 - M. KOKOREFF, *La drogue est-elle un problème ? Usages, trafics et politiques publiques*, Paris, Payot, 2010, pp. 240-241.

501 - La loi relative à la politique de santé publique, du 9 août 2004, inscrit pour la première fois la réduction des risques dans un texte législatif (article L 3121-4 du Code de la santé publique) et en précise les objectifs en ces termes : « la politique de réduction des risques en direction des usagers de drogue vise à prévenir la transmission des infections, la mortalité par surdose par injection de drogue intraveineuse et les dommages sociaux et psychologiques liés à la toxicomanie par des substances classées comme stupéfiants ».

502 - La notion de « bas seuil d'exigence » fait référence à la prise en charge sans condition préalable des toxicomanes, notamment en l'absence de projet de renoncement à la consommation de drogues.

503 - Sur ce « changement de paradigme », v. l'ouvrage de H. BERGERON, *L'État et la toxicomanie : Histoire d'une singularité française*, Paris, PUF, 1999. Rapp. N. MAESTRACCI, « L'évolution des politiques publiques de lutte contre les drogues : Des aveuglements aux prises de conscience », *Archives de politique criminelle*, 2009, n° 31, pp. 173-184.

504 - Une circulaire en date du 17 juin 1999 relative aux réponses judiciaires aux toxicomanies prévoit ainsi que « sont à proscrire les interpellations, du seul chef d'usage de stupéfiants, à proximité immédiate des structures «à bas seuil» ou des lieux d'échanges de seringues ». Sur ces questions, v. D. BARRÉ, P. BÉNEC'H-LE ROUX, « La politique de prévention auprès des usagers de drogues : des normes en tension », *Questions Pénales*, 2004, XVII, 5, pp. 1-4.

505 - Expertise collective de l'Inserm précitée note 70, pp. 209-231.

506 - « M. Fillon s'oppose aux salles d'injection de drogues », *Le Monde*, 13 août 2010.

507 - V. en ce sens la perspective policière de A.-M. VENTRE qui, en 2003, pouvait légitimement affirmer que « sur le terrain, l'usage est dépénalisé en fait et l'immunité du simple usager apparaît acquise sauf dans les cas de trafic portant sur la substance consommée », « Prévention ou répression ? L'ambiguïté, vice principal de la loi de 1970 », in R. COLSON, *op. cit.*, p. 57.

plique la suppression de toute sanction pénale pour usage de stupéfiants⁵⁰⁸. Une telle évolution s'accommode, dans sa version faible, de la conservation d'une infraction d'usage à titre symbolique dès lors que le prononcé d'une peine est effectivement exclu. Mais elle s'entend également, dans sa version forte, d'une véritable décriminalisation qui consiste à faire complètement sortir l'acte d'usage du champ pénal. Dans les deux cas, la création d'une infraction punissant l'usage de drogues dans les lieux publics apparaît souhaitable, la pénalisation des comportements portant atteinte à l'ordre public étant compatible avec, pour ne pas dire requise par une démarche de réduction des risques. En revanche, sauf à sacrifier l'actuelle politique de santé publique à destination des consommateurs de drogue sur l'autel de la pédagogie pénale, une mise en cohérence du droit français impose l'abrogation de l'article L3421-1 du Code de la santé publique dans sa rédaction actuelle. Cette réforme qui alignerait la législation française sur celle de la majorité des pays de l'Union européenne en matière de cannabis⁵⁰⁹, permettrait d'inscrire plus solidement la sécurité au cœur de la politique de lutte contre les drogues. Mais la dépénalisation de l'usage de drogues, si elle favorise la réduction des risques sanitaires et sociaux qui lui sont associés, n'aura guère d'impact sur les atteintes à la sécurité publique occasionnées par les trafics. Lutter efficacement contre cette menace criminelle impliquerait que soit légalisées la production et la distribution de stupéfiants.

B. La légalisation, condition de la sécurité publique ?

Si le lien entre criminalité et drogues illicites est bien établi d'un point de vue statistique, leur relation apparaît complexe et contre-intuitive⁵¹⁰. En dehors des infractions à la législation sur les stupéfiants, qui sont par définition lié à la consommation ou aux trafics de substances prohibées, l'usage de drogues semble entretenir « un rapport de voisinage »⁵¹¹ plus que de causalité avec la délinquance, et il n'en constitue généralement pas le facteur explicatif principal. Il est en revanche établi que la répression des usagers-revendeurs et des trafiquants, et l'absence de régulation du marché, conséquences directes de la prohibition, expliquent une part importante de la violence liée aux drogues⁵¹². Il est impossible de déterminer l'impact qu'aurait la légalisation, c'est-à-dire l'autorisation par la loi de l'usage, de la

508 - Pour un point lexicologique distinguant les notions de dépénalisation « partielle » ou « totale », « en fait » ou « en droit », décriminalisation et contraventionnalisation, v. I. OBRADOVIC, « Législation relative à l'usage et à la détention de cannabis : définitions et état des lieux en Europe », *Note OFDT*, n° 19, 2011 ; rapp. C. Guillaïn, « Criminaliser, décriminaliser l'usage de drogues : une histoire sans fin », in F. TULKENS, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN (dir.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 317 et s.

509 - I. OBRADOVIC, *op. cit.*, p. 5 ; rapp. G. Casile-Hughes, « La politique criminelle française en matière d'usage de cannabis au regard des législations européennes : le débat », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin : Sciences pénales & sciences criminologiques*, Aix en Provence, PUAM, 2007, pp. 363-371.

510 - S. BROCHU, *Droque et criminalité. Une relation complexe*, Montréal, PUM, 2006. Rapp. le n°16 [2007/2] de la lettre d'information *Objectif drogues* publiée par l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, spécialement consacré à cette question : <http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index36331EN.html> (consulté le 25 août 2012).

511 - F. JOBARD, O. FILLIEULE, « Action publique sous dépendance. Conditions et effets du changement de paradigme dans la lutte contre la délinquance associée à la drogue en Europe », *Revue française de sciences politiques*, 1999, vol. 49, n° 6, p. 811.

512 - D. WERB *et al.*, « Effect of drug law enforcement on drug market violence: A systematic review », *International Journal of Drug Policy*, 2011, n° 22, pp. 87-94.

production et de la distribution, de certaines des substances aujourd'hui interdites, sur le niveau général de la délinquance. Aucun pays ne s'y est jusqu'à maintenant essayé, et la comparaison avec la légalisation de l'alcool aux États-Unis, après que sa temporaire prohibition eut nourri la criminalité⁵¹³, soulève de délicats problèmes méthodologiques.

Plusieurs systèmes de légalisation sont concevables, dont les conséquences sur le niveau de la criminalité seraient différentes : une libéralisation totale de tous les stupéfiants, abandonnés à la loi de l'offre et de la demande, n'aurait assurément pas les mêmes effets que la légalisation contrôlée de certains d'entre eux, dans le cadre d'un monopole d'État encadré par un rigoureux dispositif sanitaire⁵¹⁴. Une augmentation générale de la consommation de produits psycho-actifs ne saurait être exclue mais elle n'est pas certaine : l'évaluation des politiques de tolérance mises en œuvre aux Pays-Bas démontre ainsi que la vente de cannabis en *coffee shops* n'induit pas de prévalence accrue de son usage dans la population⁵¹⁵. Il est en revanche très probable que la réglementation de la production et de la distribution de substances aujourd'hui massivement consommées, malgré leur interdiction, affaiblirait les acteurs de la criminalité organisée qui tirent une grande partie de leurs revenus de ce commerce. Le retour dans le giron de l'économie légale de ces trafics permettrait de réduire la violence qui lui est associée, et de garantir la qualité des marchandises échangées en assurant leur traçabilité. Quant aux ressources policières, judiciaires et pénitentiaires massivement allouées à la répression des infractions à la législation sur les stupéfiants, elles pourraient être dédiées à d'autres priorités⁵¹⁶.

La légalisation de tout ou partie des stupéfiants n'est pas à l'ordre du jour. Elle suppose au préalable une évolution du droit international que les rapports de force politique au sein de l'Organisation des Nations Unies ne laissent pas entrevoir à court terme⁵¹⁷. Mais les risques pour la sécurité globale que font courir l'enrichissement et la militarisation des mafias⁵¹⁸, doublés du constat des effets pervers de la prohibition sur le terrain des droits fondamentaux et de la santé publique, nourrissent les initiatives internationales appelant à la fin de la « guerre à la drogue »⁵¹⁹. En France,

513 - L.M. FRIEDMAN, *Crime and Punishment in American History*, New-York, Basic Books, 1993, p. 339-341.

514 - Pour une distinction et une présentation détaillée des différents modèles juridiques de contrôle des drogues, v. F. Caballero, Y. Bisiou, *op. cit.*, spéc. le chapitre consacré aux théories du droit de la drogue, pp. 94-164.

515 - M. WOUTERS, A. BENSCHOP, M. VAN LAAR, D.J. KORF, « Cannabis use and proximity to coffee shops in the Netherlands », *European Journal of Criminology*, 2012, vol. 9(4), p. 333.

516 - P. KOPP, P. FENOGLIO, *Le coût social des drogues en 2003 : les dépenses publiques dans le cadre de la lutte contre les drogues*, OFDT, 2006, [en ligne], <http://www.ofdt.fr/BDD/publications/docs/epfxpkm4.pdf> [document consulté le 25 août 2012].

517 - Les indices d'une évolution sont néanmoins visibles : D.R. BEWLEY-TAYLOR, *International Drug Control: Consensus Fractured*, Cambridge, CUP, 2012.

518 - Sur les conséquences géopolitiques de la prohibition, v. not. l'ouvrage d'Alain Labrousse, *Géopolitique des drogues*, 3^e éd., Paris, PUF, 2011. Rapp. N. INKSTER, V. COMOLLI, *DRUGS, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition*, Oxon, Routledge, 2012.

519 - V. par exemple le récent rapport de la Global Commission on Drugs Policy, qui réunit un certain nombre d'anciens chefs d'État et de haut responsables internationaux, [en ligne], <http://www.globalcommissionondrugs.org/> [document consulté le 25 août 2012] ; ou la Déclaration de Vienne rendue publique par un collège international d'experts en santé publique au terme de la XVIII^e Conférence internationale sur le Sida (en 2010), [En ligne], <http://www.viennedeclaration.com/> [document consulté le 25 août 2012].

un rapport récent fruit du travail d'un groupe de parlementaires présidé par l'ancien ministre de l'Intérieur, Daniel Vaillant, a proposé pour mieux lutter contre le cannabis de le légaliser, à titre expérimental, et dans le cadre d'un régime étroitement contrôlé⁵²⁰. Cette perspective, qui prétend apporter une réponse concrète à l'insécurité générée par le trafic de drogue dans un certain nombre de quartiers sensibles, ne fait pas l'unanimité au sein du Parti Socialiste⁵²¹. Mais elle témoigne de la prise de conscience, chez certains acteurs les plus au fait des questions de sécurité, de l'impossibilité de conjuguer la prohibition d'un produit psycho-actif massivement consommé et la réduction de la criminalité.

Conclusion

Si la réduction des risques sanitaires et la diminution de la menace criminelle associées à l'usage et au trafic de drogues passe par une désescalade pénale, la sécurité peut devenir un argument au service d'évolutions législatives, la dépénalisation ou la légalisation, que les défenseurs d'une certaine conception de la liberté (celle de l'esprit, mais également celle du marché)⁵²² n'ont jamais pu faire prévaloir face aux tenants d'un État (ré)éducateur. Se révèle ainsi le potentiel émancipateur de la sécurité, valeur politique susceptible d'être jouée contre le « sécuritaire » et contre toutes les formes de contrôle social ne pouvant se réclamer d'une protection effective des individus ou de la collectivité.

Opératoire dans le champ du droit de la drogue à raison du fiasco sanitaire et du caractère criminogène de la prohibition, cette démonstration est exportable à d'autres domaines de la politique criminelle. Elle invite à mener la lutte contre la « frénésie sécuritaire »⁵²³ en déconstruisant sa logique, mais également en instrumentalisant ses ressorts.

Dans le registre de la déconstruction, beaucoup a déjà été écrit. La généalogie du tournant punitif et les tactiques de ses promoteurs ont été dévoilées⁵²⁴. La frange la plus critique des security studies a par ailleurs montré comment l'argument « sécuritaire » est moins l'expression d'une politique de lutte contre l'insécurité, qu'une technique de communication soustrayant la prise de décision publique à la délibération démocratique⁵²⁵. Ces enseignements servent à juste titre la dénon-

520 - D. VAILLANT *et al.*, *Légalisation contrôlée du cannabis. Pour mieux lutter contre le cannabis : Sortir de l'hypocrisie*, Rapport du groupe de travail Socialiste, Radical, Citoyen, Assemblée Nationale, XIII^e législature, Juillet 2011.

521 - Que l'on songe à ces remarques de l'actuel ministre de l'Intérieur : « Certains de mes amis à gauche - dans une logique très libérale d'ailleurs - proposent la légalisation pure et simple. Je m'y oppose formellement. [...] En tant que progressiste qui n'aspire qu'à l'émancipation des individus, je ne peux me résoudre à tolérer la légalisation d'une nouvelle drogue. Toute substance qui contribue à l'aliénation des hommes est pour moi une hérésie. La légalisation serait une défaite morale et philosophique pour la gauche », M. Valls, *op. cit.*, pp. 138-139.

522 - V. parmi bien d'autres, l'ouvrage de Thomas Szasz intitulé *Our Right to Drugs: The Case for a Free Market*, New York, Syracuse University Press, 1996, trad. M. BURKE, *Notre droit aux drogues*, Paris, éd. du Lézard, 1994.

523 - L'expression est empruntée à L. MUCCHIELLI (dir.), *La frénésie sécuritaire : retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, *op. cit.*

524 - V. l'ouvrage cité note précédente ainsi que les références fournies en introduction de cet article.

525 - B. BUZAN *et al.*, *Security : A New Framework for Analysis*, London, Lyne Rienner, 1998. V. plus récemment l'ouvrage collectif de D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD, R.B.J. WALKER, *Europe's 21st Century Challenge: Delivering Liberty*, Ashgate, Burlington, 2010.

ciation des dérives répressives contemporaines, mais ils ouvrent également la voie à une riposte constructive. Si « la gestion de la peur et de l'incertitude finit par constituer une qualification culturelle essentielle (...) de la politique »⁵²⁶, cette anxiété peut aussi bien légitimer le renforcement des dispositifs de contrôle social les plus répressifs que leur neutralisation, dès lors qu'ils sont perçus comme une menace potentielle à la sûreté du citoyen. Dans cette perspective, le renforcement des garanties procédurales accordées aux justiciables peut s'interpréter autant comme un frein à la quête de sécurité que comme son expression dans l'ordre des relations entre l'État et ses sujets. La protection juridique des citoyens, en permettant « une désintrinsication du droit et du pouvoir »⁵²⁷, assujettit en effet l'appareil répressif à une loi extérieure qui réduit le risque d'arbitraire institutionnel.

La possibilité d'accroître les libertés individuelles en renforçant la sécurité justifie que l'on n'abandonne pas cette valeur aux tenants du tout répressif mais qu'au contraire, on leur dispute la définition de ce bien commun. On peut certes s'interroger sur les dangers que revêt la participation à l'écriture d'un agenda politique dominé par les questions de sécurité. Comparée à la dénonciation d'un débat public simpliste, une telle démarche participative risque de contribuer à valider l'idée selon laquelle priorité doit être donnée aux questions d'ordre public au détriment d'autres enjeux sociaux ou environnementaux. Reste que dans une société à faible densité morale où les individus se méfient de plus en plus les uns des autres⁵²⁸, le refus d'engager la lutte pour le droit⁵²⁹ au nom de la sécurité risque de réduire le combat contre les « utopies sécuritaires » à la vulgate doctrinale traditionnelle et inefficace du déclin du droit.

La normalisation de l'exception

526 - U. BECK, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. fr. L. Bernardi, *La société du risque*, Paris, Flammarion, 2001, p. 139.

527 - C. LEFORT, *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, 1986, p. 43.

528 - Z. BAUMAN, « Social Issues of Law and Order », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40(2), spéc. 208-209.

529 - Combat sur lequel l'ouvrage de Rudolf von Jhering est toujours d'actualité, *Der Kampf ums Recht, Vortrag*, Wien, 1872, trad. fr. *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006 (1^{re} éd. fr. 1890).

De la prohibition des drogues à la réduction des risques liés à leur usage

Note prospective sur une antinomie juridique

Renaud COLSON

Résumé – La réduction des risques est une politique de santé publique qui vise à limiter les conséquences néfastes de l’abus de drogues sans exiger l’abstinence de la part des consommateurs. Comment le droit peut-il conférer un statut légal à des dispositifs destinés à sécuriser les conditions de consommation de produits dont l’usage est par ailleurs interdit ? L’analyse juridique de la politique française de lutte contre les drogues éclaire son caractère contradictoire. Dans une perspective dynamique, cette antinomie peut s’interpréter comme l’indice du basculement d’un modèle à l’autre, la réduction des risques voyant sa validité se renforcer au détriment de la prohibition avant de s’y substituer progressivement.

Mots-clés – Politique (de santé) publique. Politique française de lutte contre les drogues. Réduction des risques vs prohibition. Antinomie. Changement de modèle.

Abstract – *Harm reduction is a public health policy that seeks to reduce the most damaging consequences of drug abuse without demanding abstinence from drug users. How can the law confer legal status on practices designed to safely deliver drugs to users when the use of those drugs remains illegal ? A legal analysis of French drugs policy highlights its contradictory nature. From a dynamic perspective, this contradiction can be regarded as evidence of a shift from a prohibitionist model, the validity of which gradually weakens, in favour of a harm reduction model which will, in time, take the place of the former.*

Keywords – Public (health) policy. French drug policy. Harm reduction vs prohibition. Contradiction. Model shift

INTRODUCTION

La prohibition qui pèse sur les stupéfiants n’est pas l’écho juridique d’un interdit anthropologique immémorial¹. C’est une institution récente qui s’est développée au début du ^{xx}e siècle, dans un certain nombre d’États occidentaux, avant d’être progressivement étendue à l’ensemble du globe par plusieurs traités internationaux². En

* Maître de conférences à l’Université de Nantes, Membre du Laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297).

1 Pour une introduction à la longue histoire des drogues avant qu’elles ne soient interdites, v. E. RETAILLAUD-BAJAC, *Les drogues. Une passion maudite*, Paris, Gallimard, 2002.

2 Sur l’origine de cette réglementation internationale, v. F.-X. DUDOUE, *Le grand deal de l’opium. Histoire du marché légal des drogues*, Paris, Éditions Syllepse, 2009. Et, sur l’histoire diplomatique du droit international des drogues, v. W.B. MCALLISTER, *Drug diplomacy in the twentieth century. An international history*, Londres, Routledge, 2000.

France, l'idée prohibitionniste prend juridiquement corps pendant la Première Guerre mondiale. Destinée à « protéger la santé et la morale de la nation »³, la loi du 12 juillet 1916 sanctionne la vente, l'achat et l'emploi des opiacés et du haschich, et punit leur usage en société. Le dispositif est résolument répressif et ne prévoit aucun volet sanitaire⁴.

Le droit positif qui, à l'origine, traitait l'usage de stupéfiants comme un problème criminel justifiant une répression de type classique s'est progressivement ouvert à des mesures de sûreté curatives applicables aux toxicomanes. Cette approche s'est exprimée avec force dans la loi du 31 décembre 1970 « relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses ». Dans ce texte, le législateur assimile la consommation de stupéfiants à une pathologie et organise le traitement médico-social des toxicomanes. L'esprit du droit demeure fondamentalement prohibitionniste⁵ : l'usager de drogues est considéré comme un délinquant passible d'une peine d'un an de prison. Il peut néanmoins prétendre échapper aux poursuites judiciaires s'il s'engage dans une démarche thérapeutique ayant l'abstinence pour finalité.

26

Les dispositions de la loi de 1970, aujourd'hui intégrées au Code de la santé publique et au Code pénal, constituent toujours le socle du droit de la drogue français. Elles ont pour objectif de contraindre les usagers de stupéfiants, par le soin ou la sanction, à renoncer à leurs pratiques⁶. Mais progressivement, à la faveur d'interventions législatives rendues nécessaires par la persistance des consommations illicites, d'autres dispositifs ont été mis en place : libéralisation de la vente, puis développement de programmes d'échange de seringues, ouverture de structures d'accueil à « bas-seuil », autorisation de traitements de substitution aux opiacés, et, très récemment, ouverture de deux salles de consommation à moindre risque... Ces mesures, dites de « réduction des risques », visent à traiter les conséquences sanitaires et sociales les plus néfastes de l'usage de drogues sans exiger de leurs destinataires qu'ils abandonnent, du moins immédiatement, leurs consommations⁷.

³ E. RETAILLAUD-BAJAC, *Les paradis perdus. Drogues et usagers de drogues dans la France de l'entre-deux-guerres*, Rennes, PUR, 2009, p. 33.

⁴ Sur « l'odyssée de la loi de 1916 », v. C. BACHMANN et A. COPPEL, *La drogue dans le monde*, Paris, Albin Michel, 1991, p. 296 et s. ; v. égal. I. CHARRAS, « Genèse et évolution de la législation relative aux stupéfiants sous la Troisième République », *Déviante et Société* 1998-4, p. 367.

⁵ J. BERNAT de CELIS, *Drogues : consommation interdite. La genèse de la loi sur les stupéfiants*, L'Harmattan, 1996.

⁶ Sur la dualité du statut de l'usager de stupéfiants dans la loi de 1970, v. R. COLSON, « Le traitement légal de l'usager de drogues illicites », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Rennes, PUR, 2005, p. 33.

⁷ Pour une interprétation sociologique du développement tardif de la politique de réduction des risques en France, v. H. BERGERON, *L'État et la toxicomanie*, PUF, 1999. Rapp. G. LE NAOUR, *Drogues, Sida et action publique. Une très discrète politique de réduction des risques*, Rennes, PUR, 2010.

Devant les succès de cette stratégie, qui s'est développée à l'origine en dehors de tout cadre juridique et souvent à la limite de la légalité⁸, les parlementaires les plus réticents se sont inclinés. Le principe de la réduction des risques a été consacré par la loi du 9 août 2004 qui organise la prévention « des dommages sociaux et psychologiques liés à la toxicomanie » (article L 3121-4 du Code de la santé publique). Les mesures d'aménagement à la marge sont devenues une politique publique à part entière. Mais cette reconnaissance légale de la réduction des risques révèle-t-elle pour autant un changement de politique juridique ? Rien n'est moins sûr. En effet, et aussi surprenant que cela paraisse, on n'a jamais autant puni les usagers de drogues qu'aujourd'hui. À la faveur d'une hausse continue des interpellations et de l'apparition de modes accélérés de traitement des délits, la punition des « drogués » est devenue une réalité institutionnelle incontournable de ces vingt dernières années⁹. Comment le droit peut-il conférer un statut légal à des dispositifs destinés à sécuriser les conditions de consommation de produits dont l'usage est par ailleurs interdit et massivement sanctionné ? Répondre à cette question requiert de se pencher sur l'articulation de la prohibition et de la réduction des risques, deux logiques juridiques apparemment antinomiques (I) dont les dynamiques respectives laissent présager, à plus ou moins long terme, la substitution de la seconde à la première (II).

27

I. L'ARTICULATION DE LOGIQUES JURIDIQUES ANTINOMIQUES

La réduction des risques liés à l'usage de drogues s'est développée sous la forme d'expérimentations sanitaires et sociales isolées, un archipel de mesures ne faisant pas vraiment système¹⁰. Il est néanmoins possible d'y voir l'expression d'un modèle d'action publique cohérent entrant en contradiction avec le principe prohibitionniste (A) auquel elle déroge (B).

A. OPPOSITION DES MODÈLES

Les politiques publiques inscrites dans l'ordre du droit évoluent dans le temps et varient dans l'espace. Il convient donc d'insister en préambule sur la variété des formes institutionnelles que peuvent revêtir la prohibition des drogues et la réduction des risques

⁸ En ce sens v. A. COPPEL, *Peut-on civiliser les drogues ? De la guerre à la drogue à la réduction des risques*, La Découverte, 2002.

⁹ Pour une mise en perspective sur trois décennies, v. I. OBRADOVIC, « Trente ans de réponse pénale à l'usage de stupéfiants », *Tendances* 2015, n° 103, OFDT. Rapp. J.-P. JEAN, « La répression aggravée des usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *Archives de politique criminelle* 2009/1, n° 31, p. 145. Et, du même auteur, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ pénal* 2010, n° 4, p. 182.

¹⁰ F. MENNERET, « La réduction des risques, une pensée en archipel », in C. DEBAULIEU, N. LUHMANN, O. MAGUET, *Histoire & principes de la réduction : Entre santé publique & changement social*, MDM/AFD, 2013, p. 7.

liés à leur usage. Il est néanmoins possible de modéliser chacune de ces approches, au risque de les simplifier, afin de saisir la spécificité de leurs logiques respectives¹¹.

Le modèle prohibitionniste peut être résumé en une phrase : « L'interdiction générale et absolue de tout usage, de tout commerce et de toute production de drogues illicites, sous peine de sanctions répressives »¹². Les dispositifs juridiques mis en œuvre dans ce cadre ont pour finalité essentielle l'éradication de la consommation de stupéfiants. Ils mobilisent les forces de l'ordre et la justice pour apporter une réponse punitive rigoureuse aux trafics de drogues, mais également à leur simple usage. L'une des conséquences en est la marginalisation des consommateurs qui, dès lors qu'ils refusent l'objectif d'abstinence imposé, font l'objet de mesures sanitaires ou pénales contraignantes. La mesure du succès du modèle prohibitionniste dépend avant tout de la consommation globale de drogues illicites, indépendamment d'autres variables sanitaires et sécuritaires.

La réduction des risques repose pour sa part sur un raisonnement différent : « Il vaut mieux ne pas consommer de drogues, mais, si certains en consomment néanmoins, il convient de les encourager à utiliser les produits les moins dangereux dans un cadre sécurisé »¹³. Le postulat de cette approche est qu'il n'est pas de société sans drogue. Dans cette perspective, la finalité du droit n'est plus l'éradication de la consommation de stupéfiants, mais la réduction de ses conséquences les plus néfastes. La mise en œuvre de cet objectif repose sur la mobilisation des professionnels de santé et des travailleurs sociaux, qui prodiguent informations sanitaires et accompagnement social. Les dispositifs de réduction des risques, en n'exigeant pas des usagers l'arrêt immédiat de leur consommation, présentent une forte dimension inclusive. La mesure du succès de cette approche réside dans des indicateurs de santé publique, de sécurité publique et d'intégration sociale, non dans le niveau général de consommation de drogues.

Le modèle prohibitionniste et celui de la réduction des risques apparaissent théoriquement inconciliables, tant sur le plan des finalités que des modalités de mise en œuvre. Mais ils sont en pratique tous deux consacrés par le droit français, au risque de la contradiction. Dès lors que l'usage de stupéfiants est élevé au rang de délit, le Code pénal (article 121-7) requiert de sanctionner le complice « qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ». N'est-ce pas précisément là l'objet des dispositifs institutionnels de réduction des risques : aider et assister les consommateurs de stupéfiants dans leurs pratiques pour les sécuriser ? La juxtaposition, dans l'ordre du droit, d'un principe prohibitionniste et d'une politique de réduction est ainsi constitutive d'une antinomie, une figure juridique qui se caractérise par la coexistence de normes contradictoires¹⁴.

11 Cette tentative de modélisation s'inspire librement de A. WODAK, « What is this thing called harm reduction ? », *International Journal of Drug Policy* 1999, vol. 10, p. 169.

12 F. CABALLERO et Y. BISOUI, *Droit de la drogue*, 2^e éd., Dalloz, 2000, p. 96.

13 A. COPPEL, « La réduction des risques liés à l'usage de drogues : stratégie de changement des politiques à l'égard des drogues ? », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues*, *op. cit.*, p. 121.

14 Sur la définition de l'antinomie juridique, v. Ph. GÉRARD, v^o « Antinomie », in A.-J. ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 35.

B. COMBINAISON DES MODÈLES

Deux normes juridiques en contradiction ne sont pas des propositions dont l'une est vraie et l'autre fautive, mais plutôt des « directives relatives à un même objet » et incompatibles entre elles¹⁵. Sachant que « les règles de droit ne sont pas appliquées telles qu'elles sont énoncées (...) mais telles qu'elles sont interprétées »¹⁶, l'antinomie n'existe que si l'incompatibilité entre règles juridiques est reconnue par les autorités officielles en charge de leur interprétation. Dans le champ du droit de la drogue, la contradiction est généralement passée sous silence, l'interdit pénal s'effaçant discrètement à mesure que le risque sanitaire croît. Ainsi, la libéralisation par décret de la distribution des seringues a donné lieu, en son temps, à de fortes résistances¹⁷, mais aucune décision juridique n'a constaté son incompatibilité avec les textes législatifs prohibitionnistes. Cette discrétion remarquable des interprètes officiels du droit sur les contradictions légales dont sont porteurs les dispositifs de réduction des risques a permis leur développement à bas bruit.

C'est le projet d'ouverture des salles de consommation à moindre risque, espaces d'accueil où les usagers peuvent consommer leurs drogues dans de meilleures conditions d'hygiène et de sécurité¹⁸, qui a rendu explicite le conflit juridique entre le principe prohibitionniste et la politique de réduction des risques. Une expertise collective de l'Inserm ayant mis en lumière les résultats très positifs de ces salles à l'étranger¹⁹, le gouvernement a envisagé leur expérimentation en France. Mais, saisie d'un projet de décret en ce sens, la Section sociale du Conseil d'État a rendu un avis défavorable²⁰ au motif que l'ouverture d'espaces où « sont accueillis des usagers de substances psychoactives qui consomment sur place des substances qu'ils apportent » méconnaissait l'interdiction pénalement sanctionnée de l'usage de stupéfiants mentionnée à l'article L 3421-1 du Code de la santé publique. Cet avis a amené le Parlement à intervenir pour autoriser par voie légale, à titre expérimental et pour une durée limitée²¹, l'ouverture de salles de consommation à moindre risque, et à édicter une immunité pénale pour les personnes y faisant usage de drogues et les professionnels qui les accompagnent à cette occasion²².

29

15 Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit - Essai de synthèse », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 393.

16 *Id.*

17 A. MARCHANT, « La "légende noire" du décret Barzach », *Swaps* 2012, n° 66, p. 19.

18 M. JAUFFRET-ROUSTIDE, « Les salles de consommation à moindre risque. De l'épidémiologie à la politique », in H. BERGERON, R. COLSON (dir.), *Les drogues face au droit*, PUF, 2015, p. 45.

19 Inserm, *Réduction des risques infectieux chez les usagers de drogues*, Les Éditions Inserm, 2010.

20 Avis n° 387918 rendu le 8 oct. 2013 par la Section sociale du Conseil d'État sur le « projet de décret relatif aux expérimentations locales en matière de réduction des risques en direction des usagers de drogues ».

21 Art. 43 de la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé.

22 P. MORVAN, « La salle de shoot : lieu d'asile en droit pénal », *Dr. pén.* 2016, étude 7.

Cette séquence montre bien comment les antinomies juridiques requièrent, pour être résolues, que la suprématie soit accordée à l'un des membres de la contradiction sur l'autre. Illustration de la supériorité du principe prohibitionniste sur la logique de réduction des risques, l'avis du Conseil d'État n'était certes pas un obstacle dirimant à l'ouverture de salles de consommation. Le législateur l'a d'ailleurs finalement autorisée, mais au prix d'une longue gymnastique juridique établissant une exception à la règle générale. En dépit de sa reconnaissance légale comme un axe de la politique de santé publique depuis 2004, la réduction des risques demeure juridiquement subsidiaire. Sa progressive montée en puissance n'entame apparemment en rien le modèle prohibitionniste. Tout au plus établit-elle certaines dérogations au principe d'interdiction, lequel cède le pas, ponctuellement et dans des cas limites clairement identifiés. Ce type d'ajustement légal suffit à maintenir une cohérence technique au droit en vigueur. Mais c'est au risque d'entamer son harmonie idéologique, laquelle ne pourra se reconstituer qu'en substituant un modèle juridique à l'autre.

II. LA SUBSTITUTION DE LA RÉDUCTION DES RISQUES À LA PROHIBITION

30

L'analyse juridique de la politique française de lutte contre les drogues éclaire son caractère potentiellement contradictoire, entre une logique de réduction des risques en expansion et un principe prohibitionniste indéboulonnable. Dans une perspective dynamique, cette combinaison peut s'interpréter comme l'indice du basculement d'un modèle à l'autre, le premier voyant sa validité se renforcer au détriment du second (A) avant de s'y substituer progressivement (B).

A. VALIDITÉ DES MODÈLES

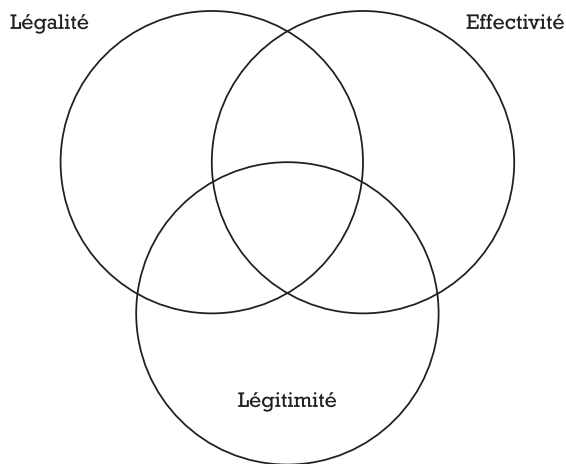
Le développement des mesures de réduction des risques, dont l'ouverture de salles de consommation constitue un exemple paradigmatique, témoigne d'un lent processus de corrosion du principe prohibitionniste. Celui-ci perd, dans certains contextes, sa force au profit de dispositifs qui autorisent *de jure* la détention de drogues illicites pour en domestiquer l'usage. Ce mouvement peut s'interpréter comme un affaiblissement de la validité juridique de l'interdit pesant sur les produits stupéfiants.

On peut concevoir, suivant les travaux de François Ost, la validité juridique d'une règle ou d'une institution comme le produit d'un équilibre entre sa légalité, sa légitimité et son effectivité²³. Dans cette perspective, la validité du principe prohibitionniste comme celle des règles de réduction des risques sont susceptibles d'être établies en référence à trois critères distincts. Premièrement, leur validité formelle, c'est-à-dire leur légalité, leur conformité aux standards d'appartenance à un système de droit

²³ F. OST, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, not. le chap. 5 : « Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique », p. 257.

déterminé. Deuxièmement, la validité empirique de ces normes, c'est-à-dire leur effectivité, le degré d'obéissance que leur accordent les destinataires dont elles ont vocation à encadrer le comportement. Troisièmement, leur validité axiologique, leur légitimité qui se concrétise par leur conformité à certaines valeurs méta-positives.

Ces trois pôles, pour être différenciés, n'en sont pas moins interdépendants : les trois dimensions de la validité interagissent. Si l'on admet que ces critères, susceptibles de degrés, délimitent différents champs de validité se recoupant partiellement, on doit nécessairement concevoir la validité juridique comme un phénomène pluriel et gradualiste. Afin de visualiser cette conception, François Ost la présente sous la forme de trois cercles sécants, chacun représentant l'un des aspects de la validité²⁴.



31

La vie du droit s'illustre ainsi par l'existence de normes et de dispositifs juridiques formellement valides qui demeurent inappliqués ou sont vigoureusement contestés sur le terrain des valeurs. Le droit de la drogue n'échappe pas à ce constat. Ses évolutions au cours des trente dernières années démontrent que le modèle prohibitionniste voit sa validité juridique s'affaiblir.

La prohibition, incapable d'atteindre ses objectifs, est inefficace. Certes, les forces de l'ordre interpellent et les institutions judiciaires sanctionnent, mais sans succès. La prévalence de l'usage de drogues illicites n'apparaît déterminée que marginalement par le régime juridique en vigueur²⁵. Et la rigueur de la répression ne fait pas baisser le niveau

²⁴ *Ibid.*, p. 287.

²⁵ La France – l'un des pays européens à la législation la plus répressive, et néanmoins l'un de ceux où la consommation de cannabis est la plus élevée – illustre cette idée contre-intuitive et néanmoins confirmée par de nombreuses études. V. par ex. : C. REINARMAN, P. COHEN, H. KAAL, « The limited relevance of drug policy : Cannabis in Amsterdam and in San Francisco », *American Journal of Public Health* 2004, 94(5), p. 836 ; D. KORF, « Dutch coffee shops and trends in cannabis use », *Addictive Behaviors* 2002, 27(6), p. 851 ; et,

de consommation. Quant aux réseaux de trafiquants, ils sont rarement démantelés, et le cas échéant immédiatement reconstitués²⁶. La dimension industrielle prise par la production et les trafics de drogues, malgré des décennies de lutte policière et judiciaire, ruine l'espoir d'une riposte pénale significative.

Le constat de l'ineffectivité de la prohibition affecte la légitimité de cette norme. En dépit du bruit de fond généré par le populisme pénal²⁷, la répression des consommateurs de drogues ne fait l'objet d'aucun consensus. La normalité sociale de l'usage de stupéfiants est attestée par une consommation massive et par le traitement complaisant que lui réservent les médias de masse. Les experts en addictologie laissent entendre que l'interdit ne constitue pas la réponse la plus opératoire aux défis de santé que pose la toxicomanie²⁸, et certains policiers n'hésitent plus à pointer son caractère contre-productif en termes de sécurité publique²⁹. Il en résulte un affaiblissement du principe prohibitionniste qui, s'il conserve le bénéfice de la légalité, est par ailleurs de plus en plus contesté. À l'inverse, les dispositifs de réduction des risques voient leur validité juridique se renforcer. Ils se sont développés à l'origine en dehors du droit, mais leur effectivité et leur légitimité ont finalement amené le législateur à les consacrer dans la loi.

32

B. DYNAMIQUE DES MODÈLES

La dynamique qui caractérise le droit de la drogue français laisse imaginer, à terme, la perte totale de validité du modèle prohibitionniste. L'ineffectivité du principe d'interdiction fragilisant ses fondements axiologiques, celui-ci est destiné à s'effacer progressivement pour que s'y substitue une logique de régulation, laquelle peut seule permettre un développement plus vigoureux de la réduction des risques.

Jusqu'à maintenant, celle-ci a été essentiellement orientée vers la prévention des infections et des surdoses mortelles, et vers la prise en charge des troubles psychiatriques aigus associés à la consommation de drogues illicites³⁰. Mais le champ d'intervention de la réduction des risques n'est pas théoriquement limité aux usages les plus problématiques des drogues illicites les plus dures. Il est susceptible de s'étendre à l'ensemble des

plus récemment, Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Cannabis legislation in Europe : An overview*, Luxembourg, Publication de l'Union européenne, 2017, spéc. p. 22-23.

²⁶ N. LALAM, « Les marchés locaux de la drogue », in H. BERGERON, R. COLSON (dir.), *Les drogues face au droit*, op. cit., p. 55.

²⁷ De manière générale, sur l'évolution du débat public sur la justice pénale qui se caractérise, notamment, par un désir accru de répression indifférent à l'efficacité de la punition, v. D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Fayard, 2010.

²⁸ V. par ex. J.-L. VENISSE, « La référence à l'interdit légal dans la dynamique de la cure », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues*, op. cit., p. 89.

²⁹ S. SUPERSAC et S. GATIGNON, *Pour en finir avec les dealers*, Paris, Grasset, 2011.

³⁰ V. en ce sens le « référentiel national de réduction des risques pour usagers de drogue », créé par le décret n° 2005-347 du 14 avr. 2005.

consommations, y compris celles des personnes non toxicodépendantes, et à toutes les drogues qu'elles soient illicites ou non. Dans cette perspective, on peut imaginer que l'usage récréatif et occasionnel de cannabis ou de cocaïne fasse l'objet d'une information sanitaire sincère sur les risques associés à ces produits et sur les modes de prise les moins dangereux. Par un mouvement inverse, l'interdiction de présenter l'usage de stupéfiants sous un jour favorable pourrait être étendue à l'alcool, dont la publicité est aujourd'hui autorisée en dépit de sa nocivité. S'engager dans cette direction requiert néanmoins de relativiser le principe prohibitionniste et la *summa divisio* qu'il institue entre drogues licites et drogues illicites³¹.

La logique de réduction des risques peut être encore approfondie en l'appliquant non seulement aux dommages causés par l'usage de drogues, mais également à ceux engendrés par la politique des drogues elle-même. Il est aujourd'hui acquis que l'interdit juridique pesant sur des stupéfiants induit un certain nombre de conséquences sanitaires et sécuritaires indésirables. La prohibition s'accompagne de la constitution d'une économie informelle propice à la circulation de produits d'autant plus dangereux pour les consommateurs qu'ils ne font l'objet d'aucune traçabilité et d'aucun contrôle de qualité. Par ailleurs, en l'absence d'instance tierce de règlement des différends commerciaux entre trafiquants, c'est la loi du plus fort qui s'applique à leurs relations. La violence du marché de la drogue, qui compte parmi les externalités négatives les plus graves de la prohibition, n'affecte pas uniquement les consommateurs et les vendeurs : elle concerne la société dans son ensemble. Réduire ces risques sanitaires et sécuritaires n'est possible que dans le cadre d'une régulation juridique des drogues aujourd'hui illicites. Il faut pour cela abandonner le principe même de l'interdit et envisager une légalisation contrôlée des produits jusqu'alors prohibés.

Si l'on admet, avec Ulrich Beck, que dans nos sociétés post-industrielles les politiques publiques sont de plus en plus déterminées par la connaissance scientifique des risques qu'elles engendrent³², il est probable que l'analyse rigoureuse de la prohibition des drogues ne donne lieu, à plus ou moins long terme, à sa remise en cause. Un imposant corpus pluridisciplinaire développé par les sciences sociales et les sciences médicales témoigne de l'échec de la « guerre à la drogue » et des dangers qu'elle fait courir à la santé et à la sécurité publiques³³. En s'efforçant d'éradiquer les drogues par une politique répressive, le législateur a créé de nouveaux périls. Face à ceux-ci, il faut souhaiter que le paradigme de la réduction des risques continue à se renforcer pour passer progressivement du statut d'exception à la règle prohibitionniste à celui de principe régulateur des politiques de lutte contre la drogue.

31 Sur ce point, v. H. BERGERON et E. NOUGUEZ, « Mécanismes de convergence de la régulation des drogues licites et illicites », *Actualité et dossier en santé publique* juin 2016, n° 95, p. 30.

32 U. BECK, *Risikogesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. L. BERNARDI, *La société du risque*, Flammarion, 2001.

33 Pour une entrée en matière, v. H. BERGERON, R. COLSON (dir.), *Les drogues face au droit*, op. cit.

Renaud COLSON, « Prendre le droit international et européen de la drogue au sérieux ? Note sur les rationalités punitives du régime prohibitionniste », in D. Bernard, Y. Cartuyvels, Ch. Guillain, D. Scalia, M. van de Kerchove (dir.), *Les fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal européen et international*, Bruxelles, Université Saint-Louis / Anthemis, 2013, pp. 207-215.

Prendre le droit international et européen de la drogue au sérieux ?

Note sur les rationalités punitives du régime prohibitionniste

Renaud COLSON

Marie Curie Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence
Maître de conférences à l'Université de Nantes

Le consensus qui a longtemps prévalu en matière de lutte contre la drogue se fissure¹. Depuis quelques années, les coups de canifs portés au régime prohibitionniste se multiplient : légalisation de la feuille de coca en Bolivie, mise en œuvre de programmes de distribution contrôlée d'héroïne en Suisse et au Canada, dépénalisation de l'usage récréatif de cannabis dans un nombre croissant de pays, etc. Le principe posé par la communauté internationale, en vertu duquel doivent être universellement prohibés l'usage récréatif et le commerce à des fins non scientifiques ou médicales d'un certain nombre de substances psychoactives, demeure néanmoins solidement établi. Inscrite dans trois conventions internationales², cette interdiction est au cœur du régime de contrôle des drogues dont les linéaments furent posés sous l'égide de la Société des Nations, et qui fut consolidé dans le cadre de l'Organisation des Nations unies.

Les traités aujourd'hui en vigueur invitent les États parties à pénaliser le commerce et l'usage illicite de drogues. Ils ont été, depuis, dupliqués par une décision-cadre de l'Union européenne qui enjoint aux États membres d'adopter un niveau de sanction élevé pour réprimer le trafic de stupéfiants³. Cette obligation de recourir au droit pénal s'est trouvée amplifiée, à partir des années 1980, à la faveur du tournant sécuritaire qui a caractérisé les politiques criminelles de

¹ Pour une analyse fine et exhaustive du processus en cours, voy. D. BEWLEY-TAYLOR, *International Drug Control : Consensus Fractured*, Cambridge, CUP, 2012.

² La Convention unique sur les stupéfiants (1961), la Convention sur les substances psychotropes (1971) et la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (1988) sont toutes trois disponibles en ligne sur le site de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime à l'adresse suivante : <http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/index.html?ref=menuside> (consulté le 19 août 2013).

³ Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue.

nombreux pays occidentaux⁴. Pourtant, la philosophie pénale de la stratégie de lutte contre la drogue menée à l'échelle mondiale reste largement impensée⁵.

Au comparatiste qui interroge la manière dont la répression, imposée par le droit international et par le droit européen, est mise en œuvre localement, il apparaît que les rationalités punitives⁶ à l'œuvre varient considérablement d'un pays à l'autre. Ainsi la lutte policière et judiciaire contre les drogues suit-elle des voies bien différentes selon les cultures juridiques nationales. Intensité de la répression et finalité de la punition varient en fonction de la tolérance, plus ou moins grande, à l'égard de certaines formes d'usage récréatif et dépendent plus généralement des représentations collectives et des pratiques institutionnelles qui donnent sens à la peine⁷. À s'en tenir à l'espace européen, on constate que la France, les Pays-Bas et la Suède, qui sont toutes parties prenantes du régime international de lutte contre les drogues, conçoivent sa mise en œuvre de manière radicalement différente⁸. Au point que l'on peut s'interroger sur l'existence d'une rationalité punitive commune à ces trois pays et plus généralement aux États de la communauté internationale qui, dans leur immense majorité, ont adhéré à un ensemble de textes les engageant à recourir à l'arme pénale dans la gestion du problème des drogues.

En quête de principes d'intelligibilité susceptibles de rendre compréhensibles les injonctions répressives établies par le droit international et européen en matière de drogues, l'observateur peut opter pour une lecture interne des normes constitutives du régime prohibitionniste⁹. Dans cette perspective, il éclairera, à l'aide des ressources de l'interprétation juridique, les dogmes et les finalités revendiquées du droit en vigueur (chapitre 1). S'il opte au contraire pour une analyse externe des règles posées par la communauté internationale, scrutant leur origine historique et les usages sociaux dont elles font l'objet, il en

⁴ Pour une fresque générale de ce tournant sécuritaire et quelques perspectives sur les liens qu'il entretient avec la « guerre à la drogue », voy. D. GARLAND, *The Culture of Control : Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, OUP, 2006 ; rapp. L. RE, *Carcere e globalizzazione*, Rome, Laterza, 2011.

⁵ Il convient ici de distinguer les théories du droit de la drogue, qui sont clairement conceptualisées (voy. not., pour un exposé critique des différents modèles de régulation juridique envisageables, F. CABALLERO et Y. BISIQU, *Droit de la drogue*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, spéc. pp. 95-164), et la justification philosophique de l'usage de la sanction pénale dans le cadre de ces modèles, qui, elle, est très peu formalisée, le questionnement en la matière étant neutralisé par « la dimension naturalisante de la loi pénale » (Y. CARTUYVELS, « Droit pénal et drogues illicites : un rapport de nature en question », in *Les traitements des toxicomanies*, Colfontaine, Les cahiers de l'IOS, 1993, spéc. pp. 86-87).

⁶ La notion de rationalité punitive s'entend ici « des principes de cohérence et d'intelligibilité des divers discours sur la peine », conformément à la définition qu'en donne P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, 1995, p. 51.

⁷ Sur l'impossibilité de saisir les pratiques punitives en dehors de leur contexte culturel local, voy. D. NELKEN, *Comparative Criminal Justice : Making Sense of Difference*, Londres, Sage, 2010.

⁸ T. BOEKHOUT VAN SOLINGE, *Dealing with Drugs in Europe. An Investigation of European Drug Control Experiences : France, the Netherlands and Sweden*, La Haye, Bju Legal Publishers, 2004.

⁹ Sur la notion de point de vue dans la science du droit, et sur la distinction entre point de vue interne et point de vue externe relatifs au droit, voy. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 25-51.

découvrira les ressorts et les effets politiques (chapitre 2). On ne sera pas surpris que les rationalités punitives ainsi mises en évidence expriment des logiques radicalement différentes. La première, déduite de sources juridiques formelles, reflète la logique officielle des textes internationaux. La seconde, produite des sources réelles du droit, rend compte de ses déterminants sociaux fondamentaux. Leur analyse successive fait apparaître des contradictions que l'on ne peut espérer dépasser qu'en se livrant à un travail d'interprétation critique du droit en vigueur (chapitre 3).

Chapitre 1

Les fondements dogmatiques du recours au pénal

Au XX^e siècle s'est progressivement élaboré, dans l'ordre juridique international, un droit du marché fixant les règles d'une économie dirigée des stupéfiants au niveau mondial¹⁰. Cette réglementation, dont l'objet est de limiter la fabrication de drogues à la stricte satisfaction des besoins médicaux et scientifiques, vise à en restreindre la disponibilité aux usages légitimes. L'institution de ce marché de produits contrôlés, qui détermine et régleme un champ d'activités licites, ne s'accompagne, dans un premier temps, d'aucune obligation à la charge des États de recourir au droit pénal. L'élaboration de normes internationales prévoyant l'incrimination et la répression de comportements en infraction aux règles en vigueur ne s'est pas imposée immédiatement¹¹, de sorte que la dimension pénale du droit international et européen en matière de drogues apparaît chronologiquement seconde. Elle constitue le versant sanctionnateur d'un régime¹² dont la justification positive est à rechercher dans l'institution d'un marché contrôlé.

Plusieurs aspects techniques, propres au mode de définition des infractions et des peines établi par les textes internationaux et européens, rendent difficile l'identification de leur rationalité punitive. Puisque ni les conventions internationales ni la décision-cadre ne sont auto-exécutoires, elles n'interdisent ni ne pénalisent, en soi, la commission d'actes particuliers. Ces textes se contentent d'imposer aux États l'obligation d'incriminer et de sanctionner certains comportements, décrits en termes généraux, c'est-à-dire de les élever au rang

¹⁰ Fr.-X. DUBOUE, « La formation du contrôle international des drogues », *Déviante et Société*, 1999, vol. 23, n° 4, pp. 395-419.

¹¹ L'invitation à utiliser les systèmes nationaux de droit criminel afin de réprimer les actes directement liés au trafic de stupéfiants apparaît pour la première fois dans la Convention pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles signée à Genève en 1936. Il s'agit, à l'époque, du 6^e Accord international en matière de drogues, la première Convention internationale de l'opium ayant été signée en 1912 à La Haye.

¹² Pour une analyse juridique détaillée et une mise en perspective historique de la dimension pénale du régime international de contrôle des drogues, voy. N. BOSTER, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions*, La Haye, Kluwer, 2001.

d'infraction pénale passible d'un « châtement adéquat »¹³, référence expresse étant faite aux peines privatives de liberté mais sans aucun ordre de grandeur car « le degré de sévérité nécessaire pour qu'une sanction remplisse son rôle social peut varier dans des proportions considérables selon les pays »¹⁴. En droit international, clauses de sauvegarde et flou des dispositions conventionnelles se combinent pour offrir aux États une réelle discrétion, sinon dans les modalités d'incrimination, du moins dans la nature des sanctions. Le droit international autorise expressément les Parties à prévoir « au lieu d'une condamnation ou d'une sanction pénale, des mesures d'éducation, de réadaptation ou de réinsertion sociale, ainsi que, lorsque l'auteur de l'infraction est un toxicomane, des mesures de traitement et de postcure »¹⁵. Et si le droit européen s'aventure sur le terrain du *quantum* des sanctions et établit des peines maximales minimales en cas de trafic, il ne requiert pas la fixation de peines minimales obligatoires.

Il n'est pas surprenant que les obligations pénales des États soient ainsi exprimées de manière vague et générale. Loin de constituer un défaut rédactionnel, cette tournure est la condition d'une adhésion facilitée à un projet punitif qui, s'il était trop détaillé, risquerait de heurter les caractères idiosyncrasiques des droits des États signataires. Ainsi, le constat d'une rationalité punitive mal définie pour justifier la montée en puissance de l'outil pénal dans la lutte contre la drogue doit s'interpréter fonctionnellement, non comme une faiblesse mais comme un atout. Ainsi que l'expliquent les commentaires officiels des instruments internationaux qui régissent la matière, il convient de laisser aux Parties « une latitude considérable pour ce qui est de décider quel est, à la lumière de (leurs) traditions morales, culturelles et juridiques, le meilleur moyen de parvenir à l'objectif recherché »¹⁶. Expliciter une fois pour toutes la rationalité punitive de la « guerre à la drogue » risquerait de fragiliser le consensus construit autour des mots d'ordre, aussi vides que généreux, énoncés dans les préambules des textes internationaux et européens, et qui servent de guides d'interprétation à leurs dispositions pénales¹⁷.

De la sorte, les fondements juridiques et les objectifs officiels des infractions et des peines en matière de drogues édictées à l'échelle supranationale se limitent à exprimer un souci partagé « pour la santé physique et morale de l'humanité »¹⁸,

¹³ Art. 36, § 1, al. a) *in fine* de la Convention unique sur les stupéfiants. Les *Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961* (New York, Nations unies, 1975, p. 411) relèvent qu'une proposition « tendant à exiger un châtement "sévère" n'a pas été adoptée par la Conférence de plénipotentiaires, n'ayant pas obtenu la majorité requise des deux tiers. Les adversaires de l'adjectif "sévère" ont fait valoir que le mot [...] évoque la notion de "punition", qui est l'un des objectifs du droit pénal sur lequel il ne convient pas de mettre l'accent ».

¹⁴ *Commentaires officiels, ibid.*, p. 411.

¹⁵ Art. 3, § 4, al. c) de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

¹⁶ *Commentaire de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, New York, Nations unies, 2000, p. 55, faisant écho aux *Commentaires officiels sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, op. cit.*, p. 408.

¹⁷ Art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1961).

¹⁸ Préambules de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 et de la Convention sur les substances psychotropes de 1971.

« la stabilité, la sécurité et la souveraineté des États »¹⁹, et « la qualité de la vie des citoyens »²⁰. Ces formules officielles se révèlent de peu d'utilité pour qui chercherait à identifier la philosophie pénale devant gouverner le régime punitif établi par le droit en vigueur. Pour dissiper l'insatisfaction intellectuelle légitime qu'elles peuvent faire surgir, il est nécessaire de changer de perspective et de se pencher sur les ressorts sociaux à l'origine de l'escalade pénale à laquelle a donné lieu la « guerre à la drogue ».

Chapitre 2

Les ressorts sociaux d'une stratégie punitive

Si l'on tourne le regard vers l'histoire diplomatique du régime international de contrôle des drogues²¹, le tableau est bien différent. Destiné à susciter une adhésion universelle, le flou maintenu sur sa rationalité punitive se révèle être le produit juridique d'une stratégie d'entrisme menée par les États-Unis au sein des Nations unies, afin d'exporter un modèle prohibitionniste à l'ensemble de la planète²². Ce projet politique, produit de la rencontre entre une corporation médicale naissante, désireuse de réglementation, un puritanisme prosélyte prônant la tempérance, et un racisme atavique stigmatisant les drogues des minorités ethniques, se métabolisa dans la seconde moitié du XIX^e siècle²³. Il fut exporté aux Philippines, tombées dans l'escarcelle américaine en 1898, où le Congrès américain imposa la prohibition de l'opium, avant d'être mis en œuvre à l'échelon fédéral par le *Harrison Narcotics Tax Act* (1914). Dans le même temps, les États-Unis s'engageaient sur la scène internationale pour promouvoir leur projet prohibitionniste, animés par une haute conscience morale et une compréhension aiguë de leurs intérêts géopolitiques²⁴.

L'édification d'un droit international des drogues conforme aux représentations américaines dominantes a indubitablement bénéficié de la position hégémonique des États-Unis au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Le nouvel

¹⁹ Préambule de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

²⁰ Premier considérant de la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004.

²¹ Pour un panorama, voy. W.B. McALLISTER, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century : An International History*, Londres, Routledge, 2002.

²² Sur les modalités de ce processus, voy. D.R. BEWLEY-TAYLOR, *The United States and International Drug Control : 1909-1997*, Londres, Continuum, 2001.

²³ Cette histoire a été écrite par D.F. MUSTO, *The American Disease : Origins of Narcotics Control*, 3^e éd., Oxford, OUP, 1999. Voy., pour une perspective synthétique en français, C. BACHMANN et A. COPPEL, *La drogue dans le monde, hier et aujourd'hui*, Paris, Albin Michel, 1989, pp. 253-274.

²⁴ Ainsi, la posture moraliste américaine adoptée lors de la conférence de Shanghai (1909) n'était pas dénuée d'arrière-pensées. À l'époque, la perspective d'une amélioration des relations commerciales entre les deux pays a puissamment contribué à souder l'alliance entre les États-Unis et la Chine en faveur d'une prohibition du commerce de l'opium, contre les puissances européennes qui s'enrichissaient de ce commerce aux dépens de la population chinoise (D. BEWLEY-TAYLOR, *ibid.*, pp. 18-19).

équilibre des forces a épuisé les résistances des puissances coloniales européennes qui avaient, jusqu'alors, défendu avec succès leurs « régies d'opium »²⁵. Le succès de l'influence américaine sur la construction de ce régime, et notamment sur sa dimension punitive, doit aussi à certaines contributions individuelles²⁶, notamment celle d'Harry Anslinger, qui cumula pendant de longues années la responsabilité du Bureau fédéral des stupéfiants (*Federal Bureau of Narcotics*) et la charge de représentant des États-Unis au sein de la Commission des stupéfiants de l'ONU. Influençant durablement le régime de contrôle des drogues, la conception américaine s'illustre autant dans l'accent placé sur la lutte contre le trafic illicite de drogues que dans le classement des drogues contrôlées. Les traités actualisent, à l'échelle internationale, l'idée selon laquelle le problème des drogues résulte de l'offre extérieure de produits allogènes, et non de la demande intérieure de substances autochtones²⁷.

Le régime international de contrôle des stupéfiants s'est ainsi construit en frappant d'illégalité un nombre croissant de substances, dont certaines étaient inscrites depuis des siècles dans le patrimoine culturel des pays du Sud, tout en laissant aux Parties le soin de gérer la réponse à apporter à l'usage illicite. À la lumière de ce processus, l'objectif du droit international en matière de drogues ne serait pas de supprimer la toxicomanie ou de venir en aide aux usagers de drogues mais plutôt de protéger des intérêts économiques et défendre certaines valeurs sociales et culturelles²⁸. Radicalisant cette opinion, certains considèrent que la fonction anthropologique du régime international de contrôle des stupéfiants réside fondamentalement dans une mécanique sacrificielle. Par la stigmatisation d'un bouc émissaire (*pharmakos*), les sociétés contemporaines seraient en quête d'une improbable purification²⁹.

Il n'est pas nécessaire d'adhérer à cette thèse audacieuse pour reconnaître, dans la convergence normative encouragée par les dispositifs conventionnels en vigueur, une forte potentialité répressive qui autorise le développement de politiques criminelles autoritaires et menace les droits fondamentaux³⁰. La charge punitive des conventions internationales et de la décision-cadre est

²⁵ Voy. pour le cas français, O. MÉNARD, « Le monopole étatique de la vente de drogue : le cas de la régie de l'opium en Indochine. Un exemple de prophylaxie budgétaire », in R. COLSON (dir.), *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique*, Rennes, PUR, 2005, pp. 27-33.

²⁶ Sur le poids des contributions individuelles dans la construction du régime international de contrôle des drogues, voy. W.B. MCALLISTER, « Reflections on a Century of International Drug Control », in J. COLLINS (dir.), *Governing the Global Drug Wars*, Londres, LSE Ideas, 2012, pp. 10-12.

²⁷ D.R. BEWLEY-TAYLOR, *op. cit.*, p. 48 et pp. 168-169.

²⁸ W.B. MCALLISTER, *op. cit.*, pp. 13-14.

²⁹ T. SZAZ, *Ceremonial Chemistry : The Ritual Persecution of Drugs, Addicts, and Pushers*, New York, Anchor Press, 1974, [La persécution rituelle des drogués, boucs émissaires de notre temps, Paris, Les éditions du lézard, 1994, trad. M. Manon-Burke], spéc. chap. 2. La thèse mérite d'être lue à la lumière des travaux de R. GIRARD, not. *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1995.

³⁰ Voy. en ce sens l'ouvrage de P. POURZAND, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue : Étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, L.G.D.J., 2008.

susceptible de justifier une répression féroce qui, sous une rhétorique universaliste de façade, relève de logiques souvent moins avouables. Aux États-Unis, elle nourrit l'industrie carcérale et perpétue, par la gestion différentielle des illégalismes des minorités ethniques, une ségrégation raciale pourtant interdite en droit³¹. En Amérique latine, elle justifie l'entretien d'armées locales et la militarisation de l'appareil d'État³². En Asie, elle permet la mise en scène d'une justice implacable pour mieux faire oublier la corruption de certaines élites³³. De manière plus générale, et indépendamment des motivations cachées des gouvernants, la définition d'un champ d'activités illicites produit des effets systémiques sur les institutions policières et judiciaires qui y trouvent l'occasion d'étendre et de justifier leurs activités répressives, fussent-elles contre-productives au regard des objectifs du droit en vigueur.

Chapitre 3

Les objectifs du droit de la drogue contre le recours au pénal ?

La perplexité qui naît du décalage entre la rhétorique humaniste et universaliste du régime prohibitionniste et ses dérives punitives s'accroît devant le constat d'échec de la lutte contre la drogue. Force est de constater que, loin d'être « le prix de l'efficacité », la valorisation de la dimension pénale du contrôle des stupéfiants au cours de ces trente dernières années se solde par un échec patent sur le terrain des résultats. L'objectif d'éradication des drogues illicites, un temps brandi comme une perspective crédible par la bureaucratie onusienne, n'est plus à l'ordre du jour³⁴. Les observateurs officiels du phénomène, qui s'accordent à reconnaître les limites des résultats obtenus sur le terrain³⁵, laissent présager une « guerre à la drogue » qui sera sans fin³⁶.

³¹ La thèse, bien documentée par les criminologues nord-américains (voy. p. ex. D.M. PROVIN, « Race and inequality in the war on drugs », *Annual Review of Law and Social Science*, 2011, vol. 7, pp. 41-60) a récemment été portée à l'attention du plus grand nombre par M. ALEXANDER dans son best-seller : *The New Jim Crow : Mass Incarceration in Colorblindness*, New York, The New Press, 2010.

³² P.A. CHOUVY, L. LANIEL, « De la géopolitique des drogues illicites », *Hérodote*, 2004/1, n° 112, spéc. p. 29.

³³ A. DUBUS, « Commerce et trafic : répression et corruption en Thaïlande », in G. DEBREL (dir.), *Géopolitique de la drogue*, Paris, La Découverte, 1991, pp. 218-224. Rapp. A. LABROUSSE, « Limites et effets pervers de la "guerre à la drogue" », in R. COLSON, *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique*, op. cit., p. 101 in fine.

³⁴ D. BEWLEY-TAYLOR, *International Drug Control : Consensus Fractured*, op. cit. pp. 11-18.

³⁵ Comp. les rapports annuels de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (*Rapport mondial sur les drogues 2013*, accessible en ligne : <http://www.unodc.org/wdr/>) et de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (*Rapport européen sur les drogues 2013*, accessible en ligne : <http://www.emcdda.europa.eu/edr2013>).

³⁶ Sur la lutte contre la drogue comme guerre sans fin, voy. F. CORLEONE et G. ZUFFA (dir.), *La guerra infinita : le droghe nell'era globale e la svolta punitiva in Italia*, Ortona, Éd. Menabo, 2003.

Si certains développements politiques laissent envisager à moyen terme une possible légalisation du cannabis à l'échelle mondiale³⁷, la remise en question de la logique qui préside aujourd'hui au contrôle international des drogues n'est pas à l'ordre du jour. Elle suppose une évolution du droit international que les rapports de force politiques au sein de l'Organisation des Nations unies ne laissent pas entrevoir à court terme, malgré la pertinence des initiatives internationales appelant à la fin de la « guerre à la drogue »³⁸. Dans ce contexte, le juriste engagé dans l'amélioration du droit en vigueur doit dévoiler ses failles et exposer ses effets pervers³⁹. Mais il peut aussi mobiliser les ressources de l'interprétation, « la forme intellectuelle de la désobéissance »⁴⁰, pour réduire les contradictions existantes entre les objectifs du droit et les dispositifs répressifs qu'il établit, et ainsi contribuer à l'amélioration du droit de la drogue.

Certes, les marges de manœuvre au sein des textes en vigueur sont limitées. Les dispositions pénales des conventions internationales et de la décision-cadre font peser des contraintes sur l'interprète, lequel ne saurait sérieusement remettre en question la criminalisation du trafic et l'illicéité de la détention de stupéfiants⁴¹. Ces instruments laissent néanmoins la voie ouverte au développement d'une vigoureuse politique sanitaire. L'Union européenne est, à cet égard, un laboratoire exemplaire. Si son approche juridique en matière de lutte contre la drogue est inspirée par une logique essentiellement répressive⁴², sa stratégie générale apparaît plus nuancée⁴³. En effet, elle promeut également le développement de dispositifs orientés vers la réduction des risques sanitaires et sociaux liés à l'usage de drogues⁴⁴. Cette dimension de la politique européenne suppose

³⁷ Voy. not. les référendums en faveur de la légalisation de l'usage récréatif de cannabis dans les États de Washington et du Colorado, aux États-Unis, et l'adoption par les membres du Parlement uruguayen d'un projet de loi destiné à permettre la production et la distribution de cannabis récréatif sous le contrôle de l'État (le texte n'a pas été encore approuvé par le Sénat au moment de l'écriture de cet article).

³⁸ Voy. par exemple le récent rapport de la Global Commission on Drugs Policy : http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/themes/gcdp_v1/pdf/Global_Commission_Report_French.pdf (consulté le 19 août 2013), qui réunit un certain nombre d'anciens chefs d'État et de hauts responsables internationaux ; ou la Déclaration de Vienne : <http://www.viennadeclaration.com/> (consulté le 19 août 2013) rendue publique par un collège international d'experts en santé publique au terme de la XVIII^e Conférence internationale sur le Sida.

³⁹ R. COLSON, « L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue », in E. DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 61-69.

⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 315.

⁴¹ K. KRAJEWSKI, « How flexible are the United Nations drug conventions ? », *International Journal of Drug Policy*, 1999, vol. 10, pp. 329-338.

⁴² C. GUILLAIN, « Droit pénal européen et lutte contre le trafic de stupéfiants : mythe ou réalité ? », *Sécurité Globale*, 2010, vol. 13, pp. 93-108.

⁴³ *Stratégie antidrogue de l'UE (2013-2020)*, rapport publié au JO de l'UE le 29 décembre 2012 et disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:402:0001:0010:fr:PDF> (consulté le 19 août 2013).

⁴⁴ H. BERGERON, « Europeanisation of drug policies : from objective convergence to mutual agreement », in M. STEFFEN (dir.), *Health Governance in Europe : Issues, Challenges and Theories*, Londres, Routledge, 2005. De manière générale, sur la sanitarisation de la politique des drogues, voy., du même auteur, *Sociologie de la drogue*, Paris, La Découverte, 2009, spéc. pp. 97-104.

une reconnaissance de l'usage de stupéfiants comme un fait anthropologique qu'il serait vain de prétendre éradiquer et que l'on doit appréhender comme un problème de santé publique.

C'est à un renversement de perspectives de ce type qu'une interprétation critique du droit international doit inviter⁴⁵. La réduction des risques est absente des objectifs fondamentaux des traités internationaux en matière de drogues, mais leurs préambules permettent de mobiliser un certain nombre de valeurs pour promouvoir une politique alternative. Si l'on admet que « la toxicomanie est un fléau pour l'individu et constitue un danger économique et social pour l'humanité »⁴⁶, si l'on reconnaît « le problème de santé publique et le problème social qui résultent de l'abus de certaines substances psychotropes »⁴⁷, et si l'on projette « d'éliminer les causes profondes du problème de l'abus des stupéfiants et des substances psychotropes »⁴⁸, alors il convient de réévaluer sérieusement, à la lumière de l'expertise scientifique aujourd'hui disponible, les vertus et les effets pervers du recours au droit pénal dans la réalisation de ces objectifs ambitieux. S'il devait apparaître que, loin de garantir la sécurité sanitaire, le traitement répressif du problème des drogues contribuait à la mettre en péril, il conviendrait alors de s'engager, à l'échelle nationale, sur la voie d'une désescalade pénale au nom des objectifs mêmes du droit international⁴⁹. Limité à une dépénalisation franche dans le cadre du régime prohibitionniste en vigueur, l'abandon du paradigme punitif réclamerait sans doute, pour être mené à son terme, une légalisation contrôlée qui passera nécessairement par un amendement des traités, ou par leur dénonciation⁵⁰.

⁴⁵ Voy. en ce sens l'excellent article de D. BARRETT et M. NOWAK, « The United Nations and Drug Policy : Towards a Human Rights-Based Approach », in A. CONSTANTINIDES et N. ZAIKOS (dir.), *The Diversity of International Law : Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2009, pp. 449-477.

⁴⁶ Préambule de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961.

⁴⁷ Préambule de la Convention sur les substances psychotropes de 1971.

⁴⁸ Préambule de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988.

⁴⁹ En ce sens, voy. R. COLSON, « Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants », in K. PARROT et O. CAHN (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal*, Paris, Lextenso, à paraître en 2013.

⁵⁰ Exemplaire de cette technique, la Bolivie a dénoncé la Convention unique de 1961 le 29 juin 2011, avant d'accéder de nouveau à cet instrument en soumettant son adhésion à une réserve relative à la feuille de coca.

50 décembre 2019
10 €

La mondialisation de la drogue, un espace politique

Éditorial

Pour une conception
égalitaire et coopérative
de l'enseignement supérieur
et de la recherche

FRÉDÉRIC LEBARON

Dossier

La mondialisation de la
drogue, un espace politique

JEAN-PHILIPPE CATONNE

JEAN-NOËL SANCHEZ

« Le pacte avec le diable »

ALAIN ROUX

Post-conflit, politique
sécuritaire et contrôle social
en Colombie

CHARLES CAPELA

Violence et narcotraffic au
Mexique

*ROBERTO ZEPEDA, JEANNE DOUZANT
ET JEAN-NOËL SANCHEZ*

Le régime international de
contrôle des drogues

RENAUD COLSON

Cannabis : comment
reprenre le contrôle ?

EMMANUELLE AURIOL

Toxicomanies : silence,
on gère !

FRANCIS CURTET

**Grand entretien
avec Alfred McGoy**
Repenser le trafic de drogue
et sa prise en charge
politique

JEAN-NOËL SANCHEZ

ET PAUL SANCHEZ

Paroles

De *Lotta Continua* au *Partito
Democratico*

OLIVIA BONECHI

Critique de film

Reproduction sociale
et violence symbolique
dans *Parasite*
de Bong Joon-ho

JULIEN LARREGUE

Recension

La classe ouvrière à la dérive

GÉRARD MAUGER

Idées

La sociologie peut-elle
susciter de l'émotion ?

LOUIS PINTO



Le régime international de contrôle des drogues

Passé, présent et avenir

Le régime international établi pour orienter et coordonner les politiques nationales de contrôle des drogues constitue l'un des exemples les plus aboutis de gouvernance mondiale sectorielle. Il définit un cadre légal pour la production et la distribution de certaines plantes psychoactives, parmi lesquelles le cannabis, le cocaïer, le pavot à opium et leurs dérivés, ainsi que de nombreuses drogues synthétiques. Cette réglementation à vocation universelle prétend limiter l'accès aux produits contrôlés à la satisfaction des besoins médicaux et scientifiques, à l'exclusion de tout usage récréatif.

Les traités qui fondent ce régime international ont été ratifiés par presque tous les États du monde¹ et sont généralement bien observés. Mais depuis quelques années, les déviances à l'orthodoxie conventionnelle se multiplient : reconnaissance constitutionnelle du caractère traditionnel de

RENAUD COLSON
université de Nantes, UMR CNRS
Droit & Changement Social

la feuille de coca en Bolivie, mise en œuvre de programmes de distribution contrôlée d'héroïne en Suisse, dépénalisation de l'usage récréatif de drogues et légalisation du cannabis dans un nombre croissant d'États... Par-delà leur diversité, toutes ces politiques ont en commun de remettre en cause, de manière plus ou moins frontale, la prohibition de produits psychotropes jusqu'alors considérés comme indésirables.

Pour prendre la mesure de l'affaiblissement d'un interdit longtemps triomphant à l'échelle mondiale, il convient tout d'abord d'en rappeler la genèse (1). La mise en lumière des valeurs et des intérêts qui ont présidé à l'institution du régime international de contrôle des drogues permet d'en mieux comprendre les principes normatifs et les ressorts bureaucratiques (2). Depuis les années 1970, l'évolution répressive de la lutte contre les drogues imposée par le droit international a eu des conséquences visiblement néfastes (3). Les effets de la prohibition sont difficiles à évaluer scientifiquement mais

1. Le régime international de contrôle des drogues repose aujourd'hui sur trois traités : la Convention unique sur les stupéfiants (1961) qui compte 186 États parties (sur les 193 reconnus par l'Organisation des Nations unies), la Convention sur les substances psychotropes (1971) ratifiée par 184 États, et la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (1988) ratifiée par 190 États.

de sérieux doutes pèsent désormais sur son efficacité (4). Le démantèlement du régime de contrôle international est improbable, mais ce régime connaîtra sans doute, dans les années à venir, des évolutions significatives, visant à l'accommoder aux expériences nationales de régulation des drogues qui se multiplient (5).

Genèse idéologique

Les objectifs de la prohibition des drogues établie par la communauté internationale se donnent à voir dans le préambule des traités qui l'instituent. Dans ces exposés liminaires dénués de force contraignante, les États signataires expriment la finalité humaniste de leur engagement. « Soucieux de la santé physique et morale de l'humanité », ils souhaitent garantir la disponibilité des drogues « pour soulager la douleur », et estiment indispensable que l'accès médical et scientifique à ces produits ne fasse « l'objet d'aucune restriction injustifiée ». Mais les signataires des conventions considèrent, dans le même temps, que « la toxicomanie est un fléau pour l'individu et constitue un danger économique et social »² rendant nécessaire « des mesures rigoureuses pour limiter l'usage de ces substances à des fins légitimes »³.

Les formules officielles, qui justifient la coopération interétatique par la nécessité de lutter contre un « danger d'une gravité incommensurable »⁴, témoignent

de l'idéal philanthropique de la communauté internationale. Elles laissent cependant dans l'ombre d'autres ressorts qui n'ont pas moins contribué à l'établissement d'un régime de contrôle des drogues à l'échelle mondiale. Les historiens soulignent l'influence des États-Unis dans cette construction⁵ et insistent sur l'existence d'une stratégie d'exportation du modèle prohibitionniste américain à l'ensemble de la planète⁶. Ce projet politique, produit de la rencontre entre un puritanisme prosélyte prônant la tempérance, un racisme atavique stigmatisant les drogues des minorités ethniques, et une corporation médicale soucieuse d'asseoir son monopole sur les substances pharmaceutiques, fut conceptualisé aux États-Unis dans la seconde moitié du XIX^e siècle⁷. Il fut exporté aux Philippines, tombées dans l'escarcelle américaine en 1898, où le Congrès imposa la prohibition de l'opium, avant d'être mis en œuvre à l'échelon fédéral par le *Harrison Narcotics Tax Act* (1914). À la même époque, les États-Unis s'engageaient sur la scène internationale pour y promouvoir cette politique, animés par une haute conscience morale et une compréhension aiguë de leurs intérêts géopolitiques⁸.

2. Préambule de la Convention unique sur les stupéfiants (1961).
3. Préambule de la Convention sur les substances psychotropes (1971).
4. Préambule de la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (1988).

5. William McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*, Londres, Routledge, 2002.
6. Sur les modalités de ce processus, voir David Bewley-Taylor, *The United States and International Drug Control: 1909-1997*, Londres, Continuum, 2001.
7. Cette histoire a été écrite par David Musto, *The American Disease: Origins of Narcotics Control*, 3^e éd., Oxford, OUP, 1999. Voir, pour une perspective synthétique en français, Christian Bachmann, Anne Coppel, *La drogue dans le monde, hier et aujourd'hui*, Paris, Albin Michel, 1989.
8. Lors de la conférence internationale de Shanghai (1909), la perspective d'une

Développement institutionnel

Le projet prohibitionniste s'est déployé à travers une série de conventions internationales. La première, la Convention de la Haye signée en 1912, a conféré au contrôle international de l'opium et de ses dérivés, et de la cocaïne, une dimension universelle. Elle a été rapidement suivie par d'autres traités dont l'objectif était d'organiser « de manière cohérente et hermétique » l'ensemble du circuit de production et de distribution de ces produits stupéfiants de manière à éviter qu'ils ne se retrouvent entre les mains d'acteurs non autorisés et ne soient détournés à des fins récréatives⁹. Ce régime a été étendu à un nombre croissant de substances, la plupart issues de plantes psychoactives cultivées dans les pays du Sud. L'alcool et le tabac en ont toujours été exclus, mais nombre de psychotropes synthétiques manufacturés par l'industrie pharmaceutique occidentale ont également trouvé leur place sur la liste des produits contrôlés, notamment à partir des années 1970.

Pour restreindre la disponibilité de ces drogues indésirables, un système de certificats soumettant leur circulation à une double autorisation de l'État importateur et de l'État exportateur a été établi. L'observance de cette réglementation technique est confiée à une

bureaucratie supranationale. Cheville ouvrière de ce dispositif, l'Organe international de contrôle des stupéfiants doit notamment collecter les déclarations des États sur leurs besoins médicaux de stupéfiants, surveiller leurs productions nationales respectives, contrôler le volume des échanges internationaux, et le cas échéant pointer d'éventuelles violations des traités. L'institution juridique de cette économie contrôlée, qui détermine et réglemente un champ d'activités licites, s'est par ailleurs accompagnée de l'édition de normes prévoyant l'incrimination et la répression de comportements en infraction aux règles en vigueur¹⁰. Le droit international réglementant la production et la circulation des stupéfiants et des substances psychotropes s'est ainsi enrichi d'une dimension pénale destinée à sanctionner les producteurs, trafiquants et consommateurs non autorisés¹¹.

Durcissement répressif

Le tournant répressif du droit international des drogues a indubitablement bénéficié de la position hégémonique des États-Unis au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Le nouvel équilibre des forces ne joue plus en faveur des puissances européennes qui avaient

amélioration des relations commerciales entre les États-Unis et la Chine a puissamment contribué à souder leur alliance en faveur d'une prohibition du commerce de l'opium, contre les puissances européennes qui s'enrichissaient de ce commerce aux dépens de la population chinoise (David Bewley-Taylor, *op. cit.*, pp. 18-19).

9. François-Xavier Dudouet, *Le grand deal de l'opium : Histoire du marché légal de drogues*, Paris, Syllepse, 2009, p. 65.

10. L'invitation à utiliser les systèmes nationaux de droit criminel afin de réprimer les actes directement liés au trafic de stupéfiants apparaît pour la première fois dans la Convention pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles signée à Genève en 1936.

11. Pour une analyse juridique détaillée et une mise en perspective historique de la dimension pénale du régime international de contrôle des drogues, voir N. Boster, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions*, La Haye, Kluwer, 2001.

jusqu'à-là défendu avec succès leurs monopoles fiscaux sur l'opium en Asie et sur le haschich en Afrique du Nord¹². La disparition progressive de ces institutions coloniales laisse alors le champ libre aux États-Unis pour réclamer un approfondissement punitif de la prohibition.

La Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes signée en 1988 constitue le point d'orgue de cette montée en puissance répressive du droit international. Outre l'obligation de criminaliser vigoureusement le trafic de drogues, ce traité enjoint à chaque État de conférer le caractère d'infraction pénale à la détention illicite de drogues à des fins de consommation personnelle. Si cette disposition est conditionnée au respect des « principes constitutionnels et des concepts fondamentaux » des droits nationaux, elle témoigne néanmoins du développement d'une rationalité punitive globale qui restreint la marge de manœuvre des États dans la définition de leur politique des drogues. La convergence normative encouragée par cette disposition conventionnelle autorise, par ailleurs, le développement de politiques criminelles autoritaires qui menacent les droits fondamentaux¹³.

Sous une rhétorique universaliste de façade, la prohibition mondiale des

drogues a ainsi contribué au développement de logiques nationales souvent peu avouables. Aux États-Unis, elle a nourri l'industrie carcérale et perpétué, par la gestion différentielle des illégalismes des minorités ethniques, une ségrégation raciale pourtant interdite en droit¹⁴. En Amérique Latine, elle a justifié l'entretien d'armées locales et la militarisation des appareils d'État¹⁵. En Asie, elle a permis la mise en scène d'une justice implacable pour mieux faire oublier la corruption de certaines élites¹⁶. De manière plus générale, la définition d'un vaste champ d'activités illicites produit des effets systémiques sur les institutions policières et judiciaires nationales qui y trouvent l'occasion d'étendre leurs activités répressives.

Évaluation scientifique

Loin d'être « le prix de l'efficacité », la valorisation de la dimension pénale du contrôle des stupéfiants au cours des trente dernières années se solde par un échec patent. L'avènement d'un monde

12. Voir, pour le cas français, Olivier Ménard, « Le monopole étatique de la vente de drogue : le cas de la régie de l'opium en Indochine. Un exemple de prophylaxie budgétaire », in Renaud Colson (dir.), *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique*, Rennes, PUR, 2005, pp. 27-33.

13. Voir en ce sens Pejman Pourzand, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue : Étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, LGDJ, 2008.

14. La thèse, bien documentée par les criminologues nord-américains (voir par exemple Doris Marie Provine, « Race and inequality in the war on drugs », *Annual Review of Law and Social Science*, 2011, vol. 7) a récemment été portée à l'attention du plus grand nombre par Michelle Alexander dans son best-seller : *The New Jim Crow : Mass Incarceration in Colorblindness*, New York, The New Press, 2010.

15. Pierre-Arnaud Chouvy, Laurent Laniel, « De la géopolitique des drogues illicites », *Hérodote*, 2004/1, n° 112, not. p. 29.

16. Arnaud Dubus, « Commerce et trafic : répression et corruption en Thaïlande », in Guy Debrel (dir.), *Géopolitique de la drogue*, Paris, La Découverte, 1991, pp. 218-224 ; Alain Labrousse, « Limites et effets pervers de la « guerre à la drogue », in R. Colson, *op. cit.*, p. 101 *in fine*.

sans drogue, un temps brandi comme une perspective crédible par la bureaucratie onusienne, n'est plus à l'ordre du jour¹⁷. Les piètres résultats obtenus sur le terrain¹⁸ font en revanche craindre une « guerre à la drogue » sans fin¹⁹. Faut-il pour autant en déduire que le régime international de contrôle des drogues a échoué ? Une telle conclusion, si elle s'impose au regard de l'objectif affiché d'éradication des usages récréatifs, doit être nuancée. En effet, la contribution des drogues illicites à la charge mondiale de morbidité reste très inférieure à celle du tabac et de l'alcool (0,8 % pour la première contre 4 % pour chacune des deux autres)²⁰, et l'on peut raisonnablement imputer la faiblesse relative de ce chiffre à l'interdiction de certains stupéfiants particulièrement dangereux (on songe ici notamment aux opioïdes et à certains stimulants).

Les résultats du régime prohibitionniste restent néanmoins difficiles à établir faute de savoir ce qu'aurait été la morbidité liée aux drogues dans un monde où celles-ci n'auraient pas été interdites²¹. La prohibition étant mondiale, et les expériences nationales de légalisation rares et circonscrites à des contextes spécifiques, la comparaison rigoureuse des politiques de régulation et d'interdiction est impossible²². L'évaluation des politiques prohibitionnistes est d'autant plus compliquée qu'elle exige de prendre en compte les multiples externalités négatives de l'interdit. Parmi celles-ci, la plus remarquable est la création d'un gigantesque marché noir qui nourrit la criminalité organisée et requiert la mobilisation d'importantes ressources policières et judiciaires²³. Une autre conséquence de la prohibition est la marginalisation des consommateurs de drogues lesquels, même en situation de détresse, sont fréquemment traités par les États comme des délinquants méritant une sanction pénale plutôt que comme des malades²⁴. L'accent placé sur l'éradication des usages récréatifs a également eu pour conséquence de restreindre, dans de nombreux pays, l'accès des patients en souffrance

17. David Bewley-Taylor, *International Drug Control : Consensus Fractured*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

18. Voir notamment les rapports annuels de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (*Rapport mondial sur les drogues 2019* : <http://www.unodc.org/wdr/>) et de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (*Rapport européen sur les drogues 2019* : <http://www.emcdda.europa.eu/publications/edr/trends-developments/2019>).

19. Franco Corleone et Gracia Zuffa (dir.), *La guerra infinita : le droghe nell'era globale e la svolta punitiva in Italia*, Ortona, Menabò, 2005.

20. Jurgen Rehm, Benjamin Taylor, Robin Room, « Global burden of disease from alcohol, illicit drugs and tobacco », *Drug and Alcohol Review*, 2006, vol. 25(6). Et pour une actualisation de certaines de ces données, voir L. Degenhardt et al., « The global burden of disease attributable to alcohol and drug use in 195 countries and territories, 1990–2016 : a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study », *Lancet Psychiatry*, vol. 5, 2018.

21. Wayne Hall, « The Future of the International Drug Control System and National Drug Prohibition », *Addiction*, 113(7), 2017.

22. R. Colson, « Fixing Transnational Drug Policy : Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law », *Journal of Law and Society*, vol. 46, 2019.

23. Antonio Maria Costa, « Making drug control "fit for purpose" : Building on the UNGASS decade' (2008) UN DOC E/CN.7/2008/CRP 17.

24. *Ibid.*

aux analgésiques, par crainte de détournement de ces substances à des fins illicites²⁵.

Évolution politique

En dépit des doutes croissants sur l'efficacité du régime international de contrôle des drogues, sa remise en cause frontale est aujourd'hui improbable. Les initiatives appelant à une sortie de la prohibition se multiplient au niveau mondial, mais les rapports de force politiques au sein de l'Organisation des Nations unies ne laissent espérer à moyen terme ni révision des traités, ni modification de l'architecture de contrôle. En revanche, les discours tenus dans les arènes internationales sont aujourd'hui plus nuancés qu'ils ne l'ont été. Longtemps critique à l'égard des mesures de réduction des risques sanitaires et sociaux liés à l'usage de drogues (par exemple les dispositifs d'échange de seringues, les programmes de substitution aux opiacés, ou la dépénalisation de la consommation), l'Organe international de contrôle des stupéfiants tolère désormais ces politiques. Quant à la session spéciale de l'Assemblée générale des Nations unies sur le problème de la drogue qui s'est tenue en 2016, elle a placé la protection de la santé des consommateurs au premier rang de ses préoccupations²⁶. Plus récemment

encore, le Conseil des chefs de secrétariat pour la coordination, un forum composé de trente-et-une organisations membres du système des Nations unies, a appelé à dépénaliser la possession de drogues à usage personnel²⁷.

Ces évolutions remarquables signalent que la communauté internationale abandonne progressivement le paradigme répressif de la guerre à la drogue. Pour autant, les marges de manœuvre des États restent limitées²⁸ car la lettre des traités exclut toute légalisation de l'usage récréatif des produits contrôlés. De sorte que les pays désireux d'abandonner le principe prohibitionniste pour y substituer une logique de régulation sont aujourd'hui contraints de reconsidérer leurs engagements internationaux. En témoigne l'établissement d'un marché légal du cannabis récréatif en Uruguay, au Canada et dans plusieurs États des États-Unis. Destinées à lutter contre les trafics et à promouvoir des politiques sécuritaires et sanitaires inclusives, ces réformes sont vivement critiquées par l'Organe international de contrôle des stupéfiants qui les juge irréconciliables avec la Convention unique sur les stupéfiants de 1961²⁹.

[org/documents/postungass2016//outcome/V1603302-F.pdf](https://www.unodc.org/documents/postungass2016//outcome/V1603302-F.pdf)

25. Global Commission on Drug Policy, *The Negative Impact of Drug Control on Public Health : The Global Crisis of Avoidable Pain*, 2015 : <https://www.globalcommissionondrugs.org/reports>
26. Voir en ce sens le *Document final de la session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations unies sur le problème mondial de la drogue tenue en 2016*, New York, Nations unies, 2016 : <https://www.unodc.org/documents/postungass2016//outcome/V1603302-F.pdf>

27. Conseil des chefs de secrétariat pour la coordination, « Résumé des délibérations » (deuxième session ordinaire de 2018), UN DOC CEB/2018/2 : <https://undocs.org/fr/CEB/2018/2>
28. Krzysztof Krajewski, « How flexible are the United Nations drug conventions ? », *International Journal of Drug Policy*, vol. 10, 1999.
29. Voir en ce sens les communiqués de presse publiés par l'Organe international de contrôle des stupéfiants et disponibles sur son site web : <https://www.incb.org/>

Faut-il dès lors se résoudre au *statu quo* et renoncer, au nom du multilatéralisme, à réguler, pour en atténuer les méfaits, les usages récréatifs de produits psychotropes prohibés par le droit international ? La réponse est heureusement négative. En effet, loin d'être figé, le régime international de contrôle des drogues a fait l'objet, au cours de son histoire, d'interprétations évolutives³⁰. Jouant de cette flexibilité, les États désireux d'expérimenter de nouvelles politiques des drogues peuvent multiplier les exceptions au principe prohibitionniste sur le fondement d'autres valeurs protégées par le droit international, telles que le respect des droits fondamentaux ou la protection de la santé³¹. On peut redouter que ces expérimentations nationales n'affaiblissent durablement la crédibilité des traités relatifs au contrôle des drogues, voire qu'elles ne les fassent tomber partiellement en désuétude³². On peut douter néanmoins que la communauté internationale ne se résolve à cette issue. Le plus probable est donc qu'elle offre à l'avenir, à travers ses différents organes, une interprétation renouvelée du régime de contrôle des drogues permettant de l'accommoder aux expériences nationales de régulation qui se multiplient. ■

30. John Collins, « Rethinking 'flexibilities' in the international drug control system : Potential, precedents and models for reforms », *International Journal of Drug Policy*, vol. 60, 2018.
31. Voir en ce sens la démonstration de Richard Lines, *Drug Control and Human Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
32. Robert Kolb, « La désuétude en droit international public », *Revue générale de droit international public*, vol. 111(3), 2007.

This is a pre-copyedited, author-produced PDF of a chapter published in O. Corazza & A. Roman-Urrestarazu (eds.), *Novel Psychoactive Substances: Policy, Economics and Drug Regulation*, Springer, 2017, 143-153.

More information at: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-60600-2>

Harmonizing NPS Legislation Across the European Union: A Utopia?

Renaud Colson¹, PhD, Associate Professor at the University of Nantes, Honorary Lecturer at Cardiff University.

Biography

Renaud Colson is Associate Professor at the Law & Political Science Faculty of the University of Nantes and Honorary Lecturer at Cardiff University. He was previously British Academy Visiting Fellow at Cardiff University, Marie Curie Fellow at the European University Institute (Florence) and invited scholar at the Institute of Advanced Study of the Jawaharlal Nehru University (New Delhi). He has written on a variety of subjects including comparative law, European law, drugs law and criminology. His most recent books are *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016, edited with Stewart Field) and *European Drug Policies: The Ways of Reform* (Oxon: Routledge, 2017, edited with Henri Bergeron).

Abstract

With the emergence of more and more synthetic substances since the 1960's, and broader use occurring from the 1980's onwards, there has been an increasing commodification of the market in new psychoactive substances (NPS). The European Union took an active stance as regards the regulation of these new substances. Finding itself at the crossroads of public health policy, criminal law and judicial cooperation, the NPS market flouts Member States' borders and offers a nice field of experimentation to develop the European integrationist project. This chapter presents the development and current state of the cooperation as regards NPS legislation within the EU. The first part discusses the background and history of the first EU legislative efforts to deal with NPS. The second part reviews the current European governance framework that establishes a supra-national regulatory focus for this emergent public health threat. The third part evaluates the legal impact of this European supra-national response. Finally, the relevance of the EU strategy and its future are briefly discussed in the conclusion.

Introduction

It is a common-place substantiated by anthropologists and historians that intoxication is a universal feature of the human condition and a habit that can be found in all human societies (Withington, 2014). For much of human history, psychoactive substances were natural products geographically confined. Their

¹ The author wishes to thank Dr Hui Yun Chan (University of Hertfordshire) and Derek Wilson (University of Nantes) for their useful comments and suggestions.

use was restricted by limited availability and both formal (via religious and political rituals) and informal regulation. The rise of maritime European empires in the seventeenth and eighteenth centuries turned some of these mind-altering substances into global commodities (Courtwright, 2001). While some of these substances remained in the therapeutic realm, others quickly entered into non-medical use.

During the course of the nineteenth century gradual medico-technological advances and the progressive 'medicalisation of political power' gave rise to the framing of drugs as a regulatory concept (Seddon, 2016). By the beginning of the twentieth century the movement to restrict the production, trade and use of psychoactive substances had gained momentum, both at national and international levels. European drug policies were born out of this great historical shift, which precipitated the change in priorities of Western political elites from the promotion of intoxicants to their partial prohibition (Bergeron & Colson, 2017).

The 'cat and mouse game' whereby drug control legislation is circumvented by the synthesizing of new psychoactive substances (NPS) has existed since the very beginning of the prohibition regime (Brandt & King, 2014, 588) but only recently has this phenomenon scaled up. With the emergence of more and more synthetic substances since the 1960's, and broader use occurring from the 1980's onwards (Henderson, 1988) there has been an increasing commodification of the market in NPS, with some deliberately created to evade drug legislation. These new designer drugs, sometimes labelled as 'legal highs', fuelled occasional moral panics which triggered various political reactions, including innovative legal responses developed to cope with the wild imagination of these chemical entrepreneurs.

The European Union (EU) took an active stance as regards the regulation of these NPS. Finding itself at the crossroads of public health policy, criminal law and judicial cooperation, the NPS market flouts Member States' borders and offers a nice field of experimentation to develop the European integrationist project. This chapter presents the development and current state of the cooperation as regards NPS legislation within the EU. The first part discusses the background and history of the first EU legislative efforts to deal with NPS. The second part reviews the current European governance framework that establishes a supra-national regulatory focus for this emergent public health threat. The third part evaluates the legal impact of this European supra-national response. Finally, the relevance of the EU strategy and its future are briefly discussed in the conclusion.

The First Steps of EU NPS Policy

EU action to control NPS is a secondary branch of EU drug policy, a subject long deemed of medium-level importance, best left to the Member states, until the mid-1980's, when transnational political interest in the drug issue started to grow at European level (Estievenart, 1995). Once set in motion, the European institutions produced a number of policy documents and legal instruments promoting police

and judicial cooperation and legislative harmonization between Member States. Since the first European Plan to combat drugs in 1990, three ‘strategies’ have been successively adopted by the European Council² presenting a comprehensive approach linking drug supply reduction to drug demand reduction (Edwards & Galla, 2014). With a view to promoting research and facilitating science-based decision-making, the institutionalisation of an EU drug policy included the establishment of a European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) in 1993, a body which has since then played a pivotal role in coordinating and sharing information and best practice, and disseminating research throughout the Member States (Bergeron, 2017).

NPS quickly made their way to the top of the EU drug policy agenda. Soon after the Maastricht Treaty became effective (1993) the Union was given new powers to combat drug addiction and drug trafficking (Art. K1). In a context of increasing pressure from some Member States (especially France and Ireland) to promote punitive legislation throughout Europe, the Dutch Presidency proposed a Joint Action on new synthetic drugs. This move allowed the Netherlands, which had a reputation as a producer of synthetic drugs, to demonstrate it was taking the drug problem seriously in spite of its liberal stance on cannabis and its fear of harmonization (Boekhout van Solinge, 2002, 96, 124). At the time, designer drugs were starting to find an established user-base on the recreational drug scene (King, 2011). Combined to the scarcity of data available on the subject, this made these new substances an ideal object of regulation to try out the new European competencies. The Joint Action proposed by the Netherlands was unanimously adopted by the Council in 1997.³

The text targeted synthetic drugs with “limited therapeutic values” not listed in the Schedules of the 1971 United Nations Convention on Psychotropic Substances but which nonetheless posed a “serious threat to public health” (Art. 2). Such a loose definition was required by the very purpose of the Joint Action, namely to identify, assess and possibly bring under control both newly invented unknown substances and known substances being newly misused. The Joint Action established a mechanism for rapid exchange of information (Art. 3) by which Member States were supposed to provide data on new synthetic drugs to new European bodies (Europol Drugs Unit and EMCDDA) in order to carry out a risk assessment at the European level (Art. 4). If need be, the Council could then require Member States to take the necessary steps to submit these substances to control measures (i.e. to ban them) (Art. 5). Overall, these measures were essentially driven by a drug supply reduction approach and criminal law enforcement considerations: the official rationale behind the Joint Action was the need to fill legal gaps in the fight against designer drugs by preventing producers from circumventing legal controls.

² The last one was issued in 2012: *EU Drugs Strategy (2013-20)* (2012/C 402/01), Official Journal of the European Union C 402/1, 29.12.2012, 1-10.

³ Joint Action of 16 June 1997 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning the information exchange, risk assessment and the control of new synthetic drugs (97/396/JHA), Official Journal of the European Union L 167, 25.06.1997, 1-3.

In 2002 an external evaluation of the Joint Action deemed that the overall relevance and the legal impact of the instrument were very limited (Evaluation Partnership Limited, 2002). The fact that designer drugs did not develop in the late 1990's as the growing problem that was envisaged when the Joint Action was adopted only partly explains this stark judgement. Other institutional elements explain the limits of this instrument, among which is the absence of a consensus over its objectives. Although the scheme had been conceived as a means of harmonizing law enforcement measures, some Member States prioritized the monitoring of newly identified substances over the control dimension. More fundamentally, disagreements appeared on how to assess public health risks and on how to carry out the control process. Neither the mechanism for the rapid exchange of information nor the risk assessment process was considered satisfactory. By the time the external evaluation of the Joint Action was published, only five substances (MDBD, 4-MTA, GHB, Ketamine, PMMA) had been through the review process and only two (4-MTA and PMMA) had been subjected to pan-European control following a Council decision.

In spite of these disappointing results, the Joint Action was considered a step in the right direction in the fight against NPS which remained high on the EU political agenda. The European Union Drugs Strategy (2000-2004) submitted to the Council of the European Union in December 1999 emphasized that the emergence of new synthetic drugs required the development of "more efficient information gathering and management" and suggested that the mechanisms created by the Joint Action "should be reinforced".⁴ At the same time, the European Commission issued a "Communication on a European Union Action Plan to Combat Drugs" in which it contemplated "additional instruments" which "might enhance the effectiveness of the fight against the illicit trafficking in and use of synthetic drugs" (European Commission, 1999).

Current legal framework

Following the 2002 external assessment of the effectiveness of the Joint Action, the Commission drafted a proposal for a Council Decision on new narcotic drugs and new synthetic drugs.⁵ In order to improve the performance of the existing scheme, the Commission relied on an incremental reform strategy: no radical overhaul of the Joint Action mechanisms was suggested but rather an operational improvement in the existing process. This led to the adoption of the Council Decision 2005/387/JHA of 10 May 2005 (hereafter 2005 Council Decision) which repealed the 1997 Joint Action and replaced it.⁶

⁴ *European Union Drugs Strategy (2000-2004)* (12555/3/99).

<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index1338EN.html>, Accessed October 2016.

⁵ European Commission, *Proposal for a Council Decision on the information exchange, risk-assessment and the control on new narcotic drugs and new synthetic drugs*. COM/2003/0560 final - CNS 2003/0215. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52003PC0560>, Accessed October 2016.

⁶ Council Decision 2005/387/JHA of 10 May 2005 on the information exchange, risk-assessment and control of new psychoactive substances. Official Journal of the European Union L 127, 20.5.2005, 32–37.

At first sight, the 2005 Council Decision showed very little signs of evolution in the way the EU dealt with new drugs. Changes in the legal basis and in the name of the instrument reflected the modifications in the institutional structure of the EU between 1997 and 2005, but both the structure and the content of the new Act looked similar to the Joint Action with some of the key provisions being mere copy and paste. With more than 3600 words, compared to less than 1500 words for the Joint Action, the volume of the Decision doubled. Yet most of the new provisions simply provided new legal definitions (e.g. new psychoactive substances, new narcotic drugs, new psychotropic drugs) and more detailed procedural protocols of an already existing process (especially the transmission of information from Member States and the content of reports of Europol and the EMCDDA).

Compared to the 1997 Joint Action, the 2005 Council Decision redefines the scope of the instrument to cover a wider range of substances, namely all new psychoactive substances, including non-synthetic drugs, not currently listed in the United Nations drug control conventions. The reason for refining the definition of NPS and for distinguishing between new narcotic drugs and new psychotropic drugs – a distinction drawn by analogy to that of the international drug control system – was to include both of these categories in the scope of the Council Decision. Although this definitional effort brings little classificatory added value, it emphasizes that the scheme is not limited to synthetic drugs and guarantees that control measures can possibly apply to any new substance. But for this difference which broadens substantially the reach of the Decision, the philosophy of the scheme displayed in the recitals remains unchanged: in short, “the particular dangers inherent in the development of psychoactive substances require rapid action” (recital 1), “the Joint Action (has) fulfilled its expectations” but it is “in need of reinforcement and reorientation” (recital 3). To do so, the Decision establishes a three steps process encompassing a rapid information exchange on NPS (the so-called early warning system), a risk assessment by a scientific committee set up at European level, and a decision-making process to bring NPS substances under a pan-European ban.

The Decision sets up a detailed process involving Member States, three EU agencies (the EMCDDA, Europol and the European Medicines Agency (EMA)), and two decision-making bodies of the EU (the Commission and the Council). The full procedure, from identification of a new substances to its risk assessment and its control, is broken down in 7 stages : 1/ Collection and communication of information on NPS by Member States to Europol and the EMCDDA, 2/ Dissemination of this information to Member States by Europol and the EMCDDA, 3/ Preparation of a Joint Report on the NPS by Europol and the EMCDDA, in collaboration with the EMA and Member States, and submission of the Joint Report to the Commission and the Council, 4/ Council request (acting by a majority of its member) for a risk assessment on the NPS from the EMCDDA; 5/ Preparation and submission of a risk assessment on the NPS by an extended Scientific Committee of the EMCDDA to the Commission and the Council; 6/ Decision by the Commission to present an initiative for control

measures to the Council; 7/ Decision of the Council (acting by qualified majority) to submit the NPS to control measures.

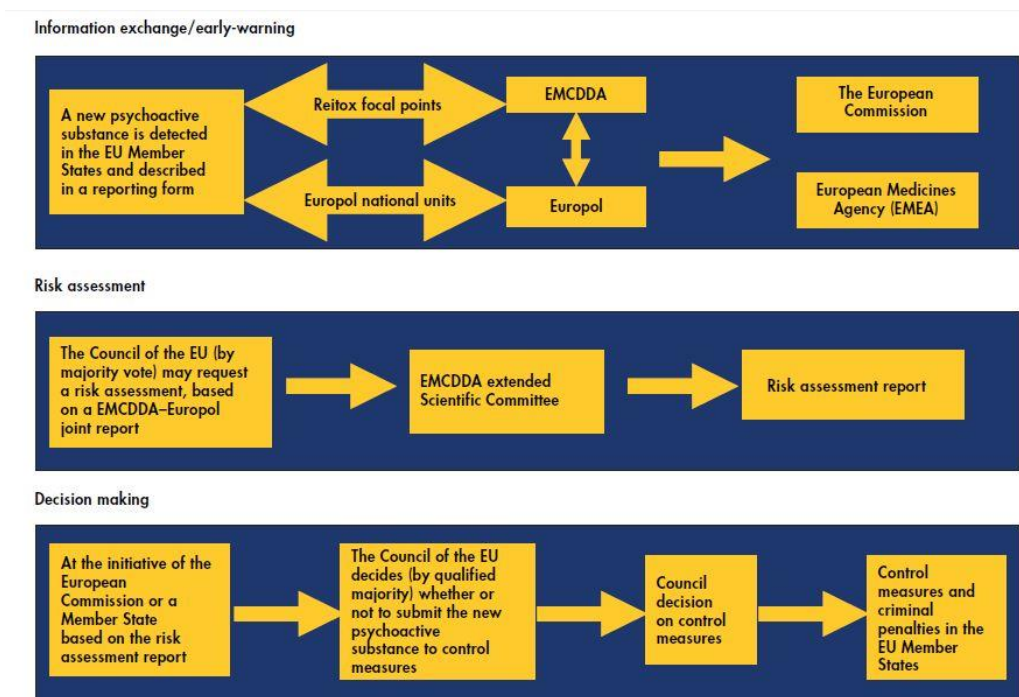


Figure 1: Council Decision 2005/387/JHA: a three steps process, EMCDDA (2007), 13.

The process, which lends itself to a flow chart presentation because of its complexity (see figure 1), is completed by operating guidelines issued by the EMCDDA (EMCDDA, 2007, 2010). Although not legally binding, these guidelines provide additional guidance on what type of information should be conveyed between the various actors within the procedure and how it should circulate. Of special importance are the templates of reporting form on new psychoactive drugs for the Early Warning System and the expert's scoring form for the Risk Assessment Report made available by the EMCDDA in order to standardize available information and promote science-based evaluation. Such an emphasis on the transferability of data should come as no surprise in the light of the labyrinthine process established by the Council Decision. In order to offset the risks of administrative bottlenecks and bureaucratic blockage, the normalization of information seems absolutely necessary to promote multi-agency cooperation and proper communication between the various institutional stakeholders in the control process.

From a legal perspective, this procedural hypertrophy is all the more remarkable when compared to the limited substantial obligations placed on the Member States by the Council Decision. At the outset of the process, European States have the duty to "ensure" that they "provide information" to EU agencies (Art. 4). Ultimately, should the European procedure be completed, Member States also have the obligation to submit the new substance identified by the Council to control measures and criminal penalties

as provided under their national legislation, by virtue of their international commitment to the international drug control regime (Art. 9). On these two counts only (duty of information and extension of national legislation to the new substances) can the Council Decision be said to be hard law. But even these two legal obligations were toothless until recently, as Member States were shielded until 1 December 2014 from any infringement proceedings brought by the Commission before the European Court of Justice with respect to the implementation of “third pillar” instruments.⁷

Impact of EU NPS policy

The institutional process created by the 2005 Council Decision offers a good illustration of the theoretical models used to describe and justify European governance over the last decade, namely multilevel governance and constitutional pluralism. On the one hand, the Council Decision allows EU institutions to play a guiding role in providing a normative framework for NPS regulation, but with the practical decision to be made at national level (Chatwin, 2011, esp. chap. 8). With regard to NPS, EU law is deprived of any direct effect in Member States which are the only competent authorities when it comes to triggering changes in drug control measures and criminal penalties. On the other hand, the 2005 Decision explicitly refers to the United Nations drug control system which it is seeking to prop up, in Member States, as an operative legal framework applicable to new substances not foreseen by the UN conventions: such an approach relies on a constitutional vision in which international law, EU law and national law are ultimately seen as self-standing sources of law that combine and overlap over a shared piece of territory (Jaklic, 2014). By and large, in the case of NPS (just as in other fields), EU law acts as a legal integrator between the EU institutions and the international and national legal orders. It creates relational mechanisms which rest on a principle of justification (Azoulai, 2011): in this instance the need to provide information, assess the risk, and control NPS. It is uncertain though that European integration, understood as the proper functioning of these relational mechanisms between the legal systems, ever actually took place in the field of NPS policy.

An assessment report issued in 2011 by the European Commission on the functioning of the 2005 Council Decision cast doubt over the efficiency of the EU system for dealing with NPS. The report, which emphasizes that “the market for new psychoactive substances has changed dramatically”, concludes that the 2005 Decision “is not an adequate instrument” (European Commission, 2011a, 1-2). Paradoxically, the observation of a significant increase in the number of substances detected was only made possible by the success of the early warning system established by the Decision. With a record number of 41 new substances notified in 2010, the Commission report could not but notice that since 2005, only three Joint Reports and two Risk Assessment

⁷ Protocol n°36 of the Lisbon Treaty (12008M/PRO/36) provides “as a transitional measure, and with respect to acts of the Union in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters which have been adopted before the entry into force of the Treaty” that the powers of the Commission under Article 258 of the Treaty on the Functioning of the European Union shall not be applicable until five years after the date of entry into force of the Treaty of Lisbon. As a result Member States were shielded from any infringement proceedings until the end of 2014.

Reports had been published, with two substances eventually submitted to pan-EU control measures. Since then the number of NPS notified as well as monitored has kept on increasing to reach almost 100 new substances in 2015 (570 from 2005 to 2015); however, the number of Risk Assessments remained low with only nine new reports since 2011. This discrepancy is used as evidence by the Commission that the Council decision is not the right instrument to handle the increase in the number of newly developed psychoactive substances. Among the defects attributed to this instrument, the fact that it deals with new substances one by one, and only after they have been reported, is considered to impede a swift legal response.

Further evidence of the limits of the framework established by the EU is provided by a comparative perspective on Member States domestic law (EMCDDA, 2015a, 2015b). National governments have developed different legal responses to NPS. While some countries have used consumer safety or legislation on medicines to outlaw the distribution of NPS, others have extended and adapted existing drug laws to new substances, and a third group has devised new legislation to tackle them specifically. These innovative policies which can be observed in Member States often combine new criteria to define psychoactive substances, swifter administrative processes to classify them, and a specific regime of sanctions. Member States' laws in the field of NPS remain many and diverse in spite of the EU's effort to provide a common framework to tackle the problem. Beyond technical differences, this plurality of national approaches illustrates how drug policy culture varies throughout Europe, with some countries favouring a law enforcement approach while others promote close monitoring and harm reduction measures. As a result, the limited legal options established by the Council Decision, which requires choosing between a pan-EU ban backed by criminal sanctions or no legal action at all, is seen as hardly satisfactory by many Member States. Because it offers limited leeway to national governments, such a one-size-fits-all solution may well have contributed to the failure of the Council Decision as a decision-making instrument.

Conclusion

In the last two decades a visible convergence took place between European Member States' drug policies (Colson & Bergeron, 2017). It remains unclear though what role the EU did exactly play in this coming together. Indeed EU action remains subject to the subsidiarity principle and the competencies for drugs policy (including both its public health and criminal justice components) remain primarily at Member State level. Evidence suggests nonetheless that EU policy did have a role in the drift towards a more common approach in European countries. Yet paradoxically, although the EU took strong legal action in the field of NPS, no legal harmonization can be seen in this area.

The acknowledged failure of the control dimension of the 2005 Council Decision has been attributed, among other things, to Member States' political resistance and an unwieldy administrative process. Beyond these conjectural reasons, it is also necessary to question the very logic of criminalization at the core of this instrument. It

is generally agreed that the recent rise in NPS is evidence of a ‘substance displacement’ (Rolles & Kushlick, 2014), a process described by the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) as one of the major negative consequences of prohibition which, by reducing either supply or demand, pushes “suppliers and users (...) on to another drug with similar psychoactive effects, but less stringent controls” (UNODC, 2008, 216).

If this proves correct, nothing short of a blanket-ban on psychoactive substances will do to curtail the open distribution of NPS, a strategy adopted by several countries including some within the EU. Yet growing evidence from drug policy analysis shows that the widening of the prohibitionist net to more and more substances, beyond its deleterious political and criminological effects, has repeatedly failed to tackle the drug problem in the last century (Global Commission on Drug Policy, 2011). Combined with ever more numerous signs of systemic breaches to the core prohibitive norm of the international drug control regimes and official calls to establish an alternative regulatory framework (Bewley-Taylor, 2012; Boister, 2016) this may well explain why the European Commission changed tack in its 2013 Proposal for a Regulation on new psychoactive substances.⁸

This proposal, which fell within the scope of EU action to improve the functioning of the internal market (as opposed to the creation of an Area of freedom, security and justice), emphasized that “new psychoactive substances and mixtures (should) move freely in the Union for commercial and industrial use, as well as for scientific research and development purposes” (Art. 3) unless moderate risk or severe risks justify market restriction. While preserving the structures of the early warning system and the risk assessment process, both deemed successful achievements, the Commission changed the tune of its action by explicitly opting for a regulatory framework to organize legitimate trade in NPS while protecting the health and safety of consumers from the risks posed by the harmful products. Although endorsed by the European Parliament, the proposal did not prosper in the Council and Member States expressed doubts concerning this new approach, but the draft was in itself another sign of the spectacular landslide moving the ground below the century-old drug prohibition regime.

References

Azoulai, L. (2011) *The Force and Forms of European Legal Integration*. EUI Working Paper (LAW:2011/06). <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/16894>, Accessed October 2016.

Colson, R., Bergeron, H. (eds.) *European Drug Policies: The Ways of Reform*. Oxon: Routledge.

⁸ European Commission (2013) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on new psychoactive substances. COM(2013) 619. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0619>, Accessed October 2016.

- Bergeron, H., Colson, R. (2017) European Drug Policies in Context, in Colson, R., Bergeron, H. (eds.) *European Drug Policies: The Ways of Reform*. Oxon: Routledge, 1-10.
- Bergeron, H. (2017) The Soft Power of the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, in Colson, R., Bergeron, H. (eds.) *European Drug Policies: The Ways of Reform*. Oxon: Routledge, 40-56.
- Bewley-Taylor, D.R. (2012) *International Drug Control: Consensus Fractured*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Boekhout van Solinge, T. (2002) *Drugs and Decision-Making in the European Union*. Amsterdam: CEDRO/Mets en Schilt.
- Boister, N. (2016) Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs. *Leiden Journal of International Law*, 29, 389–409.
- Brandt, S.D., King, L. (2014) The New Drug Phenomenon, *Drug Testing and Analysis*, 6, 587-597.
- Chatwin, C. (2011) *Drug Policy Harmonization and the European Union*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Courtwright, D. T. (2001) *Forces of Habit: Drugs and the Making of the Modern World*. Cambridge / London: Harvard University Press.
- Dargan, P., & Wood, D. (ed.) (2013), *Novel Psychoactive Substances: Classification, Pharmacology and Toxicology*. Amsterdam: Elsevier.
- Edwards, C., Galla, M. (2014) Governance in EU Illicit Drugs Policy. *International Journal of Drug Policy*. 25, 942–947.
- Elvins, M. (2003) *Anti-Drugs Policies of the European Union*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- European Commission (1999) *Communication to the Council and the European Parliament on a European Union Action Plan to Combat Drugs (2000 – 2004)*. COM(1999) 239 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:c11524&from=FR>, Accessed October 2016.
- European Commission (2011) *Towards a Stronger European Response to Drugs*. COM/2011/0689 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011DC0689>, Accessed October 2016.
- European Commission (2011a) *Report on the assessment of the functioning of Council Decision 2005/387/JHA on the information exchange, risk assessment and control of new psychoactive substances*. COM(2011) 430 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2011:0430:FIN>, Accessed October 2016.

European Commission (2011b) *Commission Staff Working Paper on the assessment of the functioning of Council Decision 2005/387/JHA on the information exchange, risk assessment and control of new psychoactive substances Accompanying the document Report on the assessment of the functioning of Council Decision 2005/387/JHA on the information exchange, risk assessment and control of new psychoactive substances*. SEC(2011) 912 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011SC0912>, Accessed October 2016.

European Parliament (2014a) Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs Report on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on new psychoactive substances (COM(2013)0619 – C7-0272/2013 – 2013/0305(COD)).

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0172+0+DOC+XML+V0//EN>, Accessed October 2016.

European Parliament (2014b) European Parliament legislative resolution on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on new psychoactive substances (COM(2013)0619 – C7-0272/2013 – 2013/0305(COD)). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0453+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-15>, Accessed October 2016.

EMCDDA (2007) *Early-warning system on new psychoactive substances: Operating guidelines*.

<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index52448EN.html>, Accessed October 2016.

EMCDDA (2010) *Risk assessment of new psychoactive substances: Operating guidelines*. <http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index100978EN.html>, Accessed October 2016.

EMCDDA (2015a) *Legal Approaches to Controlling New Psychoactive Substances*. <http://www.emcdda.europa.eu/topics/pods/controlling-new-psychoactive-substances>, Accessed October 2016.

EMCDDA (2015b) *New psychoactive substances in Europe: Innovative legal responses*. <http://www.emcdda.europa.eu/publications/ad-hoc-publication/new-psychoactive-substances-europe-innovative-legal-responses>, Accessed October 2016.

EMCDDA (2015c) *New psychoactive substances in Europe. An update from the EU Early Warning System*.

<http://www.emcdda.europa.eu/publications/2015/new-psychoactive-substances>, Accessed October 2016.

EMCDDA, Europol (2015) *Annual Report on the implementation of Council Decision 2005/387/JHA*.

<http://www.emcdda.europa.eu/publications/implementation-reports/2015>,
Accessed October 2016.

Estievenart, G. (1995) The European Community and the Global Drug Phenomenon: Current Situation and Outlook. In Estievenart, G. (ed.) (1995). *Policies and Strategies to Combat Drugs in Europe. The Treaty on European Union: Framework for a New European Strategy to Combat Drugs?* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 50–93.

Evaluation Partnership Limited (2002) *Assessment of the Joint Action on New Synthetic Drugs (16th June 1997) for the European Commission*.
http://edz.bib.uni-mannheim.de/daten/edz-k/gdj/02/syntetics_drugs_160697.pdf,
Accessed October 2016.

Global Commission on Drug Policy (2011) *War on drugs*.
<http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/>, Accessed October 2016.

Henderson, G.H. (1988). Designer Drugs: Past History and Future Prospects. *Journal of Forensic Science*, 33(2) 569-575.

Hughes, B, Winstock, A.R. (2012). Controlling New Drugs Under Marketing Regulations, *Addiction*, 107(11), 1894–1899.

Hughes, B., Griffiths, P. (2014) Regulatory Approaches to New Psychoactive Substances (NPS) in the European Union, *Addiction*, 109(10) 1591-1593.

Jaklic, K. (2014) *Constitutional Pluralism in the EU*. Oxford: Oxford University Press.

King, L. (2011) A Brief History of Psychoactive Substances, *Drug Testing and Analysis*, 3, 401-403.

Mills, J. H. & Barton P. (2007) *Drugs and Empires: Essays in Modern Imperialism and Intoxication*. Basingtoke: Palgrave MacMillan.

Rolles, S., & Kushlick, D. (2014) Prohibition is a Key Driver of the New Psychoactive Substances Phenomenon, *Addiction*, 109(10), 1589–1590.

Seddon, T. (2014) Drug Policy and Global Regulatory Capitalism: The Case of New Psychoactive Substances, *International Journal of Drug Policy*, 25(5) 1019-1024.

Seddon T. (2016) Inventing drugs: A Genealogy of a Regulatory Concept. *Journal of Law and Society*, 43(3), 393-415.

Stevens, A., Measham, F. (2014). The 'Drug Policy Ratchet': Why do Sanctions for New Psychoactive Drugs Typically Only Go up? *Addiction*, 109(8), 1226-1232.

UNODC (2008) *World Drug Report 2008*. Vienna: UNODC.

UNODC (2015) World Drug Repoprt 2015, <https://www.unodc.org/wdr2015/>,
Accessed October 2016.

Winstock, A., Wilkins C. (2011) 'Legal Highs' The Challenge of New Psychoactive Substances, Transnational Institute / IDPC,

https://www.tni.org/files/publication-downloads/legal_highs_report.pdf, Accessed October 2016.

Withington, P. (2014) Introduction: Cultures of Intoxication. *Past & Present*. 222 (suppl. 9). p. 9–33.

Ysa, T., Colom, J., Albareda, A., Ramon, A., Carrión, M. & Segura, L. (2014) *Governance of Addictions: European Public Policies*. Oxford: Oxford University Press.

Drug Offences

I. Introduction

Drug offences are late comers in the history of criminal justice. They only became a core element of criminal law in the twentieth century after the international prohibition of non-medical use of narcotic and psychotropic substances led to the worldwide criminalization of many drug-related activities. While the legal definition of drug offences is very much influenced by United Nations conventions, the domestic enforcement of prohibition varies greatly from one country to the other. The recourse to criminal law in the fight against drugs is rooted in a philanthropic project that aims at eradicating the use of specific psychoactive substances. This strategy led to unintended harmful consequences, the magnitude of which forces more and more countries to contemplate alternatives to criminalization.

This entry summarizes the history of drug offences since the birth of modern drug prohibition until the most recent developments of the ‘war on drugs’. It then brings into focus the definition of drug offences, both at international and national level, and outlines the great diversity of enforcement policies carried out throughout the world. This entry also highlights the various justifications for drug offences. It assesses the effects of drug criminalization and provides an overview of other possible drug policies, including harm reduction, decriminalization and legalization of drugs.

II. History of drug offences

For much of human history mind-altering substances were geographically confined products, the use of which was restricted by limited availability, by religious and social rituals and sometimes by law. Prohibition of drug use and drug trade backed by criminal sanction were established at various time in diverse legal traditions (eg prohibition of cannabis in Islamic jurisprudence in the thirteenth century, criminalization of recreational opium in Chinese law in the eighteenth century, etc). By contrast Western law long abstained from exercising coercion to regulate recreational drug-related activities. Tobacco, coffee, opiates, cannabis, alcohol or coca became global commodities thanks to the rise of maritime European empires. Yet in an era of *laissez faire* economics with little control over private enterprise, the world’s governments were mainly concerned with how best to tax the

trade and not how to suppress it (Courtwright [2002] 165).

1. The birth of drug prohibition

In the course of the nineteenth century, gradual medico-technological advances gave rise to the framing of drugs as a regulatory concept (Seddon [2016]). Technical and corporatist developments in the fields of pharmacy, medicine and public health led to the formulation of a sharp distinction between the legitimate (medical) use and the illegitimate (recreational) abuse of intoxicating drugs. The objections to non-medical drug use grew more vocal. Political action for the control of narcotics built upon a widespread fear in western elites about the harmfulness and the immorality of popular drug use. Tainted by racism and social prejudice this anxiety was harnessed by moral entrepreneurs who emphasized the association of particular substances with deviant groups or ethnic minorities (Courtwright [2002] 168–73). By the beginning of the twentieth century the movement to restrict the production, trade and use of psychoactive substances gained momentum, both at national and international levels. Contemporary drug offences were born out of this great historical about-face, which precipitated the shift in priorities of western political elites from the promotion of intoxicants to their partial prohibition.

The criminalization of drug use and drug trafficking was a recursive process that involved national politics and international diplomacy. It emerged from a prohibitory impulse carried out at local and national level by temperance activists who viewed intoxicating substances as threats to individual health and collective morality. Governmental action was taken in the progressive belief that salutary social change should be made. Domestic legislation was passed in several countries in order to restrict the use and trade of recreational drugs through tax law, medical regulation or new criminal offences punishing public drug use and drug possession. In the first half of the twentieth century, these laws targeted substances such as opiates, cocaine and cannabis but alcohol was also sometimes in governments’ sights as evidenced by the so-called Noble Experiment: between 1920 and 1933, the manufacture and sale of intoxicating liquors was prohibited in all the territory of the United States (Martin [2020]).

The first international conference convened to discuss narcotics was held in Shanghai in 1909. The sequence then ran from the passing of resolutions to the adoption of treaties and the setting up

2 ELGAR ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND CRIMINAL JUSTICE

of → [international organizations](#) under the umbrella of the League of Nations and, later, the United Nations ([McAllister \[2000\]](#)). Initially, drug-control treaties required neither the interdiction of intoxicating drugs nor their criminalization. Instead, they established commodity control through the creation and the regulation of a licit drug market restricted to medical and scientific purposes with the ambition of monitoring supply and eliminating leakage. The underlying strategy of the first drug-control conventions was that once excess supplies were eliminated from the licit market, drug abuse would dry up. Eventually, history proved this assumption naïve and the need for criminal law harmonization in order to suppress illicit activities emerged on the international agenda ([Bruun and others \[1975\] 138–9](#)).

2. *The criminalization of drugs*

The disconnect between drug-control efforts and the social and medical issue of ‘addiction’ led to a hardening of the regime and the accommodation of the values of its most powerful stakeholders. The United States, which had long promoted the universalization of the prohibitionist policy it pursued at home ([Musto \[1999\] ch 2](#)), proved eager to harness the war on drugs as an instrument for advancing foreign policy interests and began to emphasize the danger of drug trafficking to national security ([Andrea and Nadelmann \[2008\] 236](#)). As drugs proved to be ‘suitable enemies’ for building consensus in international arenas, this was conducive to a shift towards a punitive rationality of international drug control. New treaties requiring penal action against illicit drug activities were negotiated. States were assigned the duty to treat or criminalize individual users and required to take action to reduce drug-related crime. In this process, the [1961 Single Convention on Narcotic Drugs](#) can be regarded as a ‘watershed’ event: it was designed to replace all previous drug-control treaties and marked a shift towards a stricter, more comprehensive and more repressive framework. The Single Convention was then followed by two other treaties: the [1971 Convention on Psychotropic Substances](#) extended the prohibition to new synthetic substances and further restricted the legitimate purposes of drug use and the [1988 Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances](#) significantly expanded the list of activities criminalized.

Progressively, international law has provided building blocks for a → [transnational criminal law](#) including substantive norms and procedural mea-

asures. This created a ratchet effect on states’ laws that had already criminalized illicit drug activities and conferred considerable legitimacy on the penal treatment of drug issues elsewhere. Eventually, states had little option but to ‘voluntarily’ transplant prohibitionist laws into their national jurisdictions: with various incentives for adherence to the drug-control conventions, these sovereign decisions were sometimes imposed through a mix of diplomatic and political inducements ([Boister \[2003\] 960](#)). Today the international drug-control regime displays a very strong degree of adherence with more than 180 nations parties to a series of three treaties that strongly influences the definition of drug offences in domestic criminal law.

III. Definition of drug offences

The international drug-control regime restricts drug use and the drug trade to medical and scientific objectives and prohibits all recreational uses, it specifies the substances under control and it defines what behaviours are punishable. The list of controlled substances is organized in several schedules annexed to the 1961 Single Convention and the 1971 Convention. In addition, the 1988 Trafficking Convention applies schedules to precursors that can be utilized in the illicit production of narcotic drugs and psychotropic substances. These lists can be modified according to the procedure stipulated in these conventions. The required control measures depend on this classification, which itself depends on the presumed harmfulness of the classified substance. Among the many drugs included in the conventions (almost 200), the most commonly used drugs are cannabis, opiates (eg opium, morphine, codeine and heroin), cocaine and amphetamine. Despite their dangers, neither tobacco nor alcohol are regulated by the UN drug-control regime.

1. *Scope of international law*

International attitudes to drug offences have been of progressive net-widening and harsher punishment. This process reveals itself in the three successive treaties that form the bedrock of the current drug-control regime ([Boister \[2001\]](#)). The [1961 Single Convention on Narcotic Drugs](#) broadly identifies various behaviours for criminalization such as the illicit cultivation, production, possession, distribution and exportation of narcotics (art 36). The [1971 Convention on Psychotropic Substances](#) opts for an open-ended approach by

requiring that ‘any action contrary to a law or regulation adopted in pursuance of (. . .) this Convention’ shall be treated as ‘a punishable offence’ (art 22). Finally, the 1988 Convention against Illicit Traffic requires parties ‘to establish a modern code of criminal offences relating to the various aspects of illicit trafficking and to ensure that such illicit activities are dealt with as serious offences’ (United Nations [1998] at 48). In order to pursue this project, the 1988 Convention enumerates new criminal conducts such as property conversion and → [money laundering](#). It ambitiously enlarges the circle of criminal liability to include all persons who induce, assist, shelter or finance the illicit consumption of drugs and criminalizes drug users themselves. Last but not least, the Convention introduced provisions to seize the assets of drug traffickers. It also facilitates international judicial co-operation with respect to enforcement and prosecution of offenders and provides for → [controlled deliveries](#) and the → [extradition](#) of major traffickers. All three conventions provide penological guidelines expressing a pursuit of greater severity as serious drug-related offences are ‘liable to adequate punishment particularly by imprisonment or other penalties of deprivation of liberty’ (art 36 of the 1961 Single Convention; art 22 of the 1971 Convention; art 3 of the 1988 Convention). Other provisions are intended to ensure that the offences established are matched by appropriately severe penalties so as to have the desired deterring and punitive effects.

This legal arsenal represents a dramatic extension of the criminalization of drug-related behaviours. Yet its normative content remains partly indeterminate and has to be specified by national legislators. Indeed, the conventions are not self-executing. They do not create individual penal responsibility. Instead, they establish an indirect system of interstate obligations that relies on states’ transposition of international provisions into domestic law. The skeleton of offences and of penalties set down in the conventions provide only a template that has to be fleshed out in the domestic law of the states parties. The vagueness of the international criminal provisions seems to have been a necessary condition for making them acceptable to negotiating parties with distinct systems of substantive and procedural law. The compromise accommodates different grammars of criminal law, especially in opposing civil and common law approaches. But this came at the cost of explicitness and the result has been relative legal ambiguity and very limited developments on the

scope and conditions of criminal liability (eg elements of conduct, fault, criminal capacity, etc).

Owing to its open texture and its lack of precision, international drug-control law can, at the most, claim to achieve loose harmonization of domestic criminal laws, not to mention sentencing policies. It is unclear even to what extent such a convergence is actually required by the treaties. For in addition to the indeterminacy of the criminal provisions, all three conventions include escape clauses that weaken their normative capacity. *Pacta sunt servanda* and the principle of effectiveness constrain all signatories to adopt a punitive-oriented legal framework. But a close look at the text reveals that, although formally binding, the penal provisions prove remarkably soft. Regardless of national reservations, states parties only have the obligation to criminalize enumerated conducts insofar as it does not violate their ‘constitutional principles’ and subject, in some cases, to ‘the basic concepts of (their) legal system’ (art 3(1)(c) and 3(2) of the 1988 Convention). The scope of international obligations is thus open to diverging interpretations and to national variations.

2. Drug offences in national legislations

The drugs conventions have an important impact on national legislations. Coupled with the official UN commentaries and the restrictive reading of the International Narcotics Control Board annual reports, they have contributed to the dissemination of a repressive model of drug policy. It is generally acknowledged among legal comparatists that transfers of norms are affected by local interests, mentalities and institutions. The impact of the same legal transplant can be very different from one setting to the other. It is therefore not surprising that in spite of a decades-old project to promote a transnational penal response to illicit drug activities, worldwide diversity still prevails. Not all states parties have criminalized the illicit use of controlled substances and drug possession for personal use is sometimes not considered a punishable offence. However, while the technicalities of the law on the books may vary from one country to the other, trafficking in controlled substances is illegal in all jurisdictions. With a few rare exceptions (ie cannabis legalization in a handful of countries), all drug-related activities with no scientific or medical purpose fall under the jurisdiction of domestic criminal legislation that defines drug offences along the lines of the UN conventions.

4 ELGAR ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND CRIMINAL JUSTICE

IV. Enforcement of prohibition

Just as the hidden figures of drug offences makes it difficult to adduce presumptive numbers regarding their occurrence, it is impossible to precisely determine the degree of enforcement of narcotics legislation in a particular jurisdiction. It is however possible to distinguish between different types of enforcement policies. Indeed, national drug policies can range on a continuum from very punitive forms of drug prohibition to more tolerant and health-oriented approaches. In that respect, international obligations seem to be less of an influence than other local determinants such as cultural history, procedural traditions, policing and sentencing practices and, more generally, the role of expertise and the weight of medical science in framing public policy, the access of social movements to the locus of public power (Colson [2019]). The diversity in the enforcement of drug offences is clearly visible in the existing contrast between geographical regions.

On the American continent, the ‘war on drugs’ had a very repressive tone until recently. In the → USA the eradication of drug supply and drug use has been pursued with an increasing punitive fervour since the 1970s (Reuter [2013]). → Penal populism and moral panic over drugs led to significantly increased penalties and the use of mandatory punishment, which fuelled mass incarceration of racial minority drug offenders in the 80s and 90s. Drug courts that were designed to monitor offenders’ abstinence and compliance with individualized treatment did not counterbalance this increase in punitiveness as they have expanded the involvement of criminal justice into the lives of low-level offenders. This emphasis on law enforcement was exported to the South as Latin American and Caribbean countries turned out to be focal points of the US effort to reduce the supply of drugs for the American market. In exchange for billions of dollars in anti-drug assistance programmes the region has faithfully followed the US strategy. With few exceptions, Latin American countries have established severe drug prohibition regimes that favour harsh criminal sanctions and ever-increasing sentences (Labate and others [2016]). As a result, people imprisoned for drug-related offences now make up for a sizeable group of the prison population. In → Canada, the emphasis was also overwhelmingly on law enforcement even though the emphasis on treatment and prevention was always more present and the number of drug arrests and the length of drug sentences significantly lower than in the United

States. While the ‘war on drug’ ideology has a lasting impact on American penal policies, the last decade has seen a softening of this approach. Incarceration rates remain high in the Americas but governments in the northern hemisphere are now considering a more public health-based approach while Latin and Caribbean countries increasingly voice concerns over the price of punitive drug policies. In spite of this, and despite the legalization of cannabis in a number of American states, the dominance of law enforcement in drug policy remains predominant.

Diverging from the US model, European countries have explored a less punitive path to enforcement. A policy discourse and a legal attitude that favour treating and reintegrating drug users rather than depriving them of their liberty has been developing at the level of the European Union and its Member States (Colson and Bergeron [2017]; Colson and Bergeron [2020]). While the legitimacy of harsh repression for drug-trafficking or drug-money-laundering is supported by the European Union, a cultural model for drug policy is also emerging in European states on the political acceptability of harm-reduction measures. Meanwhile cannabis policy is also evolving, although not as fast as in America. Medicinal cannabis is increasingly making inroads in the field of conventional medicine and several jurisdictions have been developing tolerant policies regarding recreational cannabis. This observation does not extend, though, to → Russia and the former USSR republics where a punitive response rooted in the Soviet past remains the predominant driver of drug policy.

Just as in America or in Europe, the content of drug offences and the policy of enforcement in Africa, Asia and Oceania are the product of global influences and international law as well as the result of specific national trajectories. At the risk of cultural reductionism (keeping in mind the existence of national exceptions and the state of flux of many domestic drug policies) it is possible to affirm that Muslim and Asian countries have leaned towards a conservative and reactionary prohibitionist model (Ghiabi [2018]). Diversity must not be overlooked as some of these countries provide harm reduction services (eg Morocco, Iran, etc) while others do not (eg Saudi Arabia, Cambodia, etc). Yet when voluntary treatment is available, it is oriented towards abstinence and not for maintenance purposes. Other drug-control measures include the commitment to compulsory drug detention facilities, which resemble prisons or labour camps (eg Vietnam, Lao, etc) and the

emphasis usually remains on drug suppression through punitive policies. This includes the imposition of corporal punishment – such as caning, lashing or whipping – on drug traffickers but also on drug users.

Capital punishment is the most extreme punishment for drug offences. In 2021, only a handful of countries actively execute people for drug offence (China, Iran, Saudi Arabia and Singapore) but more than 30 states still apply the → [death penalty](#) to drug offenders, sometimes as a mandatory sanction. Although the United Nations Office on Drugs and Crime, the International Narcotics Control and other key international bodies have opposed the use of capital punishment for drug offences, it seems that the international drug-control regime has contributed to the normalization of this sanction in a number of countries ([Sander and Lines \[2018\]](#)). Indeed, far from reflecting long-standing domestic legislation, the increasingly punitive response to drug offences is, for many of the states that execute drug offenders, a modern legal development that can be linked to the adoption of the 1988 Convention, a treaty that invites states to use penal sanction as the primary tool for drug suppression. Moreover, the very repressive tone of the international drug-control regime has been said to encourage some governments to fight the war on drugs outside the bounds of law, the most dramatic example being the thousands of extrajudicial executions of accused drug users or traffickers across the Philippines under the government of President Rodrigo Duterte ([Reyes \[2016\]](#)).

V. Justification of drug offences

The Preamble of the [Single Convention on Narcotic Drugs](#) states that the use of the criminal justice system in the fight against drugs is grounded in a shared concern for the ‘health and welfare of humanity’. This philanthropic ideal is combined with a threat-based language that justifies punitive enforcement as part of a crusade against drug addiction: ‘a serious evil for the individual’ and a ‘social and economic danger to mankind’. The official commentaries of the international instruments governing the matter note that each party is left with ‘considerable flexibility in determining how best, in the light of its moral, cultural and legal traditions, to secure the required goal’ ([United Nations \[1998\] 60](#)). States are merely obliged to criminalize and punish certain types of conduct, ie to make them a criminal offence punishable by

‘adequate punishment’ ([art 36 of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs](#)) with deliberate reference to custodial sentences. The treaties also expressly authorize the states parties to provide for ‘alternatives to conviction or punishment, measures such as education, rehabilitation or social reintegration, as well as, when the offender is a drug abuser, treatment and aftercare’ ([art 3 of the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances](#)). Thus, deterrence, rehabilitation and just desert can be used as → [theories on punishment](#) to justify the criminalization of drug-related activities. The purpose and intensity of the criminal sanction vary from country to country, depending on the degree of tolerance towards certain forms of recreational drug use and, more generally, on collective representations of illicit drugs and institutional practices that give meaning to their punishment.

In general, the objective of drug prohibition is the prevention of the detrimental effects associated with drug abuse. This policy is often associated with a ‘drug-free world’ narrative that claims to protect both drug users and non-users. Reduction in prevalence is to be attained through criminalization of drug use and behaviours preliminary to drug use (eg importation, acquisition and possession of drugs). This approach raises difficult questions as it requires states to punish the voluntary exchange, among adults, of legally proscribed goods. Such offences are victimless crimes in the sense that they do not result in anyone’s feeling that they have been directly injured. Whereas violent crimes or property crimes cause harm to individuals who can subsequently ask for the protection of criminal law, drug offences do not have direct victims liable to bring them to the attention of the authorities. While this specific feature does not preclude punishment, it requires a special type of justification for legislation.

The language of classical liberalism can hardly serve as a basis for the prohibition of drugs as demonstrated by John Stuart Mill’s famous harm principle. According to Mill, ‘the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others’. It can certainly be argued that serious harms arise from drug use (eg intoxication, weakening of family relationships, reduced productivity, etc) but these are either self-inflicted and willingly endured, or indirect and putative. Without any direct and palpable harm caused to others, the criminalization of drug-

6 ELGAR ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND CRIMINAL JUSTICE

related activities requires the adoption of a different theoretical framework (Heinze [2012] 472–4).

While historically the moral argument according to which drug use is per se immoral played a crucial role in the prohibition of drugs, legal moralism is now rarely used to justify this policy. There is indeed no general consensus on the morality of psychoactive substances consumption and its ability to enhance mental capacity or its consumption simply for pleasure. Anti-liberal doctrines such as communitarianism or legal paternalism provide a stronger ground for prohibition. While communitarian theories consider that civil society is entitled to eliminate evil, including in its most private forms, in order to induce people to live a good life, legal paternalism assumes that the government should protect individuals against their will, especially when their behaviour (eg drug abuse) interferes with their capacity for autonomy. Eventually utilitarianism provides strong reasons to criminalize drug activities on the ground that they threaten society as a whole from the detrimental effects of drug use (eg intoxication-induced crimes, crimes related to obtaining drugs, etc).

Communitarianism, paternalism and utilitarianism provide powerful arguments in favour of the criminalization of drug-related activities, especially as these doctrines can draw on the widely shared assumption that undesirable behaviours can be eliminated through legal prohibition, or on the alleged connection between drug abuse and various forms of predatory crime. Yet the advocates of criminalization tend to overlook the cost and the difficulty associated with the enforcement of laws preventing citizens from engaging in private behaviours in the absence of complaining victims (Block [2015]). Furthermore, in order to be properly justified drug criminalization needs to be put to the reality test. On the one hand, it becomes necessary to properly assess the harmfulness of drugs compared to other legal substances and practices in order to appreciate the consistency of prohibition. On the other hand, all the effects of criminalization, both on drug users and on society as a whole, including its possible side-effects, need to be taken into account in order to determine the pros and cons of such a policy. However virtuous the doctrine of drugs prohibition, criminalization can hardly be ethically justified if it is not supported by empirical evidence (Bush [2012] 873).

VI. Limits of prohibition

The worldwide criminalization of drug activities has been criticized in the light of the poor results of the drug-control regime. Indeed, although regularly reaffirmed by the international community in hortatory political declarations (eg UNODC [2016]), the ambitious objective of significantly reducing both the illicit supply of, and the demand for, drugs appears out of reach more than ever. United Nations agencies have implicitly acknowledged this failure in the last decade, avoiding any claim of success; the global situation is now described as expanding both with regard to the prevalence of illicit drug use and with regard to illicit drug markets. In the meantime, the number of people using drugs has risen 22 per cent in the past decade while drug production and drug trafficking are thriving (UNODC [2021] Booklet 2, 2). This diagnosis of policy failure is all the more worrisome as the control of psychoactive drugs by means of criminal law is facing new challenges such as the rise of new psychoactive substances and the development of drug cryptomarkets.

1. New challenges to prohibition

Until the last decade, legislative control targeted a relatively small number of drugs under the umbrella of the UN treaties. In the 2000s, the rapid emergence of new drugs, the dangers of which were largely unknown, showed that the traditional legal framework was not able to cope with these so-called ‘legal highs’. The criminalization of these new psychoactive substances led to a ‘cat and mouse’ game with vendors avoiding the law by marketing new products as ‘research chemicals’. This led to unintended consequences such as the proliferation of a new generation of substances, not yet controlled, and more harmful retail sales (from high-street shops to street dealers). Since then, wide-ranging ‘blanket’ bans covering possible future variants of controlled substances and faster risk-assessment processes are among the policy responses that have been used to stem the advance of new psychoactive substances. While the emergence of new psychoactive substances resulted in the criminalization of drug-related activities being extended and tightened, the legacy of this policy is disputed (Measham [2020] 346–8). Widening the net of criminalization may have contributed to the reduction in availability and prevalence of use but it also blurred the boundaries between licit and illicit markets.

Since the early 2010s, the development of drug markets on the dark web has created a new challenge to drug policy. New online marketplaces have been created that allow anonymous selling and buying of controlled substances. These markets only account for a minor part of illegal transactions of narcotics – \$315 million annually according to the United Nations Office on Drug and Crime (UNODC [2021], Booklet 1, 24) – but they are growing rapidly, and their accessibility is widening. The fight against online markets requires massive investment in digital expertise in addition to undercover tactics. Even so, it is unclear if a traditional prohibitionist strategy has the potential for containing these new developments of the drug trade. On the one hand, while spectacular police operations led to the closure of some digital platforms (eg Silk Road), these were quickly replaced and drug cryptomarkets display a strong resiliency thanks to continuous technological innovation. On the other hand, there is the risk that efficient law-enforcement interventions on the online market led to a displacement of this drug trade offline, with a risk of increased violence (Shortis and others [2020] 369–73).

Uncertainties about the proper tactics to fight new psychoactive substances and drug cryptomarkets are only two examples that illustrate the increasing doubts about the law-enforcement strategies that prioritize criminalization of drug-related activities in order to eradicate them. In addition to their disappointing results, leaders of the international drug-control system have acknowledged some malign consequences of the criminological model propagated by global prohibition.

2. Unintended consequences of criminalization

In 2008, the executive director of the United Nations Office on Drug and Crime, Antonio Maria Costa, the United Nations drug czar, listed several unintended consequences of the system (Commission on Narcotic Drugs [2008]). The first one is the creation of ‘a huge *criminal black market* that now thrives in order to get prohibited substances from producers to consumers’. The second one relates to the displacement of public health policy to the background as public security and law enforcement is perceived as the primary way of solving drug issues. The third unintended consequence has to do with *geographical displacement*, the so-called *balloon effect* that links tighter controls on production in one place to increase in other places. ‘*Substance displacement*’ is the fourth consequence: the stringent control of one drug

moves suppliers and users to other psychoactive substances, which are sometimes more dangerous. Last but not least, the fifth unintended consequence is the ‘marginalization of drug users’: ‘a system appears to have been created in which those who fall into the web of addiction find themselves excluded and marginalized from the social mainstream, tainted with a moral stigma, and often unable to find treatment even when they may be motivated to want it’. Domestic and international efforts to control illicit drugs thus proved to have severe human rights consequences (Lines [2017]), among which arbitrary detention under the guise of ‘drug treatment’, the denial of due process rights in the context of drug cases and the denial of the right to health for drug users by prohibiting access to effective HIV prevention measures.

This uncompromising assessment, which has been confirmed by many research findings (Reuter [2009]), strengthens the thesis that global prohibition has led to some sort of ‘criminal iatrogenesis’, the ‘harmful results of well-intentioned crime control practice’ through a process of ‘deviancy amplification’ (Bowling [2011]). These unintended, if not unexpected, consequences have sometimes turned drug prohibition into a ‘self-fulfilling prophecy’ as punitive drug laws have produced the public health and criminogenic consequences that fuel public fears and moral condemnations and thus the need for punitive prohibition.

More generally, a comparative and historical perspective on normalized drug use in various communities around the world raises questions about the cultural colonialism associated with global prohibition. From the beginning, the list of controlled substances, and the definition of deviance they convey, bore testament to the cultural and racial prejudices of the moral entrepreneurs who promoted their interdiction in the early twentieth century. Synthetic substances produced in industrial nations eventually joined the ranks of the scheduled drugs of the people of Asia, Africa and Latin America. Yet some still detect a western ethnocentric bias and a neo-colonial aspect of the international drug-control conventions (Daniels and others [2021]). Without a doubt, the universalizing statements on the intrinsic evil of drugs overlook the existence of contexts where traditional forms of drug use provide an integrative and positive contribution to group solidarity and community structure.

8 ELGAR ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND CRIMINAL JUSTICE

VII. Alternatives to criminalization

The principle established by the international community, according to which recreational use and trade in a number of psychoactive substances must be prohibited, remains firmly established but the long-standing international consensus on the criminalization of drugs is weakening. The disappointing results of repressive policies leads more and more states to defect from a strictly penal model (Bewley-Taylor [2012]; Boister [2016]). Alongside harm-reduction interventions, decriminalization of drug use is applied in a growing number of countries and some jurisdictions have even crossed the Rubicon of legalization.

1. Harm reduction

The harm reduction movement originally referred to a variety of interventions that aim to minimize the negative health impact associated with drug use (Rhodes and Hedrich [2010]). This includes services such as drug consumption rooms, needle and syringe programmes, opiates substitution programmes, drug checking and the provision of information on safer drug use. While harm reduction might seek to prevent or end drug abuse, its main objective is to reduce the risks associated with drug use, not to end it. Harm reduction acknowledges that some people use drugs and that they must be encouraged to consume the least dangerous drugs in the most secure environment possible. In its strongest version, harm reduction aims to improve drug laws and law enforcement practices, so that they are not detrimental to drug users and their communities.

Harm-reduction interventions emerged in the 1980s in Western cities confronted with the dramatic consequences of increasing heroin use. Once a controversial approach, it has evolved into a central pillar of drug policy in Europe. Given the successful reduction of health risks through application of this model, it was eventually endorsed in the policy positions of UN bodies involved with international drug control and it has now spread to all continents.

While harm-reduction measures can fit into a prohibitionist framework and do not exclude criminalization of drug-related activities, it raises questions of juridical coherence. How can the law confer legal status to practices designed to safely deliver drugs to users when the use of those drugs remains illegal? This requires at the very least the setting of legal exceptions in order to exempt helpers from punishment (eg when providing

syringes to persons using illegally obtained heroin). Taking harm reduction seriously leads to prioritizing safe practices for drug use at the expense of abstinence by way of detoxification. As such, the institutionalization of the reduction of the health risks of addiction undermines the ideal of the eradication of drugs and is often combined with the decriminalization of drug use.

2. Decriminalization

The most obvious alternative to criminalization of drug-related activities is → **decriminalization**. It consists of reducing or eliminating penalties for specific offences. Although this process can theoretically affect any kind of drug crime, it usually applies to the offence of drug use or to the possession of modest amounts of controlled substances and, more rarely, to low-level offences in the drug trade. Reasons that justify such reforms are manifold. They include the rising costs of mass incarceration, the growing evidence of the counterproductive consequences of criminal justice in the fight against drug abuse and the commitment to personal autonomy. Substituting a non-criminal response for a criminal response is also often conceived as a way to better connect drug users with healthcare and social services.

Decriminalization of drug use and drug possession can take many forms (Eastwood and others [2016]; Stevens and others [2022]). It can be limited to simple depenalization when drug possession remains in criminal legislation, but the punishment can be removed on the basis of specific criteria (eg amount and type of drug, age of the offender, repeat offence, etc). While depenalization can be the result of changes in practice or procedure, such as deprioritizing the policing of drug possession (*de facto* decriminalization), full decriminalization requires a change in the law (*de jure* decriminalization) carried out either by the legislator or by the superior courts. It consists of the complete removal of drug use and drug possession from criminal legislation. In this case, other types of response can sometimes be used by the police or by the court in lieu of criminal sanction (eg civil or administrative penalties).

Thanks to the flexibility of the United Nations conventions, a few countries never criminalized drug use in spite of their prohibition. Others have decriminalized drug possession since the early 1970s, the Netherlands being at the forefront of this movement with an early tolerance to cannabis low-level trade and local *de facto* decriminalization of hard drugs. In the past 20 years, many more

countries have shifted away from repressive policies and moved towards decriminalization. Portugal is the most well-known example as it officially decriminalized the use, possession and acquisition of all illicit drugs in 2001. In 2021, 50 countries have implemented policy alternatives to the criminalization of drug possession for personal use including Australia, Costa-Rica, the Czech Republic, Germany, Mexico and Switzerland.

Decriminalization policies come with various consequences. The literature that examines the results of changes in user sanction generally emphasizes that the short-term effects of decriminalization on drug-use prevalence are modest, if not undetectable. While the reduction of sanctions is often conceived as a means to promote human rights, public health and social justice, it sometimes leads to an increase in the number of people caught in the web of state institutions. This happens when a broader group of drug users is subject to less severe (eg administrative instead of criminal sanction) but more systematic control measures. Added to the fact that decriminalization has no impact on diminishing the public safety concerns associated with drug trafficking, such unintended consequences explain why some countries have decided to go one step further and fully regulate the production and distribution of some previously illicit drugs.

3. Legalization

Sometimes caricatured as a libertarian or a hippie phantasy, drug legalization cannot be equated with → [abolitionism](#) or uncontrolled liberalization but is better encapsulated in the concept of regulation ([Global Commission on Drug Policy \[2018\]](#)). While legalization implies allowing the non-medical use of drugs as well as their production and distribution for recreational purpose, it also requires the establishment of rules similar to those applicable to legal drugs such as alcohol or tobacco. The legalization of drugs requires the regulation of all the elements of a legal market from licensing procedures for producers to the vetting and training of vendors. The products themselves must also be regulated: their potency and quality as well as their packaging. Eventually, access and availability to drugs are subject to regulatory control. This requires rules on age restriction and on the location, appearance and opening hours of outlets where drugs can be legally bought. The marketing, branding and promotion of drugs would also be subject to regulation. Thus, if the legalization of drugs implies the suppression of drug

offences, it requires their replacement by new regulatory offences, the purpose of which is to effectively sanction any breach of the complex regulatory apparatus that necessarily come with the end of prohibition.

An expected benefit of legalization lies in the reduction of drug-related crime. Though the connection between criminality and illicit substances has been well established from a statistical point of view, the relationship is both complex and counterintuitive. The violence associated with the drug trade has been largely attributed to the suppression of sellers and traffickers and the absence of market regulation, which are direct consequences of criminalization ([Werb \[2011\]](#)). Bringing drugs into the legal economy would reduce the violence associated with the drug trade. It would guarantee the quality of merchandise whose origins would be known and controlled. From this perspective, legalization is also considered a means to reduce the risks taken by drug users, especially those most harmed by punitive drug-enforcement efforts. However, when substances are legal (alcohol, tobacco), one can expect a higher rate of use. Legalization may lead to a rise in drug consumption and possibly of use-related harms but this may not be inevitable. On the one hand, stringent regulation does not necessarily lead to increased drug availability but instead enables greater control over which drugs are available, where and how. On the other hand, even if legalization leads to a higher prevalence of drug use (number of drug users), it can nonetheless lead to a reduction of overall harm to users and non-users.

Complete legalization of all illegal drugs, leaving them subject only to the law of supply and demand would have very different consequences from the regulation of select illegal substances controlled by a state monopoly and structured by the health system. Among various models, proponents of legalization sometimes distinguish between medical prescription for the riskiest drugs (eg heroin assisted-treatment day clinics in Switzerland) and licensed retail or licensed premises subject to strict conditions for lower-risk drugs (eg cannabis 'coffee shops'). Regulation of non-medical use of narcotics remains the exception but more and more states have embraced legalization of cannabis as a viable option after decades of criminalization: calls to abolish drug offences and to establish alternative regulatory regimes for drug control are now heard in more and more regions of the world.

RENAUD COLSON

10 ELGAR ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND CRIMINAL JUSTICE

Bibliography

- Andrea P and Nadelmann E, *Policing the Globe: Criminalization and Crime Control in International Relations* (OUP 2008); Bewley-Taylor D, *International Drug Control: Consensus Fractured* (CUP 2012); Block S, 'Victimless Crimes', *International Encyclopedia of Social & Behavioral Sciences* (2nd edn, Elsevier 2015); Boister N, *Penal Aspects of the UN Drug Convention* (Brill 2001); — 'Transnational Criminal Law?' (2003) 14 *European Journal of International Law* 953; — 'Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs' (2016) 29 *Leiden Journal of International Law* 389; Bowling B, 'Transnational Criminology and the Globalization of Harm Production' in Bosworth M and Hoyle C (eds), *What is Criminology?* (OUP 2011) 361; Brunhöber B, 'Drug Offences' in Dubber MD and Hörnle T (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law* (OUP 2014); Bruun K, Pan L and Rexed I, *The Gentlemen's Club: International Control of Drugs and Alcohol* (University of Chicago Press 1975); Bush WM, 'Drugs, Moral and Legal Issues', *Encyclopedia of Applied Ethics* (2nd edn, Academic Press 2012); Colson R, 'Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law' (2019) 46-S1 *Journal of Law & Society* 73; — and Bergeron H (eds), *European Drug Policies: The Ways of Reform* (Routledge 2017); — and — 'Western and Central Europe: Towards a Cohesive Model for Drug Policies?' in Bewley-Taylor D and Tinasti K (eds), *Research Handbook on International Drug Policy* (Edward Elgar 2020); Commission on Narcotic Drugs, 'Making Drug Control "Fit for Purpose": Building on the UNGASS Decade' (7 May 2008) UN Doc E/CN.7/2008/CRP.17; Courtwright DT, *Forces of Habit: Drugs and the Making of the Modern World* (Harvard University Press 2002); Daniels C and others, 'Decolonizing Drug Policy' (2021) 18 *Harm Reduction Journal* 120; Eastwood N, Fox E and Rosmarin A, *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Across the Globe* (2nd edn, Release 2016); Ghiabi M, 'Deconstructing the Islamic Bloc: The Middle East and North Africa and Pluralistic Drugs Policy' in Klein A and Stothard B (eds), *Collapse of the Global Order on Drugs, From UNGASS 2016 to Review 2019* (Emerald Publishing 2018); Global Commission on Drug Policy, *Regulation: The Responsible Control of Drugs* (Global Commission on Drug Policy 2018) <www.globalcommissionondrugs.org/reports/regulation-the-responsible-control-of-drugs> accessed 30 December 2021; Heinze E, 'Victimless Crimes', *Encyclopedia of Applied Ethics* (2nd edn, Academic Press 2012); Labate BC, Cavnar C and Rodrigues T (eds), *Drug Policies and the Politics of Drugs in the Americas* (Springer 2016); Lines R, *Drug Control and Human Rights in International Law* (CUP 2017); Martin SC, 'The Long Shadow of Prohibition: U.S. Drug and Alcohol Policy in the Twentieth Century' in Baker P and Critchlow DT (eds), *The Oxford Handbook of American Political History* (OUP 2020); McAllister WB, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History* (Routledge 2000); Measham F, 'The NPS Imposters: Merging and Emerging Drug Markets and the Contribution of Drug Checking' in Bewley-Taylor D and Tinasti K, *Research Handbook on International Drug Policy* (Edward Elgar 2020); Musto D, *The American Disease: Origins of Narcotics Control* (OUP 1999); Reuter P, *The Unintended Consequences of Drug Policies* (Rand 2009) <www.rand.org/pubs/technical_reports/TR706.html> accessed 30 December 2021; — 'Why has US Drug Policy Changed so Little over 30 Years?' (2013) 42 *Crime and Justice* 75; Reyes D, 'The Spectacle of Violence in Duterte's "War on Drugs"' (2016) 35 *Journal of Current Southeast Asian Affairs* 111; Rhodes T and Hedrich D (eds), *Harm Reduction: Evidence, Impacts and Challenges* (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction 2010); Sander G and Lines R, 'The Death Penalty for Drug Offences: Pulling Back the Curtain to Expose a Flawed Regime' in Klein A and Stothard B (eds), *Collapse of the Global Order on Drugs: From UNGASS 2016 to Review 2019* (Emerald Publishing 2018); Seddon T, 'Inventing Drugs: A Genealogy of a Regulatory Concept' (2016) 43 *Journal of Law & Society* 393; Shortis P, Aldridge J and Barratt M, 'Drug Cryptomarket Futures: Structure, Function and Evolution in Response to Law Enforcement Actions' in Bewley-Taylor D and Tinasti K, *Research Handbook on International Drug Policy* (Edward Elgar 2020); Stevens A and others, 'Depenalization, Diversion and Decriminalization: A Realist Review and Programme Theory of Alternatives to Criminalization for Simple Drug Possession' (2022) 19 *European Journal of Criminology* 29; United Nations, 'Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988' (UN Doc E/CN.7/590, United Nations 1998); UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), 'Outcome Document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem: Our Joint Commitment to Effectively Addressing and Countering the World Drug Problem' (United Nations 2016) <www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603301-E.pdf> accessed 30 December 2021; — 'World Drug Report' (United Nations 2021) <www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/wdr2021.html> accessed 30 December 2021; Werb D and others, 'Effect of Drug Law Enforcement on Drug Market Violence: A Systematic Review' (2011) 22 *International Journal of Drug Policy* 87.
- Legislation:** Single Convention on Narcotic Drugs 1961; Convention on Psychotropic Substances 1971.

Henri Bergeron
Renaud Colson

Les drogues face au droit

 idées la vie des .fr

 puf

Henri Bergeron
Renaud Colson

Les drogues face au droit

la vie des
idées.fr

puf

ISBN 978-2-13-065069-0
ISSN 2265-5077

Dépôt – 1^{re} édition : 2015, avril
© Presses Universitaires de France – lavedesidees.fr, 2015
6, avenue Reille, 75014 Paris

Introduction

Renaud Colson, Henri Bergeron

L'histoire des drogues est également, voire surtout, celle des normes sociales qui gouvernent leurs usages. Parmi celles-ci, les règles juridiques ont longtemps occupé une place négligeable, les rapports entre hommes et substances psychoactives étant réglés par des rites et des savoir-faire ne relevant pas de l'ordre du droit. À partir du XIX^e siècle, la consommation de certains de ces produits s'est lentement émancipée des dispositifs de régulation culturels, religieux ou professionnels qui la cadraient jusqu'alors. La circulation des toxiques entre aires culturelles et le développement d'un usage dérégulé – dit parfois anémique – ont alors ouvert la voie à des politiques juridiques placées sous le signe de l'interdit.

Le régime prohibitionniste, dont la communauté internationale a posé les fondations il y a un siècle, s'est progressivement durci. La rhétorique martiale de la « guerre à la drogue » a orchestré l'adoption de traités de plus en plus rigoureux, étendus à des produits toujours plus nombreux et requérant des États le recours systématique à des dispositifs répressifs. Dans l'espoir officiel d'une éradication des drogues, la marge de manœuvre des politiques nationales s'en est trouvée singulièrement réduite. Porté par une dramatisation média-

tique du risque toxicomane, l'interdit s'est ainsi vu décliné sous des formes variables, plus ou moins tolérantes, plus ou moins répressives selon les pays, mais sans jamais qu'une autre voie de régulation puisse être envisagée. Exemple de ce mouvement, la France a cherché dans l'articulation du droit pénal et du droit de la santé les moyens d'une prohibition efficace.

Pas plus que dans le reste du monde, cette logique d'interdiction ne semble avoir porté ses fruits. L'usage et les trafics de drogue n'ont pas diminué. Ils ont au contraire augmenté, révélant les limites d'une stratégie qui, malgré ses effets pervers en termes de santé et de sécurité publiques, a longtemps été pensée comme la seule possible. Mais devant l'absence prolongée de résultat, la réflexion politique sur la question des drogues illicites évolue enfin. Le fléau à combattre s'est mû en problème à résoudre, et la panique morale qui a longtemps présidé à la formation des représentations sociales et politiques sur le sujet cède progressivement le pas à des postures moins passionnées.

Les sciences humaines et sociales ont contribué à ce processus. Revendiquant distance et neutralité à l'égard de leur objet d'étude, elles ne défendent ni ne condamnent la prohibition par principe. Elles documentent et expliquent en revanche, dans un imposant corpus scientifique pluridisciplinaire, l'échec des politiques contemporaines de lutte contre la drogue. Les données acquises de la science, sur lesquelles les contributions réunies dans ce volume offrent des perspectives croisées, questionnent le bien-fondé de la répression. À l'heure où les signes d'une fragilisation de l'interdit se multiplient, tant au niveau international que national, ce livre invite à ouvrir, en France, le débat – largement

engagé à l'étranger – sur l'opportunité d'un assouplissement du droit.

La sortie de la prohibition et la régulation des drogues, politiquement impensables il y a quelques années, s'imposent désormais comme une réponse possible aux dangers, individuels et collectifs, que la consommation illicite massive de substances psychoactives fait courir à la société. Ainsi que le démontre Renaud Colson, loin des caricatures qui la décrivent comme une lubie libertaire défendue par une minorité de consommateurs hédonistes mais irresponsables, la légalisation des drogues est aujourd'hui la voie privilégiée d'une politique de sécurité, tout entière dédiée à la réduction des dommages et des risques sanitaires, ainsi que des menaces criminelles engendrées par l'usage et le trafic de stupéfiants. De manière contre-intuitive, la rigueur du droit est, en ce domaine, génératrice d'insécurité, et c'est la désescalade pénale qui pourrait constituer le garant efficace de l'ordre public et de la santé des populations.

L'interdit, réaffirmé sans cesse par la répression, se montre incapable de contenir la consommation. Il est, de ce point de vue, remarquable que le lien entre la rigueur de la loi et la prévalence de l'usage ne soit pas univoque, comme l'illustre Ivana Obradovic : en dépit d'une législation qui compte parmi les plus sévères d'Europe (supposée être dissuasive), la France est l'un des pays les plus consommateurs de cannabis, surtout parmi les jeunes. Quand néanmoins la loi parvient à exclure efficacement une substance du champ des usages, c'est au prix de la condamnation dogmatique de ses vertus thérapeutiques. L'histoire du LSD-25 proposée par Didier Acier montre comment ce médicament aux potentialités reconnues dans le contexte des soins

palliatifs et des troubles alcooliques fit les frais de la panique morale suscitée par le mouvement hippie, au point d'être exclu de la pharmacopée.

Les politiques répressives ne se contentent pas d'être simplement inefficaces ; leur mise en œuvre mine également les conditions d'épanouissement de politiques sanitaires, telles celles dites de « réduction des risques », devenues pourtant indispensables depuis l'irruption du sida. Marie Jauffret-Roustide expose ainsi les effets collatéraux de l'interdit des drogues sur ces politiques de santé publique, prenant comme objet d'analyse privilégié la résistance que rencontre l'ouverture, en France, de salles de consommation à moindre risque considérées comme nécessaires par de nombreux spécialistes.

L'impasse s'incarne avec plus de netteté encore dans la formation de toutes sortes de marchés illégaux : incapables de réduire une demande qui n'a cessé de croître, comme l'argumente Nacer Lalam, les politiques répressives ont également eu pour conséquence la constitution de dispositifs d'offre variés, devenus autant de bastions imprenables. Marchés que l'on aurait tort de croire simplement locaux, tant ceux-ci sont mondialisés. Ainsi que le montre Pierre-Arnaud Chouvy, l'échec de la guerre à la drogue s'apprécie également à l'échelle internationale et s'explique notamment par la priorité accordée à la répression des paysans producteurs au détriment d'une politique de développement alternatif cohérent.

Mais la remise en question de l'interdit légal de l'usage ne se justifie pas seulement par les conséquences néfastes, souvent inattendues, qu'il engendre. Ainsi que le fait valoir Patrick Pharo, la répression des toxicomanies au nom de l'ordre et de la santé publique contredit, plus fondamentalement, les principes libéraux de liberté individuelle.

Toutefois, le projet de réforme de la loi prohibitionniste reste tabou, au point de paraître impossible. Mais pour combien de temps encore ? Henri Bergeron identifie, en forme de conclusion, les circonstances nouvelles, qui, prises ensemble, paraissent composer des conditions favorables à un changement législatif dans un avenir proche.

Légaliser les drogues ?¹

Renaud Colson

Le consensus international qui a longtemps prévalu en matière de lutte contre les drogues se fissure. Depuis quelques années, les coups de canifs portés au dogme prohibitionniste se multiplient : légalisation de la feuille de coca en Bolivie, mise en œuvre de programmes de distribution contrôlée d'héroïne en Suisse et au Canada, dépénalisation de l'usage récréatif de cannabis dans un nombre croissant de pays, etc. Par-delà leur diversité, toutes ces politiques ont en commun de remettre en cause, de manière plus ou moins frontale, le principe d'interdiction de l'usage et du commerce, à des fins non thérapeutiques, de produits psychotropes jusqu'alors considérés comme indésirables. Le régime prohibitionniste établi dans la première moitié du XX^e siècle par la communauté internationale, et étendu depuis à des substances toujours plus nombreuses, peine, il est vrai, à remplir ses promesses. La montée en puissance de la « guerre à la drogue », menée depuis les années 1970, n'a pas eu les résultats escomptés. Au-delà de son incapacité à enrayer le développement de la consomma-

1. Ce texte a fait l'objet d'une première publication sur le site de la Vie des idées, le 14 décembre 2012, à l'adresse : <http://www.laviedesidees.fr/Legaliser-les-drogues.html>

tion et des trafics, ce sont les effets pervers de la prohibition en termes de santé et de sécurité publiques qui suscitent aujourd'hui le plus d'interrogations.

Devenus objets d'expertise, les politiques de lutte contre les drogues et la toxicomanie ont donné lieu à la production d'un imposant corpus scientifique pluridisciplinaire, mais le savoir des experts demeure souvent inaudible auprès des pouvoirs publics, *a fortiori* sur des sujets susceptibles de faire l'objet d'une forte instrumentalisation dans le débat politique. C'est le cas en France, où l'intention louable de protéger nos concitoyens du fléau des drogues conduit, par un artifice rhétorique discutable, à refermer la discussion sur le bien-fondé de leur interdiction avant même que ne puissent être évoquées les données acquises de la science. Celles-ci mettent pourtant en évidence les limites du traitement pénal des usagers de drogues et invitent à envisager un assouplissement du droit. Loin des caricatures qui la décrivent comme une lubie libertaire, la légalisation des drogues semble en effet être la voie obligée d'une politique de sécurité véritablement dédiée à la réduction des risques sanitaires et criminels engendrés par l'usage et le trafic de stupéfiants.

Les limites du traitement pénal des usagers de drogues

En matière d'usage illicite de stupéfiants, le droit français se caractérise par une remarquable continuité idéologique : les règles en vigueur ont une finalité éducative. La loi sert de rempart symbolique contre les drogues, et la réponse pénale tient lieu de pédagogie pour le drogué. Clairement exprimée dans les débats législatifs¹, mais

1. Voir en ce sens les débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi du 31 décembre 1970, relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses, dont un grand nombre de dispositions sont toujours en vigueur : Assemblée nationale,

également dans les rapports parlementaires¹ et dans les circulaires² qui règlent les évolutions les plus récentes du droit de la drogue, cette approche repose sur une conception de la peine jumelant mesure éducative et sanction punitive. Ainsi, l'usager de drogues peut être soumis à une obligation de soins dans le cadre d'une procédure judiciaire, le traitement étant prescrit par le procureur de la République, par le juge d'instruction ou par la juridiction de jugement (art. L3423-1, L3424-1 et L3425-1 du Code de la santé publique). La création par la loi du 5 mars 2007 du stage, obligatoire et payant, de sensibilisation aux dangers de l'usage des produits stupéfiants s'inscrit dans ce projet d'éducation par la peine (art. R131-46 et R131-47 du Code pénal). Relève également de cette logique une récente proposition de loi *visant à punir d'une peine d'amende tout premier usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants*. Ce texte, dont il n'est pas acquis qu'il sera adopté, est destiné à offrir un cadre plus adapté à la répression pénale des primo-usagers, jusqu'à maintenant passibles d'une peine d'un an d'emprisonnement. Il prévoit notamment que la contravention soit « accompagnée des coordonnées des centres spécialisés de soins aux toxicomanes les plus proches ».

La volonté de mettre l'institution pénale au service de la rééducation des usagers de drogues a été très tôt

séance du 29 juin 1970, JO, p. 6394-6402 et p. 3302- 3328 ; et Sénat, séance du 3 novembre 1970, JO, p. 1710-1731.

1. Voir en ce sens le *Rapport d'information sur les toxicomanies* de la Mission d'information sur les toxicomanies déposé le 29 juin 2011 sur le bureau de l'Assemblée nationale et sur le bureau du Sénat, spécialement les développements III, A, 2 sur l'impossible dépenalisation de l'usage, et III, A, 3 sur la nécessité de mieux assurer l'efficacité de l'interdit.

2. Ainsi la circulaire du 16 février 2012 relative à l'amélioration du traitement judiciaire de l'usage de produits stupéfiants indique-t-elle que « le maintien de la pénalisation de l'usage de produit stupéfiant est un volet essentiel de la *politique de prévention* aux conduites addictives » (souligné par nous).

contrecarrée par la réalité clinique et les pratiques judiciaires. Force est de constater l'échec, sur le terrain, du dispositif de soins obligatoires. Les objectifs de l'injonction thérapeutique se sont réduits à mesure que l'illusion de la cure réparatrice se dissipait, et le ministère de la Justice admet officiellement la faiblesse des résultats obtenus¹. Quant aux stages de sensibilisation aux dangers de l'usage des produits stupéfiants, leur impact sur le comportement des consommateurs apparaît limité². En revanche, le dispositif de répression de l'usage de stupéfiants a connu une destinée favorable, facilitée par l'imposant volet pénal de la loi de 1970, puis par le renforcement de l'arsenal juridique susceptible d'être mobilisé pour sanctionner la consommation illicite de drogues. L'article L3421-1 du Code de la santé publique, qui punit l'usage simple « d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende », est en effet flanqué d'incriminations complémentaires visant l'usager revendeur (art. 222-39 du Code pénal), l'usager prosélyte (art. L3421-4 du Code de la santé publique) ou l'usager conducteur (art. L235-1 à L235-4 du Code de la route).

Ce corpus juridique, qui définit l'usage de stupéfiants comme une déviance pathologique et envisage le système pénal comme un mode d'entrée dans le soin, a servi la répression des consommateurs de drogues au cours de ces dernières années³. À la faveur d'une politique

1. Voir en ce sens la circulaire précitée qui relève que « le dispositif actuel de l'injonction thérapeutique souffre d'un manque d'efficacité », p. 5.

2. Pour une première évaluation, voir *Ivana Obradovic*, « Les stages de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants », *Tendances*, 2012, n° 81, *OFDT*, 2012.

3. Jean-Paul Jean, « La répression aggravée des usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *Archives de politique criminelle*, 2009, vol. 1, n° 31, p. 145.

d'interpellation policière massive et de l'apparition de modes accélérés de traitement des délits, la punition des drogués est devenue une réalité institutionnelle. Les sanctions pénales pour usage de stupéfiants sont toujours administrées sur un mode aléatoire en raison du nombre pléthorique d'infractions commises et de l'absence de victimes les portant à l'attention des forces de l'ordre. Mais le nombre de condamnations a nettement augmenté¹. Chaque année, quelques centaines de personnes écopent d'une peine d'emprisonnement pour usage simple de stupéfiants, et plusieurs milliers sont l'objet d'une décision de justice inscrite au casier judiciaire pour les mêmes faits. Quant aux interpellations de consommateurs de drogues par la police, elles dépassent une centaine de milliers. Las, cette rigueur n'a pas réussi à enrayer la consommation massive de stupéfiants. Bien au contraire, la France, malgré son régime répressif, se classe parmi les pays européens où la prévalence de l'usage est la plus élevée, notamment chez les jeunes². Cet échec s'accompagne d'une difficulté logique à articuler l'idéal pénal rééducatif à une politique de réduction des risques.

Dépénaliser la consommation de drogues pour réduire le risque sanitaire

La politique dite de réduction des risques repose sur un raisonnement simple : « Il vaut mieux ne pas

1. Ivana Obradovic, « La réponse pénale à l'usage de stupéfiants », *Tendances*, 2010, n° 72, OFDT.

2. Voir en ce sens les enquêtes et données disponibles sur le site Internet de l'Observatoire français des drogues et toxicomanies [<http://www.ofdt.fr/ofdtdev/live/donneesnat.html>] [<http://www.ofdt.fr/statistiques-et-infographie/series-statistiques/classement-par-thematiques/>], ainsi que les tableaux de bord statistiques disponibles sur le site de l'Observatoire européen des drogues et toxicomanies [<http://www.emcdda.europa.eu/stats12>].

consommer de drogues, mais si certains en consomment néanmoins, il convient de les encourager à utiliser les produits les moins dangereux dans un cadre sécurisé¹. » À cette fin, il faut autoriser la distribution de matériel d'injection stérile et de produits de substitution et promouvoir l'ouverture de lieux d'accueil et de soins de première urgence destinés aux toxicomanes. Devant les succès sanitaires de cette stratégie, qui s'est développée à l'origine en dehors de tout cadre juridique et souvent à la limite de la légalité, les parlementaires les plus réticents se sont inclinés. Le principe de la réduction des risques a été consacré par la loi du 9 août 2004 qui organise la prévention « des dommages sociaux et psychologiques liés à la toxicomanie » (art. L3121-4 du Code de la santé publique). Cette reconnaissance légale révèle un véritable « changement de paradigme » de l'action publique² : elle fait passer au second plan la promotion de l'abstinence par la cure de désintoxication pour privilégier la sécurisation des pratiques de consommation des produits illicites. À ce titre, l'institutionnalisation de la réduction des risques fragilise l'idéal d'éradication des drogues et soulève de délicats problèmes de cohérence juridique.

Comment le droit peut-il conférer un statut légal à des dispositifs destinés à sécuriser les conditions de consommation de produits dont l'usage est par ailleurs interdit ?

1. Anne Coppel, « La réduction des risques liés à l'usage de drogues, stratégie de changement des politiques à l'égard des drogues », in Renaud Colson (dir.), *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 121. Pour une vue complète du sujet, voir l'expertise collective de l'Inserm publiée en 2010, *Réduction des risques chez les usagers de drogues*, disponible en ligne : <http://www.inserm.fr/thematiques/sante-publique/expertises-collectives>

2. Sur l'histoire de ce « changement de paradigme », voir l'ouvrage d'Henri Bergeron, *L'État et la toxicomanie. Histoire d'une singularité française*, Paris, Puf, 1999.

L'antinomie juridique, quand elle n'est pas passée sous silence, est le plus souvent résolue par une hiérarchisation des normes « en situation », l'interdit pénal s'effaçant à mesure que le risque sanitaire croît¹. Mais la contradiction entre la réduction des risques et la répression de l'usage demeure. C'est ainsi que le gouvernement de François Fillon a refusé l'expérimentation de salles de consommation à moindre risque (hâtivement nommées « salles de shoot » par les médias), malgré une expertise positive de l'Inserm², au motif que la priorité est de « réduire la consommation des drogues en France, non de l'accompagner³ ». Et si l'on peut se féliciter de l'annonce par la nouvelle ministre de la Santé, Marisol Touraine, d'une expérimentation prochaine de ces centres⁴, il faut également reconnaître que cette décision politique crée un conflit de normes dont la résolution passe, logiquement, par une dépénalisation de la consommation de drogues.

La dépénalisation s'accommode de la conservation d'une infraction d'usage à titre symbolique dès lors que le prononcé d'une peine est effectivement exclu. Mais elle peut s'entendre également comme abolition de l'interdit juridique pesant sur la consommation de drogues. Dans les deux cas, la création d'une infraction punissant l'usage de stupéfiants dans les lieux publics apparaît souhaitable, la pénalisation des comportements portant atteinte à l'ordre public étant compatible avec,

1. Une circulaire du 17 juin 1999 relative aux réponses judiciaires aux toxicomanies prévoit ainsi que « sont à proscrire les interpellations, du seul chef d'usage de stupéfiants, à proximité immédiate des structures "à bas seuil" ou des lieux d'échanges de seringues ».

2. Expertise collective de l'Inserm précitée, p. 209-231.

3. « M. Fillon s'oppose aux salles d'injection de drogues », *Le Monde*, 13 août 2010.

4. « Marisol Touraine favorable aux salles de consommation d'ici à fin 2012 », *Le Monde*, 22 octobre 2012.

pour ne pas dire requise par une démarche de réduction des risques. En revanche, sauf à sacrifier le développement de la politique de santé publique à destination des consommateurs de drogue sur l'autel de la pédagogie pénale, une mise en cohérence du droit français impose l'abrogation de l'article L3421-1 du Code de la santé publique qui punit le simple usage de stupéfiants « d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ». Cette réforme qui alignerait la législation française sur celle de la majorité des pays de l'Union européenne en matière de cannabis permettrait d'inscrire plus solidement la sécurité au cœur de la politique de lutte contre les drogues. Mais la dépénalisation de l'usage, si elle favorise la réduction des risques sanitaires et sociaux qui lui sont associés, n'aura guère d'impact sur les atteintes à la sécurité publique occasionnées par les trafics. Lutter efficacement contre cette menace criminelle impliquerait que soient légalisées la production et la distribution de stupéfiants.

Légaliser le commerce des drogues pour réduire le risque criminel

Quoique le lien entre criminalité et drogues illicites soit bien établi d'un point de vue statistique, leur relation apparaît complexe et contre-intuitive¹. Il est ainsi établi que la répression des usagers-revendeurs et des trafiquants et l'absence de régulation du marché, conséquences directes de la prohibition, expliquent une part

1. Serge Brochu, *Drogue et criminalité. Une relation complexe*, Montréal, Presses universitaires de Montréal, 2006. Voir également le n° 16 (2007, vol. 2) de la lettre d'information *Objectif drogues* publiée par l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT), spécialement consacré à cette question.

importante de la violence liée aux drogues¹. Il est impossible de déterminer l'impact qu'aurait la légalisation, c'est-à-dire l'autorisation par la loi de l'usage, de la production et de la distribution, de certaines des substances aujourd'hui interdites, sur le niveau général de la délinquance. Aucun pays ne s'y est jusqu'à maintenant essayé, et la comparaison avec la légalisation de l'alcool aux États-Unis, après que sa temporaire prohibition eut nourri la criminalité, soulève de délicats problèmes méthodologiques.

Plusieurs systèmes de légalisation sont concevables, dont les conséquences sur le niveau de la criminalité seraient différentes : une libéralisation totale de tous les stupéfiants, abandonnés à la loi de l'offre et de la demande, n'aurait assurément pas les mêmes effets que la légalisation contrôlée de certains d'entre eux, dans le cadre d'un monopole d'État encadré par un rigoureux dispositif sanitaire². Une augmentation générale de la consommation de produits psycho-actifs ne saurait être exclue mais elle n'est pas certaine : l'évaluation des politiques de tolérance mises en œuvre aux Pays-Bas démontre ainsi que la vente de cannabis en *coffee shops* n'induit pas de prévalence accrue de son usage dans la population³. Il est en revanche très probable que la réglementation de la production et de la distribution de substances aujourd'hui massivement consommées,

1. Dan Werb *et al.*, « Effect of Drug Law Enforcement on Drug Market Violence. A Systematic Review », *International Journal of Drug Policy*, 2011, n° 22, p. 87-94.

2. Pour une distinction et une présentation détaillée des différents modèles juridiques de contrôle des drogues, voir Francis Caballero, Yann Bisiou, *Droit de la drogue*, Paris, Dalloz, 2000, spécialement le chapitre consacré aux théories du droit de la drogue, p. 94-164.

3. Marije Wouters, Annemieke Benschop, Margriet van Laar, Dirk J. Korf, « Cannabis Use and Proximity to Coffee Shops in the Netherlands », *European Journal of Criminology*, 2012, vol. 9, n° 4, p. 337-353.

malgré leur interdiction, affaiblirait les acteurs de la criminalité organisée qui tirent une grande partie de leurs revenus de ce commerce. Le retour dans le giron de l'économie légale de ces trafics permettrait de réduire la violence qui lui est associée et de garantir la qualité des marchandises échangées en assurant leur traçabilité.

La légalisation de tout ou partie des stupéfiants n'est pas à l'ordre du jour. Elle suppose au préalable une évolution du droit international que les rapports de force politiques au sein de l'Organisation des Nations unies ne laissent pas entrevoir à court terme¹. Mais les risques pour la sécurité globale que font courir l'enrichissement et la militarisation des mafias, doublés du constat des effets pervers de la prohibition sur le terrain des droits fondamentaux et de la santé publique, nourrissent les initiatives internationales appelant à la fin de la « guerre à la drogue »². En France, un rapport récent fruit du travail d'un groupe de parlementaires présidé par l'ancien ministre de l'Intérieur, Daniel Vaillant, a proposé pour mieux lutter contre le cannabis de le légaliser à titre expérimental et dans le cadre d'un régime étroitement contrôlé³. Cette perspective, qui prétend apporter une réponse concrète à l'insécurité engendrée par le trafic de drogue dans un certain nombre de quartiers

1. Les indices d'une évolution sont néanmoins visibles : David R. Bewley-Taylor, *International Drug Control. Consensus Fractured*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

2. Voir par exemple le récent rapport de la Global Commission on Drugs Policy, qui réunit un certain nombre d'anciens chefs d'État et de hauts responsables internationaux [<http://www.globalcommissionondrugs.org>] ; ou la déclaration de Vienne rendue publique par un collège international d'experts en santé publique au terme de la XVIII^e Conférence internationale sur le sida [<http://www.viennadeclaration.com/>].

3. Daniel Vaillant *et al.*, *Légalisation contrôlée du cannabis. Pour mieux lutter contre le cannabis. Sortir de l'hypocrisie*, rapport du groupe de travail socialiste, radical, citoyen, Assemblée nationale, XIII^e législature, juillet 2011. Disponible en ligne : http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/rapport_vaillant.pdf

sensibles, ne fait pas l'unanimité au sein du Parti socialiste¹. Mais elle témoigne de la prise de conscience, chez certains acteurs les plus au fait des questions de sécurité, de l'impossibilité de conjuguer la prohibition d'un produit psycho-actif massivement consommé et la réduction de la criminalité.

Conclusion

Vouloir maintenir un interdit symbolique en se prévalant de la conviction qu'il est préférable de vivre sans drogue est respectable, mais il est irresponsable d'y voir une réponse juridique opératoire aux défis de santé et de sécurité publique que posent de manière aiguë la consommation et le trafic de stupéfiants.

L'interdit légal n'acquiert sa dimension structurante que s'il fait l'objet d'un consensus social clair allant de pair avec une application rigoureuse de la loi. L'un et l'autre font aujourd'hui défaut. La normalité de l'usage de stupéfiants est attestée par une consommation massive et par le traitement complaisant que lui réservent les médias populaires. Quant à la dimension industrielle prise par la production et les trafics de drogues malgré des décennies de lutte policière et judiciaire, elle suffit à ruiner l'espoir d'une riposte pénale significative.

Cette impasse explique les évolutions convergentes vers un assouplissement de la prohibition qui se dessine

1. L'actuel ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, apparaît farouchement opposé à cette perspective : « Certains de mes amis à gauche – dans une logique très libérale d'ailleurs – proposent la légalisation pure et simple. Je m'y oppose formellement. [...] En tant que progressiste qui n'aspire qu'à l'émancipation des individus, je ne peux me résoudre à tolérer la légalisation d'une nouvelle drogue. Toute substance qui contribue à l'aliénation des hommes est pour moi une hérésie. La légalisation serait une défaite morale et philosophique pour la gauche », Manuel Valls, *Sécurité. La gauche peut tout changer*, Paris, Éditions du Moment, 2011, p. 138-139.

aux quatre coins du globe. Les référendums ouvrant la voie à la légalisation de l'usage récréatif de cannabis dans les États du Colorado et de Washington en sont une nouvelle illustration. Il faut espérer que ces changements contribueront à persuader la classe politique française d'ouvrir un débat qu'elle renâcle à engager depuis trop longtemps.

Glossaire juridique

Contraventionnalisation : déclassement d'une infraction de la catégorie de délit à celle de contravention (l'infraction pénale la moins grave). La contraventionnalisation de l'usage de drogues aurait pour conséquence que celui-ci ne serait plus passible d'une peine d'emprisonnement, mais d'une simple amende.

Décriminalisation (anglicisme) : opération consistant à soustraire un comportement illicite à la sphère du droit pénal. Dans l'hypothèse d'une décriminalisation de la consommation de drogues, la prohibition reste en vigueur, mais l'infraction d'usage est supprimée. La décriminalisation peut donner lieu au maintien de sanctions administratives – sans inscription au casier judiciaire – ou à la suppression de toute sanction.

Dépénalisation : assouplissement de la sanction pénale prévue par la loi pouvant aller jusqu'à sa suppression pure et simple. En matière d'usage de drogues, la dépénalisation consiste généralement en la suppression des peines d'emprisonnement. On distingue la dépénalisation *de jure*, qui consiste à réduire les sanctions pénales par voie législative, et la dépénalisation *de facto*, lorsque, pour des raisons institutionnelles variées, une infraction n'est pas sanctionnée à la mesure de ce que prévoit la loi.

Légalisation : consécration par la loi d'une pratique jusqu'alors illicite. La légalisation des drogues implique

la reconnaissance des libertés d'en user, d'en produire et d'en faire commerce. Elle n'exclut pas une intervention de l'État régulateur qui peut imposer et organiser de manière plus ou moins restrictive l'exercice de ces libertés, comme c'est le cas pour l'alcool et le tabac. On parle alors de légalisation contrôlée.

Libéralisation : processus consistant à rendre plus libéral un ensemble de règles juridiques applicables à un objet ou à un comportement. La libéralisation des drogues, qui se pense nécessairement comme un affaiblissement de la prohibition, peut se limiter à une simple dépénalisation ou donner lieu à leur légalisation.

Prohibition : interdiction générale et absolue édictée par la loi. Appliquée aux drogues, elle proscrit leur usage, leur commerce et leur production sous peine de sanctions répressives. La prohibition n'exclut pas la production et l'usage de drogues dans un cadre scientifique ou thérapeutique réglementé.

Table

Introduction, par <i>Renaud Colson, Henri Bergeron</i>	5
Légaliser les drogues ?, par <i>Renaud Colson</i>	11
Le cannabis en France État des lieux et réponses publiques, par <i>Ivana Obradovic</i>	23
LSD : le retour de l'enfant terrible, par <i>Didier Acier</i>	35
Les salles de consommation à moindre risque. De l'épidémiologie à la politique, par <i>Marie Jauffret- Roustide</i>	45
Les marchés locaux de la drogue, par <i>Nacer Lalam</i>	55
La guerre contre la drogue. Bilan d'un échec, par <i>Pierre- Arnaud Chouvy</i>	65
La dépendance aux drogues à l'âge libéral, par <i>Patrick Pharo</i>	75
L'impossible réforme de l'interdit d'usage ?, par <i>Henri Bergeron</i>	89
Glossaire juridique.....	101
Bibliographie	103
Les auteurs	107

Les auteurs

Didier ACIER est psychologue, diplômé de l'université de Montréal (PhD), et psychothérapeute. Professeur en psychologie clinique à l'université de Nantes (laboratoire de psychologie des Pays de la Loire), il est spécialiste des addictions, avec ou sans substance. Il a récemment publié *Les addictions* (De Boeck, 2012).

Henri BERGERON est sociologue. Chargé de recherche au CNRS (Centre de sociologie des organisations), il est co-directeur de l'axe santé du LABEX Laboratoire interdisciplinaire d'évaluation des politiques publiques (LIEPP) et coordinateur scientifique de la Chaire Santé de Sciences Po. Il a notamment publié *Sociologie politique de la santé* (Puf, 2014), *Drugs and Culture. Knowledge, Consumption and Policy* (Ashgate, 2011), *Sociologie de la drogue* (La Découverte, 2009), et *L'État et la toxicomanie. Histoire d'une singularité française* (Puf, 1999).

Pierre-Arnaud CHOUVY est géographe. Chargé de recherche au CNRS (Prodig), ses recherches portent sur la production illégale d'opium et de cannabis. Il a publié *Opium. Uncovering the Politics of the Poppy* (Harvard University Press, 2010) et dirigé *An Atlas of Trafficking in Southeast Asia. The Illegal Trade in Arms, Drugs, People, Counterfeit Goods and Natural Resources in Mainland Southeast Asia*, (I.B. Tauris/

Irasec, 2013). Ses travaux peuvent être consultés sur : www.geopium.org

Renaud COLSON est juriste. Maître de conférences à l'université de Nantes (UMR CNRS Droit et changement social) et *honorary lecturer* à l'université de Cardiff, ses travaux portent sur le droit pénal comparé, l'institution judiciaire et le droit de la drogue. Il a notamment publié *The Transformation of Criminal Justice. Comparing France with England and Wales* (avec Stewart Field, L'Harmattan, 2011) et *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique* (PUR, 2005).

Marie JAUFFRET-ROUSTIDE est sociologue. Chargée de recherche à l'Inserm (Cermes3), elle est l'auteur de nombreux articles scientifiques sur les addictions et sur l'histoire de la lutte contre le sida. Elle mène actuellement une recherche comparative sur les politiques de réduction des risques en Europe, la place des savoirs profanes dans la construction des politiques publiques et les enjeux du débat sur les salles de consommation de drogues à moindre risque.

Nacer LALAM est économiste. Chargé de recherche à l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice et membre du collège scientifique de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies (OFDT), il est spécialiste de l'économie informelle. Il est l'auteur de nombreux articles sur l'économie de la drogue et a publié, avec Thierry Colombié et Michel Schiray, *Drogue et techno. Les trafiquants de rave* (Stock, 2000).

Ivana OBRADOVIC est sociologue. Elle est directrice adjointe de l'Observatoire français des drogues et des

toxicomanies (OFDT) et chercheure associée au Centre de recherche sociologique sur le droit et les institutions pénales (CESDIP). Ses travaux portent sur l'action publique liée aux drogues, en particulier dans le champ pénal.

Patrick PHARO, chercheur en sociologie morale, a été directeur de recherche au CNRS et directeur du CERSES (Centre de recherche Sens éthique société), UMR du CNRS. Il a notamment publié *La dépendance amoureuse* (Puf, 2015), *Ethica Erotica. Mariage et prostitution* (Presses de Sciences Po, 2013), *Plaisirs et dépendances dans les sociétés marchandes* (Éditions de l'université de Bruxelles, 2012), *Philosophie pratique de la drogue* (Cerf, 2011), *Raison et civilisation* (Cerf, 2006), *Morale et sociologie* (Gallimard, folio, 2004).

European Drug Policies

The Ways of Reform

Edited by
Renaud Colson and Henri Bergeron



European Drug Policies

The drug control regime established by the international community has not succeeded in curbing either the demand for, or the offer of, narcotics. But, despite a series of developments in the Americas – including the legalisation of cannabis in Uruguay and in several states in the United States of America – there is still little support in Europe for repealing drug prohibition laws. Nevertheless, a gradual policy convergence reveals the emergence of a European model favouring public health strategies over a strictly penal approach to combatting drugs, while growing transnational support for legalisation indicates the persistence of an alternative paradigm for drug policy. This book examines the various influences on drug policies in Europe, as grassroots movements, NGO networks, private foundations and academic research centres increasingly confront the prevailing discourses of drug prohibition. Pursuing an interdisciplinary approach and bringing together legal scholars, social scientists and practitioners, it provides a comprehensive and critical assessment of drug policy reform in Europe.

Renaud Colson is Associate Professor at the Law & Political Science Faculty of the University of Nantes.

Henri Bergeron is Research Fellow at the Centre for Sociology of Organisations, Sciences Po, CNRS, scientific coordinator of the Chair in Health Studies, and director of the Health Research Programme at the LIEPP (LABEX), Sciences Po.

This page intentionally left blank

European Drug Policies

The Ways of Reform

Edited by
Renaud Colson and Henri Bergeron

First published 2017
by Routledge
2 Park Square, Milton Park, Abingdon, Oxon OX14 4RN
and by Routledge
711 Third Avenue, New York, NY 10017
a GlassHouse book

Routledge is an imprint of the Taylor & Francis Group, an informa business

© 2017 selection and editorial matter, Renaud Colson and Henri Bergeron;
individual chapters, the contributors

The right of Renaud Colson and Henri Bergeron to be identified as the authors of the editorial material, and of the authors for their individual chapters, has been asserted in accordance with sections 77 and 78 of the Copyright, Designs and Patents Act 1988.

All rights reserved. No part of this book may be reprinted or reproduced or utilised in any form or by any electronic, mechanical, or other means, now known or hereafter invented, including photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publishers.

Trademark notice: Product or corporate names may be trademarks or registered trademarks, and are used only for identification and explanation without intent to infringe.

British Library Cataloguing in Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library

Library of Congress Cataloging in Publication Data

Names: Colson, Renaud, editor. | Bergeron, Henri, editor.

Title: European drug policies : the ways of reform / edited by Renaud Colson and Henri Bergeron.

Description: New York : Routledge, 2017. | Includes bibliographical references and index.

Identifiers: LCCN 2016030753 | ISBN 9781138915206 (hbk) |

ISBN 9781315690384 (ebk)

Subjects: LCSH: Drug control--Europe. | Narcotic laws--Europe. | Drugs of abuse--Europe.

Classification: LCC HV5840.E8 E9394 1996 | DDC 364.1/77094--dc23

LC record available at <https://lcn.loc.gov/2016030753>

ISBN: 978-1-138-91520-6 (hbk)

ISBN: 978-1-315-69038-4 (ebk)

Typeset in Baskerville
by Taylor & Francis Books

Contents

<i>List of illustrations</i>	vii
<i>List of contributors</i>	ix
<i>Acknowledgements</i>	xvii
<i>Foreword</i>	xix
European drug policies in context	1
HENRI BERGERON AND RENAUD COLSON	
PART I	
Regional dimensions of European drug policies	11
1 The politics of expertise and EU drug policy	13
MARTIN ELVINS	
2 Pathways to integration of European drug policy	27
CAROLINE CHATWIN	
3 The soft power of the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction	40
HENRI BERGERON	
PART II	
Domestic drug policies in Europe	57
4 Belgian drug policy	59
CHRISTINE GUILLAIN	
5 Danish drug policy	73
ESBEN HOUBORG	
6 French drug policy	87
IVANA OBRADOVIC	

7	German drug policy TILMANN HOLZER	100
8	Italian drug policy GRAZIA ZUFFA	114
9	Drug policy in the Netherlands JEAN-PAUL C. GRUND AND JOOST J. BREEKSEMA	128
10	Polish drug policy KASIA MALINOWSKA	149
11	Portuguese drug policy CAITLIN HUGHES	164
12	Spanish drug policy CRISTINA DÍAZ GÓMEZ AND EMILIANO MARTÍN GONZÁLEZ	182
13	Swedish drug policy JOHAN EDMAN	195
14	Swiss drug policy FRANK ZOBEL	206
15	Drug policy in the United Kingdom SUSANNE MACGREGOR	217
	PART III	
	Trends and prospects in European drug policies	239
16	Changing paradigms in drug policies in EU Member States: from digression to convergence FRANZ TRAUTMANN	241
17	The changing face of harm reduction in Europe DAGMAR HEDRICH AND ALESSANDRO PIRONA	254
18	Legal responses to drug possession in Europe: from crime to public health BRENDAN HUGHES	272
19	Cannabis social clubs in Europe: prospects and limits TOM DECORTE AND MAFALDA PARDAL	285
	<i>Index</i>	300

Contributors

Henri Bergeron is a CNRS Research Fellow at the Centre for Sociology of Organisations (Sciences Po), co-director of the Health Department of the Inter-disciplinary Centre for the Evaluation of Public Policies (Centre of Excellence – LABEX), and scientific coordinator of the Chair in Health Studies – Sciences Po. He is also the director of the Master on ‘Organisational Behaviour and Human Resources’ at Sciences Po and the scientific director of the Global Health Policy track at Sciences Po’s School of Public Affairs. He conducts research on public health, healthcare policy and changes in medical practice through the study of various subjects: illegal drugs, alcohol, obesity and cancer. His recent books include *Drugs and Culture. Knowledge, Consumption and Policy* (Ashgate, 2011, with Geoffrey Hunt and Maitena Milhet), *Sociologie politique de la santé* (PUF, 2014, with Patrick Castel), *Les drogues face au droit* (PUF, 2015, with Renaud Colson).

Joost J. Breeksema works as an independent drug policy researcher and is currently working in the harm reduction field for the Mainline Foundation. As president of the Dutch OPEN Foundation he organises academic conferences and promotes scientific research into psychedelic substances in the Netherlands and beyond. Among his recent publications are ‘The Beneficial Effects of Psychedelics, with a Special Focus on Addictions’ (*Current Drug Abuse Reviews*, 2014, with Rudie Kortekaas) and *Coffee Shops and Compromise: Separated Illicit Drug Markets in the Netherlands* (Open Society Foundations, 2013, with Jean-Paul Grund).

Caroline Chatwin is Senior Lecturer in Criminology at the University of Kent. She has more than 10 years’ experience researching European drug policy and has published a research monograph on this subject; *Drug Policy Harmonization and the European Union* (Palgrave Macmillan, 2011). More recently, she has worked as an advisor on European drug policy to the House of Lords and has participated in a special project on ‘Improving Global Drug Policy’ sponsored by the Brookings Institute. Her latest work examines the contribution that European drug policy can make to recent discussions on global drug policy reform.

Renaud Colson is Associate Professor at the Law and Political Science Faculty of the University of Nantes and Honorary Lecturer at Cardiff University. He

was previously British Academy Visiting Fellow at Cardiff University and Marie Curie Fellow at the European University Institute (Florence). He has written on a variety of subjects including comparative law, European law, drugs law and criminology. His most recent books are *Les drogues face au droit* (PUF, 2015, with Henri Bergeron) and *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice* (Cambridge University Press, 2016, with Stewart Field).

Tom Decorte is Professor of Criminology at Ghent University (Belgium) where he is the director of the Institute for Social Drug Research (ISD). He has co-founded the *Global Cannabis Cultivation Research Consortium* (GCCRC) and is currently trustee of the Board of the *European Society for Social Drug Research* (ESSD) and of the *International Society for the Study of Drug Policy* (ISSDP). Tom Decorte has published widely on patterns of substance use, on the supply side of cannabis markets, and on the development and implementation of local monitoring systems of drug policies. His recent publications include ‘The Globalisation of Cannabis Cultivation: A Growing Challenge’ (*International Journal of Drug Policy*, 2015, with Gary Potter), and ‘Cannabis Social Clubs in Belgium: Organizational Strengths and Weaknesses, and Threats to the Model’ (*International Journal of Drug Policy*, 2014).

Cristina Díaz Gómez is head of the Unit on Public Policy Evaluation within the *Observatoire français des drogues et des toxicomanies*. She holds a Master’s degree in Economics from the Universidad de Alcalá and an MSc in Health Economics from the Universidad Nacional de Educación a Distancia (Spain). Her main areas of expertise include public services and expenditure, law enforcement and health programmes’ evaluation. She regularly provides expertise on public policy and on evaluation research projects as scientific advisor in the field of drugs and drug addictions. She publishes reviews on a regular basis focusing on drug policy and drug law.

Ruth Dreifuss is one of the founding members and the current chair of the Global Commission on Drug Policy. From 1993 until 2002 she was one of the seven members of the Swiss Federal Council and head of the Swiss Federal Department of Home Affairs, overseeing public health, social security, and scientific research and higher education. Ruth Dreifuss was also the President of the Swiss Confederation in 1999. During the last fourteen years she has been active mainly in the fields of public health and intellectual property, abolition of the death penalty and drug policy. She is also chair of the Advisory Commission on Addiction of the Canton of Geneva and co-chair of the High Level Panel on innovation and access to medical technology, convened by the UN Secretary General.

Johan Edman is Associate Professor in History and deputy director at the Centre for Social Research on Alcohol and Drugs (SoRAD) at Stockholm University. His research focuses on historical analyses of social exclusion,

substance misuse treatment, and alcohol and drug policy. His recent publications include ‘An Ambiguous Monolith; The Swedish Drug Issue as a Political Battleground 1965–1981’ (*International Journal of Drug Policy*, 2013), ‘An All-embracing Problem Description; The Swedish Drug Issue as a Political Catalyst 1982–2000’ (*International Journal of Drug Policy*, 2013), and ‘Temperance and Modernity. Alcohol Consumption as a Collective Problem 1885–1913’ (*Journal of Social History*, 2015).

Martin Elvins is Lecturer in Politics and International Relations at the University of Dundee. He is the author of *Anti-Drugs Policies of the European Union. Transnational Decision-Making and the Politics of Expertise* (Palgrave Macmillan, 2003). Following a grant award from the UK Economic and Social Research Council (ESRC) he completed a research project entitled *UK and Dutch Counter-Drugs Policies in the Caribbean: A Comparative Analysis* during 2008 and 2009, including fieldwork in six countries. He has also published on transnational organised crime. More recently he has focused on various aspects of policing with an emphasis on practice in Scotland.

Jean-Paul Grund holds a Master’s degree in Clinical and Developmental Psychology and a PhD in Social Science. He is Research Director at the Addiction Research Centre (CVO) in Utrecht and a senior Research Associate in the Department of Addictology, First Faculty of Medicine, Charles University in Prague. He has published extensively on drug culture, drug-related harm, peer-driven harm reduction approaches and how these matters interact with public policies. Recent publications include ‘NPS in Europe: Special Issue’ (*Adiktologie*, 2016, with Lenka Vavrinčiková and Michal Miovský) and ‘“Should I Buy or Should I Grow?” How Drug Policy Institutions and Drug Market Transaction Costs Shape the Decision to Self-Supply with Cannabis in the Netherlands and the Czech Republic’ (*International Journal of Drug Policy*, 2015, with Vendula Belackova, Nicole Maalsté and Tomas Zabransky).

Christine Guillain is Professor of Law at Université Saint-Louis – Bruxelles and the director of the Groupe de recherche en matière pénale et criminelle (GREPEC). After having practised as a lawyer for several years, she now teaches penal procedure and criminal law. She is the author of *Introduction au droit pénal: Aspects juridiques et criminologiques* (PUSL, 2015, with Françoise Tulkens, Michel van de Kerchove and Yves Cartuyvels) as well as articles on drug policy. Recent publications include ‘Vos droits en matière de cannabis’ (*Prospective Jeunesse*, 2015) and ‘Sortir du champ pénal’ (*Politique: Revue de débats*, 2014).

Dagmar Hedrich is a psychologist with postgraduate qualification in the treatment of dependencies. She joined the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction in 2001, where she currently heads the Health Consequences and Responses sector. Her field of work covers health-related harms, drug treatment and harm reduction responses. She contributes regularly to EMCDDA publications, and has written book chapters, scientific papers and reviews on

harm reduction interventions and policies, on topics such as supervised drug consumption facilities, effectiveness of opioid substitution treatment in prisons, and assessment of infection risks and trends among people who inject drugs in Europe.

Tilmann Holzer has a background in political science and contemporary history. His Master's thesis was on the influence of the protestant ethic on the genesis of the international drug prohibition regime, *Globalisierte Drogenpolitik. Die protestantische Ethik und die Geschichte des Drogenverbotes* (Verlag für Wissenschaft und Bildung, 2002) and his PhD on the history of drug policy in Germany, *Die Geburt der Drogenpolitik aus dem Geist der Rassenhygiene: Deutsche Drogenpolitik von 1933 bis 1972* (Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2007) have been published. Tilmann Holzer has worked for the German Federal Drug Commissioner and is now working at the Federal Health Ministry of Germany.

Esben Houborg is Associate Professor at the Centre for Alcohol and Drug Research at Aarhus University (Denmark). His main areas of research are drug policy in a historical and contemporary perspective, criminological research particularly concerning law enforcement and the relationship between science and politics in policy making, policy implementation and urban studies of drug related issues. Recent publications include 'Construction and Handling of Drug Problems in Denmark from the 1870s to the 1980s' (*Nordisk Alkohol- & Narkotikatidskrift*, 2014), 'Drug Consumption Rooms and the Role of Politics and Governance in Policy Processes' (*International Journal of Drug Policy*, 2014, with Vibeke Asmussen Frank), and 'Addiction, Drugs and Experimentation: Methadone Maintenance Treatment Between "In Here" and "Out There"' (*Contemporary Drug Problems*, 2015, with Bjarke Nielsen).

Brendan Hughes has been working as a scientific analyst at the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction since 2001 in the field of national drug legislation. He manages the European Legal Database on Drugs (ELDD) which holds various comparative overviews and analyses on different topics relevant to drug laws: not only use, possession and trafficking laws, but also issues such as drug classifications, threshold quantities, alternatives to punishment, drug driving, procedures for classifying new substances as drugs, and regulatory frameworks for substitution treatment. He published the first European quantitative comparison of drug law sentencing and outcome statistics in 2009, and is currently working on a pilot index for comparing drug laws across countries and over time.

Caitlin Hughes is a criminologist and Senior Research Fellow at the National Drug and Alcohol Research Centre, UNSW, Australia. She has spent many years analysing the Portuguese decriminalisation of illicit drugs, studying both the policy process of reform and evaluating the reform outcomes. In 2010 she wrote the first independent academic review on the reform: 'What can we learn from the Portuguese decriminalisation of illicit

drugs?’ (British Journal of Criminology, with Alex Stevens). Her other research focuses on evaluating Australian drug laws and criminal justice policies (including laws on use/possession, threshold limits for drug trafficking, and alternatives to arrest) and monitoring trends in high-level drug trafficking.

Emiliano Martín González held the position of director of the first agency for drug users in Madrid and supervised, from 1988 to 1996, the planning project and implementation of the Strategy on Drugs for the Spanish capital city. He has been Deputy Director-General for the Spanish National Plan on Drugs from 1996 to 2003 and vice-president of the *Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías* Advisory Committee. As delegate of the Spanish Government, he was a member of the Advisory Committee of the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction and has taken part in several European meetings and Latin American summits on drugs. He collaborates as an expert with the Inter-American Drug Abuse Control Commission (CICAD). He has published, among others, *Manual de intervención en drogodependencias (Análisis e intervención social)* (Síntesis, 2004, with Elisardo Becoña Iglesias).

Ivana Obradovic is Deputy Director of the *Observatoire français des drogues et des toxicomanies* and Associate Researcher at *Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales* (CESDIP). Her main research interests are drug policy analysis and evaluation, cannabis policy issues in France and Europe and, most recently, in Uruguay and the United States. Recent publications include ‘La pénalisation de l’usage de stupéfiants en France au miroir des statistiques administratives: Enjeux et controverses’ (*Déviance et Société*, 2012), ‘Programmes d’échange de seringues en milieu pénitentiaire: Revue internationale des expériences’ (*Psychotropes*, 2013) and ‘Usages de drogues et société addictogène’ (*Adolescence*, 2015).

Susanne MacGregor is Honorary Professor of Social Policy at the London School of Hygiene and Tropical Medicine, at the Centre for History in Public Health (where she held a Leverhulme Emeritus Fellowship), and Professor Emerita at Middlesex University London, attached to the Drug and Alcohol Research Centre. She was programme coordinator for the UK Department of Health Drug Misuse Research Initiative from 2000 to 2009 and edited a collection based on this programme; *Responding to Drug Misuse: Research and Policy Priorities* (Routledge, 2010). With Linda Hantrais and Ashley Thomas Lenihan she recently edited *International and Interdisciplinary Insights into Evidence and Policy* (Routledge, 2016). She has been an associate editor of the *International Journal of Drug Policy* and is on the International Advisory Board of the journal *Drugs: Education, Prevention and Policy*.

Kasia Malinowska is the founder and director of the Global Drug Policy Program (GDDP) at the Open Society Foundations. Before joining Open Society, she worked for the United Nations Development Programme in New

York and Warsaw, where she developed and managed training and programmes on harm reduction, women's health, HIV, and medical ethics. She co-authored Poland's first national AIDS programme and has helped formulate policy at the Global Fund, the WHO, and the Millennium Challenge. She holds an MA in social work from the University of Pennsylvania and a PhD from Columbia University's School of Public Health. She speaks and publishes regularly on drug policy as it relates to women, social justice, health, human rights, civil society, and governance.

Mafalda Pardal is a PhD researcher at the Institute for Social Drug Research at Ghent University, where she is working on a three-year research project examining Cannabis Social Clubs in Belgium. Previously, she was an analyst at RAND Europe. Recent publications include 'Modeling the Structure and Operation of Drug Supply Chains: The Case of Cocaine and Heroin in Italy and Slovenia' (*International Journal of Drug Policy*, 2016, with Jonathan P. Caulkins, Emma Disley, Marina Tzvetkova, Hemali Shah and Xiaoke Zhang) and *Multi-national Overview of Cannabis Production Regimes* (RAND, 2013, with Beau Kilmer, Kristy Kruithof, Jonathan P. Caulkins, Jennifer Rubin).

Alessandro Pirona is a psychologist with a PhD in experimental psychology from Sussex University. In 2007 he joined the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction where he now works as a principal scientific analyst. He is responsible for the reporting on health and social responses to drug use and harms in the EU, with a particular interest in the functioning of European drug treatment systems. He has published several articles in journals such as the *Journal of Psychopharmacology* and *Neuropsychopharmacology*, as well as a number of key EMCDDA publications on Internet-based treatment, treatment for ageing drug users, and health responses to new psychoactive substances (NPS).

Franz Trautmann served as the head of the Unit of International Affairs at the Trimbos Institute for 15 years. He made substantial contributions in international drug policy as a senior researcher and advisor. Throughout his career, he developed, coordinated and executed an extensive range of international projects focused on drug demand reduction through prevention, treatment and harm reduction approaches. Recent publications include 'The Emergence and Influence of the Concept of Governance in the European Addiction Field' (ALICE RAP, 2014, with Susanne MacGregor and Nicola Singleton) and *A Report on Global Illicit Drugs Markets 1998–2007* (European Communities/RAND/Trimbos Institute, 2009, with Peter Reuter).

Frank Zobel is Deputy Director of Addiction Switzerland and a member of the National Advisory Board on Addiction of Switzerland. His former positions were with the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction in Lisbon, as policy analyst and coordinator of the European Drug Report, and with the University Institute of Social and Preventive Medicine in Lausanne, as external evaluator of the Swiss drug strategy. His recent publications include

Nouveaux développements concernant la régulation du marché du cannabis: De A (Anchorage) à Z (Zürich) (Addiction Suisse, 2016, with Marc Marthaler) and *Neue Tendenzen im Drogenbereich (NTD): Methamphetamin in der Schweiz* (Sucht Schweiz, 2015, with Marc Marthaler and Christian Schneider).

Grazia Zuffa is a psychologist and former Professor of Drug Addiction Psychology at the University of Florence (2000–2006). She is now responsible for research activity at Forum Droghe (a leading Italian NGO in the field of drug policies). She has been a member of the Italian National Committee of Bioethics since 2006. From 1987 to 1994, she was a member of the Senate of the Italian Republic. She was also a member of the National Scientific Committee on Drug Addiction (2006–2008). Her books include *I drogati e gli altri* (Sellerio, 2000), *Droghe e riduzione del danno: Un approccio di psicologia di comunità* (Unicopli, 2002, with Patrizia Meringolo) and *Cocaina: Il consumo controllato* (Edizioni Gruppo Abele, 2010).

European drug policies in context

Henri Bergeron and Renaud Colson

European drug policies in historical context

For much of human history psychoactive substances were geographically confined products, the use of which was restricted by limited availability and both formal (religious and political rituals) and informal regulation. Some of these mind-altering substances were propelled outside their traditional settings by the development of global commerce in the seventeenth and eighteenth centuries. Tobacco, coffee, opiates, cannabis, alcohol or coca became global commodities thanks to the rise of maritime European empires (Mills and Barton, 2007). Quickly escaping the therapeutic realm, psychoactive substances entered into nonmedical use. Wide popular consumption at times occasioned social alarm and political controversy. Yet official intervention long remained scarce.

Not only did the spread of psychoactive substances appeal to European elites, who sometimes indulged in the new intoxicants and often turned them into fashionable commodities, but it also served the interests of the wealthy and powerful who promoted the use of these products in the colonies and at home as a way to corrupt their opponents, pacify their soldiers and soothe their workers. In an era of *laissez-faire* economics with little control over private enterprise, the world's governments were mainly concerned with how best to tax the traffic, not how to suppress it (Courtwright, 2002, p. 165).

In the course of the nineteenth century, objections to non-medical drug use grew more vocal, invoking individual harm, social costs and moral considerations which generated increased regulatory pressure. Gradual medico-technological advances and the progressive 'medicalisation of political power' (Withington, 2014, p. 20) gave rise to the framing of drugs as a regulatory concept (Seddon, 2016). The association of particular substances with deviant groups or ethnic minorities fuelled social anxieties harnessed by moral entrepreneurs. By the beginning of the twentieth century the movement to restrict the production, the trade and the use of psychoactive substances gained momentum, both at national and international levels. European drug policies were born out of this great historical about-face which precipitated the shift in priorities of Western political elites from the promotion of intoxicants to their partial prohibition. International activism to form a

2 Henri Bergeron and Renaud Colson

global response to drug abuse actually preceded, and heavily influenced, the development of comprehensive domestic regulation of psychoactive substances in European states.

European powers in international drug policy

The negotiation of the 1912 Hague Opium Convention – the first treaty which set the trajectory of a century of drug control efforts – showed the lack of enthusiasm of European powers for an American drug control initiative which could endanger their economic interests. While colonial powers such as France and the United Kingdom defended their government monopolies of opium in their colonies, Portugal pledged to protect the Macao opium trade, and Germany, Switzerland and the Netherlands, which possessed pharmaceutical industries, objected to limitations on manufactured drugs (McAllister, 2000, pp. 31–32). Eventually, the 1912 Convention preamble stated that the international community was ‘determined to bring about the gradual suppression of the abuse of opium, morphine and cocaine’, but the treaty was a non-binding document with no implementation mechanisms.

Other conventions were negotiated in the following decades leading to the creation of a functional bureaucratic structure in order to implement this treaty framework, first organised under the banner of the League of Nations and then transferred to the United Nations in 1946. International law formalised a distinction between global licit markets controlled by oversight bodies and the illicit markets against which, initially, no enforcement response was designed at the global level. The configuration of this international drug control system owes much to the competition between states advocating an absolutist prohibitionist approach, led by the United States, and those promoting international regulation in order to manage commodity flows and encourage better domestic management of the issue. The majority of European states, which followed that second strand, led the opposition to strong supervisory bodies in the organisation of the licit market. European states also resisted American plans to secure an international agreement over an end to ‘all non-medical and scientific drug use’.

The Second World War changed the balance of power in international drug control. Before the end of the conflict, the US extracted commitments from Britain, France and the Netherlands to end opium monopolies, and new American predominance strengthened the position of control advocates.¹ The aim of drug supply minimisation which characterised the first drug control treaties was consequently reinforced with plans of bringing synthetic narcotics under control

1 In the following years, influential prohibitionist figures such as Henri Anslinger, the American representative to the Commission on Narcotic Drugs from 1945 to 1970 and possibly the most prominent actor in international drug control circles in the twentieth century, and Charles Vaille, a French civil servant singleminded in his focus on supply control, set the tone for the future of the regime (McAllister, 2000, pp. 89–90 and 168).

(1948 Synthetic Narcotics Protocol) and limiting agricultural production (1953 Opium Protocol). Yet the negotiation of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs shows that under the leadership of British officials, the majority of European states adopted the cause of ‘regulatory moderation’ in defeat of the American hard line (McAllister, 2000, p. 195). This development turned out to be temporary as the 1971 Convention on Psychotropic Substances and the 1988 Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances revealed a renewed resolve for international drug control, with the promotion of an ambitious target of eradication of non-scientific and non-medical use and the encouragement of states to pursue more aggressive domestic policies in the implementation of this objective. Here again, most European powers (with the exception of France and then Italy) defended a minimalist approach to the further development of the global drug prohibition regime as a whole (Friedrichs, 2008, pp. 113–133). But this did not prevent a strongly punitive interpretation of the drug control regime coming to dominate in the international arena in the last decades of the twentieth century.

European Union drug policy

Though framed as an international necessity from the early twentieth century, drug control was hardly a subject of regional cooperation in Europe before the 1970s. It was only when the threat of a ‘drug epidemic’ developed in the late 1960s that concern over this issue grew and an intergovernmental ‘co-operation group to combat drug abuse and illicit trafficking in drugs’ was set up in 1971, at the initiative of the French President Georges Pompidou, as France was going through a moral panic about drug abuse. The Pompidou group, which originally consisted of seven European countries – France, Belgium, Germany, Italy, Luxembourg, Netherlands, United Kingdom – was created to allow states to share their experience and knowledge in the field of drug abuse and drug trafficking. This informal group was incorporated by the Council of Europe in 1980, a time when the then European Communities (EC) had no stake in drug policies. Although still active, the Pompidou group, which has extended to new countries and now includes 38 states, has suffered from competition with the European Union.

The 1980s saw the development of transnational political interest in the drug issue in the European public sphere as demonstrated by a variety of resolutions and reports of the European Parliament. The creation, in 1989, of the European Committee to Combat Drugs (CELAD), an *ad hoc* political committee established by the European Council to coordinate drug-related activities within the EC, gave drugs a more prominent place on the European political agenda (Estievenart, 1995). With drug-related matters formally added to the area of competence of the European Union in 1991 (Maastricht Treaty), an EU drug policy slowly came into being (on this issue, see the chapter in this volume by Martin Elvins). The dynamics of European decision-making on drugs are complex. Beyond the

objective of tackling drug trafficking – a criminal activity which might benefit from the abolition of internal borders within an integrated union – the need to respond to European public opinion anxious about drug-related crime and addiction motivated European politicians to take action (Boekhout van Solinge, 2002, pp. 80–90). Once set in motion by the European Council, the Council and the Commission have produced a number of policy documents promoting harmonisation between Member States (discussed by Caroline Chatwin in her chapter).

The development of an EU drug policy is in line with a general constitutional evolution transforming the EU into a guarantor of the security and health of the nationals of the Member States. The Treaty on the functioning of the European Union explicitly provides regulatory powers to fight ‘illicit drug trafficking’ (Art. 83(1) TFEU) and reduce ‘drugs-related health damage’ (Art. 168 (1) TFEU). With a view to promoting research and facilitating evidence-based decision making, the institutionalisation of an EU drug policy included the establishment of a European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) (for the origins and development of this institution see the chapter by Henri Bergeron). Three ‘strategies’ were successively adopted by the European Council² presenting a comprehensive approach linking drug supply reduction, drug demand reduction, European coordination and international cooperation. Notwithstanding the Europeanisation of drug policy, national specificities still prevail in institutional responses to the drug issue in Europe.

Diversity of European domestic drug policies

In spite of their obligation to abide by the global prohibition regime and their shared commitment to EU policies, each European state has developed their own way of dealing with drug use and drug trafficking (Boekhout van Solinge, 2004). Within the international drug control framework, textual ambiguity allows states some leeway in the implementation of global prohibition. EU action, meanwhile, remains limited in scope and power. On the one hand, illicit drugs remain an area where subsidiarity reigns supreme and the autonomy of Member States prioritised, except when the objectives of the proposed action are not sufficiently achievable at the national level. On the other hand, when specific measures are eventually adopted by the Union, they either bring limited added value compared to international law (Kert and Lehner, 2013), or belong to the realm of soft law and appear toothless. No wonder, then, that at first sight plurality seems to prevail in European domestic drug policies.

The range of drug policy models is often highlighted by reference to the Swedish and the Dutch examples, two countries at either ends of a continuum from a very punitive form of drug prohibition to the most tolerant (see the chapters on Sweden by Johan Edman, and on the Netherlands by Jean-Paul C. Grund and

2 The last one was issued in 2012: European Council (2012) *EU Drugs Strategy (2013–20)*. Official Journal of the European Union C 402/1, 29.12.2012, pp. 1–10.

Joost J. Brecksema). But there is more to European diversity than coffee shops in the Netherlands and a Swedish policy of zero tolerance. And any attempt to describe European drug policies by reference to a scale of punitiveness falls short of conveying the complexity of the matter. The drugs issue cuts across a spectrum of controversial topics ranging from basic rights and freedoms, through public health policies including HIV prevention, to criminal justice responses. And each of these areas is influenced by national traditions and depends on the domestic politico-cultural environment.

When it comes to developing policy responses, the extent of the drugs problem itself seems to have less of an influence than institutional and political determinants among which are: political values, a particular notion of citizenship, the organisation of a given political system, specific legal and administrative traditions and institutional power balances, the role of expertise and the weight of science in shaping/framing public policy, degrees of independence and involvement of the medical profession and pharmacists, the access of social movements to the locus of public power and the legitimacy of these actions (compare the chapters on Denmark by Esben Houborg, and on Italy by Grazia Zuffa).

Many studies claim that the particularities of national public policies are due primarily to such singularities, which reflect cultural habitus. Berridge (1996) points out that common historical patterns can be discerned in the policies and policy instruments used in European countries (e.g., the laws passed against drug use and sale in the 1920s, then again in the 1970s, and those passed in the 1980s and 1990s in response to the HIV/AIDS epidemic), but most existing studies have drawn attention instead to the formal diversity of these relatively synchronous policy responses (compare the chapters on France by Ivana Obradovic, and on the United Kingdom by Susanne MacGregor). What should be emphasised here is that beyond their diversity, European drug policies are very much in a state of flux: most of them were subject to many reforms in recent decades and they now display a certain level of convergence.

Convergence of European drug policies

Starting in the mid-1980s in some European countries (see the chapter on Switzerland by Frank Zobel), and in the remainder from the following decade, the drug policies of European countries were reformulated through the beefing up of health and social provisions and by the design and extensive implementation of so-called ‘risk reduction’ instruments which most Member States had until then resisted (Bergeron, 2009). It gradually became clear in European countries that the strategic requirement that treatment *cure* drug addiction and, in some countries, the hysterical attempt to require abstinence, was not compatible with the risks implied by the growing HIV/AIDS epidemic. It is true that the implementation level of these policies (i.e., degree to which user populations are covered) and the accessibility of their programmes still differ considerably by country and ‘setting’ (e.g., prison, treatment centres). Some

measures are still subjects of controversy, such as the controlled distribution of heroin or medically supervised injection centres. Still, it can be said that a number of important harm and risk-reduction instruments (distribution of sterile injection equipment, extensive distribution of substitution substances, ‘low threshold’ treatment centres, targeted prevention campaigns, and so on) have now become part of the ‘legitimate’ strategy of most European states (see the chapter by Dagmar Hedrich and Alessandro Pirona). The European Union, meanwhile, officially recognised the importance of harm reduction measures by way of a Council recommendation adopted in 2003.³ This overall policy approach signifies that Member States have recognised – and (to varying degrees) are willing to assume the political consequences of that recognition – that drug use is not, as was thought in the 1970s and 1980s, a disease but, indeed, a lasting anthropological fact of Western societies, and that not only its causes but also its risk-heavy consequences have to be addressed.

Another example of convergence in European drug policies is the legal status granted to the use of drugs (without any aggravating circumstances) or to possession of drugs for personal use. In terms of both legislation and policies, European countries were deeply divided only 20 years ago as to appropriate responses for discouraging the use or possession of controlled substances for personal use. Rooted in history and tradition, penal justice emerges within a national context which overwhelmingly determines its character (Colson and Field, 2016, pp. 1–10), and we can observe an array of very different regimes when it comes to criminal justice systems in Europe. Nonetheless, recent developments within those systems reflect a tendency in which drug use offences are no longer punishable by prison sentences, with the complementary understanding that treatment and reintegration measures are to be preferred (see the chapter by Brendan Hughes). In a growing number of countries, drug use is no longer considered an offence (in this volume see the chapters on Germany by Tilmann Holzer, and on Spain by Cristina Díaz Gómez and Emiliano Martín González) thus allowing the development of grassroots drug users social clubs (see the chapter by Tom Decorte and Mafalda Pardal). Even in countries where it is heavily policed, personal use repression policy can be said to have undergone relative *de facto* (as opposed to *de jure*) depenalisation (see the chapter on Belgium by Christine Guillain), a process rendering unlikely the punishment with a court sentence of legally punishable behaviour.

The rise of harm reduction and partial and uneven decriminalisation of drug use in Europe followed such a multiplicity of paths that one may be tempted to emphasise differences over similarities. While some European governments have been early active proponents of a public health oriented approach in drug policy (see the chapter on Portugal by Caitlin Hughes), others still defend a morally inspired approach at the expense of harm reduction policies and continue

3 Council Recommendation of 18 June 2003 on the prevention and reduction of health-related harm associated with drug dependence, Official Journal of the European Union L 165, 3.7.2003, pp. 31–33.

prosecuting drug users (see the chapter on Poland by Kasia Malinowska). And the links between drug policy and other public policies, such as criminal, social or public health policy, vary between different countries. But in this landscape characterised by heterogeneity, commonalities have increased (see the chapter by Franz Trautmann) and in most European jurisdictions there has been a drift towards a more common approach to drug policy which includes the political recognition of a common experience of the drug phenomenon and a growing commitment to give the policy debate a scientific and rational foundation (as exemplified by the common European position during the last Special Session of the General Assembly of the United Nations on the world drug problem).⁴ In this respect, the existence of shared elements of expertise has contributed to increasing the similarities between European drug policies.

Purpose and structure of the book

Dutch tolerance towards cannabis and Swiss emphasis on harm reduction, once considered European exceptions to a punitive orthodoxy maintained by UN bureaucracy, are no longer a regional singularity. And the EU is no longer the only constituted intergovernmental structure to promote a move towards more pragmatic approaches.⁵ Signs of soft defection and systemic breaches now come from outside Europe and official calls to establish alternative regulatory regimes for drug control are now heard in other regions of the world (Bewley-Taylor, 2012; Boister, 2016). The long dominant punitive interpretation of the treaty system promoted by UN bodies under the influence of the United States has lost its appeal: the Special Session of the United Nations General Assembly on the world drug problem held in April 2016 may well have reaffirmed the commitment of the international community to a traditional prohibitionist approach,⁶ but it hardly conceals the growing tensions within the drug control regime.

New ways of governing addiction are gathering momentum and this is the time to take stock of European experiences. While the ideological context, bureaucratic politics and the policymaking process often seem to impede any deviation from the path initially set by public policy entrepreneurs, other historical phases offer examples of windows of opportunity for a policy change. After a long period

4 United Nations, Special Session of the General Assembly UNGASS 2016, European Union common position on UNGASS 2016. Available from: https://www.unodc.org/documents/ungass2016/Contributions/IO/EU_COMMON_POSITION_ON_UNGASS.pdf [Accessed: 22 June 2016].

5 See e.g. the Report on the Drug Problem in the Americas issued by the Organization of American States (OAS) in 2013, available from: www.oas.org/documents/eng/press/Introduction_and_Analytical_Report.pdf [Accessed: 22 June 2016]

6 Resolution adopted by the General Assembly of the United Nations. Our joint commitment to effectively addressing and countering the world drug problem, A/RES/S-30/1 (19 April 2016), Available from: [undocs.org/ A/RES/S-30/1](http://undocs.org/A/RES/S-30/1) [Accessed: 22 June 2016].

during which they were shaped by a grammar of public order, moral decline and medical treatment, two decades ago European drug policies entered a new phase.

The purpose of this book is to describe the origins and the outcomes of the slow transformation by which new priorities have emerged in European drug policy. The contributions to this volume reflect the various contexts and different outcomes which characterise domestic policies in Europe, and trace a gradual convergence in the emergence of a model favouring public-health strategies over a strictly penal approach to combating drugs.

Reflecting the diversity of functions generally assigned to comparative research, the book has two distinct, although related, goals. In terms of analytical purpose, it aims at describing drug policies in a variety of settings. From a more evaluative perspective, it also critically assesses these policies in order to increase knowledge about various national approaches and provide tools to reformers in search of successful models. Whereas a substantial proportion of social science research strives to develop indicators to measure the success of drug policies, this collection does not rely on a single evaluative approach. On the contrary, it highlights the weight of cultural tradition in policy-making and the impossibility of promoting a one-size-fits-all policy. The development of new metrics to measure drug policies is fundamental to continuous improvement in addiction governance (Ritter, 2009). But one should remember that policy transfers and legal transplants cannot be successfully undertaken without paying attention to local environment. The politico-cultural contexts from which policies, ideas and practices emerge have a significant impact on their potential for adaptation (Newburn and Sparks, 2004).

In the light of increasing evidence of the complexity of ‘policy convergence’, this book analyses the social and institutional conditions of drug policy reform in Europe from a variety of perspectives. It provides a transnational perspective as well as national case studies and offers a broad-stroke comparative analysis of European trends. The first part investigates the genealogy and the framework of European Union drug policy; it also offers a critical account of the governing tools used to promote European harmonisation (Part 1: Regional dimensions of European drug policies). The second part is devoted to case studies on twelve European Member States (Part 2: Domestic drug policies in Europe). These chapters describe the diverse evolutionary patterns followed by national drug policies in Europe starting with their origins and development from the early twentieth century onward in relation to the specific national history of drug use. Each of these chapters outlines the legal regime in force and delineates the drivers of change and conservative forces in current policy (including national, international and transnational institutions and advocacy groups...). The third part of the book provides an insight on contemporary trends in European drug policies (Part 3: Trends and prospects in European drug policies).

The contributions to this volume leave no doubt as to the importance of the ongoing shift in European drug policies. Policy makers in European countries increasingly share a common understanding of the drug phenomenon and even if they may differ on the most appropriate responses, there is a growing commitment, in what is a highly ideological area, to give drug policy a rational foundation.

From a public policy perspective, the development of harm reduction and the slow decriminalisation of drug use have mostly been the result of gradual and non-coordinated institutional transformation rather than major change as a result of explicit political choice. This incremental process of ‘layering’, adding new rules alongside existing institutions, has been cumulatively transformative but has left the prohibitionist framework almost intact. The question remains: how can the law confer legal status to harm reduction measures and drug users be fully included in the political community when drugs remain illegal? The legal paradox is often ignored, all the more as it can be circumvented in everyday politics. But the contradiction remains and will not be resolved unless we advance the reasoned debate on alternative options including *de jure* decriminalisation and regulated legalisation.

References

- BERGERON, H. (2009) *Sociologie de la drogue*, Paris: La Découverte.
- BERGERON, H. and COLSON, R. (eds.) (2015) *Les drogues face au droit*. Paris: Presses universitaires de France.
- BERGERON, H. and GRIFFITHS, P. (2006) Drifting Towards a More Common Approach to a More Common Problem: Epidemiology and the Evolution of a European Drug Policy. In Hughes, R., Lart, R. and Higate, P. (eds.). *Drugs: Policy and Politics*. London: Open University Press.
- BERRIDGE, V. (1996) European Drug Policy: The Need for Historical Perspectives, *European Addiction Research*. 2(4). pp. 219–225.
- BEWLEY-TAYLOR, D. R. (1999) *The United States and International Drug Control: 1909–1997*. London/New York: Continuum.
- BEWLEY-TAYLOR, D. R. (2012) *International Drug Control: Consensus Fractured*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BOEKHOUT VAN SOLINGE, T. (2002) *Drugs and Decision-Making in the European Union*. Amsterdam: CEDRO/Mets en Schilt.
- BOEKHOUT VAN SOLINGE, T. (2004) *Dealing with Drugs in Europe. An Investigation of European Drug Control Experiences: France, the Netherlands and Sweden*. The Hague: Bju Legal Publishers.
- BOISTER, N. (2001) *Penal Aspects of the UN Drug Conventions*. The Hague / London / Boston: Kluwer Law International.
- BOISTER, N. (2016) Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs. *Leiden Journal of International Law*. 29. pp. 389–409.
- CHATWIN, C. (2011) *Drug Policy Harmonization and the European Union*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- COLSON, R. (ed.) (2005), *La prohibition: Regards croisés sur un interdit juridique*, Rennes: Presses universitaires de Rennes.
- COLSON, R. and FIELD, S. (2016) *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- COURTWRIGHT, D. T. (2002) *Forces of Habit: Drugs and the Making of the Modern World*. Cambridge/London: Harvard University Press.

- ELVINS, M. (2003) *Anti-Drugs Policies of the European Union*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- ESTIEVENART, G. (1995) The European Community and the Global Drug Phenomenon: Current Situation and Outlook. In Estievenart, G. (ed.). *Policies and Strategies to Combat Drugs in Europe. The Treaty on European Union: Framework for a New European Strategy to Combat Drugs?* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. pp. 50–93.
- FRIEDRICHS, J. (2008) *Fighting Terrorism and Drugs: Europe and International Police Cooperation*. London: Routledge.
- HUNT, G., MILHET, M. and BERGERON, H. (eds.) (2011) *Drugs and Culture: Knowledge, Consumption and Policy*. Farnham/Burlington: Ashgate.
- KERT, R. and LEHNER, A. (2013) Content and Impact of Approximation: The Case of Drug Trafficking. In Galli, F. and Weyembergh, A. (eds.). *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU: The Way Forward*. Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles.
- NEWBURN, T. and SPARKS, R. (2004) Criminal Justice and Political Cultures. In Newburn, T. and Sparks, R. (eds.). *Criminal Justice and Political Cultures: National and International Dimension of Crime Control*. Cullompton: Willan Publishing. pp. 1–15.
- MCALLISTER, W. B. (2000) *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*. London: Routledge.
- MILLS, J. H. and BARTON, P. (2007) *Drugs and Empires: Essays in Modern Imperialism and Intoxication*. Basingstoke: Palgrave MacMillan.
- RITTER, A. (2009) Methods for Comparing Drug Policies: The Utility of Composite Drug Harm Indexes. *International Journal of Drug Policy*. 20. pp. 475–479.
- SEDDON, T. (2016) Inventing Drugs: A Genealogy of a Regulatory Concept. *Journal of Law and Society* (forthcoming 43/3).
- WITHINGTON, P. (2014) Introduction: Cultures of Intoxication. *Past and Present*. 222 (suppl. 9). pp. 9–33.
- YSA, T., COLOM, J., ALBAREDA, A., RAMON, A., CARRIÓN, M. and SEGURA, L. (2014) *Governance of Addictions: European Public Policies*. Oxford: Oxford University Press.

6. Western and Central Europe: towards a cohesive model for drug policies?

Renaud Colson and Henri Bergeron

INTRODUCTION

Just as the geography of Europe is disputed, so is its social and cultural identity. Shaped by a dense history, European states share a centuries-old institutional heritage. They have been engaged since the Second World War in a powerful process of political integration. And yet European nations remain diverse, with linguistic and cultural differences so entrenched that it is sometimes said that this very diversity is the first characteristic of “European civilization” (Wintle, 1997). This observation also applies to drug policy.

From the creation of European maritime empires which turned many psychoactive substances into global commodities in the seventeenth and eighteenth centuries (Mills & Barton, 2007) to the great historical about-face which precipitated the shift in priorities of Western political elites from the promotion of intoxicants to their partial prohibition, European states share a common history as a drug “distribution engine” (Courtwright, 2001, 53). They then contributed to the establishment of a global drug control regime which they are still unanimously implementing. And they now often speak with one voice when the drug issue is debated in international arenas, especially at the United Nations (UN), most often to champion human rights, prevention and treatment.

Yet, in spite of this political proximity, drug problems and drug policies are far from identical in European states. Against many indicators, diversity seems to prevail over similarity. Countries such as Portugal and the Czech Republic pioneered the decriminalization of drugs, while for many years in some parts of the Netherlands authorities have permitted the sale of cannabis via prosecutorial discretion and the “coffee shop” system. At the same time and to varying degrees, countries such as France, the UK and Hungary have focused their response on the criminalization of people who use drugs.

In order to account for this dialectic of diversity and unity in the field of drug policy, this chapter provides an overview of the drug issue and of the governance structure of drug policies in Europe. First, we review the latest available figures on the prevalence of illicit drug use and the state of national markets which show that Europe is not only a land of consumption and trafficking but also of production and exportation. We then demonstrate how the continental integration process and the rise of subnational actors, especially cities, has challenged the centrality of European states and led to the development of multilevel governance in the design of drug policies. Finally, we identify a cultural model of drug policy that favours treatment and reintegration of users rather than deprivation of their liberty. This model, in which harm reduction plays an important role, is now dominant in Europe even though variation between states still exists with regard to legal penalties and sentencing practices that punish drug offences. Our argument also turns the spotlight on various legal instruments, be they transnational, such as the European Union (EU) response to new psychoactive substances, or national, such as the

Portuguese decriminalization experience which demonstrate that Europe is a place of innovation in the field of drug policy.

THE BALKANS, AT THE MARGINS OF EUROPE?

While the boundaries of Europe are still to be determined, the Balkan Peninsula (sometimes called Southeast Europe) is clearly part of this geographical unit. Several of its states (Bulgaria, Croatia, Greece, Slovenia) belong to the EU and all others are, officially or not, candidates to the club.

Because of their position, between opiate-producing countries in the East and lucrative markets in the West, these states have long served as a drug-trafficking corridor known as the Balkans route. In the hands of organized crime, this channel reached a new dimension following the collapse of the Soviet empire and the Yugoslavian state (Glenny, 2008). Seizures of heroin at key stages of the route show that the region remains a transit region. Moreover, cultivation of cannabis in Albania has turned this country into a large-scale exporter to many neighbouring countries (UNODC, 2014). In spite of the visible availability of drugs, the frequency of drug use in the general population is comparable with the situation in other European states (EMCDDA, 2015a) with prevalence lower for some substances (e.g. heroin) and higher for others (e.g. cocaine).

The Balkan history of drug trafficking explains harsh local legislation which often punishes drug supply with mandatory minimum sentences (EMCDDA, 2014). Over the last decade, international cooperation within the Balkan Peninsula and between the EU and the Balkan countries that are candidates to the EU have increased. New multilateral instruments have been established to promote transnational law enforcement and to establish drug monitoring systems. It remains to be seen what results will be brought about on the ground by these institutional developments although one can reasonably expect growing legal convergence with the rest of European countries under the auspices of EU “soft power”.

DRUG USE AND THE DRUG MARKET IN EUROPE

The dark (or hidden) figure of drug offences makes it very difficult to adduce presumptive numbers regarding illicit drug use and drug trafficking. The gap between reported and unreported crimes exists for all violations but it is thought to be higher for drug offences. However harmful these crimes are for society, they are often victimless acts involving consenting parties and, as a result, they are rarely reported to the authorities. Official statistics exist, though, based on large-scale surveys and analysis of wastewater (EMCDDA, 2016a), and they provide rough estimates of the level of drug use in Europe. Mapping out the European drug market is even more difficult, as its size and structure can only be indirectly inferred from the estimate of drug users or derived from law enforcement agencies statistics (EMCDDA, 2016b). Observation is all the more complicated, as drug-trafficking patterns quickly change under the influence of globalization, technological changes and the development of the internet as a commercial medium. In addition to figures provided by national administrations, European data are gathered, analysed and synthesized in various reports by the European Monitoring Center for

Drugs and Drug Addiction (EMCDDA).¹ In spite of the methodological limits of all measures of crime and the specific institutional constraints influencing EU agencies, the EMCDDA has succeeded in producing knowledge and information considered to be reliable and legitimate in the institutional field of drug policy research (Bergeron, 2017). The following will accordingly rely on these findings to describe what is commonly known about the drug issue in Europe.

Drug Use Prevalence

In 2018 more than 92 million individuals aged 15 to 64 (over a quarter of the population in the EU) are estimated to have tried illicit drugs during their lives.² Young adults (aged 15–34) constitute a high portion of this number, especially with respect to recent drug use, as an estimated 18.9 million of them have used drugs in the last year. Poly-drug consumption is not rare and the number of substances in use has increased in the last decade.

Unsurprisingly, cannabis is the most common illicit drug, an estimated 87.6 million have tried it during their lives. More than 14 per cent of young adults have used cannabis in the last year and it is estimated that around 1 per cent of the European population are daily, or almost daily, users. These high rates of prevalence, which have slowly increased over the last decade, confirm the thesis of the normalization of cannabis in Europe; the recreational use of this drug has gradually been integrated into the lifestyles of an ever-larger part of the population (Pennay & Measham, 2016). This observation must nevertheless be qualified because great geographic diversity remains across the continent (e.g. while last year prevalence rates among 15- to 34-year-olds reached 21.5 per cent in France, it remained below 4 per cent in Hungary) and decreasing trends can be observed in a few countries (e.g. Denmark). This normalization is accompanied by an increasing trend in high-risk cannabis use (EMCDDA, 2015b) revealed by a larger number of individuals entering treatment for cannabis problems (more than 150 000 in 2016).

Compared to cannabis, other illicit drugs affect a more limited number of persons. Cocaine, the second most popular illicit drug used in Europe, has been tried by around 17.0 million European adults (aged 15–64), or 5.1 per cent of this age group, during their lives. Among young adults (aged 15–34) use prevalence last year reached 1.9 per cent, with higher figures in Southern and Western Europe. Although cocaine use appears stable over the last decade, a recent increase in high-risk use can be surmised from the growing number of socially well-integrated users entering specialized treatment for problems related to cocaine use. A number of other illicit psychotropic substances are used in Europe. MDMA, amphetamine and methamphetamine use, although recurrent, shows great disparity with methamphetamine consumption largely restricted to the Czech Republic and Slovakia. Ketamine, GHB, natural or synthetic hallucinogens and new psychoactive substance (NPS) use is also found. Although consumed both by recreational and chronic and marginalized drug users, their overall prevalence levels have been generally low.

The same can be said of opioid use, which remains relatively rare in Europe. Opioid use is nonetheless a major drug issue in Europe; the low prevalence rate, estimated at 0.4 per cent of the EU adult population (around 1.3 million users), should not divert attention from the high

¹ See <http://www.emcdda.europa.eu>

² Unless mentioned otherwise, the data provided in the following development comes from Chapter 2 of the EMCDDA (2018a) *European Drug Report*.

number of problematic heroin users (in contrast to other substances, there are few occasional users of heroin). Although heroin remains the most commonly used illicit opioid, licit synthetic opioids (such as methadone, buprenorphine and fentanyl) are now increasingly misused across the continent. Unsurprisingly, opioid use is the main reason for entering specialized drug treatment in Europe. Following the two main waves of heroin addiction in the mid-1970s and in the mid- to late-1990s, opioids remain associated with the more harmful practice of injection and account for much of the morbidity and mortality related to drug use. In spite of these developments, and the existence of an ageing population of problematic poly-drug users (which seems to be here to stay) the spectre of a US-like crisis has been kept at bay for now.

The Drug Market

Long considered a land of drug consumption importing from southern countries, Europe remains a major market for the consumption of illicit drugs produced abroad and smuggled in through a variety of channels. But it has also become an area of production, as evidenced by the shutdown of synthetic drug laboratories and cannabis growing facilities. Keeping in mind the persistence of important knowledge gaps and underreporting risks, it is estimated that the EU retail drug market was worth at least €24 billion (range €21 to 31 billion) in 2013.³ The organizations involved in this market range from lone individuals or small-scale groups often involved in “social supply” to large profit-oriented criminal organizations. While it is common for organized crime groups to diversify with multiple drugs, the market segmentation allows for a sectoral analysis based on substances.

The cannabis retail market is the biggest in the European illicit drug market. It is estimated at over €9 billion, just under two-fifths of the total illicit market in drugs. Europe has for many years imported Moroccan and Afghan cannabis resin, but police seizures also suggest the importation of marginal volumes of cannabis herb from Africa and America. More recently Europe has become a herbal cannabis zone of production. In the last 15 years, domestic production – be it small-scale cultivation or major plantations – has developed and partly displaced imported resin in some countries (EMCDDA, 2012; EMCDDA, 2017a). This shift goes hand in hand with the increased potency of herbal products in recent years due to sophisticated production techniques and the production of new strains of hybrid cannabis. Given the sheer scale of the market, organized crime has come to play a major role in cannabis trafficking in Europe alongside small “social suppliers” with no mercantile intent. Key players include Moroccan, Dutch, Vietnamese and Albanian-speaking groups which run cannabis plantations, supply equipment and know-how across borders, and smuggle cannabis into and within the EU. Despite the Europeanization of the cannabis trade by transnational criminal groups, retail markets remain segmented along national borders. This diversity, which appears dependent on legislative differences and the varying degree of tolerance towards cannabis, is reflected in the level of market overlap between cannabis and other drugs.⁴

³ Unless mentioned otherwise, the following data comes from the EMCDDA and Europol joint publication, *EU Drug Markets Report: In-depth Analysis* (EMCDDA/Europol, 2016).

⁴ It might be that the greater the tolerance towards small-scale cannabis trade and cannabis social clubs, the more specialized the cannabis market ... and the less the overlap between the various drug markets (EMCDDA/Europol, 2016, 69).

Compared to the cannabis market, which is partly supplied by local production, most opioids consumed in Europe are manufactured from opium production in South-west Asia, principally Afghanistan, and smuggled to Europe, especially through Turkey and the Balkans. Heroin predominates in this market, estimated to be worth over €6.8 billion annually (the second largest retail drug market in Europe), but the opioid market has grown with substitution medicines and new synthetic opioids now available to consumers. Like heroin, the cultivation of coca and the production of cocaine occur almost exclusively outside Europe. The drug is produced in South America then transported by sea and air to Europe following various trafficking routes, via Colombia, Brazil, Venezuela, the Caribbean and West Africa. Feeding an estimated €5 billion retail market, almost one-quarter of the total illicit market in drugs, this profitable industry appears to be in the hands of highly innovative criminal groups using sophisticated techniques and corruption to secure the entire transportation chain from America to Europe. Interacting with the cocaine market, synthetic stimulants (amphetamine, methamphetamine and MDMA) are for the most part produced in Europe, mainly Benelux and central Europe (EMCDDA, 2015c). This production, which fuels a European market estimated at around €2 billion, is also partly exported to the Americas and Australia. In addition to these well-known synthetic drugs, a market for new psychoactive substances is currently developing, as evidenced by seizure data from law enforcement agencies. The increased commodification in the NPS market is revealed in the cat and mouse game whereby drug control legislation is circumvented by the synthesizing of new substances such as synthetic cannabinoids. These new drugs, often manufactured in China then shipped to Europe, are easily available through the web as well as in “bricks-and-mortar” shops making the most of regulatory framework deficiencies.

MULTILEVEL GOVERNANCE OF DRUG POLICY IN EUROPE

Confronting the drug issue in Europe has long been seen as a task to be performed at the national level under the auspices of the international drug control regime, the establishment of which most European states have contributed to. During most of the twentieth century, European states abided by their expanding obligations to restrict the production, trade and use of psychoactive substances with no regard for each other’s internal strategies. Since the 1970s, though, the accelerated deepening of the integration process of the continent has resulted in the development of a distinct transnational European drug policy on top of national policies (Colson & Bergeron, 2017). Simultaneously, the last decades have seen the rise of subnational actors, especially cities, in the design of local responses to drug issues. This relative erosion of the state has weakened the dichotomy between domestic and international politics traditionally used to explain the policy-making process in drug policy. As European political systems seem characterized both by increased unity and increased fragmentation, multilevel governance (Bache, 2012) offers an appropriate analytical framework to better understand the dynamics at play and discuss the existence of European convergence in the field of drug policy (Chatwin, 2011, 149–164). This necessitates the identification of three distinct territorial tiers: transnational, national and subnational.

Transnational European Drug Policy

Though framed as an international necessity from the negotiation of the first opium conventions, drug control was hardly a subject of regional cooperation in Europe before the 1970s. It was only when the threat of a “drug epidemic” developed in the late 1960s that an inter-governmental “co-operation group to combat drug abuse and illicit trafficking in drugs” was set up in 1971 to allow European states to share their experience and knowledge in the field of drug abuse and drug trafficking (Nagler, 1987). This group (named after its instigator, the French President Pompidou) now includes 38 states.⁵ Although still active, it has suffered from competition with the EU, now the major actor of transnational drug policy in the region.

The development of political interest in the drug issue beginning in the 1980s, in what was then the European Community (EC), is demonstrated by a variety of European Parliament resolutions and reports. The creation, in 1989, of the European Committee to Combat Drugs (CELAD), an *ad hoc* political committee established by the European Council to coordinate drug-related activities within the EC, gave drugs a more prominent place on the European political agenda (Estievenart, 1995). With drug-related matters formally added to the area of competence of the EU in 1991 (Maastricht Treaty), an EU drug policy slowly came into being. Such a development is in line with a general constitutional evolution transforming the EU into a guarantor of the security and health of the nationals of the Member States. In its latest version (2009) the Treaty on the functioning of the EU explicitly provides regulatory powers to fight “illicit drug trafficking” (Art. 83(1)) and reduce “drugs-related health damage” (Art. 168 (1)).

The dynamics of European decision-making on drugs are complex. Beyond the objective of tackling drug trafficking – a criminal activity which might benefit from the abolition of internal borders within an integrated union – the need to respond to European public opinion anxious about drug-related crime and addiction motivated European politicians to take action (Boekhout Van Solinge, 2002, 80–90). With a view to promoting research and facilitating scientific based decision-making, the institutionalization of an EU drug policy included the establishment of a European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA). Once set in motion by the European Council, the Council and the Commission produced a number of policy documents promoting harmonization between Member States. Three “strategies” were successively adopted by the European Council⁶ presenting a comprehensive approach linking drug supply reduction, drug demand reduction, and European coordination and international cooperation.

The EU has rarely resorted to binding legal instruments to bring Member States’ drug laws closer in line (for example, by laying down minimum penalties in the field of illicit drug trafficking⁷ or by requiring the ban of specific NPS at the EU level⁸). Indeed, much of European

⁵ See <https://www.coe.int/en/web/pompidou>

⁶ The last one was issued in 2012: European Council (2012) *EU Drugs Strategy (2013–20)*. Official Journal of the European Union C 402/1, 29.12.2012, 1–10.

⁷ Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking. Official Journal of the European Union L 335, 11.11.2004, 8–11

⁸ Directive (EU) 2017/2103 of the European Parliament and of the Council of 15 November 2017 amending Council Framework Decision 2004/757/JHA in order to include new psychoactive substances in the definition of “drug” and repealing Council Decision 2005/387/JHA. Official Journal of the European Union L 305, 21.11.2017, 12–18.

harmonization of domestic policies has been brought about through the constitution of transnational networks of domestic experts and the development of “soft law” such as the formulation of resolutions, recommendations, guidelines and action plans. There is some evidence that this institutional mix has brought about policy convergence among the Member States and even beyond, in neighbouring countries who are candidates to join the EU or associated in one way or another with the EMCDDA (Bergeron, 2011). Nevertheless, national specificities still prevail in institutional responses to the drug issue in Europe.

EU RESPONSE TO NPS

The EU response to NPS offers a good example of the way the EU used drug policy to develop the European integrationist project. Soon after the EU was given new powers to combat drug addiction and drug trafficking (Maastricht Treaty in 1993), designer drugs started to find an established user-base on the recreational drug scene (King, 2011). Combined with the scarcity of data available on the subject, this made these new substances an ideal object of regulation for applying new European competencies (Colson, 2017).

In a European Joint Action adopted in 1997 and a 2005 Council Decision (2005/387/JHA), the EU targeted synthetic drugs with “limited therapeutic values” not listed in the UN Drug Conventions but which nonetheless pose a “serious threat to public health”. It established a three-step process encompassing: (1) a rapid information exchange on NPS (the so-called early warning system) involving Member States and several EU agencies; (2) a risk assessment by a scientific committee set up at the European level, and (3) a decision-making process led by the European Commission and the Council to bring NPS substances under a pan-European ban. Ultimately, once the European procedure is complete, Member States have the obligation to submit the new substance identified by the Council to control measures and criminal penalties as provided for under their national legislation, by virtue of their international commitment to the international drug control regime (Art. 9).

Since NPS made their way to the top of the EU drug policy agenda, the number of substances identified as well as monitored by the EU has continued to increase, reaching almost 100 new substances in 2015 (570 substances from 2005 to 2015). Compared to this figure, the number of risk assessments remained low. This discrepancy led to the amendment of the Council decision⁹ to allow for a swifter legal response. The limits of the framework established by the EU is further provided by a comparative perspective on Member States’ domestic law (EMCDDA, 2015e). National governments have developed different legal responses to NPS. While some countries have used consumer safety or legislation on medicines to outlaw the distribution of NPS, others have extended and adapted existing drug laws to include new substances, while a third group has devised new legislation to specifically tackle NPS. Member States’ laws in the field of NPS remain diverse in spite of the EU’s effort to provide a common framework to deal with the problem.

⁹ Regulation (EU) 2017/2101 of the European Parliament and of the Council of 15 November 2017 amending Regulation (EC) No 1920/2006 as regards information exchange on, and an early warning system and risk assessment procedure for, new psychoactive substances. Official Journal of the European Union L 305, 21.11.2017, 1–7.

National European Drug Policies

In spite of an obligation to abide by the global prohibition regime and a shared commitment to EU policies, each European state has developed their own way of dealing with drug use and drug trafficking (Boekhout Van Solinge, 2004, esp. Ch. 6). Within the international drug control framework, textual ambiguity allows states some leeway in the implementation of global prohibition. EU action, meanwhile, remains limited in scope and power. On the one hand, illicit drugs remain an area where subsidiarity reigns supreme and the autonomy of Member States is prioritized, except when the objectives of the proposed action are not sufficiently achievable at the national level. On the other hand, when specific measures are eventually adopted by the EU, they either bring limited added value compared to international law (Kert & Lehner, 2013), or belong to the realm of soft law and appear toothless. In spite of their dual commitment to UN drug control conventions and EU instruments, European domestic drug policies are varied: while some states faithfully implement the prohibitive norm at the regime's core, others have been engaging in "soft defection" for many years (Bewley-Taylor, 2012).

The range of European drug policy models is often highlighted by reference to the Swedish and the Dutch examples, two countries at either ends of a continuum from a very punitive form of drug prohibition to the most tolerant (Chatwin, 2016). But there is more to European diversity than coffee shops in the Netherlands and a Swedish policy of zero tolerance. And any attempt to describe European drug policies by reference to a scale of punitiveness falls short of conveying the complexity of the matter.

When it comes to developing policy responses the extent of the drugs problem itself seems to be less of an influence than institutional and political determinants among which are: political values, a particular notion of citizenship, the organization of a given political system, specific legal and administrative traditions and stable institutional power balances, the role of expertise and the weight of science in shaping/framing public policy, degrees of independence and involvement of the medical profession and pharmacists, and the access of social movements to the locus of public power and the legitimacy of these actions. Many studies claim that the particularities of national public policies are due primarily to such singularities, which, in the last analysis, reflect cultural habitus. Thus, for example, neither the French nexus between a strongly institutionalized harm-reduction model and an enduring repressive legal framework (Obradovic, 2017), nor the Italian to-ing and fro-ing from decriminalization to harsh punishment of drug use (Zuffa, 2017) can be explained without taking account of their respective political histories and cultural idiosyncrasies. The process of drug policy reform is always heavily influenced by local constitutional features: Switzerland's early innovations in harm reduction owe much to the country's federal structure and dispersion of powers (Zobel, 2017). While common historical patterns can be highlighted in the policies and policy instruments used across Europe (e.g. the laws passed against drug use and sale in the 1920s, then again in the 1970s, and those passed in the 1980s and 1990s in response to the HIV/AIDS epidemic) (Berridge, 1996), national case-studies have drawn attention to the formal diversity of these relatively synchronous policy responses and to the influence of individual contributions in the shaping of these responses. National drug policy trajectories are not only determined by cultural legacies but also by prominent public figures (be they civic leaders, public health professionals or academics), as demonstrated by the liberal Portuguese reforms (Hughes, 2017) and the more conservative Polish example (Malinowska, 2017).

DECRIMINALIZATION: THE PORTUGUESE EXPERIENCE

Portuguese drug policy has attracted significant attention in the media and the international arena. In an early departure from a traditional repressive model, Portugal decriminalized drug use at the beginning of the twentieth century. Characterized by a generally low level of illicit drug use yet a high degree of problematic heroin use, the late 1990s offered a window of opportunity for this reform. In a post-dictatorship constitutional context which placed a strong emphasis on human rights, the increased visibility of the drug problem created an agenda-setting opportunity for reform. Vocal advocates among criminal justice officials and within the health sector challenged the benefits of criminalization. National expert bodies highlighted systemic flaws in Portuguese drug policy: they questioned the abstinence model and argued in favour of prevention and harm reduction. These recommendations were widely discussed and eventually implemented in full (Hughes, 2017).

Under Portuguese law 30/2000 the possession of any illicit drug for personal use remains illegal. However, the status of this act has been downgraded from a criminal offence to an administrative one dealt with under an administrative procedure. According to the new law, any person caught in possession of no more than ten daily doses of drugs (an amount which had been established in a previous regulation) will have their drugs seized and will be reported to a regional Commission for the Dissuasion of Drug Abuse (CDT). In theory, users found in possession of more than ten daily doses can still be prosecuted in a criminal court for a criminal offence but in practice most people convicted under Portuguese drug law are traffickers.

The CDTs assess drug users arrested by the police. Composed of a legal expert, a health professional and a social worker, these commissions explore the pattern of drug use of the referred offenders. In order to treat addiction, the CDTs determine the most appropriate interventions, which include warnings, bans on going to certain places or meeting certain people, obligations to undergo drug treatment, removal of professional licence, community service, fines ... The vast majority of CDT rulings are suspended sentences for non-addicted users and provisional suspensions with an agreement to undergo treatment for addicted users. In addition to this legal response, Portuguese drug policy includes harm-reduction interventions such as drop-in centres and shelters for addicts, mobile centres for the prevention of infectious diseases, low threshold substitution programmes, syringe exchange schemes ...

Subnational European Drug Policies

In European countries, the definition of a drug policy in line with international and EU requirements lies essentially with the national government. In the last three decades, though, local authorities have taken control over various aspects of the public response to drug issues. In this respect, cities have become more autonomous political actors. Observed in many domains, even in unitary states such as France and the UK, the discharge of legally regulated tasks by local decentralized public bodies has notably occurred in the field of health and social services, and police interventions. Cities have often been overshadowed in the analysis of drug policies focused at a higher level. Yet it is precisely at the local level, in big metropolises such as

Frankfurt, Glasgow, Barcelona, Marseilles or Zurich, that new strategies to address the drug problem have often been designed (EMCDDA, 2015d).

It is not surprising that cities have become kingpins of innovation in drug policy. More than two-thirds of the European population live in urban areas, which are usually at the forefront of social and cultural shifts, including changes in the use of psychoactive substances. Large metropolises display structural features likely to increase both recreational and problematic consumption as well as drug trafficking (e.g. transportation hubs, large nightlife areas, deprived neighbourhoods). This, in turn, can sometimes create a strong pull-effect on drug users living on the outskirts of a city. This process was observed in the 1980s when open drug scenes of sometimes hundreds of users multiplied in European cities. Born out of the concentration of drug users around harm-reduction services, these open scenes dramatically confronted citizens with drug use and drug dealing (see, 20 years apart, Bless et al., 1995, and Waal et al., 2014).

The increased visibility of the health and social risks – especially public disorder – associated with drug use contributed heavily to the development of drug policies in many municipalities. Formulated under the control of city constituencies, these policies are influenced by local administrative authorities (e.g. health and social services, public order agencies) as well as various activist groups. Local non-governmental organizations (NGOs) operating on the front line of harm reduction have often pushed for new measures to be implemented (e.g. low threshold shelters, needle and syringe exchanges, drug consumption facilities). This type of advocacy, in turn, has often met with opposition from local communities opposed to the creation of such facilities. To smooth these antagonisms, city governments have often proved able to develop coordination schemes between key local actors and to address drug-related problems with a policy “mix”, where repressive elements are included in social work, and elements of care are included in police operations (Kübler & Wälti, 2001).

Local tensions between different visions of the drug issue (i.e. public health v. public order) reflect divergences that also characterize drugs policies at the national and international political level. Urban experimentation has allowed for the pacification of ideological conflicts between voluntary sectors and local communities in favour of a more pragmatic approach. This collective learning process has subsequently contributed to shaping transnational and domestic policies according to a “bottom up” approach as cities came together to establish cooperative networks¹⁰ in order to exchange political agendas and promote good practices (ECDP, 2001). A good example of this can be found in the European Cities on Drug Policy (ECDP), a pro-harm-reduction platform led by civic leaders from the cities of Amsterdam, Frankfurt, Merseyside and Zurich. Created in the early 1990s, this platform highlighted the limits of existing policies and contributed to the definition of a pan-European model of drug policy.

¹⁰ Thus, concurring city networks which promoted opposing approaches in urban drug policies were created in the 1990s: the liberal European Cities on Drug Policy (ECDP) on the one hand and, on the other hand, the more conservative European Cities Against Drugs (ECAD), still active online.

A EUROPEAN CULTURAL MODEL FOR DRUG POLICY¹¹

Although variation exists between European states regarding legal penalties and the sentencing practices to punish drug supply (EMCDDA, 2017c), reaching a binding agreement on the legitimacy of harsh repression for drug-trafficking or drug-money-laundering has proved relatively easy within the EU framework. By contrast, legal and political attitudes towards simple using and harm reduction have long remained more conflictual. For almost three decades a policy discourse and a legal attitude that favour treating and reintegrating users rather than depriving them of their liberty has been developing at the European level. There are strong signs that a cultural model for drug policy is emerging with enough cohesion to be able to claim that the EU and European states (including non-EU Member States) have reached shared positions on legal practices towards “simple” drug users (i.e. use without intention of distributing or selling) and the political acceptability of harm-reduction measures. This culturally distinctive model is reflected in policy discourse and actual policies distinct from those in other geographical regions. It provides a shared matrix for conceiving and reflecting on the problems of drug use *and* developing solutions oriented towards alternatives to coercive sanctions and harm reduction.

Alternatives to Coercive Sanctions

Modes for dealing with the legal offence of using substances classified as narcotics or, in countries that do not punish use, possession of such substances for personal use, has long varied greatly between European states (EMCDDA, 2005; Derks et al., 1999). This fact reveals the substantial nature of national juridical traditions (EMCDDA, 2009; and more generally Newburn & Sparks, 2004). However, it is not incompatible with the observation that a number of recent currents, likewise quite diverse but nonetheless comparable, attest to a general tendency to see use as an offence which should no longer be punished by a prison sentence, or at least should only be thus punished as infrequently as possible, with the complementary understanding that treatment and reintegration measures are to be preferred (EMCDDA, 2015f). In Spain (from 1991), Italy (from 1992), Portugal (from 2001) and the Czech Republic (from 1999) for all narcotics, and in Belgium (from 2003), Ireland (from as early as 1977), and Luxembourg (from 2001) for cannabis only, the legal measures applied for the offence of use (or possession of small quantities for personal use) involve very little in the way of deprivation of freedom if there are no aggravating circumstances or if the accused/user is not a repeat offender. The laws provide for punishment of these offences with a vast range of other sanctions instead: warnings, fines, driving licence suspension or, for foreigners, cancellation/suspension of residence permit (Italy). Other countries (Austria [law passed in 1998], Germany [in 1994 and 1998], France [in 1999 and 2019], Denmark [1992], and Hungary [2003] and the UK [2004]) have chosen to pass or amend laws in order either to restrict the possibility of incarceration to particular, strictly defined situations or to give “greater evaluating power” to the public authorities (EMCDDA, 2005) in decisions of whether or not to punish; the point being to avoid punishing drug use by prison sentences.

¹¹ These developments draw upon Bergeron (2011).

It cannot be inferred from these changes in legal dispositions that there is no longer the will to control simple use in any EU country. The principle of prohibiting simple use or possession of small quantities for personal use has in no way been called into question in most European states. On the contrary, there are still countries where users can be given prison sentences (and some are). Moreover, the new arrangements have not been stabilized everywhere; some countries, such as Denmark in 2004 and Italy in 2006, periodically submit them to harsh critical re-examination. However, it can reasonably be claimed that in many EU countries, regardless of the legal technique chosen (passing a new law abolishing penalties that deprive liberty, amending an existing law so as to limit the conditions in which prison sentences may be issued, no change to an existing law but a decree specifying how it is to be applied, etc.), drug use is increasingly less likely to be perceived as an offence serious enough to deserve the harshest sanction allowed by the legislative systems of democratic EU countries (i.e. incarceration), whereas treatment and reintegration are clearly put forward as the most legitimate solutions for handling an arrested user.

In addition, use repression policy in some countries can be said to have undergone relative¹² *de facto* (as opposed to *de jure*) depenalization, a process that can be defined as what happens when it becomes highly unlikely for legally punishable behaviour to be punished with a court sentence. Depenalization occurred in several European countries (EMCDDA 2002, 2005), and some comparative studies seem to suggest, without really managing to demonstrate it, that “police activity (i.e., on the streets) seems concentrated on dissuading people from using by a high number of arrests, especially for cannabis-related offences, while at the judiciary level (i.e., vis-à-vis users) there seems a tendency to dismiss cases or suspend procedures involving probation orders (at least for first offenders) or, if necessary, to require the user to get treatment and even psychological help” (EMCDDA 2005, 19).¹³ And it seems that “many use-related offences – often the majority – do not reach court, as they are dealt with at an earlier stage” (EMCDDA, 2009, 13). The conclusion is that “the majority of countries would give fines (some warnings, some community work orders) for personal use offences, but in Central and Eastern European countries ... there was a clear preference for suspended prison sentences” (EMCDDA, 2009, 14).

Taken together, the relatively convergent practices constitute an emerging regulation model characterized by practices that tend to avoid issuing sentences that would deprive simple users of their freedom while favouring therapeutic or integrative measures (though these practices are unevenly distributed within/among Member States and their regions). Recently such a regulation model has been explicitly recognized and collectively appropriated at the level of EU institutions as the Council of the European Union issued conclusions “Promoting the use of alternatives to coercive sanctions for drug using offenders”. Although not legally binding, this official statement represents a significant political commitment to “the need for the Member States to provide and apply ... alternative measures to coercive sanctions for

¹² Relative in the sense that it varies in intensity from one territory to another and does not preclude penal conviction.

¹³ This, of course, depends entirely on national legal configurations and principles, since certain countries operate in accordance with the legality principle, others with the principle of responding most appropriately to the particular case at hand.

drug using offenders ... while also looking at a possible reduction of health-related harms and minimisation of social risks".¹⁴

DOMESTICATING CANNABIS IN EUROPE

Seemingly immune from the legalization wave which is taking place on the American continent, all European states have maintained cannabis prohibition. This formal interdiction is actually enforced in some countries (e.g. Sweden) but is only symbolic in others where cannabis offences have been to a large extent decriminalized (e.g. Czech Republic). While medicinal cannabis (both herbal and galenic) is making inroads in the field of conventional medicine in an increasing number of European countries (EMCDDA, 2018b), several jurisdictions have been softening their prohibitionist stance and developing tolerant policies regarding recreational cannabis. Luxembourg, however, is officially contemplating fully fledged legalization, and the Swiss government has recently proposed allowing up to 5,000 people smoke cannabis legally in pilot studies with a view to shaping new rules for recreational use of the drug.

1. Dutch Coffee Shops and the Separation of Drug Markets

While cultivation, supply and personal possession of cannabis remain criminal offences in the Netherlands, a tolerance to low level sales has existed since the 1960s. It eventually led to the establishment of hundreds of "coffee shops". These cannabis sales outlets are allowed by some local authorities under certain conditions (no advertising, no hard drugs on the premises, no sales to minors, limitation of transaction size ...). The main justification for this tolerance is that it serves a public health goal by contributing to the separation of soft and hard drug markets (Grund & Brecksema, 2017). While sales of small quantities (the front door) are exempt from prosecution, the cultivation of larger quantities and the supply of cannabis to (the back door of) coffee shops remains a priority for law enforcement. In 2018, this ambiguity, known as the "back door problem", led the Dutch government to plan an experiment on the legal supply of cannabis to coffee shops. The trial, which should be carried out for four years in several municipalities, will have its impact on public health and public safety supervised by a research consortium.

2. Cannabis Social Clubs and "Shared Drug Use"

Cannabis social clubs provide another model of advanced decriminalization (Decorte & Pardal, 2017). Promoted by activists in several European states, these clubs have multiplied in Spain under the umbrella of "shared drug use" which is not considered an offence in domestic law (Diaz Gomez & Martin Gonzales, 2017). Following persistent testing of legal boundaries by civil society, the Spanish Supreme Court interpreted the Penal Code in a way that allows for behaviour prior to drug use (planting, growing, distributing, etc.) so long as it is for personal use and not for trafficking purposes. Building on this interpretation, a new

¹⁴ Council conclusions (8 March 2018) promoting the use of alternatives to coercive sanctions for drug using offenders. Available at: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6931-2018-INIT/en/pdf>

type of non-profit organization has come into being with the official purpose of collecting and distributing cannabis to their members (Marks, 2019). Since 2001, hundreds of these cannabis social clubs have been established. Although these associations received partial recognition from, and legal guidance through, some city councils and autonomous communities, their status is far from secure. They are tolerated by the authorities as long as their access is restricted and consumption remains private and not visible to the public.

3. Cannabis Light and Cannabidiol

More recently, new types of herbal cannabis and cannabis oils have found their way onto the legal market in several European countries (Italy, Luxembourg, Switzerland ...) thanks to the lawfulness of industrial hemp, a centuries-old business with commercial uses like clothing, construction material and animal feed (EMCDDA, 2017b, 8). Hemp, which belongs to the cannabis plant species but contains less than 0.2 per cent of psychoactive substance tetrahydrocannabinol (THC), is allowed for industrial purposes by EU law. Making the most of this legislation, audacious cannabis entrepreneurs have extended the traditional hemp industry to flowers and oil containing a low level of THC but higher levels of cannabidiol (CBD), another cannabinoid not listed under international drug conventions. Since 2017, many shops selling these cannabis products have opened. European states' response varies greatly, some allowing open sale under certain conditions, while others have banned it, often with little effect (for example in France).

Medicalization of Social Control

A discernible regulation model for public health policy, the other instrument for social control of drug use, has also emerged. It will come as no surprise that, like repression policies, public health policies on drugs and treatment facilities began developing in European countries within the framework of institutional and cultural habitus that shaped them in particular ways. In the 1980s and 1990s the choice of therapeutic initiatives and clinical approaches in Europe were decisively conditioned by national and local institutional variables, particularly those pertaining to the arrangements structuring the medical profession, its commitment to working on certain approaches to the problem rather than others, the professional dynamic of medical specialties, and the degree to which the profession could act independently of the political authorities. The UK, where the medical profession was deeply involved, drew on its tradition of opiate prescription as a means of developing methadone use (Berridge, 1996). France, in the shadow of the ubiquitous Jacques Lacan and in the context of a radical transformation of the psychiatric field (Bergeron, 1999), fell for psychoanalysis. The Netherlands developed various solutions, including harm- and risk-reduction measures, while Italy wove a vast network of therapeutic communities.

The sudden appearance of HIV/AIDS in the mid-1980s considerably upset this situation. It gradually became clear in European countries that the strategic option of requiring that treatment *cure* drug addiction and, in some countries, the maniacal attempt to require abstinence (France [Bergeron, 1999] and Sweden [Tham, 1995] among others) were not compatible with the risks implied by the growing HIV/AIDS epidemic. Though national paces varied greatly and public health traditions and systems reflected differing welfare-state models (Cattacin & Lucas, 1999), many European countries decided to begin developing and applying more

strictly preventive and palliative policies. Specific attention was paid to both obvious and possible consequences of opiate use. What political scientists call “advocacy coalitions” (Sabatier & Jenkins-Smith, 1993) or “public policy communities” (Grange, 2005) began to form in a great many countries; vast networks of actors from diverse backgrounds and activities (physicians working for humanitarian associations, associations of former drug users, addiction treatment professionals, physicians specialized in preventing HIV infection and treating AIDS, sociologists, etc.), all with relatively similar views on what kinds of public health and treatment policies should be designed and implemented. These actors argued that it was necessary to reorder the priorities of therapeutic policy.

Building on the support from anti-AIDS activists who had been able to obtain positions of political influence, these actors succeeded in putting the so-called “harm and risk reduction” model – first developed in the Netherlands (Boekhout Van Solinge, 2004; Grund & Brecksema, 2017) – on the policy agenda, first in the UK, Switzerland and Holland (mid-1980s), ultimately (late 1990s) in the most resistant countries (France and Sweden, among others). There is no need to examine these policy and political events and processes in detail here, but it should be pointed out that a number of important harm- and risk-reduction instruments (distribution of sterile injection equipment, extensive distribution of substitution substances [methadone, and in some countries buprenorphine and other medicines], “low threshold” treatment centres, targeted prevention campaigns, etc.) have now become part of the “legitimate” strategy of most Member States, to the point where a significant number of them have ratified the necessity for such measures by making them part of their laws (Heidrich & Pirona, 2017). The EU, meanwhile, officially recognized their importance by way of a Council recommendation, unanimously adopted in 2003.¹⁵

It is true that the implementation level for these policies (i.e. degree to which user populations are covered) and the accessibility of their programmes still vary considerably by country and “setting” (e.g. prison). Some measures are still subject to controversy, such as controlled distribution of heroin or medically supervised injection centres. In some Member States actors are quick to challenge these policies as unsound as soon as the political context allows (this occurred in France during Nicolas Sarkozy’s presidency). Still, the diverse measures do represent an overall policy approach that it would be difficult to fully contest today, an approach that has been implemented throughout the EU, according to annual EMCDDA annual reports (the 2003 European Council recommendation is part of the *acquis communautaires* that new Member States have to transpose into the national context before their admission to the EU). This overall policy approach clearly signifies that European states have recognized – and (to varying degrees) are willing to assume the political consequences of that recognition – that drug use is not, as was thought in the 1970s and 1980s, some sudden fever that could be “knocked out” of the “patient” but indeed a lasting anthropological fact in Western societies, and that not only its causes, but also its risk-heavy consequences, should be dealt with.

The development of risk-reduction policies should therefore be thought of as a process whereby a problem once grasped and defined otherwise – namely in terms of public order and security – was transformed into a public health problem. This process was the result of a “twofold operation: translating social phenomena into public health language, and fitting this

¹⁵ Council Recommendation of 18 June 2003 on the prevention and reduction of health-related harm associated with drug dependence. (2003/488/EC). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:165:0031:0033:en:PDF>

new reality into public space” (Fassin, 1998, 14–15). It has not been without impact on the representations of drugs, users, and uses. The new public health grammar has worked to fit drugs and drug use into an overall understanding in terms of risk: there are now high- and lower-risk drugs, just as there are types of behaviour that can be characterized as high- and lower-risk. There was a time when “drugs” was a generic term encompassing multiple substances and any and all types of drug use were equally demonized. As has occurred for many other problems (Beck, 1992), risk has become the unit by which drugs and ways of using are ranked and classified; drugs and drug use are now part of a vast continent of “high-risk/risky behaviours” or “risk factors”. This development unquestionably reflects the domination of epidemiology, a favoured academic idiom for assigning causes in the area of public health.

As drug problems came to be cast in terms of risk and public health, the medicalization of addiction has become stronger. While extensive methadone distribution has been interpreted by several analysts as a move to medicalize anomic uses, in that a social state is regulated by the administration of a medicine, it is also important to point out the rise of etiological explanations directly linked to biomedicine, particularly neurobiology. In several European countries, there is now a greater will among policy-makers, at least those working in the area of public health, to conceive of illicit drug use, psychoactive medicines, alcohol and tobacco as *all* likely to lead to risky practices, even to dependence. A number of scientific studies have obtained unprecedented political success by insisting on the fact that addictions of any kind, regardless of the substance or behaviour (gambling, bulimia, etc.), should be understood as resulting from chronic neurobiological dysfunction (based indifferently on innate or acquired vulnerability). The understanding is that the same neurobiological (dopaminergic) pathways are implicated in all types of addiction. Though there are at present no more than a few public policies providing for comprehensive therapeutic treatment centres that would handle every kind of addictive behaviour (France and Spain have such policies), prevention policies have been developed that synoptically target all substances. “Biologization” of this sort is having the effect of further medicalizing the types of drug policy that got under way with the advent of HIV/AIDS, and casting them even more fully in terms of a public health issue, by undermining bases for legal distinctions between licit and illicit substances, together with the exceptional status of drug use regulation, all in the name of medical thinking.

REFERENCES

- Bache I. (2012), “Multi-Level Governance in the European Union”, in Levi-Faur D. (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford: OUP, 628–641.
- Beck U. (1992), *Risk Society: Towards a New Modernity*, Thousand Oaks, CA: Sage.
- Bergeron H. (1999), *L'État et la toxicomanie. Histoire d'une singularité française*, Paris: Presses universitaires de France.
- Bergeron H. (2011), “The Culture of Drug Policy”, in Hunt G., Milhet M., Bergeron H. (eds.), *Drugs and Culture: Knowledge, Consumption and Policy*, Farnham: Ashgate Publishing, 273–294.
- Bergeron H. (2017), “The Soft Power of the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction”, in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 40–56.
- Berridge V. (1996), “European Drug Policy: The Need for Historical Perspectives”, *European Addiction Research*, 2(4), 219–225.
- Bewley-Taylor D. (2012), *International Drug Control: Consensus Fractured*, Cambridge: Cambridge University Press.

- Bless R., Korf D., Freeman M. (1995), "Open Drug Scenes: A Cross-national Comparison of Concepts and Urban Strategies", *European Addiction Research*, 1, 128–138.
- Boekhout Van Solinge T. (2002), *Drugs and Decision-making in the European Union*, Amsterdam: CEDRO/Mets en Schilt.
- Boekhout Van Solinge T. (2004), *Dealing with Drugs in Europe. An Investigation of European Drug Control Experiences: France, the Netherlands and Sweden*, The Hague: BJu Legal Publishers.
- Cattacin S., Lucas B. (1999), "Autorégulation, intervention étatique, mise en réseau. Les transformations de l'Etat social en Europe. Les cas du VIH/SIDA, de l'abus d'alcool et des drogues illégales", *Revue française de sciences politiques*, 49(3), 379–398.
- Chatwin C. (2011), *Drug Policy Harmonization and the European Union*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Chatwin C. (2016), "Mixed Messages from Europe on Drug Policy Reform: The Cases of Sweden and the Netherlands", *Journal of Drug Policy Analysis* [Online]. Available at: <http://dx.doi.org/10.1515/jdpa-2015-0009> [Accessed 19 December 2019].
- Colson R. (2017), "Harmonizing NPS Legislation Across the European Union: A Utopia?", in Corazza O., Roman-Urrestarazu A. (eds.), *Novel Psychoactive Substances: Policy, Economics and Drug Regulation*, Berlin: Springer, 143–153.
- Colson R., Bergeron H. (2017a), "European Drug Policies in Context", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 1–10.
- Courtwright, D.T. (2001), *Forces of Habit: Drugs and the Making of the Modern World*, Cambridge, MA/London: Harvard University Press.
- Decorte T., Pardal M. (2017), "Cannabis Social Clubs in Europe: Prospects and Limits", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 285–299.
- Derks J., Van Kalmthout A., Albrecht H.J. (1999), *Current and Future Drug Policy Studies in Europe*, Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Penal Law.
- Diaz Gomez C., Martin Gonzales E. (2017), "Spanish Drug Policy", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 182–194.
- ECDP (2001), *Co-operation and Community Consensus: The Multi-Agency Approach to Effective Local Drug Policies*, Frankfurt am Main: ECDP.
- EMCDDA (2002), *Prosecution of Drug Users in Europe: Varying Pathways to Similar Objectives*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2005), *Illicit Drug Use in the EU: Legislative Approaches*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2009), *Drug Offenses: Sentencing and Other Outcomes*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2012), *Cannabis Production and Markets in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2014), *Drug Law Offences in the Western Balkan Region: From Definition to Monitoring*. Available at: http://www.emcdda.europa.eu/publications/technical-reports/drug-law-offences-western-balkan-countries_en [Accessed 19 December 2019].
- EMCDDA (2015a), *Drug Use and its Consequences in the Western Balkans 2006–14*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2015b), *Characteristics of Frequent and High-risk Cannabis Users*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2015c), *Synthetic Drug Production in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2015d), *Drugs Policy and the City in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2015e), *New Psychoactive Substances in Europe: Innovative Legal Responses*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2015f), *Alternatives to Punishment for Drug-using Offenders*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2016a), *Assessing Illicit Drugs in Wastewater: Advances in Wastewater-based Drug Epidemiology*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

- EMCDDA (2016b), *Estimating the Size of the Main Illicit Retail Drug Markets in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2017a), *Changes in Europe's Cannabis Resin Market*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2017b), *Cannabis Legislation in Europe: An Overview*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2017c), *Drug Trafficking Penalties Across the European Union: A Survey of Expert Opinion*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2018a), *European Drug Report 2018*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA (2018b), *Medical Use of Cannabis and Cannabinoids: Questions and Answers for Policymaking*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EMCDDA/Europol (2016), *EU Drug Markets Report: In-depth Analysis*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.
- Estievenart G. (1995), "The European Community and the Global Drug Phenomenon: Current Situation and Outlook", in Estievenart G. (ed.), *Policies and Strategies to Combat Drugs in Europe. The Treaty on European Union: Framework for a New European Strategy to Combat Drugs?*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 50–93.
- Fassin D. (1998), *Les Figures urbaines de la santé publique*, Paris: La Découverte.
- Glenny M. (2008), *McMafia: Crime Without Frontiers*, London: Bodley Head.
- Grange A. (2005), *L'Europe des Drogues. L'apprentissage de la Réduction des Risques aux Pays-Bas, en France et en Italie*, Paris: L'Harmattan.
- Grund J.P.C., Breeksema J.J. (2017), "Drug Policy in the Netherlands", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 128–148.
- Heidrich D., Pirona A. (2017), "The Changing Face of Harm Reduction in Europe", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 254–271.
- Hughes C.E. (2017), "Portuguese Drug Policy", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 164–181.
- Kert R., Lehner A. (2013), "Content and Impact of Approximation: The Case of Drug Trafficking", in Galli, F., Weyembergh, A. (eds.), *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU: The Way Forward*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles, 169–188.
- King, L. (2011), "A Brief History of Psychoactive Substances", *Drug Testing and Analysis*, 3, 401–403.
- Kübler D., Wälti S. (2001), "Drug Policy-Making in Metropolitan Areas: Urban Conflicts and Governance", *International Journal of Urban and Regional Research*, 25(1), 35–54.
- Malinowska K. (2017), "Polish Drug Policy", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 149–163.
- Marks A. (2019), "Defining 'Personal Consumption' in Drug Legislation and Spanish Cannabis Clubs", *International & Comparative Law Quarterly*, 68(1), 193–223.
- Mills J.H., Barton P. (2007), *Drugs and Empires: Essays in Modern Imperialism and Intoxication*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Nagler N.A. (1987), "The Council of Europe Co-operation Group to Combat Drug Abuse and Illicit Trafficking in Drugs (the Pompidou Group)", *Bulletin on Narcotics*, 39(1), 31–40.
- Newburn T., Sparks R. (2004), "Criminal Justice and Political Cultures", in Newburn T., Sparks R. (eds.), *Criminal Justice and Political Cultures: National and International Dimension of Crime Control*, Cullompton: Willan Publishing, 1–15.
- Obradovic I. (2017), "French Drug Policy", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 87–99.
- Pennay A.E., Measham F.C. (2016), "The Normalisation Thesis – 20 Years Later", *Drugs: Education, Prevention and Policy*, 23(3), 187–189.
- Sabatier P., Jenkins-Smith H. (eds.) (1993), *Policy Change and Learning. An Advocacy Coalition Framework*, Boulder: Westview Press.
- Tham H. (1995), "Drug Control as a National Project: The Case of Sweden", *The Journal of Drug Issues*, 25(1), 113–128.
- UNODC (2014), *The Illicit Drug Trade through South-Eastern Europe*, Vienna: United Nations.

- Waal H., Clausen T., Gjersing L., Gossop M. (2014), "Open Drug Scenes: Responses of Five European Cities", *BMC Public Health*, 14(853). Available at: <https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-14-853> [accessed 19 December 2019].
- Wintle M. (1997), "Cultural Identity in Europe: Shared Experience", in Wintle M. (ed.), *Culture and Identity in Europe*, Aldershot: Ashgate Publishing, 9–32.
- Zobel F. (2017), "Swiss Drug Policy", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 206–216.
- Zuffa G. (2017), "Italian Drug Policy", in Colson R., Bergeron H. (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform*, Abingdon: Routledge, 114–127.

Fixing Transnational Drug Policy: Drug Prohibition in the Eyes of Comparative Law

RENAUD COLSON*

Drug prohibition allows us to study over a significant period of time how penal provisions framed at a supranational level flow, settle, and unsettle across different countries. At a time of growing doubt about the benefit of criminalization of drug use, it also provides a case-study as to how epistemic communities may rely on comparative research to identify best practices and promote them as normative alternatives in the face of a long-entrenched legal dogma. In order to explore these issues, this article looks at the UN drug control system from the perspective of comparative law. It shows how the concept of legal transplant provides a useful tool to understand the limits of transnational criminal law designed on a global scale to tackle the 'drug problem', and it clarifies the various types of legal comparison that might contribute to addressing this failed transplant.

INTRODUCTION

Dating back to the first decades of the twentieth century, international drug control is one of the oldest multilateral treaty-based systems in existence. One way to characterize its development is to describe it as a collective effort to draw lessons from the 'drug problem' experienced in certain places in order to design and disseminate a policy to suppress drug abuse

** Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, Chemin de la Censive-du-Tertre, BP 81307, 44313 Nantes CEDEX, France
renaud.colson@univ-nantes.fr*

This research benefited from the financial support of the Cardiff University International Visiting Fellow scheme and of the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. I wish to thank Bhupinder Chimni, Stewart Field, and Grégoire Mallard, who provided valuable insight in the course of the research, and Monica Roman for her copy-editing.

throughout the world.¹ Such a narrative can draw on powerful images such as the development of a Chinese opium epidemic fuelled by colonial powers in the nineteenth century, the constitution of a long-lasting international ideological consensus on the ‘war on drugs’, and the development of international treaties and multilateral bodies to tackle the scourge of drug abuse and drug trafficking. Compelling as it may be, this official account has nonetheless serious rivals. The finest historians of drug diplomacy usually consider the drug control treaties less the rational result of judicious consideration of the ‘drug problem’ than the reflection of a myriad of economic, political, bureaucratic, and moral considerations.² These observations provide the basis for an alternative description according to which the development of the drug control system has been essentially ‘opportunistic’.³ Far from being the product of public health necessity, global prohibition may reflect the worldwide imposition of Western values and the protection of (post)colonial industrial interests,⁴ both dimensions being reflected in the decoupling of illicit ‘drugs’ from alcohol and tobacco in the early twentieth century.⁵ This critical account of international drug control substitutes the official narrative of collective ‘lesson drawing’ for a grimmer version of one-sided ‘lesson teaching’ in which narcotics prohibition results from a dubious crusade carried out by a few influential countries, led by the United States.⁶

What both stories have in common is their relative lack of concern for the way legal norms, especially criminal provisions, flow between international and national legal orders and settle in domestic settings. In their defence, opening this legal black box may have looked superfluous. Legal scholarship itself, imbued with a sense of coherence and necessity, often tends to fix the meaning of rules in an abstract and permanent way, which discourages enquiry into how they circulate at a global level and are put into effect in local frameworks. Once in force, legal norms acquire a strong authoritative value as they give shared meaning and common orientation to people’s understanding of the world. Regardless of their secular character, these rules

- 1 T. Pietschmann, ‘A Century of International Drug Control’ (2007) LIX *Bull. on Narcotics* 1.
- 2 See, especially, W.B. McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An international history* (1999).
- 3 L. Paoli et al., ‘Change Is Possible: The History of the International Drug Control Regime and Implications for Future Policymaking’ (2012) 47 *Substance Use and Misuse* 923.
- 4 E.A. Nadelmann, ‘Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society’ (1990) 44 *International Organization* 479. More recently, C. Sánchez-Avilés and O. Ditrych, ‘The global drug prohibition regime: prospects for stability and change in an increasingly less prohibitionist world’ (2018) 55 *International Politics* 463.
- 5 T. Seddon, ‘Inventing Drugs: A Genealogy of a Regulatory Concept’ (2016) 43 *J. of Law and Society* 393.
- 6 D. Bewley-Taylor, *The United States and International Drug Control: 1909–1997* (2001).

are founded on dogma which hides from us their contingent nature.⁷ Such is the case for the criminalization of various illicit drug-related activities, a principle which has acquired, over the years, a patina of religious self-evidence even in the eyes of the heretic observers who contest its legitimacy.⁸ Grounded in an almost universally accepted multilateral treaty-based system, this criminalization ethos has admittedly benefited from a normative consensus at the global level. It is built into a suite of UN conventions⁹ which establish, among other things, a catalogue of offences. The letter of these treaties leaves little choice to the states but to incorporate a strong law-enforcement dimension into their drug policy. Unsurprisingly, both the followers of the drug control system and those viewing it with deep suspicion tend to take for granted that international drug conventions have spread a criminal policy around the world. But by doing so, both groups might have taken the law both too seriously, as a reliable tool for the transnational diffusion of an identified (and possibly misguided) standard of action, and not seriously enough, in overlooking the ways in which international norms adapt to diverse cultural settings. Indeed, there are good reasons to suspect that the global spread of the prohibitionist norm through legal instruments has never been a straightforward process.

In recent years, clear deviations from the orthodox understanding of drug control conventions have increased doubts about the ability to sustain the transnational imposition of a prohibitionist standard. Decriminalization of illicit drug use, controlled distribution of heroin, legalization of cannabis or coca ... These policies have been gaining ground in a growing number of countries. They are underpinned by a variety of arguments such as protecting the health of drug users, fighting organized crime, keeping drugs out of the hands of minors, making the criminal justice system more efficient, and even the preservation of cultural patrimony.¹⁰ As several states have relaxed their drug laws, sometimes to the point of the legalization of narcotics still banned under the drug control regime, the latter seems to have reached a point of unprecedented crisis. These divergences have been analysed from the perspective of international relations¹¹ and

7 A. Supiot, *Homo Juridicus: On the Anthropological Function of the Law*, tr. S. Brown (2007).

8 On the religious nature of the drug control regime, see P. Cohen, 'The Drug Prohibition Church and the Adventure of Reformation' (2003) 14 *International J. of Drug Policy* 213.

9 The three major drug control treaties currently in force are the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs, the 1971 Convention on Psychotropic Substances, and the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.

10 The cultural patrimony argument was used with regard to the legalization of coca in Bolivia after it had been entrenched in the 2009 Constitution of the Bolivian state (Art. 384).

11 D. Bewley-Taylor, *International Drug Control: Consensus Fractured* (2012).

international law.¹² However, comparative law scholarship provides another vantage point to shed light on the historical rise and current weakening of the drug control system. Long-standing research on the unification of municipal laws and on legal transplants can provide useful insights into the controversial impact of UN drug control treaties on national jurisdiction. Moreover, decades of reflection on the proper use and limits of legal comparison offer useful resources to assess and possibly sharpen current comparative strategies in the field of drug-policy research. Reciprocally, the study of drug prohibition from the perspective of comparative law can inform the ongoing methodological debates of the discipline. Drug prohibition is only one example among many of norms which travel across borders under the label of transnational criminal law.¹³ Yet because it was internationalized a long time ago, it offers the benefit of hindsight to reveal how penal provisions framed at a supranational level flow, settle, and unsettle across different countries. At a time of growing doubt about the benefit of the criminalization of drug use, it also provides a case-study on how epistemic communities can rely on comparative research to identify best practices and to promote them as normative alternatives in the face of a long-entrenched legal dogma.

In order to explore these issues, this article looks at the UN drug control system from the perspective of comparative law. In the first part, it shows how the concept of legal transplant provides a useful tool to understand the limits of a transnational criminal law designed at a global scale to tackle the ‘drug problem’. In the second part, the article seeks to clarify the various types of legal comparison that might contribute to the fixing of this failed transplant and to assess the impact of comparative research on drug laws.

I. FIXING TRANSNATIONAL DRUG POLICY WITH LEGAL TRANSPLANTATION: HOW CAN COMPARATIVE LAW EXPLAIN DRUG PROHIBITION?

International drug control illustrates many of the pitfalls of transnational legal transplantation. It shows, from a realist perspective, how international instruments established to realize a noble ideal, namely, a drug-free world, can be founded on erroneous beliefs and serve dubious strategies. It also reveals how the contingent and subsidiary use of criminal law can eventually come to dominate the core logic of a transnational regime. In the case of

12 N. Boister, ‘Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs’ (2016) 29 *Leiden J. of International Law* 389.

13 D. Melossi et al., ‘Introduction. Criminal Questions: Cultural Embeddedness and Diffusion’ in *Travels of the Criminal Question: Cultural Embeddedness and Diffusion*, eds. D. Melossi et al. (2011) 1.

international drug control, this happened even though the criminal provisions of the treaties were shrouded in ambiguity in order to guarantee both their acceptance by, and their application in, states with very different legal cultures. As a result, the reception of the international model in domestic jurisdictions never really led to the unification of penal policies and very little was actually achieved in terms of legal harmonization. By and large, it is unclear how much the global diffusion of norms criminalizing illicit drug use and illicit drug trafficking has served the objective of the drug control treaties. But their reception in domestic settings had nonetheless important consequences, many of them unexpected, and some arguably malign. In this respect, the international drug control system demonstrates that social engineering through legal transfer of criminal norms can sometimes prove not only inefficient but also harmful.

1. *Contingency of the project*

The genesis of international drug control can be traced to the early twentieth century.¹⁴ At the time, international action for the control of narcotics owed much to the image of China as an opium slave, a ‘*locus classicus* of the modern drug debate’.¹⁵ It also built upon a growing anxiety in Western elites about the harmfulness and the immorality of popular drug use. These concerns may have been partly ill-founded, tainted by racism and social prejudice.¹⁶ They nonetheless struck a chord in American and European societies. Coupled with concomitant technical and corporatist developments in the fields of pharmacy, medicine, and public health, the ideological shift led to the formulation of a sharp distinction between the legitimate (medical) use and the illegitimate (recreational) abuse of intoxicating drugs. The sequence then ran from the constitution of pressure groups in individual countries to the convening of an international conference in Shanghai, the passing of resolutions, the adoption of treaties, and the setting up of an international bureaucracy under the umbrella of the League of Nations and, later, the United Nations.¹⁷

The idea that illicit drug activities should be criminalized was by no means originally central to international drug control. From the onset, the concern of drug diplomacy was focused on the restriction of access to narcotics.¹⁸

14 D. Lowes, *The Genesis of International Narcotics Control* (1966).

15 F. Dikötter, “‘Patient Zero’: China and the Myth of the ‘Opium Plague’” (2003), inaugural lecture at the School of Oriental and African Studies, University of London, at <<http://frankdikotter.com/publications/the-myth-of-opium.pdf>>.

16 D.T. Courtwright, *Forces of Habit: Drugs and the Making of the Modern World* (2001) 168–73.

17 K. Bruun et al., *The Gentlemen’s Club: International Control of Drugs and Alcohol* (1975) 8.

18 The International Opium Commission held in Shanghai in 1909, the first international conference convened to discuss narcotics, thus stated in its report:

Yet, the first treaties contained no binding provision to this effect. The use of opium in any form otherwise than for medical purpose was first deemed to be a matter ‘for careful regulation’.¹⁹ Then the ‘gradual suppression of the abuse of opium, morphine and cocaine’ was contemplated.²⁰ In the course of time, additional lists of substances considered particularly harmful were drawn up, starting with most traditional Southern drugs (for example, cannabis), later joined by psychoactive substances newly synthesized in Western laboratories. But initially, international treaties required neither the interdiction of these intoxicating drugs nor their criminalization. Instead, they established commodity control through the creation and the regulation of a licit drug market restricted to legitimate purposes with the ambition to monitor supply and eliminate leakage.²¹

The underlying strategy of the first drug control conventions was that once excess supplies were eliminated from the licit market, drug abuse would dry up. Eventually, history proved this assumption naïve and the need for criminal law harmonization in order to suppress illicit activities emerged on the international agenda. A continuing disconnect between drug control efforts and the social and medical issue of ‘addiction’ led to a hardening of the regime and the accommodation of the values of its most powerful stakeholders. One of its central bureaucratic organs, the Commission on Narcotic Drugs, stressed the need to impose harsh penalties on traffickers.²² The United States, which had long promoted the universalization of the prohibitionist policy it pursued at home,²³ proved eager to harness the war on drugs as an instrument for advancing foreign policy interests and began to emphasize the danger of drug trafficking to national security.²⁴ As drugs proved ‘suitable enemies’ for building consensus in international arenas,²⁵ this was conducive to a shift towards a punitive rationality of international drug control. New treaties requiring penal action against illicit drug activities were negotiated. States were assigned the duty to treat or criminalize individual users and required to take action to reduce drug-related crime.²⁶

‘the use of opium in any form otherwise than for medical purpose is held by almost every participant country to be a matter for prohibition or for careful regulation (. . .) at progressively increasing stringency.’

19 *id.*, Resolution 3.

20 Preamble of the Hague Convention (1912).

21 J. Collins, ‘Rethinking “Flexibilities” in the international drug control system: Potential, precedents and models for reforms’ (2018) 60 *International J. of Drug Policy* 107, at 111.

22 Bruun et al., *op. cit.*, n. 17, pp. 138–9.

23 D. Musto, *The American Disease: Origins of Narcotics Control* (1999, 3rd edn.) ch. 2.

24 P. Andrea and E. Nadelmann, *Policing the Globe: Criminalization and Crime Control in International Relations* (2008) 236.

25 R. Room ‘The Rhetoric of International Drug Control’ (1999) 34 *Substance Use and Misuse* 1689.

26 C. Carstairs ‘The stages of the international drug control system’ (2005) 24 *Drug and Alcohol Rev.* 57.

Many countries did not wait for the development of a criminal component in the international drug control regime to sanction drug trafficking and drug use. Although a latecomer in the history of modern criminal law, drug-related offences were established in many places in the first decades of the twentieth century. A normative settlement on the restriction of drug commerce by means of criminal law was thus established in Western nations before it was solidified in drug control conventions. Far from being a top-down and linear development, the propagation of the prohibitionist standard was in the first place a recursive process. Progressively though, the international drug control regime has provided building blocks for a transnational criminal law including substantive norms and procedural measures. This created a ratchet effect on the law of the states which had already criminalized illicit drug activities and conferred considerable legitimacy on the penal treatment of drug issues elsewhere. Eventually, states had little option but to 'voluntarily' transplant prohibitionist laws into their national jurisdiction: with various incentives to adhere to the drug control conventions,²⁷ these sovereign decisions were sometimes imposed though a mix of diplomatic and political inducements.²⁸

But it is worth underlining that this increasing dominance of law enforcement came chronologically second and contingent to a regulatory regime whose main purpose was, in the first place, to establish a licit market. In this process, the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs can rightly be regarded as a 'watershed' event marking a shift towards a stricter, more comprehensive and more repressive framework.²⁹ Yet, however complex and precise the architecture of this regime may be, the treaties, soft-law instruments, administrative resources, and international bodies established to suppress illicit trafficking can hardly be said to define a fully-fledged criminal policy. States party to the international drug control regime acknowledge the distinction between licit and illicit markets and commit themselves to suppressing the latter, but the actual content of their international obligations remains, to a large extent, indeterminate.

2. *Indeterminacy of the model*

International attitudes to drug offences have consisted of progressive netwidening and harsher punishment. This process reveals itself in the three successive treaties which form the bedrock of the current drug control

27 Economic coercion by way of the threat of aid withdrawal being one of the most efficient as evidenced by the United States drug certification process. On this, see J. Ayling, 'Conscription in the War on Drugs: Recent reforms to the US drug certification process' (2005) 16 *International J. of Drug Policy* 376.

28 N. Boister, 'Transnational Criminal Law?' (2003) 14 *European J. of International Law* 953, at 960.

29 D. Bewley-Taylor and M. Jelsma, 'Regime change: Re-visiting the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs' (2012) 23 *International J. of Drug Policy* 72.

regime. The 1961 Single Convention on Narcotic Drugs broadly identifies various behaviours for criminalization, such as the illicit cultivation, production, possession, distribution, and exportation of narcotics.³⁰ The 1971 Convention on Psychotropic Substances opts for an open-ended approach by requiring that ‘any action contrary to a law or regulation adopted in pursuance of (...) this Convention’ shall be treated as ‘a punishable offence’.³¹ Finally, the 1988 Convention against Illicit Traffic requires parties ‘to establish a modern code of criminal offences relating to the various aspects of illicit trafficking and to ensure that such illicit activities are dealt with as serious offences.’³² In order to pursue this project, the 1988 Convention enumerates new criminal conducts such as property conversion and the laundering of the profits of trafficking. It ambitiously enlarges the circle of criminal liability to include all persons who induce, assist, shelter or finance the illicit consumption of drugs, and criminalizes drug users themselves.³³ Last but not least, the Convention contains extensive provisions for cooperation in respect of enforcement and prosecution of offenders. All three conventions provide penological guidelines expressing a pursuit of greater severity as serious drug-related offences shall be ‘liable to adequate punishment particularly by imprisonment or other penalties of deprivation of liberty’.³⁴ Other provisions are intended to ensure that the offences established are matched by appropriately severe penalties so as to have the desired deterring and retributive effects.³⁵

This legal arsenal establishes punitive drug prohibition on a global scale.³⁶ It represents a dramatic extension of the criminalization of drug-related behaviours. Yet its normative content remains to a large extent indeterminate and has to be specified by national legislators. Indeed, the conventions are not self-executing. They do not create individual penal responsibility. Instead they establish an indirect system of interstate obligations which relies on states’ transposition of international provisions into domestic law. The skeleton of offences and of penalties set down in the conventions provides only a template which has to be fleshed out in the domestic law of the states party to them. The vagueness of the international

30 Single Convention on Narcotic Drugs 1961, Art. 36.

31 Convention on Psychotropic Substances 1971, Art. 22.

32 *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (1988) UN DOC. E/CN.7/590, 48.

33 D.W. Sproule and P. St-Denis, ‘The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step’ (1989) 27 *Cnd. Yearbook of International Law* 263.

34 Compare Art. 36 of the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961; Art. 22, Convention on Psychotropic Substances, 1971; Art. 3, United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988.

35 See, especially, Art. 3(5) of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988.

36 For a thorough examination, see N. Boister, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions* (2001).

criminal provisions seems to have been a necessary condition for making them acceptable to negotiating parties with distinct systems of substantive and procedural law.³⁷ The compromise accommodates different grammars of criminal law, especially opposing civil law and common law approaches. But this came at the cost of explicitness and the result has been relative legal ambiguity and very limited developments on the scope and conditions of criminal liability (for example, elements of conduct, fault, criminal capacity...).

Owing to its open texture and its lack of precision, international drug control law can, at the most, claim to achieve loose harmonization of domestic criminal laws, not to mention sentencing policies. It is unclear even to what extent such a convergence is actually required by the treaties. For in addition to the indeterminacy of the criminal provisions, all three conventions include escape clauses which weaken their normative capacity. *Pacta sunt servanda* ('agreements must be kept', a basic principle of international law) and the principle of effectiveness constrain all signatories to adopt a punitive legal framework. But a close look at the text reveals that, although formally binding, the penal provisions prove remarkably soft. Regardless of national reservations, states only have the obligation to criminalize enumerated conducts insofar as it does not violate their 'constitutional principles' and subject, in some cases, to 'the basic concepts of (their) legal system'.³⁸ The scope of international obligations is thus open to national variation.

The drugs conventions prove, at least from a strictly legal perspective, to be 'full of holes'³⁹ and liable to diverging interpretations.⁴⁰ Nonetheless, they have an important impact on national legislations. Coupled with the official UN commentaries and the restrictive reading of the International Narcotics Control Board annual reports,⁴¹ they have contributed to the dissemination of a prohibitionist ideology and a repressive model of drug policy. But the extent of the convergence between domestic legal frameworks remains unclear. It is generally acknowledged among comparatists

37 UN, *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* (1973) UN DOC. E/CN.7/588, 425.

38 Art. 3(1)(c) and 3(2), United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988.

39 Boister, *op. cit.*, n. 36, p. 524.

40 On the fundamental indeterminacy of international law, see the work of M. Koskeniemi, especially *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (2005) 590–96.

41 See, for example, the *Report of the International Narcotics Control Board* (1996) UN DOC E/INCB/1996/1, with a special chapter on 'Drug abuse and the criminal justice system'; *Report of the International Narcotics Control Board* (2007) UN DOC E/INCB/2007/1, with a chapter on 'The principle of proportionality and drug-related offences'. More generally, on the ideological role of the INCB annual report, see Bewley-Taylor, *op. cit.*, n. 11, pp. 224–49.

that transfers of norms are affected by local interests, mentalities, and institutions.⁴² The impact of the same legal transplant can be very different from one setting to the other. It is therefore not surprising that in spite of a decades-old project to promote a transnational penal response to illicit drug activities, worldwide diversity still prevails. National drug policies range on a continuum from very punitive forms of drug prohibition to more tolerant and health-oriented approaches. In that respect, international obligations seem to be less of an influence than other local cultural determinants⁴³ such as procedural traditions, policing and sentencing practices, and more generally, the role of expertise and the weight of medical science in framing public policy, the access of social movements to the locus of public power, and so on. In that respect, the local implementation of the global transplant has not only proved unpredictable; it also came with unintended consequences.

3. *Malign effects of the transplant*

The worldwide criminalization of drug activities has been criticized in the light of the poor results of the drug control regime. Indeed, although regularly reaffirmed by the international community in hortatory political declarations,⁴⁴ the ambitious objective of significantly reducing both the illicit supply of and demand for drugs appears more than ever out of reach. The United Nations agencies have implicitly acknowledged this failure in the last decade, avoiding any claim of success; the global situation is usually described as generally stable with regard to the prevalence of illicit drug use and ‘expanding and diversifying as never before’ with regard to illicit drug markets.⁴⁵ In addition to these disappointing results, leaders of the international drug control system have acknowledged some malign consequences of the criminological model propagated by global prohibition.

In 2008, the executive director of the United Nations Office on Drug and Crime (UNODC), Antonio Maria Costa, the United Nations drug czar, listed

42 On this, see M. Graziadei, ‘Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions’ in *Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. M. Reimann and R. Zimmerman (2019, 2nd edn.) ch. 16. Compare D. Nelken, ‘Comparatists and Transferability’ in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, eds. P. Legrand and R. Munday (2003) 437.

43 Europe provides a telling example of how national cultures put up resistance to this harmonization. In spite of an ancient cultural heritage and a decades-long political integration process, including a common drug policy, European states have developed very different types of criminal justice responses to the drugs issue. On this diversity, see R. Colson and H. Bergeron (eds.), *European Drug Policies: The Ways of Reform* (2017).

44 See, for example, the recent *Outcome Document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem: Our joint commitment to effectively addressing and countering the world drug problem* (2016).

45 *World Drug Report 2018* (2018) UN DOC E.18.XI.9.

several unintended consequences of the system.⁴⁶ The first one is the creation of ‘a huge *criminal black market* that now thrives in order to get prohibited substances from producers to consumers’. The second one relates to the displacement of public health policy to the background as public security and law enforcement is perceived as the primary way of solving drug issues. The third unintended consequence has to do with *geographical displacement*, the so-called *balloon effect* which links tighter controls on production in one place to increase in other places. ‘*Substance displacement*’ is the fourth consequence: the stringent control of one drug moves suppliers and users to other psychoactive substances, which are sometimes more dangerous. Last but not least, the fifth unintended consequence is the ‘marginalization of drug users’:

a system appears to have been created in which those who fall into the web of addiction find themselves excluded and marginalized from the social mainstream, tainted with a moral stigma, and often unable to find treatment even when they may be motivated to want it.

This uncompromising assessment, which has been confirmed by many research findings,⁴⁷ strengthens the thesis that global prohibition has led to some sort of ‘criminal iatrogenesis’, the ‘harmful results of well-intentioned crime control practice’ through a process of ‘deviancy amplification’.⁴⁸ These unintended, if not unexpected, consequences have turned drug prohibition into a ‘self-fulfilling prophecy’⁴⁹ as punitive drug laws have produced the public health and criminogenic consequences that fuel public fears and moral condemnations, and thus the need for punitive prohibition.

This in itself may not be enough to brand the criminalization of illicit drug-related activities a ‘malicious transplant’, a category which requires a subjective desire to do harm.⁵⁰ Even if some governments use the war on drugs to promote discriminatory law-enforcement policies⁵¹ or to carry out extra-judicial killings,⁵² these policies cannot be seriously attributed to the diffusion of transnational prohibitionist framework. On the contrary, the International Narcotic Control Board, the watchdog of the drug control treaties, appeals to ‘all States to address drug-related crime through formal

46 A.M. Costa, ‘Making drug control “fit for purpose”’: Building on the UNGASS decade’ (2008) UN DOC E/CN.7/2008/CRP 17.

47 P. Reuter, *The Unintended Consequences of Drug Policies* (2009).

48 B. Bowling, ‘Transnational Criminology and the Globalization of Harm Production’ in *What is Criminology?*, eds. M. Bosworth and C. Hoyle (2011) 361.

49 C. Reinerman, ‘Criminal Law and Cultural Lag: Drug Prohibition as Anachronism’ in *Die Sinnprovinz des Kriminalität: Zur Dynamik eines sozialen Feldes*, eds. H. Schmidt-Semish and H. Hess (2014) 67, at 73.

50 M. Siems, ‘Malicious legal transplants’ (2018) 38 *Legal Studies* 103.

51 D.M. Provine, ‘Race and Inequality in the War on Drugs’ (2011) 7 *Annual Rev. of Law and Social Science* 41.

52 D. Reyes, ‘The Spectacle of Violence in Duterte’s “War on Drugs”’ (2016) 35 *J. of Current Southeast Asian Affairs* 111.

criminal justice responses, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights (...), and in adherence to internationally recognized due process standards'.⁵³ Yet, when the same body makes use of selective evidence and dubious interpretations of the UN conventions to criticize harm-reduction policies such as drug-consumption rooms or heroin-maintenance programmes,⁵⁴ the diffusion of a rigid transnational prohibition is revealing itself to be, if not malicious, then certainly malign.

More generally, a comparative and historical perspective on normalized drug use in various communities around the world raises disturbing questions about the 'malignant colonialism'⁵⁵ associated with global prohibition. From the beginning, the list of controlled substances, and the definition of deviance conveyed, bore testament to the cultural and racial prejudices of the moral entrepreneurs who promoted their interdiction in the early twentieth century. Synthetic substances produced in industrial nations eventually joined the ranks of the scheduled drugs of the people of Asia, Africa, and Latin America. Yet, some still detect a Western ethnocentric bias and a neo-colonial aspect of the international drug control conventions. Without a doubt, the universalizing statements on the intrinsic evil of drugs overlook the existence of contexts 'beyond the West' where traditional forms of drug use provide an integrative and positive contribution to group solidarity and community structure.⁵⁶ But subaltern voices which claim that, at least in some places, the misery of drug taking followed, rather than preceded, the diffusion of a world-wide criminal law-based prohibition are barely heard.

II. FIXING TRANSNATIONAL PROHIBITION WITH COMPARISON: CAN COMPARATIVE ANALYSIS IMPROVE DRUG POLICY?

In the light of the poor results of the prohibitionist legal transplant, it is not surprising that comparative research on drug policy has vigorously developed in the last decades. Split between pharmaceutical law and criminal law, legal scholarship on illicit drugs never reached a mass critical enough to establish the subject as a branch of law. But addiction science has significantly contributed to the comparative study of drug laws. Although not a

53 International Narcotics Control Board, *Report 2018* (2018) UN DOC E/INCB/2018/1, 110.

54 Bewley-Taylor, *op. cit.*, n. 11, pp. 224–40.

55 S. Cohen, 'Western Crime Control Models in the Third World: Benign or Malignant?' in *Research in Law, Deviance and Social Control*, eds. S. Spitzer and R. Simon (1982) 85.

56 R. Coomber and N. South (eds.), *Drug Use and Cultural Contexts "Beyond the West": Tradition, Change and Post-Colonialism* (2004). See, also, 'Drugs, politics and society in the Global South', special issue (2018) 39(2) *Third World Q.*

discipline in its own right,⁵⁷ rather, a locus of interdisciplinary collaboration, the field of addiction has grown tremendously in the past 35 years, both globally and in specific countries. An increasingly broad church with academic programmes, professional organizations, advocacy groups, research and monitoring centres, and communication channels including more than 100 scholarly journals,⁵⁸ this epistemic community has an authoritative claim to policy-relevant knowledge within the domain of addiction.⁵⁹ This claim has been bolstered by the production of an important body of drug-policy analysis, some of it anchored in transnational comparison. While this comparative corpus remains piecemeal and mainly focuses on developed societies, it is now sufficiently dense to qualify as an autonomous field of study.⁶⁰ In spite of the often interdisciplinary nature of this work, which draws on policy studies, epidemiology, economics, and sociology, one can argue that much of it falls within the ambit of comparative law as it provides knowledge on the content, the implementation, and the effect of legal norms concerning illicit drugs in various countries. Unsurprisingly, this research raises epistemological issues in relation to its aims, methods, and results, which echo those debated by comparative law scholars.

1. *Aims of comparison*

Standard comparative law textbooks are prone to emphasize that the first aim of their discipline is disinterested knowledge.⁶¹ Describing national drug policies, analysing the genesis and development of domestic drug laws, unveiling their similarities and differences are indeed legitimate scientific goals in themselves, and many books and journal articles seem to confine themselves to this task. In this case, the goal is, first, to learn ‘about’ drug laws in different places, and secondly, to understand ‘why’ they develop the way they do. But this descriptive and explanatory approach often goes one step further to evaluate the laws under review.

The idea that comparative lawyers should engage in policy assessment is sometimes contested because it means being judgmental about legal systems

57 Addiction science, because it encompasses a wide range of methods and projects, lacks the ‘stable and delimited field’ required to establish an academic discipline. On the notion of discipline, see P. Bourdieu, *Science of Science and Reflexivity*, tr. R. Nice (2004) 64–5.

58 T.F. Babor et al., ‘Infrastructure and Career Opportunities in Addiction Science: The Emergence of an Interdisciplinary Field’ in *Publishing Addiction Science: A Guide for the Perplexed*, eds. T.F. Babor et al. (2017).

59 On epistemic communities as locus of authoritative knowledge, see P.M. Hass, ‘Policy Knowledge: Epistemic Communities’ in *International Encyclopaedia of the Social & Behavioral Sciences*, eds. N.J. Smelser and B. Baltes (2001) 11578.

60 A. Ritter et al., ‘Comparative Policy Analysis for Alcohol and Drugs: Current State of the Field’ (2016) 31 *International J. of Drug Policy* 39.

61 K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, tr. T. Weir (1998, 3rd edn.) 15. See, also, M. Siems, *Comparative Law* (2018, 2nd edn.) 2.

with very different cultural orientations,⁶² a stance often disliked by comparatists who praise themselves for being sensitive about, and respectful of, cultural diversity. Yet it is also traditionally held that ‘the comparatist is in the best position to follow his comparative researches with a critical evaluation’.⁶³ Consequently, while mainstream comparative law is usually careful to distance itself from the choices of political life and the work of governance,⁶⁴ it also claims to learn ‘from’ different legal frameworks in terms of outcomes and effectiveness. Accordingly, much comparative research on drug law aspires to contribute to the evaluation and refinement of policy. This is especially noticeable in the case of research institutions established for the purpose of providing policy advice. Such is the case of the European Monitoring Centre on Drugs and Drug Addiction and its national observatories: the mission of this European agency is to supply comparable information on the legal responses to drugs at a European level in order to offer policy makers the data they need for drawing up informed drug laws and strategies, and to pinpoint best practice.⁶⁵

Like comparative law scholars, most drug-policy researchers are prone to emphasize that their contribution is ‘about knowing, not doing’:⁶⁶ they usually stand for scientific evidence, and even when they claim to incorporate a ‘public good’ perspective as an added consideration in the formulation of drug policy, they are eager to abstain from any definitive prescription and to emphasize that ‘policy making should not be solely a technocratic endeavour entrusted to scientists’.⁶⁷ But there is little doubt that comparative research leads to normative conclusions, especially when it highlights the success of certain measures and warns against the ineffectiveness of others.

In practice, the three goals assigned to comparison – description, evaluation, and transformation of the law – are often intertwined. On the one hand, researchers who develop in-depth comparative descriptions of drug policies are inclined to make value judgements.⁶⁸ On the other, comparative arguments developed to promote policy change have to rely on an adequate description of case studies in order to strengthen their case.⁶⁹ Finally, an evaluation of drug laws which relies on comparison requires a proper understanding of the legal frameworks being compared and is usually

62 P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (2007) 224.

63 Zweigert and Kötz, *op. cit.*, n. 61, p. 47.

64 D. Kennedy, ‘The Methods and the Politics’ in Legrand and Munday (eds.), *op. cit.*, n. 42, p. 349.

65 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, at <<http://www.emcdda.europa.eu/about/mission>>.

66 Kennedy, *op. cit.*, n. 64, p. 346.

67 T.F. Barbor et al., *Drug Policy and the Public Good* (2018, 2nd edn.) 251.

68 See, for example, B. Caiuby Labate et al. (eds.), *Drug Policies and the Politics of Drugs in the Americas* (2016), especially the foreword.

69 See, for example, N. Eastwood et al., *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation across the Globe* (2016).

accompanied by at least implied recommendations.⁷⁰ This entanglement of descriptive, evaluative, and prescriptive discourses calls for particular scrutiny of the logical hierarchy between the various goals of any comparison. Political hegemony has always featured high among the various aims of comparative law and it is not uncommon for comparative arguments to be used for strictly political purposes, in order either to conserve or to change the law.⁷¹ Unsurprisingly, such comparisons may lead to the sacrifice of impartiality in description and evaluation.

An example of such biased comparison can be found in a 2007 report published by the UNODC on *Sweden's Successful Drug Policy*.⁷² Claiming strong evidentiary support,⁷³ the report claimed to demonstrate a 'clear association between a restrictive drug policy and low levels of drug use'⁷⁴ and went so far as to ascribe the 'remarkable result' of Swedish policy to an 'ambitious vision' of a 'drug-free society'.⁷⁵ The work relies on a comparison of drug-use levels in Sweden with European averages to conclude that a deficit in drug control will translate into an increased 'drug problem'.⁷⁶ The fact that this reasoning rests upon a shaky scientific basis and that the Swedish success story has no foundation in empirical data, as was later demonstrated,⁷⁷ did not prevent the UN agency from giving it weight and lustre by publishing it with a preface by its Executive Director.

This UNODC report illustrates the complexity of the research/policy nexus in the international drug control regime,⁷⁸ a realm in which the functioning of the established bureaucracy does not seem favourable to in-depth scientific debate, let alone critical thinking.⁷⁹ The dual role of

70 See, for example, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), 'Alternatives to punishment for drug-using offenders' (2015), at <http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_240836_EN_TDAU14007ENN.pdf>.

71 U. Kischel, *Comparative Law*, tr. A. Hammel (2019) 47.

72 UNODC, *Sweden's Successful Drug Policy: A Review of the Evidence* (2007).

73 The report is subtitled 'A Review of the Evidence' and its authors claim to 'thoroughly review the available evidence, including data on drug abuse, dating back to the 1940s' (p. 7).

74 *id.*

75 *id.*, p. 52.

76 P. Cohen, 'Looking at the UN, Smelling a Rat' (2010) 2 *Amsterdam Law Forum* 10.

77 B. Olsson, 'Dressed for Success? A critical review of "Sweden's Successful Drug Policy: A Review of the Evidence"' (2009), paper presented at Third ISSDP Conference, Vienna.

78 C. Hallam and D.R. Bewley-Taylor, 'Mapping the World Drug Problem: Science and politics in the United Nations drug control system' (2010) 21 *International J. of Drug Policy* 1.

79 C. Fazey, 'The Commission on Narcotic Drugs and the United Nations International Drug Control Programme: Politics, policies and prospect for change' (2003) 14 *International J. of Drug Policy* 155. See, also, F.E. Thoumi, 'Can the United Nations support "objective" and unhampered illicit drug policy research?' (2002) 38 *Crime, Law and Social Change* 161, at 177.

UNODC, which acts both as centre for research and dissemination and as outlet for political messages, is partly to blame for this ‘hopeful constructivism’ the purpose of which is to reconfigure reality.⁸⁰ But the use of faulty comparative arguments to blur the boundary between factual knowledge and untested beliefs is not limited to international bureaucracy. In this regard, the Swedish report reminds us that good comparative research starts with the ability to identify flawed comparisons. In order to unveil the duplicity of defective arguments, it is crucial to take methods seriously.

2. *Methods of comparison*

Comparative research on drug policies seems to have been relatively unconcerned with issues of method until now. Apart from the newness of the field, a reason for this lack of interest lies in the fact that this area of research brings together researchers from various disciplines. Each armed with their own tools, they tend to take for granted that the others are equally properly equipped, which allows the circulation of scientific statements between them while ignoring the possibility of furthering common reflection on the types of investigation applicable to their common topic. In this respect, comparative drug-policy research stands in sharp contrast with comparative law scholarship, a discipline beset by epistemological self-questioning which provides abundant reflections on its methods.⁸¹ Yet, both fields share a remarkable lack of unity. In spite of recent attempts to clarify the scope and limits of comparative drug policies, definitional issues and fuzzy boundaries exist similar to those affecting the field of comparative law.

This variety is partly owing to the diversity of objects under analysis. Even if one confines drug policy to its legal components – law-like rules such as treaty, statute, regulation, order, guideline, standard operating procedure or other formalizing text – to the exclusion of informal organizational practices or routine functions, the field still covers a vast array of subjects having little in common with each other. Thus, comparative research on drug law spans a macro-micro continuum with some studies at one end focusing on the UN drug control institutions as a whole (compared with other international instruments such as climate change or human rights regimes),⁸²

80 More generally, on the role of ignorance and knowledge and their instrumentalization in international politics, see G. Mallard and L. McGoey, ‘Strategic Ignorance and Global Governance: An Ecumenical Approach to Epistemologies of Global Power’ (2018) 69 *Brit. J. of Sociology* 884.

81 See, among many others, M. Adams and D. Herbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (2014); M. Adams and J. Bomhoff, *Practice and Theory in Comparative Law* (2012); Reimann and Zimmerman (eds.), *op. cit.*, n. 42; Legrand and Munday (eds.), *op. cit.*, n. 42.

82 D. Bewley-Taylor and M. Fitzmaurice, ‘The Evolution and Modernisation of Treaty Regimes: The Contrasting Cases of International Drug Control and Environmental Regulation’ (2018) 20 *International Community Law Rev.* 403.

and others concentrating on a specific measure implemented in local settings (for example, the impact of opposing cannabis policies in two different cities)⁸³ at the other end. In between these two poles, comparative research can be carried out at various geographic levels (regional, national, or municipal) and focus on comprehensive policies or particular regulations.

Adding to this diversity of objects, comparative studies on drug policy are characterized by a plurality of approaches. Heterogeneity seems to prevail over any orthodoxy in this field of study.⁸⁴ In this respect, drug-policy research mirrors the increasing diversity of comparative law scholarship.⁸⁵ The way institutional norms and legal standards are identified, described, and eventually compared varies very much from study to study. Qualitative analysis sits alongside quantitative approaches and case-oriented investigations compete with variable-oriented research.

Such methodological pluralism questions the existence of a scientific ‘logic’ shared by researchers working in this field.⁸⁶ There is indeed little in common between the thick cultural description of the historical development of national drug laws⁸⁷ and the production of composite harm indexes designed to monitor and compare the social cost of these legal frameworks.⁸⁸ Likewise, mapping studies which chart the characteristics of national legal frameworks and lead to the construction of typologies of domestic drug policies⁸⁹ require a different methodology from implementation studies which assess the concordance between law in the books and law in action,⁹⁰ or from impact-assessment studies which purport to highlight statistical association between specific policies and their population-level effects on the basis of complex statistical model specifications and mathematical

83 C. Reinerman et al., ‘The Limited Relevance of Drug Policy: Cannabis in Amsterdam and in San Francisco’ (2004) 94 *Am. J. of Public Health* 836.

84 Ritter et al., op. cit., n. 60.

85 M. Siems, ‘New Directions in Comparative Law’, in Reimann and Zimmermann (eds.), op. cit., n. 42, p. 852.

86 More specifically, on the divide between those analysing a large number of cases on a few characteristics and those studying a few cases in depth, see D. della Porta, ‘Comparative analysis: case-oriented versus variable-oriented research’ in *Approaches and Methodologies in the Social Sciences: A Pluralist Perspective*, eds. D. della Porta and M. Keating (2008) 198.

87 See, for example, T. Boekhout van Solinge, *Dealing with Drugs in Europe. An Investigation of European Drug Control Experiences: France, the Netherlands and Sweden* (2004). See, also, Colson and Bergeron (eds.), op. cit., n. 43.

88 A. Ritter, ‘Methods for Comparing Drug Policies: The Utility of Composite Drug Harm Indexes’ (2009) 20 *International J. of Drug Policy* 475.

89 See, for example, T. Ysa et al., *Governance of Addictions: European Public Policies* (2014). See, also, S. Callaghan, ‘Issues in Comparing National Drug Policies: Utilizing Typologies to Identify Drug Policy Regimes and Explore Cultural Contexts’ (2019), paper presented to Thirteenth ISSDP Conference, Paris.

90 V. Belackova et al., ‘Assessing the concordance between illicit drug laws on the books and drug law enforcement: comparison of three states on the continuum from “decriminalised” to “punitive”’ (2017) 41 *International J. of Drug Policy* 148.

formulae.⁹¹ The comparative process itself, a quest for similarities and differences, can be carried out along very different lines. Comparison is sometimes merely implied, especially in works which proceed by juxtaposition, or in studies of foreign law which simply describe specific sets of rules applicable to drug activities in a particular place. In contrast, sometimes comparison is highly formalized and expressed in numerical figures and ratio variances supposed to symbolize the different consequences of various policies.

In the light of this diversity, recent attempts have been made to better identify the boundaries and to streamline the methods of comparative research on drug policies.⁹² Such efforts are useful to promote debate and collaboration among researchers and to bolster the academic legitimacy of an interdisciplinary field in the making. Paradoxically though, it is unclear what theoretical gain such a methodological enterprise can achieve except the lowering of overambitious expectations.

Decades of methodological haggling in comparative law and comparative politics can serve as a useful warning against global theories and general truths based upon cross-national comparisons. Yet, much of drug policy analysis appears to rely on it as an ideal way, for want of randomized control trials, to measure the efficiency of specific legal responses to particular drug issues. A comparative perspective can indeed contribute to demonstrating that some measures make a positive difference in some places.⁹³ But regarding criminal laws, researchers tend to overestimate the comparability of national frameworks. Comparing criminal policies not only requires reliable institutional and criminological data, a challenge in itself, as the target of these policies is illegal activity, but also a proper understanding of the various social and cultural contexts in which legal governance is taking place.⁹⁴ Without such a contextual understanding, defining law as an independent variable likely to explain the ‘efficiency’ of a drug policy amounts to crude functionalism, an approach discredited even among comparative lawyers who take the functional method seriously.⁹⁵

91 Y. Shi et al., ‘Cannabis Liberalization and Adolescent Cannabis Use: A Cross-National Study in 38 Countries’ (2015) 10 *PLoS ONE*, at <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0143562>>.

92 Ritter et al., *op. cit.*, n. 60, and the reply by S. Burris, ‘Theory and Methods in Comparative Drug and Alcohol Policy Research: Response to a Review of the Literature’ (2017) 41 *International J. of Drug Policy* 126.

93 Comparison has indeed proved crucial to demonstrate the effectiveness of specific strategies and interventions to reduce drug use and related harm such as opioid substitution therapy or needle exchange programmes. For a summary of the evidence, see Barbor et al., *op. cit.*, n. 67, ch. 9.

94 D. Nelken, *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference* (2010).

95 R. Michaels, ‘The Functional Method of Comparative Law’ in Reimann and Zimmermann (eds.), *op. cit.*, n. 42, ch. 13.

3. *Impact of comparison*

The routine expectation that addiction research, including comparative analysis, will influence drug policy often proves wrong. Thus, although comparative evidence tends to demonstrate the modest effect of criminal justice systems in deterring or reducing illicit drug use and drug trafficking, aggressive enforcement activities still consume the largest share of illicit drug-related government spending in many countries.⁹⁶ In order to understand this discrepancy, a burgeoning literature has explored the cognitive bias and associated forms of self-deception produced in the shaping of domestic drug policy. In this area where evidence is often difficult to locate and can appear spurious, the institutional claims of ‘evidence-based policy’ are derided by scholars who document how available data is selected and often distorted by policy makers and civil servants for the maintenance of their own status.⁹⁷ This observation explains why comparative drug policy research is now taking a reflexive turn to answer questions about the shaping of drugs policy and the role that scientific evidence can play in that process.⁹⁸

By and large, the conditions under which knowledge and expertise can influence policy making is always dependent upon non-scientific constraints, such as the structure of the political system, societal values, and other contingent variables.⁹⁹ In the case of illicit drugs, additional obstacles tend to make research even less appealing to politicians and civil servants. Observation is harder than with licit substances and data are scarcer, which make studies less reliable and possibly less persuasive.¹⁰⁰ The use of research is also impeded by the moral stigma attached to illicit drug-related activities. The ‘drug problem’ is still often perceived as one of crime, not primarily of health, and in times of penal populism, tough law enforcement based on justice considerations needs little empirical justification. Yet, in spite of these hurdles, it is probable that addiction research will see its impact on policy making grow in the future. The drug debate still has, and will probably retain, important moral and ideological dimensions but these increasingly coexist with an evaluation-based model. The core belief that drug use is a lasting anthropological fact which should be dealt with in the light of available scientific evidence rather than mere moral considerations is

96 Barbor et al., op. cit., n. 67, ch. 10.

97 M. Monaghan, *Evidence versus Politics: Exploiting Research in UK Drug Policy Making?* (2011). See, also, A. Stevens, *Drugs, Crime and Public Health* (2011), especially ch. 4.

98 J. Holmes, ‘Introduction to a new series on case studies on the addiction policy process’ (2018) 113 *Addiction* 1381.

99 For a general perspective on these variables, see P. Cairney, *Understanding Public Policy: Theories and Issues* (2012), especially ch. 11.

100 P. Reuter, ‘Why does research have so little impact on American drug policy?’ (2001) 96 *Addiction* 373, especially p. 374.

now firmly grounded in the public sphere, and the networks of transnational addiction science experts constitute an epistemic community with enough leverage for generating authoritative knowledge and developing policy entrepreneurship on drug issues both at the national and international level.¹⁰¹ In this transnational research community, cross-cultural comparisons play a crucial role in accelerating the circulation of policy ideas and legal models. At a time of declining faith in prohibition and openness to drug-policy innovation, a window of opportunity is opening up to increase the impact of comparative research on drug policy.

There are several points at which comparative legal knowledge may impact on drug policy making, the most visible being the adoption of foreign policies and the transposition of external norms by national legislators. An example is the current relaxation of cannabis laws which is taking place in various places, sometimes heading towards its full legalization. The growing body of comparisons of existing regulatory models can hopefully inspire national legislators, if only to weaken the ideological taboo of legalization still present in many countries, to fuel political debates and lend credibility to arguments used abroad to underpin policy change, and to map out possible policy options. Thus, while different cultural and political contexts necessarily lead to different types of reform in different places, comparative research on these reforms can determine the very possibility of changes and influence the policy process ‘elsewhere’.

A more discreet type of influence relates to the jurisprudence of higher courts. In a fast-changing and ever more open legal environment, senior judges are now increasingly involved in judicial dialogues across national divides. This polite exchange of information leads to mutual inspiration and ‘cross-fertilization’ on a variety of subjects,¹⁰² and this may be happening with drug policy as state drug laws are now commonly challenged on constitutional grounds. Normative questions as to the validity of the criminalization of drug use are also becoming more prominent as the international human rights regime and the international drug control system are now recognized to be on a collision course.¹⁰³ In order to settle these tricky legal questions and to balance law enforcement and respect for privacy, judges can use comparative law to inject ‘outsider’ insights into their reasoning to serve

101 D. Alimi, ‘“Going Global”: Policy Entrepreneurship of the Global Commission on Drug Policy’ (2015) 93 *Public Administration* 874.

102 M. Andenas and D. Fairgrieve, ‘Introduction: Finding a Common Language for Open Legal Systems’ in *Comparative Law before the Courts*, eds. G. Canivet et al. (2004) xxvii.

103 On this question, see R. Lines, *Drug Control and Human Rights in International Law* (2017), and D. Barrett and M. Nowak’s seminal article, ‘The United Nations and Drug Policy: Towards a Human Rights-Based Approach’ in *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Calliope K. Koufa*, eds. A. Constantinides and N. Zaikai (2009) 468.

a ‘subversive’ purpose,¹⁰⁴ feeding judicial activism and circumventing legal conservatism. In that respect, a string of recent decisions by various supreme courts from all around the world may well pave the way for a transnational judicial understanding of drug ‘personal consumption’ as an activity that pertains to the constitutionally protected realm of the private.¹⁰⁵

CONCLUSION

The limits of legal transfers in the engineering of social and economic changes on a global scale have been highlighted in the law and development literature.¹⁰⁶ The failure of the international governance of drug policy provides another illustration of how a worldwide transplantation can go wrong, this time in the field of transnational criminal law. As the global order on drugs is now under extreme strain, with some countries establishing recreational markets for products banned under international law, and others pursuing a ruthless war against drug users,¹⁰⁷ comparative law provides an ideal platform to describe the changing landscape for drug policy. Much can be learned from the diversity of national legal frameworks, both on the possibility and the danger of transferring criminal norms worldwide, and on the best and worst practices in implementing or circumventing international norms. Comparative law expands the agenda of ‘thinkable’ possibilities. But it is unclear how much of this comparative knowledge can be of direct use for the policy maker. Indeed, there may be much to learn from elsewhere but not so much to transfer. While comparative analysis can certainly provide substantial contributions to legal and policy knowledge, its ability to provide universal solutions applicable on a transnational basis should not be overrated. Even when grounded in sophisticated design, legal comparisons are always open to interpretation and can sometimes prove erroneous.¹⁰⁸ In this respect, comparison of laws and regulatory measures on drugs is no

104 G. Fletcher, ‘Comparative Law as a Subversive Discipline’ (1998) 46 *Am. J. of Comparative Law* 683

105 A. Marks, ‘Defining “Personal Consumption” in Drug Legislation and Spanish Cannabis Clubs’ (2019) 68 *International & Comparative Law Q.*, especially Section VIII.

106 J. Gillespie and P. Nicholson (eds.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfer* (2012).

107 For a general view, see A. Klein and B. Stothard (eds.), *Collapse of the Global Order on Drugs: From Ungass 2016 to Review 2019* (2018).

108 For an example, see A. Stevens, ‘Is policy “liberalization” associated with higher odds of adolescent cannabis use? A re-analysis of data from 38 countries’ (2019) 66 *International J. of Drug Policy* 94.

substitute for a rigorous policy evaluation¹⁰⁹ and a normative reflection on policy objectives and metrics of success.¹¹⁰

109 EMCDDA, *Evaluating drug policy: A seven-step guide to support the commissioning and managing of evaluations* (2017).

110 International Centre for Science in Drug Policy, 'A Call for a Reprioritization of Metrics to Evaluate Illicit Drug Policy' (2016), at <https://www.unodc.org/documents/ungass2016/Contributions/Civil/ICSDP/ICSDP_Open_Letter_EN_Web.pdf>.

Renaud Colson
Maître de conférences à l'université de Nantes
Contact : Renaud.Colson@univ-nantes

Cannabis thérapeutique : les leçons canadiennes

Article paru dans la *Revue de droit sanitaire et social* (n° 2018-5, p. 847-861)

Résumé : L'Agence Nationale de Sécurité du Médicament a récemment annoncé la création d'un comité scientifique sur « l'évaluation de la pertinence et de la faisabilité de la mise à disposition du cannabis thérapeutique en France ». Cette instance consultative analysera les données scientifiques disponibles et prendra en compte les enseignements issus des pays qui ont déjà autorisé l'usage de cannabis à des fins médicales. Dans cette perspective, l'exemple du Canada, qui fût l'un des premiers Etats à s'engager dans cette voie, se révèle particulièrement instructif. Quelles sont les modalités juridiques de la légalisation canadienne du cannabis thérapeutique et quelles leçons peut-on tirer ? S'agit-il d'une mesure de santé publique suffisamment encadrée par le droit pour exclure toute confusion entre les usages médicaux et non médicaux du chanvre indien ? Ou faut-il y voir un dispositif hypocrite conférant aux médecins le pouvoir de prescrire du chanvre récréatif, et la première étape d'un processus qui mène inévitablement à la légalisation du cannabis ?

Introduction*

Utilisé depuis des millénaires sur plusieurs continents pour ses vertus thérapeutiques¹, le chanvre indien (*Cannabis sativa L.*) a occupé une place de choix dans la pharmacopée occidentale jusqu'au début du 20^e siècle². Il a ensuite été rapidement marginalisé et finalement exclu du champ des remèdes autorisés. Cette disqualification trouve son origine non pas dans un désaveu des sciences médicales, mais dans une politique prohibitionniste qui visait à éradiquer l'usage de certains produits psychoactifs. Initiée aux Etats-Unis, cette croisade aux origines idéologiques troubles³ a été progressivement relayée par la communauté internationale⁴. C'est ainsi que le cannabis a été inscrit, aux côtés de l'héroïne, aux tableaux I

* La production de cet article est le fruit d'un séjour à l'Institut universitaire sur les dépendances de Montréal. Cette recherche a bénéficié d'une subvention du CNRS au titre du programme SMI 2018. L'auteur remercie le professeur Serge Brochu, Laurence D'Arcy et Serge Karsenty pour leurs relectures attentives et leurs conseils avisés.

¹ R. Evans Schultes, A. Hofmann, C. Rätsch, *Plants of the Gods: Their Sacred, Healing, and Hallucinogenic Powers*, Healing Arts Press; 2nd Edition, 2001, p. 92-101 [trad. française par A. Hubert, *Les Plantes des dieux. Les plantes hallucinogènes. Botanique et ethnologie*, Paris, Berger-Levrault, 1981].

² S. Pisanti, M. Bifulco, « Modern History of Medical Cannabis: From Widespread Use to Prohibitionism and Back », *Trends in Pharmacological Sciences*, March 2017, 38(3), p. 195-197. V. également le V° « Cannabis en thérapeutique », in D. Richard, J.-L. Senon, M. Valleur (dir.), *Dictionnaire des drogues et des dépendances*, Paris, Larousse, 2009, p. 129-135.

³ Cette histoire a été écrite par D.F. Musto, *The American Disease: Origins of Narcotics Control*, 3^e éd., Oxford, OUP, 1999. V., pour une perspective synthétique en français, C. Bachmann et A. Coppel, *La drogue dans le monde, hier et aujourd'hui*, Paris, Albin Michel, 1989, not. p. 253-274.

⁴ Sur les modalités de ce processus, v. D.R. Bewley-Taylor, *The United States and International Drug Control: 1909-1997*, London, Continuum, 2001. Voir également W.B. McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*, London, Routledge, 2002. Rapp. F.-X. Dudouet, *Le grand deal de l'opium*, Paris, Syllepse, 2009.

et IV de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 qui recensent les drogues « particulièrement susceptible(s) de donner lieu à des abus et de produire des effets nocifs » sans que ce danger ne soit « compensé par des avantages thérapeutiques appréciables » (Art. 3.5). Le potentiel thérapeutique du cannabis désormais nié par le droit international, les recherches médicales sur cette plante ont connu une éclipse de plusieurs décennies.

Depuis quelques années néanmoins, le chanvre indien connaît un retour en grâce. Son activité émétique dans la prévention des vomissements post-chimiothérapeutiques, ses effets antalgiques dans le traitement des douleurs chroniques et son efficacité dans le traitement de la spasticité en cas de sclérose en plaques sont désormais bien documentés⁵. Et les propriétés antitumorales du cannabis, observées chez l'animal, intriguent. Les plus hautes autorités médicales américaines invitent désormais à approfondir la recherche sur les cannabinoïdes⁶ et l'Organisation mondiale de la santé procède actuellement à une réévaluation de leur utilité médicale⁷. Plusieurs médicaments à base d'extraits de cannabis ou de cannabinoïdes de synthèse ont déjà été mis sur le marché (notamment le Cesamet®, le Marinol® et le Sativex®) dans de nombreux pays⁸. Sous forme d'herbe séchée, d'herbe fraîche ou d'huile, la plante elle-même a fait son retour, en certains endroits, comme médication autorisée⁹.

Ce n'est pas encore le cas en France où l'usage médical de cannabis n'est pas permis. Une autorisation de mise sur le marché (AMM) pour le Sativex®, un spray sublingual composé d'extraits de chanvre indien a, certes, été délivrée en 2014 par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). Mais cette AMM, très restrictive dans ses conditions de prescription, reste pour l'instant purement théorique : ce médicament demeure indisponible faute d'accord sur son prix de vente entre le Comité économique des produits de santé (CEPS) et le laboratoire qui le produit¹⁰. Conscient du retard français et de son caractère difficilement justifiable dans une « démocratie sanitaire » où certains n'hésitent plus à revendiquer « un accès sécurisé, contrôlé et remboursé aux phytocannabinoïdes sur prescription

⁵ National Academies of Sciences Engineering and Medicine - Health and Medicine Division, *The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids. The Current State of Evidence and Recommendations for Research*, Washington, 2017, disponible en ligne : <<http://nationalacademies.org/hmd/Reports/2017/health-effects-of-cannabis-and-cannabinoids.aspx>> (consulté le 18/08/2018). Voir également Whiting, P.F. et al. « Cannabinoids for medical use: a systematic review and meta-analysis », *Journal of the American Medical Association*, 2015, 313, p. 2456-2473. Et plus particulièrement, s'agissant du cannabidiol (ou CBD): Pisanti, S. et al., « Cannabidiol: State of the art and new challenges for therapeutic applications », *Pharmacology & Therapeutics*, 2017, 175, p. 133-150.

⁶ Voir notamment le récent rapport de l'Académie nationale de médecine américaine cité note précédente.

⁷ Les rapports provisoires sur le cannabis préparés pour la réunion du Comité d'experts de la pharmacodépendance de l'Organisation mondiale de la santé qui s'est tenu en juin 2018 sont disponibles en ligne: http://www.who.int/medicines/access/controlled-substances/ecdd_40_meeting/en/ (consulté le 18/08/2018).

⁸ Voir par exemple, la récente décision de la Food and Drug Administration (principale autorité de régulation américaine en matière médicale) d'approuver la mise sur le marché de l'Epidiolex®, un médicament à base de cannabis destiné au traitement de certaines formes sévères d'épilepsies : <<https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm611046.htm>> (consulté le 18/08/2018). Dans un autre registre (celui du traitement de la douleur dans les pays européens), voir N. Krceviski-Skvarc C. Wells, W. Hauser, « Availability and approval of cannabis-based medicines for chronic pain management and palliative/supportive care in Europe: A survey of the status in the chapters of the European Pain Federation », *European Journal of Pain*, 2018, 22, p. 440-454.

⁹ C'est notamment le cas aux Etats-Unis où, en juillet 2018, plus de 31 Etats avaient établi un cadre juridique autorisant l'usage de la plante de cannabis à des fins médicales.

¹⁰ Voir, à ce sujet, la question écrite posée au gouvernement et la réponse du Ministère des affaires sociales et de la santé : <<https://www.senat.fr/questions/base/2015/qSEQ150817632.html>>

médicale »¹¹, la ministre de la Santé a récemment annoncé que le cannabis médical « pourrait arriver en France »¹². Cette volonté politique, confirmée par la création d'un comité scientifique sur « l'évaluation de la pertinence et de la faisabilité de la mise à disposition du cannabis thérapeutique en France »¹³, risque de se heurter à de sérieux obstacles réglementaires. Non seulement le chanvre indien n'est, à ce jour, inscrit sur aucune des listes de plantes médicinales de la Pharmacopée française et de la Pharmacopée européenne, mais il tombe surtout, à l'instar de tous les produits stupéfiants, sous le coup d'une prohibition générale dont la rigueur symbolique risquerait d'être affaiblie par la légalisation de l'usage médical. De sorte que, quand bien même l'intérêt thérapeutique du cannabis serait avéré, la décision éminemment politique de procéder à sa réintroduction dans la palette des soins conventionnels requiert au préalable une réflexion juridique. Celle-ci doit nécessairement faire toute sa place à l'étude des législations étrangères.

Plusieurs pays ont déjà légalisé la prescription de cannabis, et il semble judicieux de se pencher sur ces expériences. La variété des cultures, juridiques et médicales, rend délicat le transfert de dispositifs réglementaires d'un pays à l'autre sans prise en compte approfondie de la spécificité des contextes nationaux¹⁴. Mais l'étude des expériences étrangères n'en est pas moins essentielle pour éviter certaines erreurs, prendre la mesure des risques que peut comporter telle ou telle réforme et s'inspirer de bonnes pratiques existantes¹⁵. Dans cette perspective, l'exemple du Canada, qui fût l'un des premiers Etats à autoriser le cannabis médical, mérite toute notre attention. Quelles sont les modalités juridiques de cette expérience et quelles leçons peut-on tirer ? S'agit-il d'une mesure de santé publique suffisamment encadrée par le droit pour exclure toute confusion entre les usages thérapeutique et non thérapeutique du chanvre indien ? Ou faut-il y voir un dispositif hypocrite conférant aux médecins le pouvoir de prescrire du chanvre récréatif¹⁶, et la première étape d'un processus qui mène inévitablement à la légalisation du cannabis ? Ces interrogations prennent un relief particulier à la lumière de l'actualité récente : le législateur canadien vient de retirer le cannabis de la liste des drogues prohibées¹⁷ après en avoir autorisé, il y a près de 20 ans, l'usage médical. Il apparaît donc opportun de se pencher sur ce processus de légalisation du cannabis thérapeutique (1) avant de présenter la

¹¹ V. notamment l'« Appel unitaire pour le développement de la recherche et l'accès médical aux cannabinoïdes » porté par des associations de malades, des chercheurs, des professionnels de santé, et des personnalités politiques : <<http://cannabis-medical.wesign.it/fr>> (consulté le 18/08/2018).

¹² France Inter, « L'invité de 8h20 : le grand entretien », jeudi 24 mai 2018 : <<https://www.franceinter.fr/emissions/l-invite-de-8h20-le-grand-entretien/l-invite-de-8h20-le-grand-entretien-24-mai-2018>> (consulté le 18/08/2018).

¹³ Ce comité, dont la création a été annoncée le 10 septembre 2018 par l'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM), a été constitué à la demande de la ministre de la Santé, Madame Agnès Buzyn.

¹⁴ Pour une mise en garde contre l'oubli des cultures locales dans l'étude des droits étrangers et le transfert d'institutions juridiques d'un territoire à un autre, v. P. Legrand, *Le droit comparé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006. Et de manière générale, sur les transferts de politiques publiques dans le domaine de la santé : H. Bergeron, P. Castel, *Sociologie politique de la santé*, Paris, PUF, 2014, p. 72-76.

¹⁵ C'est l'une des missions revendiquées par l'étude des droits étrangers comme le rappellent régulièrement les introductions au droit comparé. En ce sens, voir par exemple R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 4-5.

¹⁶ S. Wilkinson, D. D'Souza, « Problems with the Medicalization of Marijuana », *Journal of the American Medical Association*, 2014, 311:23, p. 2377.

¹⁷ Le texte de loi C-45 ayant reçu la Sanction royale après avoir été approuvé par les deux chambres, la légalisation du cannabis récréatif sera une réalité juridique au Canada à partir du mois d'octobre 2018.

réglementation qui encadre aujourd'hui son utilisation (2), et de rendre compte de la manière dont cette réforme a modelé les pratiques sociales (3).

I – Le processus de légalisation du cannabis thérapeutique

La revendication d'une utilisation médicale de cannabis apparaît au milieu des années 1990. Elle est alors portée par des groupes de consommateurs qui organisent, dans une semi-clandestinité, des dispensaires communautaires où se prodiguent conseils et soins et où s'organise le commerce de ce produit alors totalement interdit¹⁸. C'est dans cet environnement spécifique et à la faveur du contentieux de la répression de l'usage de stupéfiants que les juridictions canadiennes ont forcé la main au gouvernement et l'ont contraint à autoriser le cannabis médical (A) et à en réglementer l'accès (B).

A. La protection constitutionnelle de l'accès au cannabis médical

Fruit d'un dialogue entre les plus hautes juridictions canadienne et l'administration fédérale¹⁹, la légalisation de l'accès au cannabis médical est la conséquence directe des nouvelles possibilités de contrôle constitutionnel ouvertes par l'entrée en vigueur, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans de longues décisions argumentées relevant d'une logique de *common law*, les juges canadiens se sont prononcés sur la conformité de l'incrimination de la possession de cannabis²⁰ à l'article 7 de cette Charte²¹. Ils ont constaté qu'en cas d'usage à finalité thérapeutique, les consommateurs de marijuana étaient confrontés à un dilemme cornélien : prendre le risque d'être emprisonnés ou renoncer à une médication dont l'usage relevait de leur sphère d'autonomie personnelle. Les juges en ont déduit que les droits à la liberté et à la sécurité de ces malades étaient menacés par l'interdit pénal. Si les juridictions se sont abstenues de reconnaître l'existence d'un « droit » à l'usage de cannabis médical, elles ont en revanche affirmé qu'une telle consommation ne pouvait être sanctionnée pénalement sans porter atteinte aux « principes de justice fondamentale ».

Procédant par voie d'exemption constitutionnelle (*Wakeford c. Canada*)²², puis d'invalidation de dispositions législatives (*R. c. Parker*)²³, les juges ont ainsi contraint l'administration

¹⁸ Sur l'histoire de la prohibition du cannabis au Canada, voir B. Fischer, K. Ala-Leppilampi, E. Single, A. Robins, « Cannabis Law Reform in Canada: Is the Saga of Promise, Hesitation and Retreat Coming to an End », *Canadian Journal of Criminology & Criminal Justice*, 2003, 45, p. 265-295. Rapp. S. Boyd, *Busted. An Illustrated History of Drug Prohibition in Canada*, Halifax, Fernwood Publishing, 2017.

¹⁹ Pour une présentation chronologique (jusqu'en 2015) des principales décisions et des textes réglementaires en la matière, voir R. Solomon, M. Clarizio, « The Highs and Lows of Medical Marijuana Regulation in Canada », *Criminal Law Quarterly*, 2015, 62, p. 536-561. Pour une description plus sociologique du processus de légalisation du cannabis médical au Canada, v. P. Lucas, « Regulating Compassion: An Overview of Canada's Federal Medical Cannabis Policy and Practice », *Harm Reduction Journal*, 2008, 5.5, accessible à : <http://www.harmreductionjournal.com/content/5/1/5> (consulté le 18/08/2018).

²⁰ Les Art. 4(1) et 4(3) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* prévoyaient, à l'époque, une amende de mille dollars et un emprisonnement de six mois en cas de possession de cannabis.

²¹ La Charte canadienne des droits et libertés constitue la première partie de la Loi constitutionnelle de 1982. Elle est inscrite au cœur de la Constitution canadienne. L'article 7 de la Charte dispose que « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

²² *Wakeford c. Canada*, 1999 CanLII 15037 (ON SC) : <http://canlii.ca/t/1wcl> (consulté le 18/08/2018).

²³ *R. v. Parker*, 2000 CanLII 5762 (ON CA) : <http://canlii.ca/t/1fb95> (consulté le 18/08/2018).

fédérale à établir, dans le cadre de la législation prohibitionniste en vigueur²⁴, une procédure permettant aux malades d'obtenir une autorisation d'usage médical de cannabis.

Entré en vigueur en 2001, le *Règlement sur l'accès à la marijuana à des fins médicales* (RAMM) a établi un système conférant à certains patients la possibilité de détenir légalement du cannabis thérapeutique sous forme d'herbe séchée et d'en produire, individuellement ou par procuration, à des fins personnelles. Les autorisations, délivrées par Santé Canada (le ministère canadien de la Santé), étaient conditionnées à l'épuisement préalable de tous les traitements conventionnels envisageables. La procédure requérait la déclaration d'un médecin généraliste dans l'hypothèse d'un malade en phase terminale, d'un spécialiste pour le traitement de symptômes associés à des maladies graves nommément identifiées (cancer, VIH-sida, sclérose en plaques, épilepsie...), et de deux spécialistes pour le traitement de symptômes particulièrement invalidants mais non associés à une maladie visée par le RAMM. Le dispositif ainsi cadenassé devait offrir toutes garanties contre de possibles dérives. Il a néanmoins rencontré une forte opposition du corps médical. Méfiantes, plusieurs associations professionnelles ont conseillé aux médecins de ne pas remplir les formulaires de demande d'autorisation d'usage d'un produit qui était alors une drogue illicite²⁵.

La complexité bureaucratique du dispositif mis en place par l'administration fédérale, ses conditions restrictives et les résistances des médecins ont eu pour conséquence qu'un nombre très limité de patients seulement ont pu accéder au programme de cannabis médical. Au point que les juges ont finalement dénoncé le caractère « illusoire » de celui-ci et imposé au gouvernement de revoir sa copie. La Cour d'appel de l'Alberta a tout d'abord constaté que les malades qui étaient dans l'impossibilité de produire ou de faire cultiver leur marijuana par une personne désignée étaient forcés de s'approvisionner sur les marchés illégaux (*R. c. Krieger*)²⁶. Puis celle de l'Ontario a invalidé plusieurs dispositions du RAMM au motif qu'elles restreignaient injustement l'accès au cannabis médical (*Hitzig c. Canada*)²⁷.

B. Une évolution réglementaire sous contrainte judiciaire

Sous la pression judiciaire, le gouvernement a amendé à plusieurs reprises la réglementation du cannabis médical. Les modalités d'admissibilité au programme et d'allocation des licences de production ont été assouplies. Et une source d'approvisionnement étatique²⁸ a été établie pour les patients ne pouvant ni cultiver leur cannabis, ni le faire produire par une personne désignée.

²⁴ Une telle procédure d'exemption relève du pouvoir exécutif conformément aux articles 55 et 56 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui organisait, à l'époque, la prohibition du cannabis.

²⁵ R. Solomon, M. Clarizio, *op. cit.*, spéc. 545-546.

²⁶ R. v. Krieger, 2003 CanLII 85 (ABCA) : <<http://canlii.ca/t/5ck1>> (consulté le 18/08/2018).

²⁷ Hitzig v. Canada, 2003 CanLII 30796 (ON CA) : <<http://canlii.ca/t/5291>> (consulté le 18/08/2018).

²⁸ Santé Canada, responsable de cet approvisionnement étatique, avait chargé une société privée (Prairie Plant Systems Inc) d'assurer la production de cannabis médical. La distribution du produit était assurée par Santé Canada et donnait lieu à une distribution par voie postale.

Le nombre de patients bénéficiant d'un accès licite au cannabis thérapeutique a logiquement augmenté, passant de moins de 1500 en 2006²⁹ à plus de 37 000 en 2014³⁰.

Se prévalant de risques sanitaire et sécuritaire résultant de la culture de cannabis dans des locaux d'habitation, de résistances municipales à ce type de production individuelle et du coût économique excessif du dispositif existant, le gouvernement conservateur a choisi de le réformer pour le rapprocher de celui des médicaments stupéfiants³¹. En 2014, il a substitué le *Règlement sur la marihuana à des fins médicales* (RMFC) au *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales* (RAMM). Le nouveau texte a profondément remanié le programme gouvernemental en lui insufflant un esprit plus libéral. D'une part, il a retiré à l'administration le pouvoir d'autoriser l'usage de cannabis médical pour conférer cette responsabilité aux seuls médecins, renonçant ainsi à un contrôle étatique de l'appréciation des praticiens. D'autre part, il a substitué aux autorisations de culture individuelle un système de production et de distribution de cannabis médical privatisé, confié à des sociétés commerciales soumises à une rigoureuse réglementation.

Pas plus que son prédécesseur le RMFC n'a échappé à la censure constitutionnelle des juridictions supérieures. Dans un premier temps, la Cour suprême du Canada a considéré que la disposition, présente dans le RAMM et reprise dans le RMFC, qui restreignait le cannabis médical à la marihuana séchée, à l'exclusion de son huile ainsi que des bourgeons et des feuilles de marihuana fraîche était incompatible avec les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* (R. c. Smith)³². Dans un second temps, la Cour fédérale a invalidé le nouveau règlement au motif, entre autres, qu'en renvoyant au marché industriel l'approvisionnement des malades, le nouveau dispositif restreignait l'accès au cannabis de manière excessive et injustifiée (Allard c. Canada)³³.

Ces décisions de justice constituent le dernier épisode du dialogue conflictuel mené, depuis plus de 15 ans, entre les plus hautes juridictions du pays et l'administration fédérale au sujet de l'accès au cannabis médical. Les juges n'ont pas hésité, à cette occasion, à étendre le contrôle de la réglementation à ses détails les plus techniques. Ils ont ainsi suscité la critique de certains commentateurs pour qui la censure de la qualité de la loi par le pouvoir judiciaire s'apparentait ici à un contrôle en opportunité bien peu conforme au rôle de gardien de la Constitution attendu

²⁹ L. Belle-Isles, *Le cannabis comme thérapie pour les personnes vivant avec le VIH-sida* : « Notre droit, notre choix », Ottawa, Société canadienne du Sida, 2016, p. 27.

³⁰ Centre canadien de lutte contre les toxicomanies, *Usage de la marijuana à des fins médicales : Document d'orientation*, 2015, p. 3 : <<http://www.ccsa.ca/Resource%20Library/CCSA-Medical-Purposes-Marijuana-Policy-Brief-2015-fr.pdf>> (consulté le 18/08/2018).

³¹ En ce sens, voir la déclaration de la ministre de la santé (2013-089) en date du 3 juillet 2013 : « Lettre d'opinion : Le Règlement sur la marihuana à des fins médicales établit un juste équilibre entre les besoins des patients et la sécurité de la population canadienne » : <<https://www.canada.ca/fr/nouvelles/archive/2013/07/lettre-opinion-rcglement-marihuana-fins-medicales-etablit-juste-equilibre-entre-besoins-patients-securite-population-canadienne.html>> (consulté le 18/08/2018). Voir également l'étude d'impact attaché au Règlement sur la marihuana à des fins médicales : <<http://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2013/2013-06-19/html/sor-dors119-fra.html>> (consulté le 18/08/2018).

³² R. c. Smith, [2015] 2 RCS 602, 2015 CSC 34 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/gjgtm>> (consulté le 18/08/2018). Selon les juges, la restriction du cannabis médical à la marijuana séchée contraignait les malades à consommer le chanvre indien par voie d'inhalation (à l'exclusion d'une consommation par ingestion) et compromettait ainsi la santé et la sécurité de ceux qui en consomment en diminuant les vertus thérapeutiques du produit.

³³ Allard c. Canada, 2016 CF 236 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/gngc6>> (consulté le 18/08/2018).

des juges³⁴. Toujours est-il que ces décisions de justice ont contraint le gouvernement à refondre, une fois de plus, le programme d'accès au cannabis médical pour le mettre en conformité avec la *Charte constitutionnelle* telle qu'interprétée par les juridictions. Un nouveau *Règlement sur l'accès au cannabis à des fins médicales* (RACFM) est ainsi entrée en vigueur en août 2016.

II – Le droit en vigueur

Tant que le cannabis était inscrit sur la liste des drogues interdites au Canada, sa réglementation médicale reposait sur une exception, établie par le *Règlement sur les stupéfiants*, aux interdictions posées par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (LRC DAS). La récente légalisation du chanvre indien rend superflu ce mécanisme d'exemption. Mais le régime de l'accès au cannabis à des fins médicales établi par le *Règlement sur les stupéfiants* reste néanmoins en vigueur, distinct de celui désormais applicable au cannabis récréatif tant en ce qui concerne ses conditions de détention (A) que de production et de distribution (B).

A. L'autorisation médicale de détention de cannabis

S'agissant des malades, le principe est que ceux-ci sont autorisés à détenir du cannabis à condition d'être en possession d'un document médical fourni par un praticien de la santé³⁵. Ce praticien est généralement un médecin mais peut également être, dans les provinces qui l'autorisent, un infirmier praticien³⁶. L'attestation remise au malade doit mentionner, outre l'identité et les coordonnées de son auteur et de son destinataire, la quantité quotidienne de cannabis autorisée et la période d'usage³⁷, à l'instar des renseignements figurant sur une ordonnance (voir, en annexe, le formulaire-type d'autorisation).

A l'origine dévolu à l'administration fédérale (Santé Canada), le pouvoir d'autoriser un malade à détenir du cannabis médical est désormais confié au corps médical. Les praticiens de santé ont désormais le dernier mot. La réglementation ne mentionne plus les états de santé pouvant justifier une autorisation. La nécessité d'obtenir un second avis médical a également été supprimé. De sorte que tout symptôme qu'un médecin estime pouvoir être soulagé par l'administration de cannabis médical peut donner lieu à une autorisation d'accéder à ce produit sur décision de ce praticien en l'absence de toute supervision administrative

Mais, si le gouvernement a renoncé à contrôler l'activité des praticiens, les autorisations délivrées le sont néanmoins dans un cadre normé. D'une part, Santé Canada met à destination des professionnels de santé une conséquente documentation sur le sujet qui inclut, notamment, une monographie exhaustive (à jour de 2013) de la pharmacologie et des utilisations

³⁴ R. Solomon, M. Clarizio, *op. cit.*, p. 357.

³⁵ Art. 3(1) du *Règlement sur les stupéfiants*.

³⁶ A ce stade, il semble que la participation des infirmiers praticiens au programme d'accès au cannabis médical reste marginale. Les ordres professionnels des infirmiers, institués à l'échelle des provinces et des territoires, ont en la matière un pouvoir réglementaire. Si certains de ces organismes provinciaux ont explicitement exclu que leur personnel puisse autoriser l'usage de cannabis thérapeutique, la plupart sont restés silencieux sur la question. Sur le sujet, v. l'article de la Société de protection des infirmières et infirmiers du Canada, « Cannabis à des fins médicales : implications juridiques pour le personnel infirmier », *Infirmière canadienne*, Janv.-Fév. 2017 : <<https://www.canadian-nurse.com/fr/articles/issues/2017/janvier-fevrier-2017/cannabis-a-des-fins-medicales-implications-juridiques-pour-le-personnel-infirmier>> (consulté le 18/08/2018).

³⁷ Article 8(1) RACFM.

thérapeutiques possibles du cannabis³⁸, et une fiche d'information sur les doses journalières³⁹. D'autre part, le Collège des médecins de famille du Canada (CMFC) a publié un document d'orientation contenant diverses recommandations relatives à l'usage de cannabis dans le traitement de la douleur chronique et de l'anxiété⁴⁰. Enfin et surtout, les médecins sont tenus de se conformer aux directives établies sur le sujet par leurs ordres professionnels établis à l'échelle de chaque province.

Ces règles ont une autorité juridique variable, standards obligatoires pouvant donner lieu à sanction disciplinaire dans certains cas, bonnes pratiques sans force contraignante dans d'autres⁴¹. Elles varient significativement d'une province à l'autre et portent, entre autres, sur la nécessité d'épuiser les traitements conventionnels avant d'autoriser l'usage de cannabis, de présenter aux malades une information approfondie sur les risques et les incertitudes propres à cette forme de traitement, d'exclure toute autorisation en l'absence d'une relation de longue durée entre le praticien et son patient. D'autres règles requièrent, par exemple, que les praticiens autorisant l'usage de cannabis médical s'enregistrent à ce titre auprès de leur collège et lui adressent copie signée des autorisations, qu'ils mentionnent l'affection du patient sur ce document, ou qu'ils collaborent au recueil de données scientifiques permettant d'améliorer les connaissances sur l'usage médical de cannabis⁴²...

Dans le respect de ces directives professionnelles, les praticiens sont libres d'autoriser leurs patients à détenir du cannabis médical sous forme d'herbe séchée, d'herbe fraîche ou d'extrait huileux, pour une durée d'un an renouvelable. Les médecins sont également habilités à approvisionner un malade à hauteur de trente jours de traitement (Art. 7 et 9, RAFCM). Passée cette période, le patient dispose de trois options pour accéder au cannabis médical : en le produisant lui-même (production personnelle), en désignant une personne qui le produira pour lui (production désignée), ou par l'intermédiaire d'un producteur commercial autorisé.

B. Les modalités de production du cannabis médical

Ayant renoncé à intervenir dans le processus d'autorisation de cannabis médical, l'administration fédérale assume en revanche un rôle important de régulateur en matière de production. Contraint par le pouvoir judiciaire de maintenir la possibilité, pour les patients, de cultiver leur cannabis médical personnel ou d'en confier la culture à une personne désignée (R

³⁸ Santé Canada, *Renseignements destinés aux professionnels de la santé : Le cannabis (marijuana, marihuana) et les cannabinoïdes*, 2013 : <<https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/drogues-medicaments/cannabis/reenseignements-medecins/reenseignements-destines-professionnels-sante-cannabis-cannabinoïdes.html>> (consulté le 18/08/2018).

³⁹ Santé Canada, *Règlement sur l'accès au cannabis à des fins médicales - Fiche d'information sur les doses journalières*, 2016 : <<https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/drogues-medicaments/cannabis/reenseignements-medecins/reglement-cannabis-fins-medicales-fiche-information-doses.html>> (consulté le 18/08/2018).

⁴⁰ Collège des médecins de famille du Canada, *Autorisation de cannabis séché pour le traitement de la douleur chronique ou de l'anxiété : Orientation préliminaire*, 2014 : <http://www.cfpc.ca/uploadedFiles/Resources/PDFs/cannabis_orientation_preliminaire.pdf> (consulté le 18/08/2018).

⁴¹ N.M. Ries, « Prescribe with Caution: The Response of Canada's Medical Regulatory Authorities to the Therapeutic Use of Cannabis », *McGill Journal of Law and Health*, 2016, 9(2), not. p. 231-232.

⁴² Voir en ce sens les *Directives concernant l'ordonnance de cannabis séché à des fins médicales* publiées par le Collège des médecins du Québec en 2015 : <<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2014-04-01-fr-directives-concernant-ordonnance-cannabis-seche-fins-medicales.pdf?t=1529594393960>> (consulté le 18/08/2018).

c. Smith, précité), le cadre réglementaire fixe les conditions de cette production à petite échelle. La procédure d'inscription, qui peut donner lieu à un refus dans des cas spécifiques (commission d'infraction à la législation sur les stupéfiants...), donne, le cas échéant, droit à produire et stocker du cannabis dans des lieux identifiés et dans une limite calculée en fonction d'une formule dont la variable essentielle est la quantité quotidienne autorisée par le document médical.

Mais l'essentiel du RAFCM porte moins sur cette activité de culture individuelle, désormais marginale, que sur la production commerciale. L'autorisation de produire, vendre et livrer du chanvre indien à finalité médicale est conditionnée à l'obtention d'une licence. Celle-ci requiert le dépôt préalable d'un dossier contenant, outre l'identification du demandeur et les détails de l'installation de production prévue, une habilitation de sécurité destinée à contrôler les antécédents des intéressés. Sur présentation de ces informations, l'administration délivre la licence de producteur autorisé sauf à refuser pour un motif déterminé, par exemple l'existence d'une menace à la sécurité ou à la santé publiques « notamment en raison du risque de voir le chanvre indien détourné vers un marché ou un usage illicites » (Art. 36 (1) RAFCM). A ces dispositions qui précisent les règles de délivrance, mais également de suspension et de révocation des licences, s'ajoutent des mesures de sécurité diverses sur l'accès aux lieux de production et de stockage, sur leur vidéo-surveillance et l'installation de systèmes d'alarme.

Le second volet des règles relatives à la production commerciale de cannabis médical porte sur les bonnes pratiques de culture, par exemple en matière de contamination microbienne et chimique, d'usage de produits antiparasitaires ou de solvants. Le RAFCM fixe des méthodes d'exploitation normalisées et exige la mise en place d'un dispositif d'assurance de la qualité permettant, le cas échéant, un retrait rapide du marché des lots mis en vente. La réglementation établit également des normes d'emballage et d'étiquetage précisant la composition des produits vendus et leur teneur en molécules psychoactives, et des règles d'expédition aux malades régulièrement inscrits étant entendu que le choix a été fait d'organiser la distribution du cannabis médical uniquement par voie de livraison personnalisée.

Finalement, le RAFCM organise un système de collecte de l'information qui fournit une image précise du marché du cannabis médical, du nombre de producteurs commerciaux et non-commerciaux, et du volume de marchandises produit et échangé. Ces données, qui informent sur le nombre de participants au programme, attestent de son développement massif au cours des dernières années. Qu'on en juge : en 2017, 11 058 praticiens ont signé au moins une autorisation de détention de cannabis à des fins médicales⁴³, et 269 502 patients sont inscrits auprès d'un des 111 producteurs autorisés. Chiffres auxquels il convient d'ajouter les 13 829 inscrit auprès de Santé Canada au titre de la production personnelle ou par une personne désignée⁴⁴.

⁴³ Ce nombre, qui mérite d'être rapproché de celui des médecins au Canada (plus de 82 000), comprend non seulement des docteurs en médecine mais également, dans les provinces et territoires qui ne l'ont pas exclu, des infirmiers praticiens (sur ce point, voir note 36).

⁴⁴ Santé Canada, « Données sur le marché » recueillies en vertu du Règlement sur l'accès au cannabis à des fins médicales » : <<https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/drogues-medicaments/cannabis/producteurs-autorises/donnees-marche.html>> (consulté le 18/08/2018).

III – L'épreuve des pratiques

Le régime du cannabis médical s'est construit autour de la protection des droits des patients par les juges plutôt que de l'évaluation du bénéfice thérapeutique de ce produit par les médecins. L'application des nouvelles règles a mis à l'épreuve les pratiques thérapeutiques en bousculant certaines catégories du droit de la santé, à commencer par celle du médicament (A). Les frontières de la légalité en matière d'usage de cannabis ont été redéfinies au bénéfice des patients mais, entre application rigoriste ou laxiste des règles, la persistance des illégalités témoigne des difficultés de réglage du dispositif canadien (B).

A. Le cannabis médical n'est pas un médicament

Le cannabis présente des vertus bien documentées pour traiter les symptômes de certaines pathologies. Mais tel qu'il est autorisé par les médecins et produit pour les patients, dans sa forme naturelle, ce produit n'est pas un médicament. Il ne fait pas partie de la pharmacopée canadienne et pour cause. Il n'a pas été soumis aux évaluations, normes et règlements associés au processus d'approbation des nouveaux médicaments (processus qui comporte notamment des essais cliniques, une analyse des voies d'administration et des contre-indications, et la déclaration et le contrôle des réactions indésirables). La *Loi sur les aliments et drogues* et le *Règlement sur les aliments et drogues* qui régissent les produits de santé ne lui sont pas applicables. Enfin, contrairement aux médicaments sur ordonnance, le cannabis médical n'est admissible à aucun remboursement sous les régimes d'assurance publics, et il n'est pas exonéré de la Taxe sur les produits et services, contrairement aux autres produits pharmaceutiques.

Ce point est d'ailleurs rappelé en exergue de la *Monographie exhaustive de la pharmacologie, des utilisations thérapeutiques possibles et des risques de l'utilisation du cannabis à des fins médicales* mise à disposition des professionnels de la santé par Santé Canada : « Le cannabis n'est pas un produit thérapeutique approuvé (...) et n'a pas obtenu un avis de conformité de la part de Santé Canada qui en autorise la vente au Canada ». Cette formule trouve un écho dans les directives des ordres provinciaux, à l'instar de celles élaborées par le Collège des médecins du Québec qui rappelle que le cannabis « n'est pas un traitement médical reconnu », que « les indications ne sont pas précises, les dosages thérapeutiques ne sont ni connus, ni standardisés, et (que) trop peu de données valables quant à l'innocuité sont disponibles »⁴⁵.

De sorte que, si l'autorisation de détention de cannabis thérapeutique présente l'aspect d'une prescription de médicaments sur ordonnance, il s'agit d'une décision médicale de nature juridiquement différente. En l'occurrence, le médecin ne prescrit pas à son patient un produit de santé dont l'intérêt thérapeutique est certifié par l'Etat, mais il lui confère le privilège d'accéder légalement à une drogue qui était jusqu'à maintenant illicite. Cet acte d'autorisation place le praticien de santé dans une situation compliquée⁴⁶. Gardien de l'accès au cannabis médical en lieu et place de l'Etat, il reste en même temps soumis aux obligations juridiques et déontologiques de sa fonction. Ainsi, le médecin qui autorise à son patient l'usage de cannabis

⁴⁵ Collège des médecins du Québec, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁶ En ce sens, voir l'« énoncé de position du Collège des médecins de famille du Canada sur les modifications proposées par Santé Canada au règlement sur la marijuana thérapeutique » publié en février 2013 : <http://www.cfpc.ca/ProjectAssets/Templates/Resource.aspx?id=5535&terms=cannabis>

pourra être tenu responsable des conséquences dommageables qui en résultent pour sa santé. Mais, à l'inverse, celui qui refuse cette autorisation prend le risque de fragiliser la relation thérapeutique existante et de pousser le malade à s'approvisionner, de manière illégale, sur un marché non régulé où la qualité du cannabis n'est pas contrôlée. Ces difficultés, qui expliquent les réticences du corps médical à l'égard du programme de cannabis médical, ont rendu plus difficile dans un premier temps la mise en œuvre de ses objectifs.

B. Aux marges de la loi : obstacles à l'exercice des droits et illégalités persistantes

Dans sa mise en œuvre, le programme canadien d'accès au cannabis médical a été confronté à deux problèmes différents. L'un concerne les obstacles légaux et sociaux tenant à l'écart de ce dispositif de nombreux patients qui présentaient pourtant les conditions requises pour en bénéficier. L'autre tient, au contraire, à une application indulgente des règles qui a permis le développement de pratiques de prescription peu rigoureuses et d'activités de distribution illégales, avec un risque avéré de détournement vers le marché illicite du cannabis récréatif.

S'agissant des barrières à l'accès au programme gouvernemental, plusieurs études ont mis en évidence que le premier état de la réglementation (RAMM), sous couvert de légaliser le cannabis médical, était, avant tout, destiné à protéger l'administration fédérale des risques politiques et contentieux engendrés par une prohibition jusqu'alors inflexible⁴⁷. L'écart entre le nombre de consommateurs de cannabis revendiquant un usage thérapeutique et celui, moins élevé, des bénéficiaires du programme est longtemps resté très important⁴⁸. Parmi les explications avancées à ce décalage, les rigoureuses conditions d'inscription au programme, qui se sont progressivement assouplies, sont souvent évoquées. S'y ajoutent, entre autres, les réticences des patients à solliciter une autorisation en raison du stigma attaché à ce type de médication⁴⁹, et les résistances d'un corps médical insuffisamment (in)formé sur ses vertus et les risques qui y sont associés⁵⁰. Ces obstacles à l'obtention d'une autorisation se doublent, une fois celle-ci obtenue, de potentielles difficultés à accéder à une source légale de cannabis. Il est ainsi établi qu'une proportion importante des patients autorisés continuaient, jusqu'à une date récente, à s'approvisionner auprès de sources illicites⁵¹.

La limitation de l'accès au cannabis médical explique en partie la persistance d'organisations, « dispensaires » et « clubs compassions », où les patients s'approvisionnent dans l'illégalité. Ces clubs, qui revendiquent souvent un but non lucratif, ne bénéficient d'aucune reconnaissance juridique. Formellement illégaux, ils ont élaboré des codes de bonne conduite⁵² et des

⁴⁷ Lucas P, « Moral regulation and the presumption of guilt in Health Canada's medical cannabis policy and practice », *International Journal of Drug Policy*, 2009, 20(4), p. 296-303

⁴⁸ L. Belle-Isle et al., « Barriers to access for Canadians who use cannabis for therapeutic purposes », *International Journal of Drug Policy*, 2014, 25, p. 691–699.

⁴⁹ Bottorff et al., « Perceptions of cannabis as a stigmatized medicine: a qualitative descriptive study », *Harm Reduction Journal*, 2013, 10:2, accessible à : <https://harmreductionjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/1477-7517-10-2> (consulté le 18/08/2018).

⁵⁰ Ziemianski et al., « Cannabis in medicine: A national educational needs assessment among Canadian physicians ». *BMC Medical Education*, 2015, 15(1), 1.

⁵¹ L. Belle-Isle et al., « Barriers to access... », *op. cit.*, p. 697.

⁵² Parmi les règles d'organisation fréquemment adoptées, on évoquera entre autres la nécessité d'une attestation médicale pour pouvoir acheter du cannabis et la condition d'une adhésion préalable.

mécanismes de certification infra-juridiques⁵³ qui témoignent d'une forme d'autorégulation avancée et leur confèrent une certaine légitimité. Au point que ces organisations, tolérées dans certaines provinces, font parfois l'objet d'une reconnaissance officielle de la part des autorités locales⁵⁴.

Les dispensaires, dont l'existence est antérieure à la légalisation du cannabis médical, auraient pu disparaître à la faveur du développement du programme gouvernemental. Ils ont, au contraire, eu tendance à prospérer, en concurrence avec les dispositifs légaux⁵⁵. Cette vitalité associative s'explique notamment par la forte dimension communautaire de ces clubs. Inscrits dans un « mouvement social » de malades et d'activistes, ils présentent, en dépit de leur nature « déviante », des caractéristiques très similaires aux organisations de patients plus traditionnelles⁵⁶. Mais d'autres explications, plus commerciales, ne sont pas à exclure. À l'approche de la légalisation du cannabis récréatif, certains de ces dispensaires semblent avoir troqué l'esprit militant original pour une approche commerciale et n'hésitent pas à vendre du cannabis en l'absence de toute preuve médicale de pathologie justificatrice. Cet esprit de lucre n'épargne pas le monde médical qui se livre parfois, dans la plus stricte légalité, à une publicité agressive en faveur du cannabis thérapeutique. Ainsi est-il désormais possible d'obtenir une autorisation d'un médecin sur la base d'un simple entretien en ligne de quelques minutes⁵⁷.

Conclusion

Il est difficile de prévoir quelles conséquences aura la légalisation du cannabis récréatif sur le programme d'accès au cannabis médical. Dans son rapport fondamental, le groupe de travail sur la légalisation et la réglementation du cannabis recommandait de « maintenir un cadre distinct pour l'accès à des fins médicales afin de soutenir les patients »⁵⁸ et de procéder à l'évaluation de ce régime spécifique cinq ans après la légalisation du cannabis récréatif⁵⁹. Le gouvernement fédéral s'est rallié à cette recommandation.

À long terme, l'hypothèse du maintien d'un double régime n'est pas exclue. Cela permettrait d'instituer un système de taxation spécifique pour le cannabis médical, d'asseoir la légitimité de son usage thérapeutique, et de réduire les risques d'automédication en conservant aux

⁵³ Voir notamment les « Certification Standards for Medical Cannabis Dispensaries in Canada » disponibles sur le site de l'Association canadienne de dispensaires de cannabis médical : <<https://www.camed-acdcm.ca/>> (consulté le 18/08/2018).

⁵⁴ Voir, par exemple, la réglementation de juin 2015 prise par le Conseil municipal de Vancouver qui établit un zonage urbain autorisant les dispensaires dans certaines parties de la ville et les soumet à une taxe... contre la loi fédérale : <<https://vancouver.ca/doing-business/medical-marijuana-related-business-regulations.aspx>> (consulté le 18/08/2018).

⁵⁵ Voir en ce sens R. Capler *et al.* selon qui on serait passé de 40 dispensaires et 40 000 patients inscrits en 2013 à plus de 175 dispensaires et au moins 100 000 patients en 2016 : « Are dispensaries indispensable? Patient experiences of access to cannabis from medical cannabis dispensaries in Canada », *International Journal of Drug Policy*, 2017, 47, p. 1–8.

⁵⁶ R.A. Penn, « Establishing expertise: Canadian community-based medical cannabis dispensaries as embodied health movement organisations », *International Journal of Drug Policy*, 2014, 25(3), p. 372-377. De manière plus générale, sur les organisations de patients, v. H. Bergeron, P. Castel, *op. cit.*, p. 325-352.

⁵⁷ Voir par exemple le dispositif d'autorisation de Medical Marijuana Services : <<https://medicalmarijuanaservices.ca/>> (consulté le 18/08/2018).

⁵⁸ Groupe de travail sur la légalisation et la réglementation du cannabis, *Un cadre pour la légalisation et la réglementation du cannabis au Canada*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2016, p. 61.

⁵⁹ *Ibid*, p. 59.

praticiens de santé un rôle de médiateur entre les malades et ce produit. Cette perspective est d'autant plus plausible que, dans le contexte nord-américain, la prescription médicale de cannabis se présente comme une possible modalité de réduction des risques liés à l'abus de médicaments opioïdes⁶⁰. Mais il est également envisageable que, libérés du risque pénal, les consommateurs de cannabis thérapeutique ne désertent les cabinets médicaux pour s'approvisionner sur le marché du chanvre récréatif, quitte à aller chercher informations et soutiens dans les espaces d'échanges plus informels que constituent les dispensaires. On assisterait alors à un effacement de la frontière entre usage médical et usage récréatif qui pourrait donner lieu, à terme, à la fusion des régimes juridiques leur étant applicables. Une telle évolution, que semblent appeler de leurs vœux les principales organisations professionnelles médicales⁶¹, cantonnerait alors les praticiens de santé à la prescription de médicaments à base de cannabinoïdes dûment homologués, à l'exclusion de cannabis sous forme de plante.

S'il est difficile de préjuger du devenir de la politique canadienne en matière de cannabis thérapeutique, l'étude de son histoire et de son architecture permet d'ores et déjà de tirer des enseignements à destination des Etats qui souhaiteraient s'engager dans une voie similaire. D'une part, une telle réforme doit nécessairement s'accompagner d'un programme de formation des personnels de santé et d'information des patients. A défaut de directives précises sur les indications et les modalités d'usage de cette plante, en partie médicinale, le risque est grand de voir son accès entravé par la réticence qu'elle peut logiquement nourrir à une époque où la science pharmaceutique privilégie massivement les médicaments de synthèse. D'autre part, il convient de préciser le régime de responsabilité susceptible de s'appliquer à l'acte médical d'autorisation d'usage dès lors que celui-ci n'est pas juridiquement assimilé à une prescription. En tout état de cause, le réglage d'un dispositif d'accès au cannabis thérapeutique est un exercice périlleux. Il doit éviter l'écueil du contrôle excessif, qui tient injustement à l'écart une partie des malades, et du laisser-faire, qui comporte un risque important de détournement du produit vers le marché récréatif.

Ces difficultés annoncées ne sauraient pour autant justifier que l'on écarte l'hypothèse d'un tel projet en France. En effet, au-delà du strict intérêt médical d'un tel programme, sur l'évaluation duquel le juriste n'est pas compétent, l'introduction du chanvre thérapeutique apparaît comme un moyen possible de sortir de l'impasse qui caractérise la politique française de lutte contre les consommations problématiques de cannabis. En dépit de son interdiction légale, on assiste aujourd'hui à une normalisation sociale de ce produit⁶² qui se traduit notamment par la

⁶⁰ S. Lake, M. Milloy, « Legal weed: an accidental solution to the opioid crisis? », *The Conversation*, 2017, August 14, accessible à : <http://theconversation.com/legal-weed-an-accidental-solution-to-the-opioid-crisis-81603> (consulté le 18/08/2018). *Contra* W. Hall, « It is premature to expand access to medicinal cannabis in hopes of solving the US opioid crisis », *Addiction*, 2018, 113(6), p. 987-988 ; et la duplique dans *Addiction*, 2018, 113(8), p. 1550-1551.

⁶¹ Groupe de travail sur la légalisation et la réglementation du cannabis, *op. cit.*, p. 56. Rapp. « Avenir incertain pour le cannabis médical », *Le Devoir*, 28 août 2018 : <<https://www.ledevoir.com/societe/sante/535444/cannabis-medical-l-association-medicale-canadienne-demande-l-abolition-du-programme-de-sante-canada>>, (consulté le 30/08/2018).

⁶² La normalisation sociale de l'usage de cannabis est attestée non seulement par une consommation massive (voir en ce sens les données régulièrement actualisées mises à disposition sur le site de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies : <https://www.ofdt.fr/>) mais également par le traitement complaisant que lui réservent les médias de masse. Pour un regard canadien sur ce processus de normalisation, voir C. Duff et al., « A Canadian perspective on cannabis normalization among adults », *Addiction Research and Theory*, 2012, 20(4), p. 271-283.

massification et la diversification de ses usages. L'échec patent de la prohibition est aggravé par ses externalités négatives, tant sur un plan sanitaire (défiance des consommateurs problématiques à l'égard des institutions de santé) que sécuritaire (croissance de la criminalité organisée qui prospère grâce au trafic). Et il n'est pas exagéré de dire que la réponse politique à la consommation de cannabis se réduit désormais à l'énonciation d'un message symbolique inaudible doublé d'un inquiétant renoncement à normer les pratiques existantes au motif qu'elles sont interdites. Dans cette perspective, la légalisation du cannabis médical permettrait à l'Etat de réguler certains types de consommations et de reprendre le contrôle sur une partie de la production sans abandonner le principe d'interdiction qui pèse sur l'usage récréatif. Dans un climat politique peut propice à un débat dépassionné sur la réponse à apporter à la consommation de cannabis, médicaliser en partie cette déviance constituerait pour l'Etat un moyen de l'appivoiser⁶³ tout en évitant les écueils d'une répression inefficace et d'une banalisation non souhaitable. Une telle évolution, idéologiquement plus acceptable qu'une dépénalisation de toutes les formes de consommation, offrirait une voie médiane permettant de repousser à un horizon plus lointain l'hypothèse, désormais de plus en plus plausible, d'une légalisation du cannabis récréatif.

Annexe : Formulaire-type d'autorisation

⁶³ Sur la médicalisation de l'usage de cannabis considérée comme une politique de traitement de la déviance, v. B. Fischer, S. Kuganesan, R. Room, « Medical Marijuana programs: implications for cannabis control policy : Observations from Canada », *International Journal of Drug Policy*, 2015, 26(1), pp 15-19.



Document médical autorisant l'usage du cannabis à des fins médicales en vertu du Règlement sur l'accès au cannabis à des fins médicales

Si vous avez besoin d'aide pour accéder aux formats de rechange, tels que Portable Document Format (PDF), Microsoft Word et PowerPoint (PPT), visitez la [section d'aide sur les formats de rechange](#).

Pour obtenir des renseignements connexes, veuillez consulter la section [Renseignements pour les praticiens de la santé](#) de Santé Canada.

Ce document peut être rempli par le praticien de la santé aux termes de la définition prévue au Règlement sur l'accès au cannabis à des fins médicales. Un praticien de la santé inclut les médecins ainsi que les infirmières praticiennes. Afin d'être admissible à fournir un document médical, le praticien de la santé doit avoir l'autorité pour fournir le document médical en vertu de ses soins professionnels donnés au client. Que ce formulaire soit ou non utilisé, le document médical doit contenir toutes les informations requises (voir notamment l'article 8 du RACFM).

Votre praticien de la santé peut se servir de ce formulaire pour vous autoriser à utiliser du cannabis à des fins médicales. Il peut également utiliser un autre formulaire, mais les renseignements exigés en vertu de l'article 8 du RACFM (décrits ci-dessous) doivent y être indiqués.

Accès par l'entremise des producteurs autorisés de Santé Canada : Si vous choisissez de vous procurer du cannabis auprès d'un producteur autorisé, ce formulaire doit être envoyé directement au producteur autorisé de votre choix. Vous pouvez choisir tout producteur autorisé qui a le droit de vendre du cannabis à des clients inscrits. Veuillez consulter le site Web de Santé Canada pour accéder à la liste des producteurs autorisés. Si vous souhaitez vous approvisionner auprès d'un autre producteur autorisé de Santé Canada, vous devrez vous procurer un nouveau document médical, car les producteurs autorisés sont tenus de conserver le document médical original dans leurs dossiers.

Accès par l'intermédiaire de la production à ses propres fins médicales : Si vous choisissez de produire votre propre cannabis ou de désigner une personne qui le fera pour vous, la version originale de ce document doit être envoyée à Santé Canada avec votre formulaire de demande d'inscription.

Nom et prénom du patient :

Date de naissance du patient (JJ/MM/AAAA) :

Quantité quotidienne de marijuana séchée qui sera utilisée par le patient : grammes / jour

La période d'usage est de jour(s) OU semaine(s) OU mois.

Remarque : La période d'usage ne peut excéder un an.

Les nom et prénom du praticien de la santé:

Sa profession:

Adresse de son lieu de travail:

L'adresse complète du lieu où le patient a consulté le praticien de la santé (si elle diffère de l'adresse précédente):

Numéro de téléphone:

Numéro de télécopieur (s'il y a lieu):

Son adresse électronique (s'il y a lieu):

La province où il est autorisé à exercer sa profession:

Le numéro de la licence du praticien de la santé:

Lorsqu'il signe ce, le praticien de la santé atteste que les renseignements qui y figurent sont exacts et complets.

Signature du praticien de la santé: _____

Date de la signature (JJ/MM/AAAA):

Remarque importante relative à l'autorisation du praticien de la santé

Si le patient choisit de produire du cannabis à ses propres fins médicales ou si vous ne transmettez pas ce document par télécopieur sécurisé, n'apposez pas vos initiales dans la case ci-dessous.

Si votre patient choisit de se procurer du cannabis à des fins médicales auprès d'un producteur autorisé, ce document médical peut être envoyé au producteur autorisé depuis le télécopieur sécurisé du praticien de la santé. Si vous choisissez d'envoyer le document médical par télécopieur sécurisé, veuillez apposer vos initiales après l'énoncé suivant pour indiquer que vous en avez bien pris connaissance.

Je, praticien de la santé, reconnais que ce document médical soumis par télécopieur est l'original du document médical et que j'en garde une copie dans mes dossiers.

Apposez vos initiales ici :

9. Strang J, Hall W, Hickman M, Bird SM. Impact of supervision of methadone consumption on deaths related to methadone overdose (1993–2008): analyses using OD4 index in England and Scotland. *BMJ*. 2010;341:c4851.
10. Intelligence Division of the National Operations Department of the Swedish Police Authority Swedish National Threat Assessment on fentanyl analogues and other synthetic opioids. Available at: https://polisen.se/siteassets/dokument/ovriga_rapporter/fentanyl-analogues-report-english.pdf. Accessed 21 Feb 2022.

How to cite this article: Fugelstad A. What lessons from Sweden's experience could be applied in the United States in response to the addiction and overdose crisis? *Addiction*. 2022;117:1189–1191. <https://doi.org/10.1111/add.15847>

Received: 16 January 2022 | Accepted: 24 January 2022

DOI: 10.1111/add.15826

What lessons from France's experience could be applied in the United States in response to the addiction and overdose crisis?

French drug policy can hardly be considered a success story. Compared with its European counterparts, France still stands out for its high levels of cannabis use, particularly among young people, as well as its high prevalence rates of cocaine use. However, in light of the American crisis, the French nexus between a strongly institutionalized harm-reduction model and an enduring repressive legal framework may well prove inspiring.

From the French point of view, the opioid crisis is an American disaster. Next to the 8300 drug-related deaths in the European Union in 2018, the 100 000 fatal overdoses attributed to opioids in the United States in the last 12 months illustrate the grim severity of the American situation. In contrast, drug-related deaths in Europe have remained stable over the last decade, mainly affecting an ageing cohort of heroin users, with little evidence of an increase in initiation [1]. The situation in France is in line with this evolution. The range of drugs used today are becoming more diverse, but the number of fatal overdoses from acute intoxications—which peaked in the 1990s then quickly decreased—is now considered stable. The figures even tend to decrease among people aged under 49 years [2].

This is no reason to be complacent. French drug policy can hardly be considered a success story. Compared to its European counterparts [3], France still stands out for its high levels of cannabis use, particularly among young people, as well as its high prevalence rates of cocaine use. However, in light of the American crisis, the French nexus between a strongly institutionalized harm-reduction model and an enduring repressive legal framework may well prove inspiring.

Harm-reduction measures emerged in France at the margins of legality in the 1980s. As the AIDS epidemic was raging, drug use began to be viewed as a public health issue rather than a criminal problem. Under the pressure of social movements and in the light of its neighbours' experience, the French government was forced to

adapt its enforcement strategies to prioritize treatment of drug-related harms over punishment [4]. Needle and syringe exchange programmes in low-threshold services, opioid substitution treatments and flexible prescribing of methadone were progressively introduced and quickly ramped-up. This shift in policy was followed by a substantial reduction in HIV prevalence and deaths from overdoses among injecting drug users. Eventually, harm reduction policies convinced even the most reticent members of parliament and the prevention of 'the social and psychological damages associated with addiction' was incorporated in the law in 2004. This legal recognition of the health and mental risks associated with addiction was a paradigm shift in French drug policy, as it privileged safe practices for drug use at the expense of abstinence by way of detoxification [5]. This legal evolution was later consolidated and paved the way for experimenting with drug consumption rooms without, however, renouncing the criminalization of drug use. This overall policy approach assumes that drug use is not, as was thought in the 1970s and 1980s, some sudden fever that could be 'knocked out' of the 'patient' but indeed a lasting anthropological fact in western societies, and that not only its causes, but also its risk-heavy consequences, should be dealt with.

Can the French experience have lessons applicable to the US context? There is little doubt that much can be learned from the diversity of drug policies and from the best (and worst) practices implemented around the world. Comparative studies expand the agenda of 'thinkable' possibilities, but it is unclear how much of this comparative knowledge can be of direct use. In matters of drug policy, there may be much to learn from elsewhere but not so much to transfer, especially when historical, institutional and cultural legacies determine the extent of the drug problem more than any public policy [6].

That the opioid crisis is confined to the United States and has not (yet?) reached France provides a telling example. One could have expected both countries to be engulfed in a similar crisis as they went through parallel pain-management histories. In the 1990s, French

politicians pointed to France's poor ranking in international statistics on opioid consumption as evidence of the health system's failure to deliver relief from suffering and pain management was set as a priority of new health policy. Just as in the United States, opioids were stigmatized and became the symbol of pain management. Contracts were signed between the French government and global pharmaceutical companies in order to increase the health-care system's capacity to provide opioids; yet no disaster followed [7]. Where American pain specialists were convinced by insurance companies and hospital administrators to champion opioids as a means of cutting costs, French doctors were able to resist the pressure thanks to more favourable institutional conditions which allowed them to mute the effects of neoliberal health-care reform and to maintain a multi-modal approach to pain treatment [8].

KEYWORDS

France, harm reduction policy, lessons, pain medicines, policy analysis, regulation

DECLARATION OF INTERESTS

None.

Henri Bergeron¹ 

Renaud Colson² 

¹Fondation Nationale des Sciences Politiques, Centre de Sociologie des Organisations, Paris, France

²Nantes Université, Nantes, France
Email: henri.bergeron@sciencespo.fr

ORCID

Henri Bergeron  <https://orcid.org/0000-0001-9207-2762>

Renaud Colson  <https://orcid.org/0000-0003-4413-0192>

Received: 17 January 2022 | Accepted: 31 January 2022

DOI: 10.1111/add.15845

REFERENCES

1. Seyler T, Giraudon I, Noor A, Mounteney J, Griffiths P. Is Europe facing an opioid epidemic: what does European monitoring data tell us? *Eur J Pain*. 2021;25:1072–80.
2. French Monitoring Centre for Drugs and Drug Addictions (OFDT). *Drugs and Drug Addictions in France: Recent Trends and Perspectives*. Available at: <https://www.ofdt.fr/BDD/publications/docs/SummaryDDAF2019.pdf>. Accessed January, 2022.
3. Colson R, Bergeron H. Western and Central Europe: towards a cohesive model for drug policies. In: Hallam C, Bewley Taylor DR, Tinasti K, editors (Directeur). *Research Handbook on International Drug Policy*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing; 2020. p. 94–112.
4. Bergeron H. L'État et la toxicomanie: Histoire d'une singularité française [The State and Drug Addiction: History of a French Singularity]. Paris, France: Presses Universitaires de France; 1999.
5. Obradovic I. French drug policy. In: Colson R, Bergeron H, editors *European Drug Policies: The Ways of Reform*. Abingdon, UK: Routledge; 2017. p. 87–99.
6. Colson R. Fixing transnational drug policy: drug prohibition in the eyes of comparative law. *J Law Soc*. 2019;46:73–94.
7. L'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). *Situation Report: Use and Abuse of Opioid Analgesics*. 2019. <https://ansm.sante.fr/uploads/2020/10/19/20201019-rapport-antalgiques-opioides-fev-2019-gb.pdf>. Accessed January, 2022.
8. Pryma J. Technologies of expertise: opioids and pain management's credibility crisis. *Am Sociol Rev*. 2022;87:17–49.

How to cite this article: Bergeron H, Colson R. What lessons from France's experience could be applied in the United States in response to the addiction and overdose crisis? *Addiction*. 2022;117:1191–1192. <https://doi.org/10.1111/add.15826>

What lessons from Norway's experience could be applied in the United States in response to the addiction and overdose crisis?

The causes and characteristics of opioid deaths are dynamic and differ between regions. Most regions experience heterogenic opioid-using populations with a range of treatment needs. To turn the US opioid crisis, coordinated, multi-faceted, long-term and significant interventions need to be applied. Large-scale increases in the provision of suitable opioid agonist treatment (OAT) to all in need will probably be key to turning the tide.

In the United States, widespread and extremely liberal prescription opioids access started in the 1990s. The current fentanyl-dominated opioid crisis stems from that liberalization of opioid access [1]. Today, opioid deaths in the United States are more than 10-fold European levels [2].

What can we learn from the overdose situations occurring on two different continents?

L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue

Renaud Colson

Maître de conférences à l'Université de Nantes

Conceptualisée par les philosophes existentialistes, la notion d'« engagement » désigne le mode d'existence de celui qui choisit de s'impliquer activement dans le cours du monde et de se mettre au service d'une cause pour transformer la réalité¹. Associé notamment à la figure de Jean-Paul Sartre, l'intellectuel engagé renonce à sa position de spectateur pour prendre part aux conflits de son temps et défendre les sans-voix.

Dans cette perspective, « l'engagement de la doctrine » sonne comme un oxymore, rapprochement improbable de termes aux définitions contradictoires. En effet, la doctrine, définie comme « *littérature* du droit »², et par extension comme collectivité des auteurs d'ouvrages juridiques, ne semble pas pouvoir être sujet d'engagement. En tant que corps social, elle ne présente pas une cohésion suffisante pour engager collectivement ses membres³, et si certains, professeurs, avocats ou juges, n'hésitent pas individuellement à s'aventurer en politique, c'est comme simples citoyens. Quant à la doctrine entendue comme discipline scientifique, elle consiste essentiellement en une description systématique du droit positif⁴. Le corpus doctrinal, somme d'opinions juridiques émises par les auteurs, est un espace de contro-

1. Sur « l'engagement », v. l'article de J. Ladrière consacré à cette notion dans l'*Encyclopaedia Universalis*; rappr. V^o « Engagement », par R. Rochlitz, in A. Jacob et S. Auroux (dir.), *Dictionnaire des notions philosophiques (Encyclopédie philosophique universelle, II^e partie)*, PUF, 1990.

2. J. Carbonnier, *Droit civil-Introduction*, 26^e éd., PUF, 1999, p. 297. Sur la doctrine en France, v. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2003; rappr. A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

3. En ce sens, L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, « Antithèse de "l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997. Chron. 229.

4. Sur la forme emprunté par cette science systématique, v. A. Arnio, V^o « Dogmatique juridique », in A.-J. Arnaud et al., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 188.

verses techniques et théoriques, mais il n'autorise que marginalement l'expression ouverte de convictions politiques⁵.

Pourtant, à y regarder attentivement, il n'est pas certain que la science du droit, telle qu'elle s'élabore dans nos facultés, puisse se concevoir sans une certaine forme d'engagement. La doctrine juridique présente en effet, de manière discrète mais certaine, tous les traits d'une « pensée engagée » défendant des valeurs et agissant sur le monde⁶. La démonstration de cette hypothèse, qui peut être apportée par l'analyse de contenu de n'importe quel champ du corpus doctrinal, le sera ici à partir d'extraits de manuels, articles et fascicules d'encyclopédies juridiques, relatifs au droit de la drogue, et plus précisément aux normes applicables au consommateur de stupéfiants.

En comparaison des vifs débats que suscite la pénalisation de l'usage de stupéfiants dans l'espace public⁷, les discussions doctrinales sur la prohibition sont feu-trées⁸. Le droit des drogues illicites, s'il suscite des divergences de vues entre auteurs, ne diffère pas des autres branches du droit dans le traitement méthodologique que lui réserve la communauté des juristes savants. Les analyses dogmatiques des normes juridiques applicables à l'usager de stupéfiants sont, à ce titre, exemplaires de la manière dont la doctrine s'exprime sur le droit en vigueur.

Combinant description systématique et appréciation critique du statut applicable aux consommateurs de drogues illicites, la dogmatique pénaliste apparaît doublement normative : par son objet tout d'abord, mais également par sa méthode⁹. Malgré la posture positiviste des auteurs, qui distinguent conceptuellement le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être, les écrits doctrinaux multiplient les jugements de valeur déterminant la condition juridique des usagers de stupéfiants. Cet engagement doctrinal, évident lorsque *de lege ferenda* les auteurs raisonnent dans la perspective d'une amélioration du droit existant (A), caractérise également, quoique plus discrètement, les descriptions *de lege lata* des règles en vigueur (B).

5. Lorsqu'un auteur, ou un ensemble d'auteurs, revendiquent néanmoins ouvertement un positionnement idéologique marqué, la spécificité de leur discours oblige à y voir une « doctrine engagée ». V. par exemple les travaux portés par la collection « Critique du droit » (Presses universitaires de Grenoble/Maspéro) et la défunte revue *Procès* au tournant des années 1970 et 1980.

6. En ce sens, v. V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, not. p. 291.

7. Par exemple la commémoration très médiatisée de « l'appel du 18 joint » qui donne lieu, tous les ans, à des rassemblements dénonçant la répression frappant les usagers de cannabis.

8. Pour une présentation et une mise en contexte de la problématique prohibitionniste, v. R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique*, Presses universitaires de Rennes, 2005.

9. Sur la dimension normative de la science du droit, v. M. Troper, V^o « Science du droit », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, spéc. *in fine* ; comp. A. Supiot, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, not. p. 122 à p. 125.

I. L'ENGAGEMENT DOCTRINAL DE *LEGE FERENDA*

Selon une idée généralement admise, la doctrine exerce une double fonction à l'égard du droit positif : elle se livre à sa présentation systématique afin de le rationaliser, et à son évaluation critique pour en apprécier les qualités. Mené à l'aune d'une loi idéale afin de redresser les défauts de la loi positive, cet examen *de lege ferenda*, qui requiert le maniement de valeurs morales et politiques, porte sur les fins du droit (A) et sur les modalités techniques de leur mise en œuvre (B).

A. L'APPRECIATION DES FINALITÉS DU DROIT

En amont de l'exposition systématique de telle ou telle institution juridique, la doctrine est amenée à en présenter les finalités sociales. Qu'elle y consacre une phrase ou de longs développements, c'est à la lumière des objectifs poursuivis par les règles de droit qu'elle opère leur description. Ainsi les manuels de droit pénal rappellent-ils, à juste titre, que l'éradication de l'usage de stupéfiants constitue l'objectif du droit des drogues illicites. Ce constat, qui donne à voir le dessein législatif à l'origine de la loi du 31 décembre 1970, n'implique en soi aucun jugement de valeur. Mais il arrive que les auteurs, glissant de l'exposition des finalités du droit à leur évaluation, se risquent à apprécier l'opportunité de la prohibition instituée par le législateur.

C'est le plus souvent positivement que la doctrine sort de sa réserve pour justifier la réglementation en vigueur. Dénonçant le caractère « condamnable » de l'emploi de substances « lorsqu'il s'agit de rechercher [...] des sensations euphorisantes »¹⁰, rappelant le « coût social de la toxicomanie »¹¹, les auteurs insistent dans leur majorité sur « la gravité de la situation »¹². Cette rhétorique, qui élève le « problème de la drogue » au rang de « fléau social »¹³, justifie *a contrario* le principe politique de la prohibition et l'incrimination de l'usage de stupéfiants qui en découle. La doctrine s'engage ainsi dans l'ordre des valeurs puisqu'elle légitime un interdit juridique en se fondant sur un double idéal : l'abstinence individuelle et l'hygiénisme collectif.

Les rares auteurs qui critiquent l'ordre prohibitionniste laissent eux aussi percer leur engagement, quoique dans un sens inverse¹⁴. Opposant la liberté du sujet à la morale de l'abstinence, ils évoquent les effets pervers d'une logique pénale aveugle aux réalités de l'usage. Le recours à des valeurs libérales permet à cette doctrine minoritaire de contester l'objectif du droit en vigueur (l'éradication de l'usage) et

10. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel : Droit pénal spécial*, Tome 1, Cujas, 1982, p. 1162.

11. P. Conte, *Droit pénal spécial*, Litec, 2003, p. 113.

12. M. Véron, *Droit pénal spécial*, 10^e éd., Armand Colin, 2004, p. 68.

13. B. Bouloc, *Pénologie*, 3^e éd., Dalloz, 2005, p. 463.

14. V. notamment le précis de F. Caballero et Y. Bisiou, *Droit de la drogue*, Dalloz, 2000, particulièrement le chapitre consacré à la théorie du droit de la drogue, p. 94 et s.

d'en proposer un autre, à savoir la réduction des risques sanitaires et sociaux des drogues par leur légalisation contrôlée¹⁵. Pour ces auteurs, la critique axiologique de la prohibition ne se limite pas à l'appréciation de ses finalités et doit être étendue à la technique juridique qui la met en œuvre.

B. L'ÉVALUATION DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

L'examen doctrinal des techniques mises en œuvre par le législateur et les juges doit être distingué de l'appréciation des finalités du droit. Un auteur peut adhérer à la volonté législative de lutter contre la consommation illicite de drogues, et dans le même temps questionner la pertinence de certaines des règles applicables à l'usager de stupéfiants¹⁶. Cette critique, relative au procédé permettant d'atteindre un objectif dont la légitimité n'est pas remise en question, est le plus souvent menée à l'aune des canons de la dogmatique juridique. Elle peut porter sur la validité ou sur l'opportunité de la règle décrite. Dans les deux cas, le jugement doctrinal nécessite la mobilisation, au moins implicite, de valeurs au service d'un engagement pour l'amélioration technique du droit¹⁷.

Cet engagement apparaît de manière exemplaire dans les écrits des auteurs qui remettent en cause la conformité de l'infraction d'usage de stupéfiants au bloc de constitutionnalité¹⁸. Selon cette doctrine minoritaire, l'incrimination de l'usage solitaire par une personne majeure, à son domicile privé, d'une substance absorbée volontairement porterait atteinte à la liberté fondamentale de faire « tout ce qui ne nuit pas à autrui »¹⁹ et au principe selon lequel « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société »²⁰. La critique, pointant une contradiction dans la hiérarchie des normes, est en apparence purement technique. Le raisonnement qui la supporte n'est cependant pas dénué de fondements axiologiques.

Si certains auteurs réclament un assouplissement de la législation en vigueur considérée comme trop répressive, d'autres dénoncent au contraire les failles d'un dispositif trop clément dans lesquelles peuvent s'engouffrer les consommateurs de drogues. C'est ainsi qu'a été sévèrement appréciée la décision de la cour d'appel de Papeete retenant l'excuse de nécessité pour relaxer un prévenu paraplégique cultivateur de cannabis thérapeutique²¹. Exerçant pleinement son rôle de censeur de la

15. F. Caballero, « Une alternative à la prohibition des drogues : la légalisation contrôlée », *Droits* 1994, n° 19, p. 125.

16. V. par exemple J. Borricand, « La politique criminelle française de fond en matière de stupéfiants », in Institut de sciences pénales et de criminologie, *Problèmes actuels de science criminelle*, vol. XIV, PUAM, 2001, not. ses critiques sur le dispositif thérapeutique institué par la loi de 1970, p. 22 et s.

17. Sur la dissimulation des enjeux politiques de la technique juridique, v. R. Encinas de Muna-gorri, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », *D.* 2004. Chron. 711.

18. F. Caballero et Y. Bisiou, *op. cit.*, p. 547.

19. Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

20. Article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

21. CA Papeete (ch. corr.), 27 juin 2002, *D.* 2003. 585, note P. Gourdon.

jurisprudence, le commentateur de l'arrêt plaide dans sa note pour une appréciation plus stricte des conditions d'admission de l'état de nécessité. Son analyse est exemplaire de la manière dont la doctrine, sous couvert d'un examen technique de la jurisprudence, valorise la répression systématique de l'usage de stupéfiants. Mais il est d'autres moyens, plus discrets, par lesquels les auteurs prennent position en favorisant, ou en entravant, la diffusion des valeurs sous-jacentes au droit en vigueur.

II. L'ENGAGEMENT DOCTRINAL *DE LEGE LATA*

Théoriquement opposée à l'examen critique du droit positif, la fonction doctrinale de présentation savante des règles juridiques ne présente pas pour autant un caractère purement descriptif et objectif. Cet exercice dont les effets sur la réalité juridique sont patents ne va pas sans positionnement axiologique des auteurs. Ces derniers doivent prendre parti sur la signification du droit et lui apporter leur caution : l'exposition systématique des normes en vigueur présuppose en effet leur interprétation (A) et conduit à la légitimation des catégories qu'elles instituent (B).

A. L'INTERPRÉTATION DES RÈGLES DE DROIT

Pour mener à bien la description systématique du droit, la doctrine interprète les normes en vigueur : elle en découvre le sens²². En matière d'interprétation, la science juridique a depuis longtemps troqué le « fantasme du sens littéral »²³ contre l'idée d'une signification toujours à construire²⁴. Prenant un tour plus ou moins radical²⁵, les thèses en présence convergent vers l'idée que l'interprète dispose d'une latitude certaine dans la détermination du sens juridique, sans cependant oblitérer totalement le rôle contraignant des règles, du but et des enjeux qui régissent l'activité herméneutique²⁶. Activité logique et idéologique²⁷, l'interprétation engage donc

22. Sur la découverte du sens en droit, v. Oppetit (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 129 et s.

23. Rigaux (F.), *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 239.

24. Sur ce point, v. Landowski (E.), « Statut et pratiques du texte juridique », in D. Bourcier et P. Mackay, (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, 1992, p. 441.

25. Le radicalisme n'excluant pas, en ce domaine, la rigueur intellectuel comme l'atteste les travaux sur l'interprétation de M. Troper. De cet auteur, et sur ce sujet, v. par ex. « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4 (nouvelle série), p. 4. Comp. pour un regard non moins réaliste, mais dans un registre sociologique, sur la communauté des juristes interprètes les réflexions de J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique, op. cit.*, p. 259.

26. F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 446.

27. Sur l'articulation de ces deux aspects de l'interprétation, v. J. Wroblewski, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD* 1972, tome 17, p. 71.

l'homme, sa subjectivité, « ses passions et ses faiblesses »²⁸. Cela est vrai des interprètes du droit en général, et des commentateurs du droit des drogues illicites en particulier.

La liberté dans l'interprétation juridique se donne à voir avec une évidence particulière dans la description des infractions à la législation sur les stupéfiants. La doctrine, jouant de l'incertitude affectant les contours de certaines incriminations, spéculer sur l'application maximaliste ou minimaliste qu'il convient de leur donner. Une illustration en est donnée par la controverse existante sur le traitement réservé à « l'usager détenteur ». Celui qui détient des drogues en vue de sa consommation personnelle est-il passible des peines applicables à un consommateur (un an de prison et 3 750 euros d'amende²⁹) ou de celles frappant la détention illicite de stupéfiants (dix ans de prison et 7 500 000 euros d'amende³⁰) ? La question divise les auteurs qui, dans le silence du droit, s'engagent dans un sens ou dans l'autre sur le fondement de leurs convictions personnelles³¹.

Même les fascicules d'encyclopédies juridiques, travaux descriptifs par excellence, laissent percer ponctuellement l'engagement de leurs auteurs. C'est ainsi qu'un commentateur, exposant les modalités légales de prise en charge médicale des toxicomanes, n'hésite pas à affirmer que l'autorité sanitaire doit saisir le procureur de la République chaque fois qu'elle se heurte au « mauvais vouloir » d'un usager de drogues³². Cette interprétation, qui ne se déduit logiquement ni des textes commentés, ni de l'intention du législateur, n'est pas neutre. Elle reflète les convictions d'un auteur qui, sous couvert de description du droit, révèle sa propre conception de la lutte contre la toxicomanie dans laquelle l'autorité sanitaire est avant tout un relais de l'institution pénale. Reste que, même s'il avait réprimé ses convictions dans l'exposé du droit en vigueur, cet auteur aurait néanmoins contribué à la légitimation d'un dispositif qui assimile tous les usagers de drogues à des malades délinquants.

B. LA LÉGITIMATION DES CATÉGORIES JURIDIQUES

La législation sur les stupéfiants, comme toute réglementation, ne se résume pas à un ensemble de règles contraignantes. Elle est aussi un discours dont les catégories conceptuelles, dotées d'une forte autorité symbolique, agissent en profondeur sur les représentations collectives. L'activité savante de description systématique du droit

28. F. Terré cité par G. Cornu, « La découverte du sens en droit », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 316.

29. Art. L. 3421-1 CSP.

30. Art. L. 222-37 C. pén.

31. La sévérité est de mise pour R. Merle et A. Vitu qui considèrent que le délit de détention de drogues est commis par « ceux qui, même pour leur usage personnel, se ravitaillent auprès d'intermédiaire » (*op. cit.*, p. 1166). *Contra* J. Pradel et M. Danti-Juan insistant sur le fait que l'article L. 222-37 du Code pénal, qui incrimine la détention de stupéfiants, vise les agissements des intermédiaires (*Droit pénal spécial*, Cujas, 2001, p. 116).

32. J. Penneau, *J.-Cl. Pénal (annexes)*, fasc. 40 : « Substances vénéneuses », 1996, n° 57.

en vigueur participe à ce processus. En reprenant à son compte les concepts forgés par le législateur, le discours doctrinal les *dépolitise* et leur donne une objectivité quasi-scientifique³³. Ce processus de « naturalisation » des catégories juridiques joue pleinement pour la figure du « drogué » qui accède, sous l'effet conjugué des discours légal et doctrinal, à une existence incontestable.

Variant sensiblement selon les auteurs, la présentation savante du dispositif légal de lutte contre la toxicomanie donne souvent lieu à la mise en valeur d'une des deux dimensions, sanitaire ou répressive, du statut de l'usager de stupéfiants. La décision de placer l'accent sur le premier ou le second aspect relève d'un jugement de valeur³⁴. Mais quel que soit le choix opéré, les auteurs doivent raisonner à l'intérieur du cadre tracé par la législation en vigueur. Dès lors, pour la doctrine, la question est de savoir si l'usager de drogues « est un délinquant, un malade, ou les deux à la fois »³⁵. Cette problématique constitue l'horizon de la controverse dogmatique au-delà duquel les auteurs qui s'aventurent renoncent à leur prétendue neutralité.

En se cantonnant à l'exposé du droit positif, la doctrine confère, qu'elle le veuille ou non, un effet de « vérité » aux postulats de la prohibition en vertu desquels tout usage de stupéfiants dégénère en abus et tout consommateur est un toxicomane³⁶. Sauf à se livrer à un travail de déconstruction conceptuelle auquel les auteurs ne sont guère familiers³⁷, la description systématique de la législation en vigueur contribue nécessairement à en diffuser les valeurs, voire à les caricaturer comme ce manuel de criminologie qui traite de l'usager de drogues au chapitre des « délinquants malades mentaux et anormaux mentaux »³⁸. Cette fonction de légitimation politique du droit, qui opère en dépit des éventuelles réserves formulées par les commentateurs sur les normes en vigueur, inscrit définitivement le discours doctrinal dans l'ordre des valeurs et révèle l'irréductible engagement social de ses auteurs.

*

* *

Prenant acte du fait que la dogmatique juridique mêle irréductiblement jugements de réalité et jugements de valeur, le sujet de droit désenchanté par l'arbitraire doctrinal

33. Lochack (D.), « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité », in P. Amsselek (dir.), *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, not. p. 306 et s.; rapp. P. Jestaz et C. Jamin, *op. cit.*, p. 246 à p. 252.

34. Certains auteurs passent complètement sous silence les possibilités de traitement offertes aux usagers de drogues dans le cadre d'une procédure judiciaire pour ne présenter que le dispositif répressif existant (M. Véron, *op. cit.*, p. 74). D'autres au contraire valorisent les mesures sanitaires (B. Bouloc, *op. cit.*, p. 465 et s.).

35. P. Conte, *op. cit.*, p. 114.

36. Est à cet égard révélatrice l'utilisation indifférenciée des notions d'usage de drogues et d'abus de drogues par certains auteurs (v. par exemple G. Leclair, « Stupéfiants », *Rép. pénal Dalloz*, not. n° 5).

37. V. cependant les remarquables efforts de distanciation opérés par F. Caballero et Y. Bisiou à l'égard des valeurs sous-tendant le principe prohibitionniste (*op. cit.*, p. 96 à p. 106).

38. R. Gassin, *Criminologie*, 4^e éd., Dalloz, 1998, p. 464.

peut s'abandonner au scepticisme. Faut-il pour autant en déduire que le principe, la technique et l'interprétation des textes instituant la prohibition de l'usage de stupéfiants, ne peuvent être l'objet que de commentaires subjectifs, fruits des convictions morales et du rapport au plaisir, à la mort et à la déviance, de chaque auteur ? À cette posture sceptique la philosophie du droit contemporaine oppose une vision moins pessimiste : celle d'un discours savant sur le droit relevant d'une rationalité pratique approchée par la discussion et soumise à la loi du meilleur argument³⁹.

Certes, les valeurs véhiculées par la dogmatique sont insusceptibles de faire l'objet d'une démonstration logique⁴⁰, mais elles admettent en revanche une discussion raisonnée qui, menée conformément à l'éthique de l'argumentation, aboutit idéalement à un consensus⁴¹. Dès lors, le commentateur souhaitant faire prévaloir sa conception, plus ou moins critique, et son interprétation, plus ou moins restrictive, des règles applicables aux usagers de drogues illicites « doit s'efforcer de *socialiser ses convictions* »⁴². Cet effort de persuasion, par lequel le juriste savant fait partager les valeurs orientant son discours dogmatique, implique que celles-ci soient explicitées et justifiées, au besoin par la référence à des faits sociaux et des discours scientifiques extérieurs au droit.

Les sciences de l'homme et de la société offrent d'utiles ressources pour évaluer l'efficacité du dispositif légal de lutte contre la toxicomanie. Les droits étrangers autorisent d'intéressantes comparaisons qui éclairent d'une lumière nouvelle les vices et les vertus de la réglementation française applicable au consommateur de stupéfiants. Les autorités éthiques et médicales rendent régulièrement des avis sur les effets contre-productifs de la pénalisation de l'usage de drogues illicites. Les acteurs de la politique des drogues eux-mêmes, juges, avocats, policiers, travailleurs sociaux et associations d'autosupport des usagers de drogues, s'expriment sur l'échec avéré et les effets pervers de la « guerre à la drogue ». Ces discours, trop rarement pris en compte par la communauté juridique savante⁴³, lui sont pourtant nécessaires pour

39. B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 91.

40. Sur la dichotomie du fait et de la valeur à l'origine de cette impossibilité logique, v. R. Ogien, « Normes et valeurs », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e éd., PUF, vol. 2, not. p. 1360 à p. 1362.

41. Cette idée, largement diffusée chez les juristes par les travaux de C. Perelman (not. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, (1^{re} éd. 1979)) est vivifiée par l'entreprise philosophique contemporaine qui consiste à repenser la *dimension pratique de la raison* en élaborant une éthique de la discussion (A. Cortina, « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », in A. Renaut (dir.), *Histoire de la philosophie politique. Tome 5 — Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945)*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 185).

42. L'expression est de G. Bachelard, *La psychanalyse du feu*, Gallimard, 1985 (1^{re} éd. 1949), p. 134.

43. V. cependant. R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique, préc.* Faisant le point sur la question-clé de l'interdit des drogues par le droit, ce travail collectif repose sur une double posture heuristique. D'une part, l'articulation des sciences sociales : l'histoire, la sociologie, l'économie, la géopolitique et la théorie du droit sont sollicitées pour décrire et évaluer les effets de la prohibition. D'autre part, la prise en compte des discours d'acteurs : magistrat, avocat, policier, clinicien et usager de drogue sont invités à rendre compte de leurs expériences respectives du régime légal frappant les drogues illicites.

fonder et justifier les jugements de valeurs qu'elle opère dans l'exercice de sa fonction.

*
* *

D'une manière générale, la pensée juridique court le risque de voir sa pertinence affaiblie par son ignorance du monde. Pour que le discours doctrinal ne se limite pas à un simple exercice rhétorique, il importe que l'engagement irréductible de la dogmatique dans l'ordre des valeurs se double d'un engagement des auteurs pour mieux connaître la réalité sociale⁴⁴.

44. V. déjà, il y a cinquante ans, A. Tunc, « Pour sortir du néolithique (Recherche et enseignement dans les Facultés de droit) », *D.* 1957. Chron. 71.

SANTÉ PUBLIQUE

> Soixante-huit euros d'amende pour le premier usage de drogues ?

par Renaud Colson, *Maître de conférences en droit à l'Université de Nantes, Marie Curie Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence*

32

Le Sénat a approuvé en première lecture, le 7 décembre dernier, une proposition de loi visant à punir d'une peine d'amende tout premier usage illicite constaté de stupéfiants. Le texte proposé, qui s'inscrit dans la continuité du rapport adopté le 29 juin 2011 par la mission d'information sur les toxicomanies commune à l'Assemblée nationale et au Sénat, vise à substituer une contravention de 3^e classe à la peine délictuelle prévue par l'article L. 3421-1 du code de la santé publique en vertu duquel l'usage illicite de stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende.

De prime abord, on peut se féliciter de cette volonté affichée de réformer la loi du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses. La sanction d'un an de prison et de 3 750 €

d'amende encourue pour l'usage illicite de stupéfiants, sans distinction entre les types de produits et les modalités

Sous couvert d'adaptation de la loi au réel, les sénateurs optent pour la sanction automatique de tous les primo-usagers de drogues

de prise, apparaît en effet d'une sévérité disproportionnée au regard de la nature de cette infraction sans victime. C'est d'ailleurs en se prévalant du caractère inadmissible et irréaliste de cette peine à l'égard des primo-consommateurs que les sénateurs suggèrent d'y substituer une simple contravention. Pourtant, à y regarder de plus près, c'est paradoxalement un tour de vis répressif que prépare la loi proposée. En effet, si quelques milliers de peines d'emprisonnement ferme sont prononcées chaque année pour usage simple de stupéfiants, le plus grand nombre des dizaines de milliers de consommateurs interpellés par les forces de l'ordre et déférés aux autorités judiciaires ne sont pas condamnés (J.-P. Jean, Les transformations de la

politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007, AJ pénal 2010. 182). Ils font le plus souvent l'objet d'un simple rappel à la loi décidé par le ministère public, solution qui a le mérite de réaffirmer symboliquement l'interdit tout en évitant de renforcer, par une peine de prison ou d'amende, la précarité d'une « clientèle policière » souvent fragile socialement. Si le choix du renvoi vers le tribunal correctionnel est pris, le principe d'individualisation de la peine permet alors au magistrat du siège d'apprécier au plus juste la nature de la sanction à imposer à l'utilisateur de drogues et, le cas échéant, de prescrire un stage de sensibilisation aux dangers des stupéfiants ou une orientation vers une structure sanitaire.

Quel que soit le jugement que l'on porte sur le droit en vigueur, il faut lui reconnaître le mérite de permettre l'articulation d'une sanction individualisée à une symbolisation de la transgression. La proposition sénatoriale, si elle est adoptée par l'Assemblée nationale, mettrait à mal ces deux dimensions en automatisant la répression sans considération de la nature de l'usage et de l'histoire de l'utilisateur, et en ruinant définitivement une figure de l'interdit déjà largement fragilisée.

Sur l'échelle des fautes pénales, la consommation de stupéfiants s'apparenterait, en effet, si le texte est approuvé, à un dépassement de moins de 20 km/h de la vitesse autorisée sur la route, une infraction moins grave que la conduite sans ceinture. Plus sérieusement, la contraventionnalisation de l'acte d'usage supprimerait la médiation judiciaire entre les forces de l'ordre et les dizaines de milliers de consommateurs interpellés chaque année en conférant aux premières le pouvoir de sanctionner les seconds, sous forme d'amendes forfaitaires, sur le fondement de procès-verbaux faisant foi

jusqu'à preuve du contraire (art. 537 c. pr. pén.). Est-il bien raisonnable de confier à la police ce nouveau pouvoir quand on sait l'état de délabrement de ses relations avec une partie de la jeunesse où l'usage de cannabis est particulièrement répandu ? Le vote de la proposition de loi enterrerait en tout cas l'ambition d'un suivi socio-thérapeutique des consommateurs, le règlement de l'amende forfaitaire valant oubli définitif de l'infraction commise.

On objectera, à juste titre, que l'interdit légal est à bout de forces, que le recours croissant à l'ordonnance pénale a déjà pour conséquence le prononcé d'amendes quasi forfaitisées à l'égard des usagers poursuivis, et que le dispositif de soins obligatoires mis en place par la loi de 1970 est un échec. Sachant que « *l'action des services de sécurité publique au cours des dernières années en matière de produits stupéfiants a été marquée par la priorité accordée, dans une approche essentiellement statistique, à la répression de la consommation* » (Cour des comptes, *Organisation et gestion des forces de sécurité publique*, juillet 2011, p. 36), la contraventionnalisation de l'usage apparaît comme un moindre mal si elle contribue à réorienter l'activité policière vers d'autres objectifs. Mais ce résultat souhaitable n'est pas acquis, et l'on peut redouter au contraire une verbalisation à tout-va. D'autant que le second usage illicite constaté de stupéfiants restera, pour sa part, un délit

passible des peines actuellement prévues par l'article L. 3421-1 du code de la santé publique.

A front renversé du législateur de 1970, pour qui la punition de l'utilisateur de drogues devait être réservée au toxicomane endurci rétif à tout traitement, les sénateurs de 2011, constatant l'impossible « désintoxication » des millions d'usagers récréatifs, réclament leur sanction systématique. Il existe, certes, quelques bonnes raisons de contraventionnaliser l'usage de stupéfiants. La satisfaction statistique d'élucider à l'infini des infractions sans victime se double de la perspective de juteuses rentrées d'argent. Mais, si l'objectif est bien de lutter contre le fléau des addictions, une autre approche, moins méprisante des fonctions essentielles de la police et plus respectueuse des droits humains, doit être envisagée. Du Portugal à la Hollande, en passant par de nombreux Etats d'Amérique, s'expérimentent des politiques de santé publique qui mettent l'accent sur la réduction des risques liés à la consommation de drogues plutôt que sur sa pénalisation. Comparés à la France, les taux de prévalence de l'usage de stupéfiants y sont souvent beaucoup plus faibles. C'est dans cette direction qu'il convient d'avancer, plutôt que dans celle d'un toilettage législatif qui, sous couvert d'adaptation de la loi au réel, opte pour la sanction automatique de tous les consommateurs de drogues et l'abandon des toxicomanes à leur fragilité.

Recueil Dalloz 2017 p.2170

Usage de stupéfiants : l'hypothèse de la contraventionnalisation (1)

Renaud Colson, Maître de conférences à l'Université de Nantes

L'essentiel

Alors que l'objectif d'éradication des drogues illicites semble plus que jamais hors d'atteinte en France, et dans un contexte européen où la plupart des pays privilégient les réponses sanitaires plutôt que la punition des consommateurs, la transformation du délit d'usage de stupéfiants en contravention est à l'ordre du jour. Une telle réforme oblige à repenser l'articulation du soin et de la sanction dans la politique de lutte contre la toxicomanie. Elle amène également à s'interroger sur le sens d'une évolution qui, sous couvert d'une moindre pénalisation, pourrait donner lieu à une sanction plus systématique des consommateurs de stupéfiants.

Introduction

Pierre angulaire de la politique française de lutte contre la drogue depuis plus de quarante ans, la loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses incrimine la consommation de stupéfiants. La peine principale encourue pour la commission de ce délit s'élève à un an d'emprisonnement et 3 750 € d'amende (2). La pertinence de cette disposition fait aujourd'hui l'objet de nombreuses critiques, tant du côté des syndicats de police (3) que des intervenants en toxicomanie (4), et sa réforme est à l'ordre du jour. Le ministre de l'intérieur Gérard Collomb (5) s'est prononcé en faveur d'une simple contravention pour les consommateurs de drogues, la ministre de la justice Nicole Belloubet (6) a évoqué la piste d'une simplification de la procédure de sanction, et une mission d'information parlementaire récemment créée pour « évaluer l'impact d'une application de la procédure de l'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants » (7) doit rendre ses travaux prochainement.

L'idée d'une contraventionnalisation de la consommation de drogues illicites n'est pas nouvelle. Suggérée par un rapport sénatorial (8) dès 2003 et reprise à l'époque par Nicolas Sarkozy (9), puis votée par le Sénat en 2011 sans que la proposition soit ensuite mise à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale (10), la mesure a été récemment évoquée dans trois documents issus du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale (11), de la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA) (12), et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) (13).

Le législateur s'est jusqu'à maintenant refusé à sauter le pas, préférant le *statu quo* à une réforme conçue, à tort ou à raison, comme dangereuse politiquement. En matière de drogues, le poids symbolique des réformes, fussent-elles limitées, inhibe souvent l'initiative gouvernementale, du moins lorsqu'il s'agit de s'engager dans la voie d'une désescalade pénale susceptible de prêter le flanc à l'accusation de laxisme. Rien d'étonnant dès lors à ce que le socle législatif qui détermine la réponse pénale à la consommation de stupéfiants n'ait que marginalement évolué depuis près de quarante-cinq ans, et toujours dans le sens d'une extension du filet pénal.

L'objectif d'éradication de l'usage de drogues assigné au droit en vigueur ne semble pourtant jamais avoir été aussi hors d'atteinte, ainsi qu'en témoignent les enquêtes épidémiologiques (14). Et, dans un contexte européen où la plupart des pays s'orientent vers une politique de lutte contre la toxicomanie privilégiant les réponses sanitaires plutôt que la répression (15), il n'est pas surprenant de voir l'hypothèse de la contraventionnalisation resurgir dans le débat public. Certes, une telle réforme ne suffira pas à répondre, à elle seule, aux défis de santé publique et de sécurité que pose le développement des conduites addictives. Elle laissera notamment entière la question de la qualité des produits en circulation, de leurs trafics et de la corruption qu'ils génèrent. Mais la contraventionnalisation peut avoir des conséquences importantes sur les modalités de traitement institutionnel des millions de personnes qui font usage de drogues illicites en France. Elle oblige à repenser la question de l'articulation entre la dimension sanitaire et la dimension répressive des politiques de lutte contre la toxicomanie, et amène à s'interroger sur le sens d'une mesure qui, sous couvert d'une moindre pénalisation, pourrait donner lieu à une sanction plus systématique des consommateurs de stupéfiants. Afin de répondre à ces interrogations, il convient de préciser les raisons qui justifient la contraventionnalisation de l'usage de stupéfiants (I) et les modalités qu'elle peut revêtir (II).

I - Pourquoi contraventionnaliser l'usage de stupéfiants ?

Plusieurs raisons concourent à la contraventionnalisation de l'usage de stupéfiants. D'une part, l'incrimination délictuelle de cet acte ne remplit pas la fonction d'encouragement aux soins que lui a attribuée le législateur (A). D'autre part, le dispositif répressif en vigueur se révèle inefficace sur un plan criminologique et inefficace sur un plan économique (B). De sorte que, l'hypothèse de la légalisation de tout ou partie des stupéfiants concernés étant écartée sans débat, le maintien d'un interdit pénal de leur consommation requiert de substituer une contravention au délit existant.

A - La faiblesse d'un projet (ré)éducatif

En matière d'usage illicite de stupéfiants, le droit français se caractérise par une remarquable continuité idéologique : les règles en vigueur ont avant tout une finalité éducative et curative. La loi sert de rempart symbolique contre les drogues, et la réponse pénale tient lieu d'incitation aux soins pour le « drogué ». Empreint de paternalisme, l'esprit de la loi de 1970 est sans ambiguïté : il faut avant tout « guérir les usagers » (16), leur punition ne devant être envisagée qu'avec « une extrême prudence » (17), sous la contrainte de la nécessité « si l'on ne peut obtenir de résultats par une voie moins coercitive » (18).

Clairement exprimé dans les débats législatifs précédant le vote de la loi de 1970 (19), mais également dans les rapports parlementaires (20) et dans les circulaires (21) qui se succèdent à un rythme régulier, l'objectif des règles applicables à l'usager de drogues est, en théorie, avant tout sanitaire. La primauté accordée aux soins se traduit notamment par la possibilité offerte au consommateur de stupéfiants d'échapper aux poursuites judiciaires

en s'engageant dans une démarche thérapeutique. Le traitement peut être volontairement commencé par l'usager (22) ou accepté à la suite d'une proposition des autorités sanitaires (23) ou du procureur de la République (24). Dans toutes ces hypothèses, le consommateur se voit garantir la gratuité des soins (25) et ceux-ci font obstacle à l'engagement de l'action publique s'ils sont suivis jusqu'à leur terme (26). Dans cette perspective, la mesure pénale se pense sur le mode de la subsidiarité. Elle n'apparaît justifiée que pour contraindre à l'abstinence le consommateur rétif au traitement. Et, même quand elle est mise en oeuvre, la sanction se doit d'être avant tout (ré)éducative. L'usager de drogues peut ainsi être soumis à une obligation de soins prescrite par la juridiction de jugement (27), le plus souvent sous la forme d'un sursis avec mise à l'épreuve.

Le projet prophylactique porté avec constance par le législateur depuis plus de quarante ans a fait long feu. La volonté de mettre l'institution pénale au service de la rééducation des consommateurs de drogues a été très tôt contrecarrée par les pratiques policières et judiciaires. D'une part, le traitement des personnes toxicodépendantes se conçoit difficilement sur un mode coercitif, sans demande personnelle du patient (28). D'autre part, l'obligation de soins entretient une confusion des rôles entre l'autorité judiciaire et le personnel médical (29). Ordonnée par un magistrat qui se fait prescripteur de soins, l'injonction thérapeutique donne parallèlement au soignant un pouvoir d'ordre quasi juridictionnel, lorsqu'il est amené à décider du renvoi de l'usager devant une juridiction répressive ou, au contraire, d'un abandon des poursuites en fonction des résultats de la cure. La collaboration entre la justice et ses partenaires médicaux a été entravée dès l'origine, faute de confiance suffisante entre les différents acteurs et en raison de l'absence de critères clairs d'orientation à disposition des magistrats (30). Force est de constater l'échec, sur le terrain, du dispositif de soins obligatoires, et le ministère de la justice admet officiellement la faiblesse des résultats obtenus (31).

L'institution, en 2007, du stage de sensibilisation aux dangers des produits stupéfiants (32) est le dernier avatar illustrant la spécificité éducative du droit français en matière d'usage de drogues. Ce dispositif, dont la visée pédagogique est indéniable, peut être proposé au titre des mesures alternatives aux poursuites (33) et de la composition pénale (34), ou être prononcé comme peine complémentaire (35). Le stage, qui est payant et à la charge du consommateur de drogues, doit lui faire prendre conscience des dommages individuels et des incidences sociales de son comportement (36). Le dispositif peine néanmoins à convaincre. Le stage apparaît souvent comme une sanction pécuniaire déguisée et sa mise en oeuvre demeure limitée au regard du nombre d'usagers saisis dans les mailles du système judiciaire. Les premières évaluations de cette mesure mettent d'ailleurs en doute sa capacité à servir de levier de motivation pour modifier le comportement d'usage (37).

La politique pénale de lutte contre les drogues imaginée par le législateur a donc du mal à tenir ses promesses. L'incrimination de l'usage de stupéfiants était à l'origine conçue comme un « filet de sécurité » destiné à venir en aide, envers et contre tout, aux toxicomanes refusant le traitement médical (38). Mais ce dispositif s'est révélé inadapté, tout particulièrement pour les nombreux consommateurs occasionnels de stupéfiants, notamment de cannabis, ne présentant aucun signe de toxicodépendance (39). Les limites du projet sanitaire, qui légitime en son temps l'institution d'une pénalisation subsidiaire, auraient pu amener à reconsidérer le volet pénal du statut de l'usager de drogues illicites. Mais, à la faveur d'un paternalisme hémiplegique, le système judiciaire s'est concentré sur la répression en espérant que la fonction dissuasive de la peine suffirait à mettre en oeuvre l'objectif d'éradication des drogues porté par la loi de 1970. La sanction des consommateurs de stupéfiants est ainsi devenue de plus en plus systématique.

B - Les limites d'une politique répressive

Le consommateur de drogues illicites peut tomber sous le coup de plusieurs dispositions légales. L'article L. 3421-1 du code de la santé publique, qui punit l'usage simple d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende, est, en effet, flanqué de plusieurs incriminations visant l'usager revendeur (40), l'usager prosélyte (41) ou l'usager conducteur (42). En outre, la consommation de stupéfiants implique la commission d'autres actes matériels (détention, transport, acquisition, voire offre ou cession ou encore production) en eux-mêmes punissables et qui permettent de poursuivre les usagers pour des faits de trafic sévèrement réprimés. Ainsi, le consommateur de cannabis qui recourt à l'autoproduction est-il susceptible d'encourir une peine criminelle de vingt ans de réclusion (43). Et celui qui passe la frontière, acquiert ou détient illicitement un produit stupéfiant pour son usage personnel risque une peine correctionnelle de dix ans d'emprisonnement (44). Les poursuites contre l'usager sont également possibles sur le fondement de textes plus généraux réprimant délits douaniers (45) ou infractions à la législation sur les substances vénéneuses (46).

La Cour de cassation a certes récemment rappelé que les dispositions spéciales incriminant l'usage illicite de produits stupéfiants excluent l'application de l'article 222-37 du code pénal, incriminant la détention de tels produits, si les substances détenues sont exclusivement destinées à la consommation personnelle du prévenu (47). Mais cette jurisprudence, qui vient contredire des décisions plus anciennes (48), n'exclut pas en théorie un concours de qualifications. Le potentiel répressif du droit en vigueur se révèle donc très important et cet arsenal a été utilisé pour sanctionner rigoureusement les consommateurs de drogues.

À la faveur d'une hausse continue des interpellations pour usage (près de 200 000 en 2013, dont près de 90 % pour usage de cannabis) et de l'apparition de modes accélérés de traitement des délits, la punition des « drogués » est devenue une réalité institutionnelle incontournable de ces vingt dernières années (49). Ce mouvement tient notamment aux stratégies policières ciblées sur les consommateurs, plutôt que sur les trafiquants pour des raisons purement administratives (50). La constatation d'un usage de stupéfiants vaut, en effet, résolution d'une affaire et contribue ainsi mécaniquement à améliorer le taux d'élucidation des unités de police. En conséquence de quoi, « l'action des services de sécurité publique au cours des dernières années en matière de produits stupéfiants a été marquée par la priorité accordée, dans une approche essentiellement statistique, à la répression de la consommation » (51). À cette conséquence inattendue de la gouvernance par indicateurs chiffrés s'ajoute une volonté politique d'apporter une réponse pénale systématique à la consommation de drogues illicites (52). Cet objectif a été largement satisfait et, désormais, la justice donne suite à plus de 98 % des affaires d'usage de stupéfiants dont elle a connaissance. Le développement d'alternatives aux poursuites, qui constituent aujourd'hui la voie choisie dans plus de 75 % des cas, a permis de réduire drastiquement le taux de classement en opportunité. Dans le même temps, les condamnations pénales pour usage simple ont également connu une hausse continue. Multipliées par quatre en vingt ans, elles se composent, dans la grande majorité des cas, d'une peine d'amende, et, plus rarement, d'une peine d'emprisonnement (12 % des condamnations pour usage en 2015) (53).

Jamais le système pénal n'a autant réprimé les usagers de drogues. Et comme tous les contentieux de masse, cette action répressive mobilise d'importants moyens opérationnels des forces de sécurité et des services judiciaires. On évalue ainsi à plus d'un million le nombre d'heures de travail dédiées par les policiers et les militaires de la

gendarmerie au traitement des procédures pour usage de stupéfiants (approximativement six heures de travail par procédure) (54). Pourtant, malgré l'importance des ressources financières allouées à cette rigoureuse politique criminelle, les résultats se font attendre. Confirmant en cela les comparaisons internationales qui mettent en lumière l'absence de corrélation entre la sévérité du droit applicable et la prévalence de l'usage de drogues illicites, les enquêtes épidémiologiques indiquent que la consommation de stupéfiants atteint, en France, des sommets. Comparé aux autres pays européens, et tout particulièrement ceux mettant en oeuvre des politiques plus tolérantes, l'Hexagone ne parvient pas à contenir une consommation massive de cannabis (55). Ce « paradoxe français » amène à questionner l'efficacité de la répression accrue de l'usage de stupéfiants au cours de ces dernières années. Ce tournant répressif semble n'avoir eu aucun effet dissuasif sur les consommateurs. Au regard des quelques dizaines de milliers d'usagers effectivement condamnés tous les ans, les millions de Français (11 % de la population) (56) qui s'adonnent occasionnellement à l'usage de cannabis peuvent, il est vrai, légitimement considérer le risque pénal pesant sur eux comme négligeable. En matière d'usage de stupéfiants, le nombre de délits commis est tel que seule une part minime d'entre eux est finalement sanctionnée.

L'échec du projet rééducatif qui sous-tendait l'incrimination de l'usage de stupéfiants et la hausse continue de la consommation malgré une répression pénale de plus en plus rigoureuse constituent deux marqueurs de l'échec du régime juridique en vigueur. Confrontée à ce constat peu flatteur, la contraventionnalisation présente bien des attraits. Les partisans du pragmatisme budgétaire peuvent y voir un moyen de réduire les dépenses judiciaires, voire de faire rentrer de l'argent dans les caisses de l'État (57), sans fragiliser l'interdit. Les tenants d'un renforcement de la répression l'envisagent sous l'angle de la systématisation de la sanction. Quant aux tenants d'une libéralisation des drogues, la réforme signale pour eux un mouvement de dépénalisation, prélude à une possible légalisation. Cette convergence de façade occulte néanmoins à quel point la signification symbolique et les effets institutionnels de la contraventionnalisation de l'usage de stupéfiants peuvent varier selon les conditions de sa mise en oeuvre.

II - Comment contraventionnaliser l'usage de stupéfiants ?

Selon que la contraventionnalisation vise simplement à une gestion plus efficiente, ou plutôt moins coûteuse, des flux d'usagers de stupéfiants « traités » par le système judiciaire, ou qu'elle ait l'objectif plus ambitieux d'adapter la loi de 1970 au paysage contemporain des drogues illicites, les modalités de la nouvelle infraction diffèrent. Dans le premier cas, le législateur peut s'en tenir à une contravention unique (A). Dans le second, il conviendrait d'envisager une distinction légale entre le cannabis et les autres drogues illicites (B).

A - La contravention unique

Aujourd'hui, la loi ne fait pas de distinction entre les diverses drogues illicites. La peine encourue par l'injecteur quotidien d'héroïne et le fumeur occasionnel de cannabis est identique, l'individualisation de la sanction étant confiée à l'autorité judiciaire dont on attend qu'elle prenne en compte la nature du produit utilisé et les modalités de son usage. Si ce principe de non-distinction juridique entre les stupéfiants est conservé, la question de la contraventionnalisation se réduit à celle de la détermination du niveau de sanction applicable au consommateur. Pour fixer le juste niveau de la réponse pénale, il convient de déterminer la classe de la contravention choisie et le montant de l'amende, et opter ou non pour le recours à une sanction forfaitaire.

L'hypothèse la plus sévère, permettant d'allier automatisation et montée en puissance de la répression, consiste à établir une contravention de cinquième classe susceptible de règlement forfaitaire pour le primo-usager de stupéfiants, avec renvoi devant le tribunal de police en cas de réitération, puis devant le tribunal correctionnel en cas de récidive. La réitération de la contravention, aisément identifiable par les policiers ou les gendarmes grâce au fichier TAJ (traitement d'antécédents judiciaires), donnerait lieu à la transmission de l'affaire au procureur de la République afin qu'il envisage, le cas échéant, de poursuivre l'infacteur devant le tribunal de police. La condamnation contraventionnelle en résultant constituerait alors le premier terme de la récidive qui permettrait, en cas de troisième infraction, de poursuivre le consommateur de drogues devant le tribunal correctionnel et de prononcer, enfin, une peine de prison ou une injonction thérapeutique.

Cette stratégie de contraventionnalisation, envisagée de longue date par certains, conduirait très probablement à un accroissement quantitatif des punitions appliquées aux usagers de drogues. L'automatisme de l'amende forfaitaire et le champ réduit des peines complémentaires à disposition du tribunal de police excluraient, au stade des deux premières condamnations, l'adoption de mesures sanitaires ou éducatives (sauf pour les mineurs qui bénéficient d'une individualisation de la sanction pour une contravention de cinquième classe, conformément aux dispositions de l'ordonnance de 1945 (58)). Et il est probable qu'en cas de renvoi vers le tribunal correctionnel pour une troisième infraction, le stigmate attaché à la figure du toxicomane récidiviste ne porte pas le juge à la clémence. Dans une telle hypothèse, on assisterait sans doute, sous couvert d'un assouplissement de la loi de 1970, à une surpénalisation de l'usage de drogues illicites.

D'autres stratégies de contraventionnalisation sont également envisageables, qui s'apparenteraient au contraire à une dépénalisation plus ou moins franche. Ainsi, le choix d'une contravention des quatre premières classes punie d'une amende forfaitaire, de 11 à 135 € selon la classe adoptée, ferait encourir à l'usager une peine comparable à une sanction administrative. En l'absence d'inscription au fichier TAJ et au casier judiciaire, la constatation de la réitération ou de la récidive serait techniquement impossible. La réponse pénale serait alors unique et uniformisée, y compris pour les mineurs. Plus libérale encore, et confinant à une disparition de l'interdit de consommer, le comportement faisant l'objet d'une amende forfaitaire pourrait être réduit à l'usage dans l'espace public, l'usage privé étant dépénalisé *de jure*. Une telle réforme rapprocherait la législation française de celle des nombreux pays qui ne connaissent pas l'infraction d'usage de drogues, mais maintiennent le principe prohibitionniste à travers l'incrimination de la production, du trafic et de la détention de drogues.

Quelle que soit l'option finalement retenue par le gouvernement, et qu'elle donne lieu ou non à une répression systématique des consommateurs, le choix d'une contravention indifférenciée pour tous les types d'usage de drogues fragiliserait la symbolisation juridique de la transgression. L'infraction perdrait le caractère infamant attaché au délit correctionnel. Pour autant, malgré la banalisation de l'usage de stupéfiants à laquelle la contraventionnalisation donnerait lieu, une telle réforme placerait les consommateurs dans une relation de sujétion renforcée à l'égard des forces de sécurité en réduisant à très peu de chose le rôle du juge dans la répression. Non seulement l'article 537 du code de procédure pénale dispose que les contraventions sont prouvées par procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire, limitant le contrôle judiciaire à sa portion congrue. Mais les pouvoirs des agents de police judiciaire seraient encore renforcés dans l'hypothèse d'une amende forfaitaire, laquelle supprimerait totalement l'intervention du juge dans la répression de l'usage de drogues.

Last but not least, le choix d'une contravention pour tous les types d'usage de drogues enterrerait de manière définitive l'idée d'une individualisation de la sanction. Quand bien même les forces de sécurité disposeraient de

l'expertise nécessaire pour établir un diagnostic médico-social de l'utilisateur de drogues interpellé, elles n'auront pas le loisir de s'en servir pour ajuster la sanction applicable en cas d'amende forfaitaire. Et si l'option d'une comparution devant le tribunal de police est finalement choisie, l'éventail de peines alternatives, plus étroit que devant le tribunal correctionnel, ne comprend pas d'obligation de soins ⁽⁵⁹⁾. Le prix à payer en termes pénologiques pour permettre l'automatisation de la répression de l'usage de drogues semble donc être de soumettre à une sanction unique tous les usagers de drogues interpellés, qu'ils soient polytoxicomanes dépendants ou utilisateurs occasionnels de cannabis. À moins que l'on s'oriente vers un régime distinguant les produits utilisés.

B - Distinguer entre les drogues

L'hypothèse de la contraventionnalisation de l'usage de stupéfiants s'est imposée à la faveur du constat d'échec du droit en vigueur et de la nécessité d'adapter celui-ci à une logique d'efficacité. Le coût administratif exorbitant d'un traitement correctionnel de l'infraction d'usage, laquelle ne débouche que rarement sur une peine de prison, coûteuse en elle-même, constitue, en effet, un puissant argument au service d'une réforme du droit en vigueur. Mais si ce projet a jusqu'à maintenant été indexé sur les contraintes institutionnelles de l'appareil répressif, il est également possible d'attribuer à la contraventionnalisation une ambition sanitaire, sociale et sécuritaire plus large. Au-delà de la satisfaction statistique d'éliminer à l'infini des infractions sans victime et de la perspective de substantielles recettes publiques, la réforme de l'infraction d'usage permet d'envisager une lutte plus efficace contre le fléau des addictions et les conséquences sociales et sécuritaires de l'abus de drogues. Si une telle approche s'accommode sans difficulté du maintien de l'interdit juridique, elle requiert, en revanche, de prêter attention à la variété des produits et des usages, ainsi qu'à leurs évolutions, pour ajuster la réponse pénale à cette diversité.

Il semble à cet égard nécessaire de prendre la mesure de la spécificité du chanvre et des dérivés cannabinoïdes. La moindre dangerosité sanitaire du cannabis par rapport aux autres drogues, y compris l'alcool et le tabac, est solidement établie par les rapports officiels qui se succèdent depuis des dizaines d'années ⁽⁶⁰⁾, et le caractère massif de son usage, fait de culture indéniable dans la société française contemporaine, rendent problématique sa confusion juridique avec d'autres stupéfiants dont la consommation est plus marginale et potentiellement plus dangereuse. La particularité du cannabis est encore illustrée par sa dépénalisation dans un grand nombre de pays européens et sa légalisation dans plusieurs États du monde ⁽⁶¹⁾. Il semble dès lors légitime d'inscrire cette spécificité dans la réglementation française sous la forme d'un régime différencié, plus souple que celui réservé aux autres drogues.

Une possibilité serait, à cet égard, d'exclure le cannabis des substances pouvant donner lieu à une verbalisation pour usage privé et de substituer à cette incrimination délictuelle une contravention forfaitaire de troisième classe en cas de consommation dans l'espace public. Répondant aux exigences policières de simplification de la répression, une telle évolution conférerait aux forces de sécurité la possibilité de faire cesser immédiatement les troubles à l'ordre public occasionnés par des consommations trop visibles. Sur un plan symbolique, cette réforme prendrait acte de l'impossible éradication d'une pratique si largement répandue que lui opposer un interdit pénal général et absolu semble vain, voire contreproductif, tant il souligne le profond décalage entre la norme étatique et les mœurs. Mais admettre ainsi l'impuissance du droit à réduire un fait culturel n'équivaut pas à renoncer à le contenir, et une telle contraventionnalisation n'emporte pas libéralisation totale de l'usage. Les dispositions légales incriminant l'utilisateur conducteur, l'utilisateur prosélyte et l'utilisateur revendeur resteraient applicables au cannabis et permettraient de réprimer rigoureusement les conséquences d'une consommation socialement nuisible. Le cadre juridique ainsi réorganisé permettrait, par ailleurs, le maintien du *statu quo* prohibitionniste, avec une réorientation de l'activité policière vers la lutte contre les trafics ou, au contraire, une évolution vers une politique de tolérance, à l'image des exemples espagnol ou hollandais.

On peut, en revanche, s'interroger sur la pertinence du déclassement du délit d'usage pour d'autres substances plus dangereuses, notamment les opioïdes. À cet égard, le choix de la contravention priverait la puissance publique d'un important outil d'orientation des personnes toxicodépendantes vers les structures sanitaires. Il convient certes de renoncer à la dimension punitive du délit d'usage de stupéfiants en supprimant la possibilité de l'emprisonnement en l'absence d'infraction connexe. Mais le maintien de l'infraction délictuelle permettrait de maintenir un interdit symbolique fort. Conserver le délit d'usage sans peine d'emprisonnement permettrait surtout de maintenir, dans l'ordre des réponses pénales possibles, l'injonction thérapeutique. En effet, sauf à réformer le régime des contraventions pour y intégrer une dimension sanitaire jusqu'à maintenant absente et dont on peut douter qu'elle soit du ressort du tribunal de police, il faut admettre que le tribunal correctionnel est l'institution la mieux à même d'exercer une magistrature sociale ordonnante, le cas échéant sous contrainte pénale, des mesures de soin obligatoire.

Cette proposition de réforme, plus rigoureuse que la plupart des projets de contraventionnalisation en ce qu'elle prévoit le maintien d'un délit d'usage pour certaines substances, repose sur l'idée que la politique pénale à l'égard des consommateurs de drogues ne doit pas être uniquement déterminée par le coût économique de la répression. L'évolution de la législation doit également prendre en compte la réalité sociale des consommations de stupéfiants, et conférer à la réponse pénale tout à la fois une utilité sociale et une signification symbolique. Loin d'être une hypothèse d'école, le risque de voir la politique des drogues aggraver les conséquences sanitaires des consommations problématiques et saper les fondements du droit en le faisant apparaître comme illégitime à une part grandissante de la population est bien réel. La forme radicalisée de la prohibition qu'expriment la rhétorique de la guerre à la drogue et l'accent punitif qui caractérise l'actuelle politique de lutte contre la toxicomanie n'est pas sans répercussions sur le lien social. Incapable de contenir l'accroissement de la consommation de drogues illicites et de ses conséquences sanitaires et criminogènes les plus délétères, elle contribue à attiser les tensions entre les institutions de maintien de l'ordre et certains segments de la population. Si la refonte du statut de l'utilisateur de drogues ne suffira sans doute pas à régler l'ensemble de ces questions ⁽⁶²⁾, du moins peut-on espérer qu'elle les prendra en compte, et ne réduira pas son objet à la résolution des problèmes de gestion des flux du système pénal français.

Mots clés :

SANTE PUBLIQUE * Toxicomanie * Usage de drogues * Premier usage * Contraventionnalisation

(1) L'auteur remercie Serge Karsenty, Pierre-Yves Marot et Laurent Rousvoal pour leurs commentaires sur une première version de ce texte. Les positions défendues dans cet article n'engagent que son auteur.

(2) Art. L. 3421-1 CSP.

(3) En ce sens, V. l'argumentaire de P. Capon, secrétaire général UNSA Police, Pouvoir sanctionner immédiatement, 25 mai 2017, paru sur www.la-croix.com.

(4) V., par ex., la contribution de la Fédération Addiction à la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive (janv. 2013), <http://conference-consensus.justice.gouv.fr>.


(5) BFMTV, Cannabis, stupéfiants : des contraventions mises en place dans « 3 ou 4 mois », 24 mai 2017, www.bfmtv.com.

(6) Interview exclusive de la garde des Sceaux, *Le Figaro*, 21 juill. 2017.

(7) Mission d'information relative à l'application d'une procédure d'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants, XV^e législature, www.assemblee-nationale.fr.

(8) Rapport de la commission d'enquête sur la politique nationale de lutte contre les drogues illicites, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 12 déc. 2002, remis en juin 2003 par N. Olin et B. Plasait, www.ladocumentationfrancaise.fr.

(9) Les usagers du cannabis devraient désormais écoper de contraventions, *Le Monde*, 15 sept. 2003.

(10) Le dossier législatif de cette proposition de loi visant à punir d'une peine d'amende tout premier usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est disponible en ligne, www.senat.fr. Pour un point de vue sur ce texte, V. R. Colson, Soixante-huit euros d'amende pour le premier usage de drogues ?, *D.* 2012. 32 .

(11) Rapport d'information du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur l'évaluation de la lutte contre l'usage de substances illicites, déposé le 9 déc. 2015 par A.-Y. Le Dain et L. Marcangeli, www.assemblee-nationale.fr.

(12) MILDECA, Groupe de travail sur la réponse pénale à l'usage de stupéfiants, Restitution des travaux, 2016, www.drogues.gouv.fr.

(13) CNCDH, avis Usages de drogues et droits de l'homme, 8 nov. 2016, www.cncdh.fr.

(14) Pour un panorama des consommations de drogues et leur évolution, V. les travaux de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies, not. la dernière édition de *Drogues, Chiffres clés*, 2017, www.ofdt.fr.

(15) R. Colson et H. Bergeron (dir.), *European Drug Policies : The Ways of Reform*, Oxon, Routledge, 2017.

(16) P. Mazeaud (rapporteur de la commission des lois), AN, séance du 29 juin 1970, JO 30 juin, p. 3303.

(17) M. Massot, AN, séance du 29 juin 1970, JO 30 juin, p. 3307.

(18) B. Lemarié, Sénat, séance du 3 nov. 1970, JO 4 nov., p. 1714.

(19) Sur la naissance de la loi de 1970, V. J. Bernat de Celis, *Drogues : consommation interdite. La genèse de la loi de 1970 sur les stupéfiants*, L'Harmattan, 1996.

(20) V., en ce sens, le Rapport d'information sur les toxicomanies de la mission d'information sur les toxicomanies déposé le 29 juin 2011 sur le bureau de l'Assemblée nationale et sur le bureau du Sénat, spéc. les développements III, A, 2, sur l'impossible dépénalisation de l'usage, et III, A, 3, sur la nécessité de mieux assurer l'efficacité de l'interdit, www.assemblee-nationale.fr.

(21) V., par ex., Circ. NOR : JUSA9900148C, 17 juin 1999 relative aux réponses judiciaires aux toxicomanies qui encourageait le classement avec « orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle » pour les simples usagers non dépendants. Pour un exemple plus récent, V. Circ. NOR : JUSD1619903C, 13 juill. 2016 de politique pénale relative à l'ouverture des premières salles de consommation à moindre risque, espace de réduction des risques par usage supervisé.

(22) Art. L. 3414-1 CSP.

(23) Art. L. 3412-1 s. CSP.

(24) Art. L. 3423-1 CSP.

(25) Art. L. 3411-2 CSP.

(26) Art. L. 3423-1 CSP.

(27) Art. L. 3425-1 CSP.

(28) M. Valeur, *Drogues et droits du toxicomane : le point de vue du praticien*, in F. Caballero (dir.), *Drogues et droits de l'homme*, Paris, Delagrangue, 1992.

(29) La difficulté a été identifiée très tôt. V., en ce sens, M. Zavarro, *Aspects judiciaires et médicaux de la toxicomanie*, RSC 1979. 255. Rapp. T.A. Firchow, *Les conflits de politique criminelle en matière de lutte contre les toxicomanies*, RSC 1987. 951.

(30) M. Setbon, *L'injonction thérapeutique : évaluation du dispositif légal de prise en charge sanitaire des usagers de drogues interpellés*, OFDT, 2000.

(31) Ainsi la Circ. NOR : JUSD1204745, 16 févr. 2012 relative à l'amélioration du traitement judiciaire de l'usage de produits stupéfiants relève que « le dispositif actuel de l'injonction thérapeutique souffre d'un manque d'efficacité » (p. 5).

(32) Art. R. 131-46 et R. 131-47 c. pén.

(33) Art. 41-1 c. pr. pén.

(34) Art. 41-2 c. pr. pén.

(35) Art. 131-35-1 c. pén.

(36) J.-P. Vicentini et C. Gérard, *Les stages de sensibilisation aux dangers de l'usage des produits stupéfiants*, *Archives de politique criminelle*, 2009/1, p. 185.

(37) I. Obradovic, *Éduquer, orienter ou punir ? Les professionnels du soin face à la mise en oeuvre des stages de sensibilisation aux dangers de l'usage de stupéfiants*, *RF aff. soc.*, 2013, n° 3, p. 6.

(38) R. Gassin, *Séduction idéologique ou réalisme scientifique ? Réponse à Francis Caballero*, *Droits*, n° 19, 1994, p. 144. Confirmation en est donnée par le commentaire à chaud de la loi publié en 1971 par P.-J. Doll à la *Gazette du Palais* (p. 117).

(39) H. Rahioui et S. Liquet, *Cannabis*, in E.-P. Toubiana, *Addictologie clinique*, PUF, 2011, p. 339.

(40) Art. 222-39 c. pén.

(41) Art. L. 3421-4 CSP.





(42) Art. L. 235-1 à L. 235-4 c. route.

(43) Art. 222-35 c. pén. V., en ce sens, *Crim.* 9 mars 1992, n° 90-87.478, *Bull. crim.* n° 103.

(44) Art. 222-36 et 222-37 c. pén.

(45) Art. 414 c. douanes.


(46) Art. L. 5432-1 CSP.

(47) *Crim.* 16 sept. 2014, n° 14-90.036, *Bull. crim.* n° 188 ; D. 2014. 2054  ; 2423, obs. G. Roujou de Boubée et T. Garé  ; 14 mars 2017, n° 16-81.805, D. 2017. 705  ; AJ pénal 2017. 285, obs. F.-X. Roux-Demare .

(48) *Crim.* 14 oct. 2009, n° 09-81.364

(49) Pour une mise en perspective sur trois décennies, V. I. Obradovic, *Trente ans de réponse pénale à l'usage de*

stupéfiants, *Tendances*, n° 103, OFDT, 2015. Et, du même auteur, La pénalisation de l'usage de stupéfiants en France au miroir des statistiques administratives. *Enjeux et controverses, Déviance et Société*, 2012, vol. 36-4, p. 441.

(50) J.-P. Jean, La répression aggravée des usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007, *Archives de politique criminelle*, 2009/1, n° 31, p. 145. Et, du même auteur, Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007, *AJ pénal* 2010. 182 .

(51) Cour des comptes, Organisation et gestion des forces de sécurité publique, juill. 2011, p. 36.

(52) La Circ. NOR : JUSD1204745, 16 févr. 2012 relative à l'amélioration du traitement judiciaire de l'usage de produits stupéfiants prévoit ainsi que la réponse pénale doit être « systématique » et le recours au classement sans suite exclu pour éviter « le sentiment de banalisation et d'impunité ressenti par une partie non négligeable des jeunes consommateurs ».

(53) L. Viard-Guillot, Le traitement judiciaire des infractions liées aux stupéfiants en 2015, *Infostat Justice*, n° 150, mars 2017, p. 6.

(54) MILDECA, *op. cit.*, p. 13.

(55) Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, Rapport européen sur les drogues 2017 : tendances et évolutions, Luxembourg, Publications de l'Union européenne, 2017, p. 43.

(56) F. Beck *et al.*, Cannabis : usages actuels en population adulte, *Tendances*, n° 119, OFDT, 2017.

(57) L'espoir de nouvelles recettes résultant de la contraventionnalisation de l'usage doit au demeurant être relativisé, le taux de recouvrement des amendes en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants étant particulièrement faible (moins de 30 %) selon une étude (non publiée) du pôle d'évaluation des politiques pénales de la Direction des affaires criminelles et des grâces (L'exécution de la peine d'amende : Prononcé par les juridictions et recouvrement par le Trésor public, 2013).

(58) Art. 20-1 Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante.

(59) Art. 131-16 c. pén.

(60) V. not., M. Pelletier, Rapport de la mission d'étude sur l'ensemble des problèmes de la drogue, Doc. fr., 1978 ; R. Henrion, Rapport de la commission de réflexion sur la drogue et la toxicomanie, Doc. fr., 1995 ; B. Roques, La dangerosité des drogues : rapport au secrétariat d'État à la santé, O. Jacob/Doc. fr., 1999.

(61) Office des Nations unies contre la drogue et le crime, *World Drug Report 2016*, New York, Nations unies, 2016, p. 43 s. Rappr. Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, Modèles pour un approvisionnement légal en cannabis : évolutions récentes, *Perspectives on Drugs*, 2016, www.emcdda.europa.eu.

(62) Pour une réflexion plus générale sur le bien-fondé du régime d'interdiction des drogues et sur les voies d'une politique raisonnée de lutte contre la toxicomanie, V. les contributions réunies par H. Bergeron et R. Colson (dir.), *Les drogues face au droit*, PUF, 2015.

Recueil Dalloz 2020 p.1880

L'amende forfaitaire pour usage de stupéfiants

Renaud Colson, Maître de conférences à l'Université de Nantes

L'essentiel : Généralisé à l'ensemble du territoire, le nouveau dispositif de sanction doit permettre d'injecter une dose d'efficacité dans la répression des consommateurs de drogues.

En quoi consiste l'amende forfaitaire délictuelle pour usage de stupéfiant prévue par l'article L. 3421-1, alinéa 4, du code de la santé publique ?

L'usage de stupéfiants est un délit passible d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende. Le dispositif de l'amende forfaitaire permet, sans remettre en cause la dimension délictuelle de cette infraction, d'éteindre l'action publique en amont du passage devant un magistrat en échange du versement d'une somme de 200 € (majorée à 450 € en cas de paiement tardif). Exclusivement applicable aux personnes majeures, la mesure requiert l'accord du mis en cause et s'apparente en cela à une transaction. Sa mise en œuvre est conditionnée à la décision des forces de l'ordre qui peuvent préférer renvoyer l'affaire devant le parquet.

La procédure de l'amende forfaitaire est entièrement dématérialisée. Réservé aux cas de constatation flagrante du délit, l'établissement du procès-verbal électronique est opéré sur la voie publique, à partir d'un terminal mobile. L'officier de police judiciaire notifie verbalement la reconnaissance de l'infraction au contrevenant et renseigne, sur la tablette numérique, l'identité de ce dernier et la nature des stupéfiants et du matériel saisis. Assorties de la signature numérique du mis en cause, ces données sont transmises au Centre national de traitement (CNT) de Rennes et alimentent le fichier du « Système de contrôle automatisé » (CA), le fichier du « Traitement des antécédents judiciaires » (TAJ) et le casier judiciaire.

Quelle est la fonction de l'amende forfaitaire délictuelle ? Quels effets peut-on en attendre ?

L'usage de stupéfiants est à l'origine d'un contentieux de masse qui occupe une part importante de l'activité des forces de l'ordre et des juridictions. Dans plus d'un cas sur deux, ce type d'affaire se solde par une mesure alternative aux poursuites, le plus souvent un simple rappel à la loi. L'amende forfaitaire délictuelle a pour objectif de réduire les moyens en temps et en effectifs consacrés au traitement de cette « délinquance », tout en renforçant la répression, bref de rendre celle-ci plus efficace. La systématisation de la sanction n'ayant pas fait ses preuves au cours des dernières années, on peut néanmoins s'interroger sur l'effet dissuasif de la nouvelle mesure. Le nombre de décisions de justice pour usage de stupéfiants a déjà été multiplié par 10 en 15 ans, sans effet observé sur les niveaux de consommation.

La Cour des comptes remarquait, dans un rapport de 2011, que l'action des services de sécurité publique en matière de stupéfiants se caractérise « par la priorité accordée, dans une approche essentiellement statistique, à la répression de la consommation ». Expression d'une gouvernance par les nombres qui colonise la politique de lutte contre la drogue, ce tropisme répressif risque de s'accroître avec la généralisation de la nouvelle amende. Celle-ci épargnera les millions de consommateurs bien insérés socialement qui se font livrer et consomment leur produit dans des lieux privés. Elle constitue, en revanche, une arme répressive originale, portion de *ius puniendi* confiée aux forces de l'ordre qui pourront ainsi accroître leur emprise sur leur clientèle d'habitude.

Susceptibles d'être ajustés par les parquets en fonction des circonstances locales, les seuils maximums établis par la Chancellerie pour la mise en oeuvre de l'amende forfaitaire sont relativement élevés : jusqu'à 50 grammes de cannabis (l'équivalent de 200 « joints »), 5 grammes de cocaïne ou de MDMA. La nouvelle procédure pourrait ainsi, paradoxalement, donner lieu à la dépenalisation *de facto* de comportements qui, au-delà du simple usage, tombent théoriquement sous le coup des incriminations de détention, offre et cession de stupéfiants. Quoiqu'en dise le premier ministre, qui y voit un moyen de « lutter contre les points de vente qui gangrènent les quartiers », l'amende forfaitaire ainsi appliquée ne sera d'aucune utilité dans la lutte contre les trafics. Le recours à cette mesure exclut d'ailleurs la réalisation d'actes d'enquête complémentaires.

Quel jugement porter sur cette réforme ?

La généralisation de l'amende forfaitaire illustre l'abandon de toute ambition sanitaire dans le traitement, désormais essentiellement punitif, réservé aux usagers de stupéfiants. Selon la Direction des affaires criminelles et des grâces, c'est aux forces de l'ordre d'établir si la personne mise en cause présente « des signes d'addiction » afin d'écarteler, le cas échéant, le recours à l'amende au profit d'une enquête permettant au parquet de déterminer une réponse pénale plus adaptée. Autant dire que le soin passe désormais au second plan.

Ce durcissement répressif fait peu de cas des conclusions du Conseil de l'Union européenne qui, en 2018, invitaient les États membres à favoriser les « solutions de remplacement à l'imposition de sanctions » pour les consommateurs de stupéfiants et à promouvoir mesures éducatives et réinsertion sociale. Aveugle aux évolutions politiques internationales et sourd aux conseils des addictologues, le gouvernement a renoncé à s'attaquer rationnellement aux problèmes de toxicomanie. Alors que se confirme le succès des expériences de légalisation menées à l'étranger, la persécution des usagers de drogues, boucs émissaires de trafics de plus en plus violents, relève d'une logique d'un autre âge.

Mots clés :

PEINE * Amende * Amende forfaitaire pour usage de stupéfiants * Généralisation * Procédure * Fonction

ENTRETIEN

1

2

3

RENAUD COLSON

> Retour sur la loi visant à prévenir les usages dangereux du gaz hilarant

Pourquoi la loi n° 2021-695 du 1^{er} juin 2021 était-elle nécessaire ?

La loi prétend prévenir les usages dangereux du protoxyde d'azote. Cette substance est utilisée en milieu hospitalier pour ses propriétés analgésiques. Elle sert aussi de gaz propulseur dans différents secteurs de l'industrie et se retrouve, par exemple, dans les cartouches pour siphons permettant de fabriquer sa

propre crème chantilly. Également connu sous le nom de « gaz hilarant », le protoxyde d'azote fait parfois l'objet d'une utilisation détournée à des

fins psychoactives. Son inhalation produit des effets euphorisants d'une durée de quelques minutes. Si les usages aigus ou chroniques de ce produit peuvent se révéler dangereux, peu de cas de complications sanitaires sont recensés : de janvier 2017 à décembre 2019, soixante-six cas d'intoxication ont été rapportés dont cinq sévères (tous associés à la consommation d'autres produits), et aucun décès signalé. Le nombre de signalements rapportés aux services d'addictovigilance est modeste comparé aux autres drogues et à l'alcool. Pourtant, les médias faisant état de la découverte de nombreuses cartouches pour siphon à chantilly dans les rues ont engendré, depuis 2017, une véritable « panique morale ». Certains maires ont pris des arrêtés interdisant la détention et la consommation du gaz dans leur commune. La nécessité de légiférer tient à cet emballement médiatique plus qu'à un réel problème de santé publique.

Comment la loi lutte-t-elle contre les usages dangereux de protoxyde d'azote ?

Les rédacteurs de la loi, fidèles à l'impératif de lisibilité et à l'idéal d'abstraction propres à l'esprit codificateur français, ont établi au sein de la troisième partie du code de la santé publique un livre VI intitulé « Lutte contre les usages détournés et dangereux de produits de consommation courante ». L'économie générale du texte repose sur deux piliers : la réglementation et la prévention. En réalité, la première dimension est privilégiée par le législateur qui se révèle, comme souvent en matière de substances psychotropes, mû par un tropisme répressif. Est désormais punissable de 15 000 € d'amende « le fait de provoquer un mineur à faire un usage détourné d'un produit de consommation courante pour en obtenir des effets psychoactifs ». La vente de protoxyde d'azote aux mineurs est prohibée, la violation de cette interdiction pouvant donner lieu à une amende de 3 750 €. Les sites de commerce électronique vendant ce produit doivent spécifier cette restriction. De manière plus générale, la loi sanctionne désormais la vente de produits spécifiquement

destinés à « faciliter l'extraction de protoxyde d'azote afin d'en obtenir des effets psychoactifs ». Ce sont, enfin, les débits de boissons et les débits de tabac qui se voient interdire la mise à disposition de « gaz hilarant », y compris aux personnes majeures. Du côté de la prévention, la commercialisation de protoxyde d'azote sera désormais conditionnée à la mention de la dangerosité de l'usage détourné qui peut en être fait.

Quelle sera selon vous l'efficacité de cette loi ?

Le texte adopté s'inscrit dans la catégorie des lois déclaratives. Sa fonction s'épuise dans l'effet d'annonce qui la caractérise. La volonté de protéger les mineurs est légitime mais la loi ne manque-t-elle pas sa cible ? Si le protoxyde d'azote est parfois consommé par des adolescents, les cas d'intoxication signalés concernent essentiellement de jeunes adultes, or les principales mesures de la loi ne leur sont pas applicables. L'interdiction de la vente de cartouches de gaz aux mineurs est absolument justifiée, même si l'on peut redouter qu'elle ne soit contournée par le biais d'internet ou qu'elle donne lieu à l'apparition d'un marché parallèle. Mais la disposition réprimant l'incitation d'un mineur à faire un usage détourné d'un produit pour en obtenir des effets psychoactifs est plus discutable. Elle semble difficilement applicable et criminalise ce qui relève d'un processus d'intégration et de socialisation habituel au sein des groupes de jeunes. Quant au retrait du marché des produits destinés à faciliter l'extraction de protoxyde d'azote, il s'agit d'une arme à double tranchant : si elle peut contribuer à réduire les cas de mésusage, elle rend également l'utilisation du gaz plus dangereuse (faute de « cracker » permettant de l'extraire de manière sécurisée des cartouches, les utilisateurs s'exposent à un risque important de brûlure). Il faut, en revanche, saluer l'interdiction de la vente de protoxyde d'azote dans les débits de boisson et les débits de tabac. Cette mesure met en œuvre un principe bien connu de la politique de réduction des risques en matière de drogues : celui de la séparation des marchés. Afin de prévenir les polyconsommations associant différents psychotropes, ceux-ci ne doivent pas être accessibles dans les mêmes échoppes. Finalement, il faut se féliciter d'une disposition, discrète mais néanmoins essentielle, contenue dans la loi : les modules de prévention dispensés dans l'enseignement secondaire devront, à l'avenir, être étendus à toutes les addictions et non plus consacrés aux seules drogues illicites. Il s'agit là d'une sage décision qui permettra de rappeler aux plus jeunes que la dangerosité des produits psychoactifs auxquels ils ont accès est, dans une large mesure, décorrélée de leur statut légal, et de les mettre en garde contre deux fléaux d'une tout autre ampleur que le protoxyde d'azote : l'alcool et le tabac.

Recueil Dalloz 2019 p.77

Stupéfiants : usage du cannabis à visée thérapeutique

Renaud Colson, Maître de conférences à l'Université de Nantes, Membre du Laboratoire droit et changement social - UMR CNRS 6297

*
**

L'essentiel

L'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) envisage la mise en oeuvre d'une expérimentation visant à établir un cadre global autorisant l'usage du cannabis à visée thérapeutique en France.

Dans un communiqué en date du 27 décembre 2018, l'ANSM a souscrit aux premières conclusions du Comité scientifique spécialisé temporaire (CSST) qu'elle a établi le 10 septembre dernier, afin d'évaluer l'intérêt du cannabis dans le traitement de certaines pathologies et de faire un état des lieux de la réglementation nationale et internationale sur le sujet.

Ce groupe d'experts, dont les travaux doivent se poursuivre dans les mois à venir, a d'ores et déjà recommandé d'autoriser l'usage thérapeutique de la plante de cannabis dans un certain nombre de cas, notamment dans les situations palliatives, dans les soins de support en oncologie et dans les douleurs réfractaires aux thérapies accessibles (Point d'information de l'ANSM sur les premières conclusions du CSST, 13 déc. 2018). En entérinant cette recommandation, l'ANSM laisse présager une rapide évolution de la réglementation en vigueur.

Contrairement à certains États qui autorisent la prescription médicale de cannabis sous forme galénique ou sous forme brute (R. Colson, Cannabis thérapeutique : les leçons canadiennes, RDSS 2018. 847⁽¹⁾), l'usage thérapeutique de cette plante est interdit en France. Une autorisation de mise sur le marché (AMM) pour le Sativex®, un spray sublingual composé d'extraits de cannabis naturel a, certes, été délivrée en 2014. Mais cette AMM, très restrictive dans ses conditions de prescription, est restée pour l'instant purement théorique : ce médicament demeure indisponible faute d'accord sur son prix de vente entre le Comité économique des produits de santé et le laboratoire qui le distribue.

Les malades qui font aujourd'hui un usage thérapeutique de cannabis sont soumis au droit commun des stupéfiants. Certains sont condamnés à des peines de prison pour la culture d'un simple plant destinée à soulager leurs souffrances (Nîmes, 6^e ch. corr., 30 mars 2017). Ce n'est qu'exceptionnellement que les juges du fond retiennent l'excuse de l'état de nécessité (Papeete, 27 juin 2002, D. 2003. 585⁽²⁾, note P. Gourdon) et la Cour de cassation a préféré ne pas s'engager dans cette voie (Crim 16 déc. 2015, n° 14-86.860). Quant au gouvernement, il a récemment exclu que les malades puissent profiter de la « zone grise » dans laquelle se trouve un certain nombre de dérivés de cannabis dénués d'effets stupéfiants en posant le principe de leur interdiction. Critiquée par la doctrine (R. Colson, L'extension du domaine du chanvre légal, D. 2018. 1445⁽³⁾ ; Y. Bisiou, Cannabidiol (CBD) et « cannabis ultra-light » : quel statut en droit français ?, D. 2018. 1447⁽⁴⁾), cette position fait aujourd'hui l'objet d'une contestation devant la Cour de justice de l'Union européenne (*Le Monde*, 25 oct. 2018).

Le caractère insatisfaisant de la situation a été souligné par la ministre de la santé, M^{me} Agnès Buzyn, qui a reconnu le retard français en la matière (*Le Monde*, 11 juin 2018). Alors qu'un nombre croissant d'États européens redonnent une place de choix dans leur pharmacopée au cannabis (Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Medical use of cannabis and cannabinoids*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2018), certains praticiens n'hésitent plus à revendiquer, en France, « un accès sécurisé, contrôlé et remboursé aux phytocannabinoïdes sur prescription médicale » (Appel unitaire pour le développement de la recherche et l'accès médical aux cannabinoïdes : <http://cannabis-medical.wesign.it/fr>). En estimant qu'il est pertinent d'autoriser l'usage de la plante de cannabis à visée thérapeutique dans certaines situations cliniques, l'ANSM et le CSST semblent leur donner raison. On attend désormais les conclusions finales du Comité sur les modalités de prise en charge médicale des patients, lesquelles nécessiteront probablement qu'une évolution de la législation soit mise en oeuvre.

Mots clés :

SANTE PUBLIQUE * Toxicomanie * Usage de drogues * Cannabis thérapeutique

Recueil Dalloz 2020 p.21

Cannabis thérapeutique : légalisation par la loi de financement de la sécurité sociale

Renaud Colson, Maître de conférences à l'Université de Nantes, Membre du Laboratoire droit et changement social - UMR CNRS 6297

*
**


L'essentiel

Dans son article 43, la loi de financement de la sécurité sociale 2020 récemment adoptée par le Parlement, prévoit qu'« à titre expérimental, pour une durée de deux ans, l'État peut autoriser l'usage médical du cannabis sous la forme de produits répondant aux standards pharmaceutiques ».


La loi laisse au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les conditions de mise en oeuvre de cette expérimentation, mais enjoint au gouvernement d'adresser un rapport au Parlement six mois avant le terme de celle-ci. Ce rapport devra se prononcer sur « la pertinence d'un élargissement du recours à l'usage médical du cannabis (...) et, le cas échéant, les modalités de sa prise en charge par l'assurance maladie ».

Ce vote s'inscrit dans une séquence politique qui a débuté en juin 2018, après que la ministre de la santé, M^{me} Agnès Buzyn, a reconnu le retard français « en matière de recherche et de développement du cannabis médical » (*Le Monde*, 11 juin 2018). Depuis cette intervention, un Comité scientifique spécialisé temporaire établi par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) a rendu ses conclusions (Cannabis à visée thérapeutique : projet d'expérimentation, 28 juin 2019). Celles-ci recommandent, entre autres, d'expérimenter la mise à disposition de fleurs séchées de cannabis pour toute une série d'indications relevant, notamment, de la neurologie, de l'algologie ou encore des soins palliatifs. L'ANSM a entériné cet avis en juillet 2019 et son directeur général a procédé, le 15 octobre 2019, à la création d'un nouveau Comité scientifique (Décis. DG n° 2019-365) et à la nomination de ses membres (Décis. DG n° 2019-381) afin de déterminer les produits qui seront utilisés, les modalités de formations des médecins et les conditions du suivi des patients.

On peut, dans ce contexte, se demander si l'intervention du Parlement était nécessaire. Les règles concernant la production et la distribution des médicaments relèvent, en effet, du seul domaine réglementaire. Le gouvernement dispose de tous les pouvoirs nécessaires pour organiser un programme d'accès au cannabis thérapeutique, de celui d'établir la liste des stupéfiants à celui d'en régler la distribution à des fins médicales. Quant au caractère expérimental du dispositif, il ne rend pas plus nécessaire l'intervention du législateur : l'expérimentation prévue à l'article 37-1 de la Constitution doit, en effet, être conduite par le titulaire normal du pouvoir concerné, en l'occurrence le premier ministre.

Il serait facile d'ironiser sur une initiative parlementaire qui semble n'avoir pour objet que de permettre une expérimentation déjà autorisée par l'autorité compétente. D'autant que la formulation de l'article 43 souffre d'un probable vice d'inconstitutionnalité. En prévoyant que « l'État peut autoriser l'usage médical de cannabis », cette disposition présente en effet toutes les caractéristiques d'un neutron législatif du type de ceux que le Conseil constitutionnel n'hésite pas à censurer (Cons. const., 21 avr. 2015, n° 2015-512 DC, D. 2006. 826 , obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino). La formule adoptée par le Parlement consiste en un énoncé reconnaissant dénué de toute portée normative. Tout au plus peut-elle être interprétée comme une invitation à agir à destination du gouvernement, lequel demeure non seulement libre de s'y plier, mais également de définir, comme il l'entend, les conditions de mise en oeuvre de l'expérimentation. Le Conseil s'est néanmoins abstenu de se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 43 à l'occasion de l'examen de la loi de financement de la sécurité sociale (Cons. const., 20 déc. 2019, n° 2019-795 DC). Il faut s'en réjouir. Car, quelle que soit la pertinence juridique de cette disposition, elle constitue une avancée symbolique significative et témoigne d'une prise de conscience par la représentation nationale des carences du droit français sur le sujet.

La réglementation aujourd'hui applicable aux patients qui font ou pourraient faire usage de cannabis n'est autre que le droit commun (particulièrement répressif) des stupéfiants. Les malades les mieux informés contournent l'obstacle en s'approvisionnant dans des officines étrangères grâce à une prescription médicale de leur médecin français. Les moins chanceux sont condamnés à des peines de prison pour avoir cultivé leur propre cannabis ou pour se l'être procuré sur le marché illégal. Quant au plus grand nombre de ceux qui pourraient bénéficier de cette thérapeutique, ils en sont tout simplement privés. Cette situation apparaît de moins en moins justifiable à mesure que s'accumulent les preuves des vertus médicales du cannabis et que se multiplient les programmes nationaux d'accès à ce produit en Europe et dans le reste du monde (Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, Usage médical du cannabis et des cannabinoïdes, Office des publications de l'Union européenne, 2018).

La balle est désormais dans le camp du gouvernement. Celui-ci pourra s'inspirer des réflexions doctrinales disponibles sur le sujet (Y. Bisiou, Cannabis thérapeutique : stratégie pour une politique de santé publique, *Revue Droit & Santé*, n° 89, 2019, 344) et des leçons du droit comparé (R. Colson, Cannabis thérapeutique : Les leçons canadiennes, RDSS 2018. 847 ). Gageons que cette activité réglementaire alimentera, en retour, les travaux de la Mission d'information sur la réglementation et l'impact des différents usages du cannabis, récemment constituée au sein de l'Assemblée nationale.

Mots clés :

SANTE PUBLIQUE * Toxicomanie * Usage de drogues * Cannabis thérapeutique * Légalisation

SANTÉ PUBLIQUE

> Cannabis thérapeutique : vraie avancée ou pétard mouillé ?

par Renaud Colson, Maître de conférences à l'Université de Nantes,
Laboratoire Droit et Changement Social – UMR CNRS 6297

Les usages médicaux du cannabis ont une histoire plurimillénaire. Pourtant, depuis qu'il a été supprimé de la pharmacopée française en 1953, ce produit a été systématiquement diabolisé. L'aura sulfureuse qui lui a été conférée justifie, aujourd'hui encore, le traitement très répressif réservé à ses consommateurs¹. Cette mauvaise réputation explique le retard de notre pays par rapport à ses voisins européens dans la réintroduction de préparations à base de cannabis dans l'arsenal thérapeutique.

Près de deux ans après les recommandations en ce sens d'un comité scientifique établi par l'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM), on pouvait craindre que le projet soit enterré, alors même que le législateur avait autorisé, en décembre 2019, l'expérimentation de cette drogue dans le traitement de certaines pathologies². En l'absence de décret d'application, les membres du comité scientifique de l'ANSM et les représentants d'associations de patients et de sociétés savantes cosignaient, début septembre, une tribune dénonçant l'immobilisme du gouvernement. Quelques jours plus tard, c'était au tour de la Mission d'information parlementaire sur la réglementation et l'impact des différents usages du cannabis de s'alarmer, dans un rapport d'étape, d'un « retard préoccupant » imputé à la lenteur du travail interministériel.

C'est finalement au forceps que le décret relatif à l'usage médical de cannabis a vu le jour (NOR : SSAP2021390D). Publié le 7 octobre 2020, le texte a été immédiatement flanqué d'un arrêté en date du 16 octobre fixant les spécifications des médicaments à base de cannabis, les conditions de leur mise à disposition, ainsi que les situations dans lesquelles ils seront utilisés (NOR : SSAP2027328A). Il faut saluer cette avancée qui donne l'espoir à de nombreux patients de pouvoir enfin bénéficier des vertus médicinales de cette plante. Mais il est encore trop tôt pour savoir si le dispositif mis en œuvre tiendra ses promesses.

Si l'usage médical du cannabis est autorisé par le décret, c'est, en effet, « dans le strict cadre de l'expérimentation » (art. 1^{er}, III). Celle-ci concernera uniquement des patients traités et suivis « pour certaines indications thérapeutiques ou situations cliniques ». L'arrêté, inspiré des recommandations du comité scientifique de l'ANSM, vise les douleurs neuropathiques, la spasticité douloureuse de la sclérose en plaques, certaines formes d'épilepsie, certains symptômes rebelles liés au cancer, ainsi que les situations palliatives. La lecture de cette liste d'indications révèle à elle seule l'intérêt thérapeutique des phytocannabinoïdes. On ne s'étonnera pas que les attentes des patients soient immenses. Le risque est qu'elles soient déçues par le protocole restrictif de l'expérimentation. D'une part, si l'arrêté vise un nombre significatif de situations cliniques, il n'épuise pas l'ensemble des indications pour lesquelles la prescription de cannabis est autorisée dans de nombreux autres pays (par ex., la maladie de Crohn, le glaucome, les migraines chroniques, les troubles anxieux généralisés...). D'autre part, les malades qui répondent aux critères fixés par le législateur ne pourront se voir prescrire du cannabis qu'en deuxième intention, dans les situations « réfractaires aux traitements indiqués et accessibles », quand ceux-ci sont inefficaces ou mal tolérés.

3 000 patients au maximum pourront profiter de l'expérimentation, soit bien moins que le nombre de personnes souffrant des pathologies auxquelles elle s'adresse. Pourtant, il n'est pas certain que ce chiffre soit atteint. Les médecins volontaires pour prescrire du cannabis médical devront recevoir au préalable une formation obligatoire. Ce volet, qui constitue un facteur crucial pour la réussite de l'expérience, est encore dans les limbes. Or le temps presse : l'expérimentation qui commencera au plus tard à compter du 31 mars 2021 est censée durer deux ans. On peut redouter que, comme dans plusieurs autres pays, le dispositif d'accès au cannabis thérapeutique peine, dans un premier temps, à trouver son public

(1) R. Colson, L'amende forfaitaire pour usage de stupéfiants, D. 2020. 1880. (2) R. Colson, Cannabis thérapeutique : légalisation par la loi de financement de la sécurité sociale, D. 2020. 21. (3) Y. Bisiou, Nouveau fichage policier des consommateurs de cannabis et des violations de l'obligation de confinement, AJ pénal 2020. 232.

faute d'avoir réussi à mobiliser le corps médical. C'est là un des paradoxes de l'expérimentation : si le nombre de malades susceptibles d'être concernés est très important, beaucoup d'entre eux n'en bénéficieront pas faute d'y être encouragés par leurs médecins qui méconnaissent encore les vertus du cannabis. Quant aux dizaines de milliers d'usagers quotidiens qui en consomment déjà à des fins autothérapeutiques, ils risquent d'être tenus à l'écart de l'expérimentation, soit qu'ils ne satisfassent pas aux critères juridiques définissant les limites de l'utilisation « médicale », soit qu'ils s'en détournent par peur du gendarme.

Cette méfiance n'aurait rien de surprenant. Celles et ceux qui pratiquent l'automédication et recourent au marché noir pour s'approvisionner le font au risque de poursuites pénales qui se soldent parfois par de la prison. Conscients du risque judiciaire auquel ils s'exposent, ces usagers thérapeutiques peuvent légitimement hésiter à s'inscrire dans un programme qui prévoit la constitution d'un registre national électronique (art. 4). La nécessité médicale et scientifique d'un tel outil est indéniable. Mais le respect des règles de protection de données personnelles ne suffira peut-être pas à rassurer les participants potentiels, inquiets d'un fichage des consommateurs de cannabis qui s'est récemment renforcé avec l'institution de l'amende forfaitaire pour usage de stupéfiants³. Ne serait-il pas dès lors raisonnable d'inviter, par voie de circulaire, les forces de police, le parquet et les chefs de juridiction à renoncer à poursuivre les personnes qui font un usage médical de cannabis mais n'ont pas été retenues dans l'expérimentation, charge à elles de faire la preuve par tous moyens de la dimension thérapeutique de leur consommation ? Une telle évolution, suggérée par M. Yann Bisiou lors de son audition devant la mission parlementaire mentionnée ci-dessus, permettrait de réinscrire enfin la réponse pénale à l'usage de cannabis dans une logique de santé publique.

Du côté de l'offre, le dispositif mis en place par le gouvernement soulève également un certain nombre d'interrogations. Faute de financement dédié au programme d'accès au cannabis médical, le décret prévoit que « les médicaments utilisés par les patients inclus dans l'expérimentation sont fournis à titre gratuit par les entreprises participant à l'expérimentation » (art. 1^{er}, VI). Si le gouvernement a pris la peine de préciser, en annexe de l'arrêté du 16 octobre, que « tout

prestataire sélectionné pour fournir gratuitement du cannabis médical dans le cadre de l'expérimentation ne pourra prétendre ou escompter à l'issue de l'expérimentation un quelconque droit garanti ou avantage direct ou indirect lié à sa participation à l'expérimentation notamment en cas de généralisation de l'utilisation du cannabis à usage médical par les autorités françaises », on peut néanmoins s'interroger sur les contreparties attendues par les entreprises qui accepteront de mettre à disposition des produits dont la valeur a été estimée à plus de 3 millions d'euros. La question se pose avec une acuité particulière quand on sait que le droit français rend aujourd'hui impossible la production de cannabis thérapeutique. L'interdiction de cultiver des variétés fortement psychoactives (celles-là même utilisées pour produire du cannabis thérapeutique) et d'exploiter la fleur de chanvre (qui recèle l'essentiel des cannabinoïdes dotés d'une valeur pharmacologique) exclut la participation d'agriculteurs et de laboratoires français à l'expérimentation. Ceux-ci sont également dans l'impossibilité de développer l'expertise nécessaire pour prétendre prendre le relais des produits importés si l'expérience devait être pérennisée. Les conditions d'une domination durable du marché par les entreprises étrangères sont donc établies. On s'abstiendra d'ironiser sur la situation tant elle est dramatique. La France – terre pluriséculaire de culture du chanvre et troisième pays producteur dans le monde – tourne le dos à l'économie du cannabis thérapeutique quand tout indique que ce secteur est promis à un bel avenir.

À l'heure où les enjeux de souveraineté sanitaire et la nécessité de redynamiser les territoires ruraux sont régulièrement rappelés par le gouvernement, celui-ci n'a d'autre choix que de modifier le cadre réglementaire existant. Les données scientifiques disponibles, les attentes des patients et les exemples étrangers ne laissent guère de doute sur la réintroduction durable du cannabis dans notre pharmacopée. Conscients de cette réalité, les membres de la Mission d'information parlementaire sur la réglementation et l'impact des différents usages du cannabis appellent avec raison le gouvernement à réfléchir, dès maintenant, à la pérennisation de l'expérimentation « pour sécuriser les patients et permettre le développement d'une filière française du cannabis thérapeutique ». Cette réflexion, nécessaire et urgente, gagnerait à s'inspirer des réflexions doctrinales disponibles sur le sujet⁴ et des leçons du droit comparé⁵.

(4) Y. Bisiou, Cannabis thérapeutique : stratégie pour une politique de santé publique, *Revue Droit & Santé* 2019, n° 89, 344. (5) R. Colson, Cannabis thérapeutique : les leçons canadiennes, *RDSS* 2018. 847.

Recueil Dalloz 2018 p.802**La légalité du delta-9-tétrahydrocannabinol à l'ère du cannabis industriel****Renaud Colson, Maître de conférences à l'Université de Nantes, Laboratoire droit et changement social - UMR CNRS 6297**

Alors que le gouvernement envisage de simplifier la sanction de l'usage de stupéfiants pour systématiser la punition des consommateurs de cannabis (art. 36 de l'avant-projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022), il est piquant de constater que cette réforme a pour finalité la répression d'une pratique dont l'objet a été en partie légalisé, il y a plusieurs années, dans le plus grand secret. Le delta-9-tétrahydrocannabinol (Δ^9 -THC), qui constitue le principal composant psychoactif du cannabis, est, en effet, autorisé par exception à l'interdiction qui pèse sur la plante elle-même et sur sa résine (art. R. 5132-86, I, 2°, CSP). Ce surprenant constat, qui jusqu'à maintenant semble avoir échappé à tous les observateurs, mérite d'être mis en lumière (I) pour en saisir les conséquences juridiques (II).

I - La légalité dérogatoire du commerce et de l'emploi de delta-9-tétrahydrocannabinol

Le cannabis présente cette singularité de voir le cadre légal de son commerce et de son emploi régi par deux séries de règles distinctes. D'une part, les dispositions légales applicables aux produits stupéfiants, d'autre part, les normes réglementant les substances vénéneuses au titre des produits de santé. La définition des stupéfiants est renvoyée par la loi (art. 222-41 c. pén. et L. 5132-8 CSP) à un arrêté du ministre de la santé (Arr. du 22 févr. 1990, NOR: SPSM9000498A) qui vise, dans ses annexes, le cannabis et sa résine (Ann. I) ainsi que les tétrahydrocannabinols et un certain nombre de cannabinoïdes de synthèse (Ann. IV). Ces substances et les préparations qui en contiennent sont soumises au rigoureux régime juridique des stupéfiants qui incrimine et punit sévèrement leur trafic et leur usage. Quant à la réglementation sur les substances vénéneuses, elle interdit, dans un article particulier (art. R. 5132-86 CSP), « la production, la fabrication, le transport, l'importation, l'exportation, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi (...) du cannabis, de sa plante et de sa résine » et des « tétrahydrocannabinols ».

Cette disposition prévoit néanmoins que peut être autorisée « l'utilisation industrielle et commerciale de variétés de cannabis dépourvues de propriétés stupéfiantes (...) par arrêté des ministres chargés de l'agriculture, des douanes, de l'industrie et de la santé ». Plus étonnant, l'article R. 5132-86 contient également, au deuxième alinéa de son premier paragraphe, une dérogation exceptionnelle applicable au Δ^9 -THC. Parmi les dizaines de cannabinoïdes présents dans la plante de cannabis, le Δ^9 -THC est identifié comme la principale molécule dotée de propriétés psychoactives. Isolée en 1964 par le professeur Raphael Mechoulam, cette substance controversée est bien connue pour agir sur le psychisme et modifier le rythme cérébral. Comment expliquer que ce psychotrope soit autorisé alors que tout l'arsenal du droit de la drogue est orienté vers la répression du trafic et de l'usage de stupéfiants dont le point commun est précisément d'altérer l'état de conscience de leurs consommateurs ?

Une interprétation machiavélique y décèlerait le coup de plume malicieux d'un obscur rédacteur du ministère de la santé soucieux de hâter, en France, un processus de légalisation déjà engagé dans de nombreux États. Mais une explication moins fantaisiste est plus probable. Facilitée par le site de Légifrance, l'étude archéologique des versions successives de l'article R. 5132-86 du code de la santé publique laisse supposer une simple erreur matérielle du pouvoir réglementaire. Quand celui-ci introduit en 2004 une première dérogation à l'interdiction générale pesant sur le cannabis, c'est pour autoriser le « delta-9-tétrahydrocannabinol *de synthèse* » (nos italiques) dont la distribution est, à l'époque, envisagée à des fins médicales. À la suite de cette modification législative, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (remplacée depuis par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé) délivrera quelques dizaines d'autorisations temporaires d'utilisation (ATU) de Marinol®, un médicament composé de dronabinol (Δ^9 -THC synthétique) autorisé aux États-Unis depuis 1986.

À l'occasion d'un toilettage de l'article R. 5132-86 en 2007, la mention « de synthèse » disparaît, peut-être par souci d'économie linguistique et dans la croyance erronée que cette formule était redondante, peut-être dans la perspective de l'introduction de médicaments contenant du Δ^9 -THC naturel extrait de la plante de cannabis. Quelle que soit l'explication de cette modification textuelle,



son auteur n'a probablement pas mesuré les conséquences juridiques qui s'y attachent.

II - Les conséquences juridiques de l'autorisation du delta-9-tétrahydrocannabinol

L'autorisation du Δ^9 -THC par le code de la santé publique engendre un certain nombre de paradoxes théoriques remarquables. Par exemple, l'arrêté du 22 août 1990 portant application de l'article R. 5132-86 du code de la santé publique (NOR: SPSM9001750A) distingue les variétés de chanvre licites car dépourvues de propriétés stupéfiantes, et celles interdites à raison de leur effet psychotrope, sur la base de leur teneur (supérieure ou non à 0,2 %) en une molécule qui est autorisée. Dans un autre registre, on peut noter que l'infraction de conduite après usage de stupéfiants (art. L. 235-1 c. route) est établie sur le fondement de simples traces contenues dans la salive, les urines ou le sang, d'une substance dont l'emploi, dans sa forme purifiée, n'est pas interdit. Ces propositions juridiques présentent un caractère contre-intuitif, mais elles ne menacent ni la validité de l'interdiction qui frappe les souches de *canabis indica* L. les plus psychoactives, ni la légalité de la répression qui frappe les conducteurs ayant fait usage de leur véhicule sous l'emprise de la drogue.

En revanche, l'exception établie par l'article R. 5132-86 fragilise directement la prohibition de la distribution et de l'usage de cannabis récréatif. Certes, les fleurs et la résine de cette plante restent interdites, tant par la législation sur les stupéfiants que par la réglementation des substances vénéneuses. Et, sachant qu'il s'agit là des formes de cannabis les plus communément consommées, on pourrait croire l'interdit bien gardé. Mais c'est sans compter sur les innovations de l'industrie cannabique qui connaît, à la faveur de la légalisation de ce produit dans un nombre croissant d'États, un développement spectaculaire. De nouveaux produits ont ainsi été conçus au cours des dernières années, susceptibles de passer entre les mailles du filet juridique français. Que l'on songe ici aux aliments, aux gélules ou aux e-liquides pour cigarettes électroniques ne contenant, outre du Δ^9 -THC, que des excipients autorisés. Il semble, en l'état du droit, impossible d'en interdire la vente ou l'usage.

Specialia generalibus derogant oblige, l'autorisation spéciale du Δ^9 -THC établie par l'article R. 5132-86 prévaut nécessairement sur l'interdiction générale qui frappe le cannabis et sa résine. D'autant que cette disposition dérogoire prise par décret du premier ministre occupe, dans la hiérarchie des normes, une position supérieure à l'arrêté du ministre de la santé qui établit la liste des stupéfiants (Arr. 22 févr. 1990, préc.). Elle lui est, au surplus, postérieure ; ce qui consolide, s'il en était besoin, la force de l'exception (*Lex posterior derogat priori*).

C'est donc en vain que l'on tentera de mobiliser une interprétation téléologique des règles en vigueur pour interdire ces nouveaux produits susceptibles de concurrencer les drogues licites que sont l'alcool et le tabac. Certes, l'esprit du droit s'oppose au libre commerce et à la consommation récréative de Δ^9 -THC, mais en l'état de la législation, ces activités ne sauraient être punies. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale fait obstacle à la répression, et on voit mal sur quel fondement les juges pourraient sanctionner les aventureux entrepreneurs qui mettraient sur le marché les produits les plus innovants de l'industrie du cannabis, et les acheteurs qui en feraient usage. Une réaction judiciaire serait d'autant plus malvenue que la Cour de cassation a, à deux reprises, insisté sur la légalité des dispositions réglementaires qui établissent la liste des substances illicites et sur le strict respect qui leur est dû (Crim. 11 janv. 2011, n° 10-90.116 QPC, D. 2011. 2823, obs. G. Roujou de Boubée  ; RSC 2012. 221, obs. B. de Lamy  ; JCP 2011, n° 13, 347, note J. Huet ; 15 juin 2011, n° 11-90.037, Dr. pénal 2011. Comm. 108, obs. J.-H. Robert).

La balle est désormais dans le camp du législateur. S'il est probable que celui-ci intervienne rapidement, par atavisme prohibitionniste, pour combler la lacune, on peut espérer qu'il prendra le temps de la réflexion et procédera à un aggiornamento plus ambitieux. Riche d'une histoire pluriséculaire, l'industrie française du chanvre est aujourd'hui bridée par une législation floue et restrictive qui entrave le développement de produits cosmétiques, de compléments alimentaires et de médicaments à base de cannabinoïdes non psychoactifs. Une clarification des règles permettrait, assurément, de créer de nouvelles opportunités économiques pour la filière chanvrière, et de lui assurer un brillant avenir sur des marchés mondiaux en pleine expansion.

Mots clés :

SANTE PUBLIQUE * Toxicomanie * Usage de drogues * Cannabis industriel

Renaud Colson
Maître de conférences à l'université de Nantes
Membre du Laboratoire DCS - UMR CNRS 6297
Contact : Renaud.Colson@univ-nantes

L'extension du domaine du chanvre légal

Article paru dans le *Recueil Dalloz* (2018, 1445-1446)

Avertissement : La thèse défendue dans cet article n'engage que son auteur. Elle n'exclut pas la possibilité d'interprétations officielles contraires, qu'elles soient juridictionnelles ou administratives.

Résumé : *Cannabis Sativa L.* est désormais légalement vendu en France sous forme de fleurs de chanvre, de e-liquides et d'aliments à base de cannabidiol (CBD). Cette activité commerciale se développe à la faveur d'exceptions à l'interdiction du cannabis étroitement définies. Contrairement à ce que laisse entendre une récente mise au point de la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives, ce commerce s'inscrit dans le cadre d'un marché licite qui autorise la circulation de produits dérivés du chanvre issus de plantes dont la teneur n'excède pas 0,2 % de delta-9-tétrahydrocannabinol (THC). En l'état du droit européen et en l'absence de preuves scientifiques sur la dangerosité du CBD, aucune restriction à l'importation et à l'exploitation de ce type de marchandises ne peut être mise en œuvre.

Recueil Dalloz 2018 p.1445

L'extension du domaine du chanvre légal  (1)

Renaud Colson, Maître de conférences à l'Université de Nantes, Membre du Laboratoire droit et changement social - UMR CNRS 6297, Chercheur en résidence à l'Institut universitaire sur les dépendances de Montréal

Souvent présenté comme une espèce végétale invasive dont l'usage serait l'apanage d'individus déviants, *Cannabis Sativa L.* offre un visage plus respectable sous les traits du chanvre cultivé. Exploitée en France depuis des siècles à des fins industrielles, cette plante herbacée a été rigoureusement réglementée au cours des dernières décennies en raison de ses propriétés psychotropes. Ses applications, longtemps réduites à la production de fibres textiles et d'aliments pour animaux, tendent aujourd'hui à se diversifier. En témoigne l'ouverture récente de points de vente de fleurs de chanvre à faible teneur en delta-9-tétrahydrocannabinol (le THC, molécule psychoactive à l'origine de l'ivresse cannabique) et de produits à base de cannabidiol (le CBD, molécule dénuée d'effet enivrant mais à laquelle on prête des vertus relaxantes).

Devant la multiplication de ces boutiques, la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA) a publié, le 11 juin 2018, une mise au point sur la législation en vigueur. La MILDECA y exclut toute exploitation légale de la fleur de chanvre et voue aux gémonies le CBD en soumettant son commerce à des conditions très difficiles à satisfaire.

Par atavisme prohibitionniste, le gouvernement étend ainsi l'interdit qui frappe les stupéfiants aux produits dérivés du chanvre industriel. Inscrite dans la continuité d'une politique répressive qui ne parvient pas à réduire la prévalence très élevée de l'usage de cannabis en France, la manoeuvre surprend. Elle est en décalage avec l'évolution des politiques de nos proches voisins (Allemagne, Espagne, Italie, Suisse...) et contraste avec les propos de la ministre de la santé qui regrettait récemment le retard français en matière de cannabis thérapeutique. Sur un plan strictement juridique, le rappel à la loi de la MILDECA ignore la réglementation de l'Union européenne applicable au chanvre industriel et aboutit, de ce fait, à des conclusions erronées.

I - Le périmètre du marché licite du cannabis

La mise au point gouvernementale rappelle, à juste titre, que les exceptions légales à l'interdiction du cannabis sont étroitement définies en droit français. Prévues par l'article R. 5132-86 du code de la santé publique et développées par l'arrêté du 22 août 1990 (NOR : SPSM9001750A), ces dérogations ne portent que sur une vingtaine de variétés végétales, exploitables uniquement pour leurs fibres et leurs graines, à condition que leur teneur en THC ne soit pas supérieure à 0,2 %.

Le cadre dérogatoire français est singulièrement plus étroit que celui établi par le droit européen. Le règlement UE 1308/2013 du 17 décembre 2013, qui établit les dispositions générales de la politique agricole commune, inclut, en effet, le « chanvre (*Cannabis sativa L.*) brut ou travaillé » au nombre des produits relevant de l'organisation commune des marchés agricoles (art. 1^{er}). Il dispose que les campagnes de commercialisation pour cette plante sont établies à l'échelle de l'Union (art. 6) et autorise explicitement son importation (art. 189). Cette reconnaissance européenne de la légalité du chanvre cultivé est confirmée par l'identification, dans le catalogue commun des espèces agricoles de l'Union (2017/C 433/01), de plus de soixante semences de *Cannabis sativa L.* ne pouvant être soumises à aucune restriction de commercialisation sur le territoire de l'Espace économique européen. Le cannabis récréatif n'en est pas pour autant légalisé en Europe. En effet, la production et l'importation de chanvre sont rigoureusement restreintes par le règlement UE 1307/2013 du 17 décembre 2013, lequel exclut, comme le droit interne, les variétés dont la teneur en delta-9-tétrahydrocannabinol excède 0,2 %.

Le droit prévoit donc explicitement la possibilité d'une exploitation légale du cannabis, mais le périmètre de ce marché licite reste incertain. En effet, les sources européennes et nationales établissent des dérogations qui ne se superposent pas exactement, mais sont également susceptibles d'être invoquées sur le territoire national avec des conséquences très différentes.

Si l'on excepte les éventuelles autorisations de médicaments à base de cannabis, le droit français confine l'exploitation licite du chanvre à deux de ses éléments : les fibres et les graines. À s'en tenir à l'arrêté du 22 août 1990, l'industrie du chanvre serait donc limitée à la production de fibres textiles, papetières ou techniques, et de graines destinées à l'alimentation humaine ou animale. Le droit européen va plus loin (Règl. UE 1308/2013, préc.) et autorise, pour sa part, l'exploitation de la totalité de la plante (chanvre brut), ce qui inclut logiquement la chènevotte, partie intérieure de la tige (sans fibre), les feuilles et les fleurs. Il confère ainsi au champ d'exploitation industrielle et commerciale du cannabis une étendue plus large que celle délimitée par le droit français.

Une interprétation rigoureuse du principe de primauté du droit européen semble, de prime abord, s'opposer à ce que l'administration et les juridictions ne se prévalent de l'arrêté du 22 août 1990 pour restreindre l'exploitation de chanvre industriel à ses fibres et à ses graines. S'engager dans cette voie constituerait une entrave au principe de libre circulation des marchandises et ferait courir à la France le risque d'une censure, à l'instar de celle subie par la législation suédoise dans un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 janvier 2003 (aff. C-462/01, *Hammarsten*). Dans cette décision, la Cour de Luxembourg a estimé que « les risques pour la santé humaine que comporte l'usage des stupéfiants ont précisément été pris en compte » par le législateur européen. Il en résulte, selon les juges européens, que les règlements portant organisation commune des marchés dans le secteur du chanvre « doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale qui a pour effet d'interdire la culture et la détention de chanvre industriel visé par lesdits règlements ».

II - La légalité des produits dérivés du chanvre industriel

La neutralisation *de facto* de l'arrêté du 22 août 1990 est d'ores et déjà observable dans le traitement réservé à la chènevotte, laquelle est valorisée par la filière chanvrière au profit de l'industrie du bâtiment, bien que l'utilisation de cette partie de la plante ne soit pas expressément autorisée. La distribution, sur le territoire français, d'articles cosmétiques, de produits alimentaires et de e-liquide à base de CBD constituait, jusqu'à maintenant, une autre indication de l'inapplication de l'arrêté précité. Ce cannabinoïde est généralement extrait d'un broyat contenant non

seulement fibres et graines, mais également feuilles et fleurs issues de plants de cannabis industriel. Constatant que les limites posées par l'arrêté du 22 août n'étaient guère respectées, quelques entrepreneurs ont parié sur sa désuétude et se sont engouffrés dans la brèche pour proposer à la vente des fleurs de chanvre chargé de CBD mais à faible teneur en THC. C'était sans compter sur la MILDECA qui, prenant conscience bien tardivement de l'état de développement du marché du CBD, semble décidée à y mettre un terme.

La réaction gouvernementale apparaît, à tous égards, excessive. En interdisant « la présence de THC dans les produits finis, quel que soit son taux », c'est toute une filière économique qui est menacée. L'existence de traces de delta-9-tétrahydrocannabinol est peu ou prou inévitable dans les produits dérivés du chanvre. De même, en ne tolérant que les produits à base de CBD qui auraient été extraits de fibres et de graines, à l'exclusion des feuilles et des fleurs, la MILDECA condamne, sans le dire explicitement, leur commercialisation.

Cette position est-elle tenable juridiquement ? On peut en douter à la lumière de la législation européenne que la MILDECA a préféré ignorer, et pour cause. Certes, l'article 189, § 2, du règlement UE 1308/2013 admet que des dispositions nationales puissent restreindre les importations de chanvre. Mais c'est à condition de respecter le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Or, si l'article 36 du TFUE autorise les « interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes », c'est sous réserve que ces mesures restrictives soient justifiées par un intérêt légitime et conformes au principe de proportionnalité (CJCE 15 déc. 1976, aff. C-35/76, *Simmenthal*, pt 19 ; et, plus récemment, CJUE 23 déc. 2015, aff. C-333/14, *Scotch Whisky Association*, AJDA 2016. 306, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser [📄](#) ; RTD eur. 2016. 181, obs. A.-L. Sibony [📄](#)). C'est donc à l'État français de démontrer que les limites posées par l'arrêté du 22 août 1990 sont nécessaires à la protection de la santé des personnes, voire à la moralité publique. En l'absence de preuves suffisantes à l'appui d'une telle allégation, lesquelles semblent difficiles à apporter au regard des connaissances scientifiques disponibles (V. en ce sens l'avis sur les produits contenant du cannabidiol rendu le 25 juin 2015 par la Commission des stupéfiants et psychotropes de l'Autorité nationale de sécurité du médicament et des produits de santé), il faut admettre que ne peut être mise en oeuvre aucune restriction à l'importation et à l'exploitation de marchandises issues de plants de cannabis dont la teneur n'excède pas 0,2 % de THC.

C'est à tort que l'on décèlerait, dans cette interprétation juridique, un cheval de Troie menaçant la prohibition des drogues. Nécessaire au respect des engagements européens de la France, l'extension du domaine du chanvre licite est parfaitement compatible avec la répression des usagers de cannabis récréatif qui caractérise, qu'on s'en félicite ou qu'on le déplore, la politique actuelle de lutte contre la toxicomanie. Mais cet élargissement devrait permettre, en revanche, à notre industrie nationale de ne pas perdre définitivement pied sur des marchés européens et mondiaux dopés par un engouement littéralement stupéfiant pour les produits dérivés du chanvre.

Mots clés :

SANTE PUBLIQUE * Toxicomanie * Usage de drogues * Chanvre légal

(1) L'auteur remercie le professeur Jean-Christophe Barbato, M. Serge Karsenty et M^e Ingrid Metton pour leurs contributions respectives. La thèse défendue n'engage que son auteur.

Le cannabidiol extrait de la plante de cannabis, une marchandise qui peut librement circuler au sein du marché européen

par Renaud Colson, Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Membre du Laboratoire Droit et changement social (UMR CNRS 6297), Chercheur en résidence au Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (Fribourg-en-Brigsau), et Araceli Turmo, Maîtresse de conférences à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Membre du Laboratoire Droit et changement social (UMR CNRS 6297)

Sommaire de la décision > Les articles 34 et 36 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale (le droit français) interdisant la commercialisation du cannabidiol (CBD) légalement produit dans un autre État membre, lorsqu'il est extrait de la plante de cannabis sativa dans son intégralité et non de ses seules fibres et graines, à moins que cette réglementation soit propre à garantir la réalisation de l'objectif de la protection de la santé publique et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint. Le règlement UE 1307/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013, établissant les règles relatives aux paiements directs en faveur des agriculteurs au titre des régimes de soutien relevant de la politique agricole commune et abrogeant le règlement CE 637/2008 du Conseil et le règlement CE 73/2009 du Conseil, et le règlement UE 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013, portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements CEE 922/72, CEE 234/79, CE 1037/2001 et CE 1234/2007 du Conseil, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'appliquent pas à une telle réglementation.

2

Cour de justice de l'Union européenne, 4^e ch., 19 nov. 2020
Le texte intégral de cet arrêt est disponible sur le site www.dalloz.fr.

C-663/18

Mots-clés : TOXICOMANIE * Drogue * Usage de drogue * Cannabis * Huile de cannabidiol * Importation – UNION EUROPÉENNE * Libre circulation des marchandises * Huile de cannabidiol * Importation * France

Note

La ligne Maginot construite par le gouvernement français pour protéger sa population du cannabis est-elle sur le point de tomber ? La question mérite d'être posée à la lecture de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire C-663/18¹. Cette décision du 19 novembre 2020 répond à un renvoi préjudiciel opéré par la cour d'appel d'Aix-

en-Provence afin de déterminer la conformité au droit européen des dispositions réglementaires françaises qui limitent l'exploitation commerciale du chanvre cultivé (nom vernaculaire et visage respectable de *cannabis sativa L.*).

À l'origine de l'affaire, deux entrepreneurs en herbe avaient développé une cigarette électronique, le Kanavape, dont le liquide contenait du cannabidiol (CBD). Cette substance, qui se voit fréquemment attribuer des propriétés anxiolytiques et relaxantes, doit être distinguée du delta-9-tétrahydrocannabinol (THC), principal composant psychoactif du cannabis, connu pour agir sur le psychisme et modifier le rythme cérébral. Si le CBD peut être obtenu par synthèse chimique, il est plus fréquemment extrait du chanvre, notamment de ses feuilles et de ses fleurs. C'était le cas en l'espèce. Légalement produit en République tchèque, le CBD du Kanavape était importé en France pour y être vendu. Cette activité valut aux jeunes start-uppeurs d'être poursuivis pour plusieurs infractions à la législation relative aux substances vénéneuses. Condamnés en

(1) note Y. Bisiou, AJ pénal 2021. 84 ; note L. Chevreau, JDSAM 2020, n° 27, p. 49 ; note A. Rigaux, Europe 2021, n° 1, p. 1 ; note Y. Petit, RD rur. 2021, n° 489, p. 62.

première instance, ils interjetèrent appel devant la cour d'Aix-en-Provence en se prévalant des incertitudes qui caractérisent les règles applicables à la molécule de CBD, et, plus généralement, au chanvre et ses dérivés.

Si une prohibition sévère interdit en droit français toutes les opérations portant sur le cannabis, l'article R. 5132-86 du code de la santé publique établit un régime dérogatoire pour les variétés « dépourvues de propriétés stupéfiantes » et les produits qui en sont issus. Un arrêté en date du 22 août 1990 dresse la liste de ces variétés dont « la culture, l'importation, l'exportation et l'utilisation industrielle et commerciale » sont autorisées à condition que leur exploitation soit limitée aux « fibres et graines ». C'est cette limitation aux fibres et aux graines que contestaient les parties. Une telle restriction, en ce qu'elle limite la culture, l'industrialisation et la commercialisation de variétés non stupéfiantes de chanvre, est-elle compatible avec le principe de libre circulation des marchandises établi aux articles 34 et 36 TFUE, et l'organisation commune des marchés pour les produits agricoles ? Dans le doute, les juges de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ont préféré surseoir à statuer et interroger la CJUE.

L'affaire portait spécifiquement sur la commercialisation dans un État membre du CBD produit dans un autre État membre, et c'est exclusivement sous cet angle que les juges de Luxembourg ont considéré la question. Pour y répondre, ils se sont livrés à un travail de qualification juridique qui leur a permis de conclure que cette substance, extraite de l'intégralité de la plante de cannabis, n'est pas un stupéfiant. Dès lors, la vente de CBD produit dans un État membre ne peut pas être interdite dans un autre État membre, à moins que cette mesure ne soit justifiée par un impératif de santé publique, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce. Ironie de l'histoire, la rigoureuse prohibition du cannabis en droit français est à l'origine d'une décision de la CJUE qui pourrait bien contribuer à un affaiblissement de la prohibition au-delà des frontières nationales. Point d'orgue d'une séquence qui devrait se poursuivre dans les mois à venir, l'arrêt de la juridiction européenne aura, en effet, des conséquences importantes. Il clarifie le statut juridique du CBD en droit international (I), sécurise le marché européen du « cannabis *light* » (II), et contraint le législateur français à assouplir la réglementation applicable à l'exploitation commerciale du chanvre (III).

I – Le CBD n'est pas un stupéfiant en droit international

La qualification juridique du CBD extrait du chanvre cultivé constituait le principal enjeu de l'affaire. Produit agricole, produit chimique organique ou produit stupéfiant ? Le choix d'une catégorie plutôt que l'autre emporte la mise en œuvre d'un régime spécifique. La Cour a, dans un premier temps,

observé que le CBD n'est pas un produit agricole, au contraire de la plante dont il est issu. À ce titre, les règles de la politique agricole commune ne lui sont pas applicables. Ravalé au rang de produit chimique organique, le CBD est-il alors une marchandise comme une autre ? Pour en décider, il fallait vérifier qu'il ne s'agissait pas d'un produit stupéfiant au sens du droit international. En effet, sous réserve des cas particuliers d'utilisation à des fins médicales et scientifiques, ces substances, y compris celles à base de chanvre, voient leur commercialisation interdite dans tous les États membres.

Pour déterminer le statut du CBD, la CJUE s'est fondée sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961² et sur la Convention de 1971 sur les substances psychotropes³. Ces traités internationaux, dont tous les États membres de l'Union sont signataires et auxquels plusieurs textes de droit européen font référence, établissent des tableaux de drogues dont la nocivité justifie qu'elles soient soumises à un contrôle international. Le CBD n'étant référencé dans aucune de ces listes, il semblait logique d'en déduire que ce dérivé du cannabis échappe à la qualification juridique de stupéfiant. D'autant que la molécule de CBD, identifiée pour la première fois en 1940, n'était pas inconnue des promoteurs du système de contrôle international des drogues ainsi que l'illustre le Commentaire officiel de la Convention unique de 1961⁴. Si les auteurs de la Convention de 1961 et de la Convention de 1971 se sont délibérément abstenus de classer cette substance, n'est-ce pas pour la faire échapper au rigoureux régime juridique applicable au cannabis ?

La question est en réalité plus compliquée qu'il n'y paraît. Les tenants d'une interprétation conservatrice ne manquent pas d'arguments au soutien de l'inscription du CBD dans la catégorie des stupéfiants. Ce n'est que récemment que cette substance a commencé à faire l'objet d'extractions destinées à en permettre la consommation. Avant cela, le CBD contenu dans les fleurs de cannabis était, de par la nature des choses, soumis au régime juridique applicable à son contenant. Pourquoi, dès lors qu'elle peut être séparée de la plante, cette substance échapperait-elle aux règles qui lui étaient applicables lorsqu'elle y était incorporée ? *Accessorium sequitur principale* ne confère-t-il pas à la molécule de CBD la condition juridique des fleurs dont elle est issue ? Il n'est au demeurant pas nécessaire de recourir à la théorie de l'accessoire pour qualifier ce cannabinoïde de stupéfiant. Une interprétation littérale de la Convention unique y suffit, sachant que celle-ci s'applique non seulement aux « sommités florifères ou fructifères » du cannabis mais également à ses « extraits et teintures ».

Au sein de la galaxie onusienne, la réponse n'est pas tranchée. Dans son rapport annuel de 2018, l'Organe international de contrôle des stupéfiants, dont la mission consiste notamment à veiller à la correcte application de la Convention de 1961, a rappelé que la culture du cannabis à des fins industrielles ne

(2) Recueil des Traités des Nations unies, vol. 520, n° 7515. (3) *Ibid.*, vol. 1019, n° 14956. (4) Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, Publications des Nations unies, New York, 1975, p. 2, note 6.

concerne que les fibres et les graines, excluant ainsi implicitement l'exploitation de la plante pour produire du CBD, si ce n'est à des fins médicales et scientifiques autorisées⁵. Dans un sens contraire, le Comité d'experts de la pharmacodépendance de l'Organisation mondiale de la santé a récemment recommandé l'ajout d'une note de bas de page à la liste des stupéfiants visée par la Convention. Selon ces experts, les préparations de CBD pur, y compris celles présentant des traces de THC, ne doivent pas être placées sous contrôle international⁶.

C'est dans ce contexte plein d'incertitudes que les juges de Luxembourg ont décidé que le CBD n'était pas un stupéfiant. Invoquant le droit international coutumier et les Conventions de Vienne du 23 mai 1969 et du 21 mars 1986 relatives au droit des traités, qui précisent qu'un traité doit être interprété à la lumière de son objet et de son but, ils ont privilégié une interprétation téléologique de la Convention unique de 1961. Après avoir constaté que celle-ci avait pour objectif la protection de « la santé physique et morale de l'humanité » et la lutte contre la toxicomanie, la Cour a considéré qu'elle n'avait pas vocation à s'appliquer au CBD. En l'état actuel des connaissances scientifiques, cette substance apparaît, en effet, ne « pas avoir d'effet psychotrope et d'effet nocif sur la santé humaine » (pt 72). *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*, la haute juridiction européenne en a déduit qu'il était contraire à l'esprit général de la Convention d'inclure le CBD « dans la définition des "stupéfiants" (...) en tant qu'extrait de cannabis » (pt 75). Il s'agit bien d'une marchandise comme une autre.

II – Le CBD est une marchandise en droit européen

Exclu de la catégorie très contrôlée des stupéfiants, le CBD peut donc, en droit européen, faire l'objet d'un commerce entre États membres. Marchandise ordinaire, cette substance échappe, en effet, à la jurisprudence *Josemans*⁷, en vertu de laquelle les stupéfiants ne peuvent bénéficier du principe de liberté de circulation en dehors des circuits strictement surveillés de l'usage à des fins médicales ou scientifiques. Dans cette affaire, les mesures restreignant aux résidents l'accès aux *coffee-shops* de la commune de Maastricht, où la vente de cannabis est tolérée, avaient été jugées hors du champ d'application des libertés de circulation. La décision était justifiée par la nocivité du produit en cause, dont la commercialisation est théoriquement interdite sur l'ensemble du territoire de l'Union.

Le droit de l'Union européenne n'a jamais dévié de cette ligne. Cependant, la CJUE a également jugé que les États membres

ne sauraient aller au-delà de ce que justifient les objectifs de maintien de l'ordre public et de protection de la santé en établissant des interdictions trop larges englobant l'ensemble des variétés de cannabis et de leurs applications. Ainsi, dans l'arrêt *Hammarsten*, les juges estimaient déjà qu'une législation nationale ne pouvait pas valablement établir une interdiction générale de la culture et de la détention de chanvre industriel⁸. Bien que la Suède ait tenté de justifier cette mesure par la lutte contre les stupéfiants, la CJUE a justement rappelé que les règles fixées dans l'organisation commune de marché dans le secteur du chanvre suffisaient à protéger la santé humaine, en établissant notamment une teneur maximale en THC. Une interdiction allant au-delà n'était donc pas justifiée et était contraire au droit de l'Union européenne puisqu'elle privait les agriculteurs concernés du bénéfice des aides instituées dans le cadre de la politique agricole commune.

La décision rendue dans l'affaire *Kanavape* s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Hammarsten*. Il s'agit, dans les deux cas, non pas de remettre en question la capacité des États membres à interdire la commercialisation du cannabis, mais de circonscrire ce type d'interdiction à ce qui relève véritablement de la lutte contre une drogue dont la nocivité est reconnue. Comme le souligne l'avocat général, si l'huile de CBD était considérée comme un stupéfiant, elle échapperait au champ d'application de la libre circulation des marchandises⁹. Mais, dès lors que la CJUE exclut cette qualification, le régime des libertés de circulation s'applique.

Au sein de l'Union européenne, les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres (TFUE, art. 34). Ce principe s'applique logiquement au CBD extrait de la plante de chanvre légalement produit et commercialisé en République tchèque. Il convient d'insister sur le fait que la liberté de circulation dont bénéficie cette marchandise n'exclut pas nécessairement l'interdiction de son importation ou sa commercialisation sur le territoire français (TFUE, art. 36). Elle la soumet, en revanche, à un contrôle juridictionnel fondé sur l'acceptabilité des objectifs poursuivis du point de vue du droit de l'Union européenne et sur le désormais célèbre test de proportionnalité : caractère approprié et nécessaire de la mesure pour atteindre les objectifs poursuivis¹⁰.

La restriction à la liberté de circulation, manifeste en l'espèce puisqu'il s'agit d'une interdiction totale des importations, peut être justifiée sous couvert de protection de la santé humaine, et le principe de précaution invoqué par le gouvernement français est théoriquement applicable. Lorsqu'il intervient dans l'interprétation des articles 34 et 36 TFUE, ce principe doit toutefois

(5) Rapport 2018 de l'Organe international de contrôle des stupéfiants (E/INCB/2018/1), Publications des Nations unies, Vienne, 2019, p. 122.

(6) WHO Expert Committee on Drug Dependence, 40th report, World Health Organization, Genève, 2018, p. 17. (7) CJUE 16 déc. 2010, aff. C-137/09, AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD eur. 2011. 597, obs. A.-L. Sibony et A. Defossez. V. égal. CJCE 5 juill. 1988, aff. C-289/86, *Happy family* ; et s'agissant d'héroïne, CJCE 5 févr. 1981, aff. C-50/80, *Horvath*. (8) CJCE 16 janv. 2003, aff. C-462/01, *Ulf Hammarsten*. (9) Arrêt commenté, concl. av. gén. Tanchev présentées le 14 mai 2020, pts 69-70. (10) Avec une référence à CJUE, gde ch., 18 juin 2019, aff. C-591/17, *Autriche c/ Allemagne*, AJDA 2019. 1641, chron. H. Cassagnabère, P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian ; RTD eur. 2020. 264, obs. A. Maitrot de la Motte, et 403, obs. L. Grand.

être mobilisé dans le respect du cadre établi par la jurisprudence de la CJUE. L'arrêt fait œuvre de pédagogie en rappelant à la juridiction de renvoi la manière dont la dérogation tirée de la protection de la santé et le principe de précaution doivent être interprétés (pts 85-92). Si les juges européens ne s'avancent pas jusqu'à trancher l'affaire au fond, il semble difficile pour la cour d'appel d'Aix-en-Provence de prendre une décision conservant l'intégrité de la réglementation française.

III – Le CBD est autorisé à la vente en droit français

Comme il est d'usage compte tenu de la répartition des compétences dans le renvoi préjudiciel, la CJUE ne se prononce pas sur la compatibilité du droit français avec les articles 34 et 36 TFUE. Elle ne laisse néanmoins pas le choix à la juridiction française en considérant que le principe de libre circulation s'oppose « à une réglementation nationale interdisant la commercialisation du cannabidiol (CBD) légalement produit dans un autre État membre, lorsqu'il est extrait de la plante cannabis sativa dans son intégralité et non de ses seules fibres et graines, à moins que cette réglementation soit propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint » (pt 96).

Par cette formulation, l'arrêt encadre très strictement l'appréciation de la juridiction de renvoi. La Cour va même au-delà en attirant l'attention de son interlocutrice sur plusieurs éléments qui pointent clairement en direction d'une déclaration d'incompatibilité de la réglementation française à l'article 34 TFUE. Après avoir suggéré que le CBD n'a pas d'effet nocif sur la santé humaine, les juges européens rappellent la nécessité pour les juges français de fonder leur décision sur les « données scientifiques disponibles » et non sur des « considérations purement hypothétiques » (pt 95). La Cour rappelle, par ailleurs, l'exigence de cohérence qui prend de plus en plus d'importance dans l'évaluation des entraves aux libertés de circulation : il est impossible de justifier l'interdiction d'une marchandise si une autre, dotée des mêmes propriétés, est librement commercialisée. Une telle incohérence dans la poursuite de l'objectif de protection de la santé publique suffirait à rejeter les arguments fondés sur l'article 36 TFUE. Or

c'est précisément la position du droit français qui interdit le CBD naturel, extrait du cannabis, mais autorise le CBD de synthèse. Cette différence de traitement, fondée non sur la substance mais sur son mode de production, semble difficile à justifier du point de vue de la santé publique¹¹.

Prenant acte de la décision de la Cour, un communiqué de la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives a annoncé que les autorités françaises étudiaient « les voies et moyens pour prendre en compte ses conclusions »¹². Nul ne doute plus à ce stade qu'une évolution de la réglementation applicable s'impose. Des négociations interministérielles sont en cours en vue de la refonte de l'arrêté du 22 août 1990, et la Mission d'information parlementaire, qui poursuit ses travaux sur la réglementation et l'impact des différents usages du cannabis, a récemment rendu un rapport d'étape qui recommande de sécuriser le plus rapidement possible la filière naissante du « chanvre bien-être »¹³. Dès lors que la commercialisation du CBD produit par-delà nos frontières est autorisée en France, l'objectif est d'autoriser les producteurs de chanvre à en exploiter non seulement les tiges et les graines, mais également les feuilles et les fleurs pour en extraire la précieuse denrée. Refuser cette opportunité aux agriculteurs serait économiquement absurde et juridiquement dangereux. Le maintien de l'interdiction de produire du CBD naturel ferait courir à la France le risque d'un nouveau contentieux devant les juridictions européennes, dès lors que l'arrêt commenté a clairement mis en doute la nocivité et les effets psychotropes de la substance.

Gageons que l'histoire ne s'arrêtera pas là. On voit mal, en effet, comment l'autorisation d'exploiter la plante de chanvre dans son intégralité pour produire du CBD ne se prolongerait pas dans la possibilité d'en commercialiser les fleurs sous réserve qu'elles ne dépassent pas la teneur en THC autorisée. Le rapport de la Mission parlementaire précédemment évoqué se prononce d'ailleurs clairement en ce sens. Se posera alors la question de la distinction entre les fleurs licites de chanvre et les fleurs illicites de cannabis. Comme celles-ci sont visuellement identiques, leur différenciation requiert des tests en laboratoire pour déterminer avec précision leur composition moléculaire. C'est toute la politique de répression des usagers de cannabis, qui repose sur leur verbalisation immédiate sur la voie publique¹⁴, qui risque de s'en trouver remise en cause.

(11) Y. Bisiou, *supra* note 1. (12) « Cannabidiol (CBD) : le point sur la législation », communiqué publié le 24 nov. 2020, portail de la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives : [https://www.drogues.gouv.fr/actualites/cannabidiol-cbd-point-legislation] (consulté le 2 avr. 2021). (13) Mission d'information commune sur la réglementation et l'impact des différents usages du cannabis, Rapport d'étape sur le « chanvre bien-être », 2021, p. 53, portail de l'Assemblée nationale : [https://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/mission-information/miccannabis_chanvre-bien-etre.pdf] (consulté le 2 avr. 2021). (14) R. Colson, L'amende forfaitaire pour usage de stupéfiants, D. 2020. 1880.

Note sous Cass. crim., 15 juin 2021, n° 18-86.932, et Cass. crim., 23 juin 2021, n° 20-84.212, Dalloz actualité, 7 juillet 2021.

Renaud Colson, maître de conférences à l'Université de Nantes

La Cour de cassation légalise le cannabidiol et les fleurs de chanvre

Les tribulations juridiques du marché du chanvre industriel se succèdent. La Cour de cassation vient de rendre, à une semaine d'intervalle, deux décisions qui sécurisent le cadre juridique de ce secteur économique dynamique.

La distinction entre les activités licites d'exploitation des variétés non psychotropes de *Cannabis Sativa L.* et les activités illicites de trafic et d'usage de ses variétés stupéfiantes n'a longtemps suscité aucune difficulté. Ce n'est plus le cas depuis que se développe, avec un succès grandissant, la vente de cannabidiol (le CBD, extrait de chanvre dénué d'effet enivrant mais auquel on prête des vertus relaxantes) et de fleurs de chanvre à faible teneur en delta-9-tétrahydrocannabinol (le THC, molécule psychoactive à l'origine de l'ivresse cannabique). Cette activité relève-t-elle du droit commun du commerce ou bien de la législation pénale d'exception applicable aux trafiquants de drogues ? La législation française, en raison de son imprécision, n'a jusqu'à maintenant pas permis de trancher la question.

Les acteurs économiques, producteurs, transformateurs et distributeurs, qui œuvrent à la modernisation de la filière chanvrière française dans un contexte mondial souffrent de cette insécurité juridique. Fréquemment poursuivis pour infraction à la législation sur les stupéfiants, ces entrepreneurs voient leurs stocks saisis, leurs établissements fermés, et leur réputation entachée par l'accusation infamante de trafic de drogues dans le cadre de procédures qui peuvent durer de long mois, voire des années, alors que l'illégalité de leur commerce n'est pas établie.

En l'absence de clarification du droit par le législateur, c'est aux juridictions, confrontées à un contentieux alimenté par les parquets, qu'il revient de poser les principes applicables à ce secteur d'activité. C'est ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne a exclu, il y a quelques mois, que la réglementation française interdise la commercialisation de CBD légalement produit dans un autre État membre, sauf à établir qu'une telle mesure ne soit nécessaire à la protection de la santé publique¹.

Reprenant l'argumentation de la juridiction européenne, la chambre criminelle de la Cour de cassation en tire toutes les conséquences dans deux arrêts du 15 et du 23 juin. Les hauts magistrats y affirment, d'une part, que la commercialisation de produits contenant du cannabidiol ne saurait être interdite en l'absence de preuve que ceux-ci entrent dans la catégorie des stupéfiants. Ils observent, d'autre part, que la vente en France de fleurs de cannabis à faible teneur en THC ne constitue pas une infraction à la législation sur les stupéfiants dès lors que celles-ci ont été légalement produites dans un autre État membre de l'Union européenne. Le périmètre du chanvre légal s'en trouve élargi et mieux défini, rendant inévitable une intervention législative pour réglementer ce secteur d'activité.

¹ CJUE 19 novembre 2020, B S et C A, C-663/18, note R. Colson et A. Turmo, Recueil Dalloz, 2021, 1020-1023, Note Bisiou, AJ Pénal 2021, p. 84.

I - La commercialisation de produits contenant du cannabidiol n'est pas interdite

Dans un premier arrêt en date du 15 juin, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le procureur général de la cour d'appel de Dijon contre la mainlevée, ordonnée par la chambre d'instruction de la même cour, de la fermeture d'un établissement qui commercialisait des produits à base de CBD. Pour infirmer l'ordonnance de fermeture provisoire prise par le juge d'instruction, les juges d'appel avaient mobilisé plusieurs arguments, parmi lesquels l'extrême confusion qui caractérise la législation française applicable au commerce du chanvre. Celle-ci se révèle en effet peu compatible avec le principe général d'interprétation stricte du droit pénal, lequel requiert clarté et lisibilité des règles.

Pour illustrer le manque de cohérence des textes applicables, la chambre d'instruction évoque pêle-mêle les règles régissant le CBD qui varient en fonction non pas de sa composition mais de son origine (synthétique ou naturel), l'autorisation par voie d'exception du delta 9-tétrahydrocannabinol (THC) dans sa forme pure alors que ce sont précisément les effets psychotropes de cette molécule qui justifient l'interdiction du cannabis, et le fait que cette drogue fasse désormais l'objet d'une utilisation thérapeutique. Les juges du fond observent par ailleurs que le CBD n'est inscrit ni sur la liste des substances vénéneuses, ni sur celle des substances stupéfiantes. Dès lors, en l'absence de présence avérée de THC dans les produits saisis, la fermeture de l'établissement n'a pas été jugée justifiée par les juges d'appel.

La Cour de cassation valide cette position et conclut dans un attendu final qui confère à sa décision de rejet l'allure d'un arrêt de principe : l'interdiction de la commercialisation de produits contenant du CBD ne peut être ordonnée en l'absence de preuve que ceux-ci entrent dans la catégorie des stupéfiants. En posant cette règle, les juges n'ignorent pas que la Cour de justice de l'Union a très explicitement établi le CBD n'était pas un stupéfiant au sens des traités internationaux qui constituent la pierre de touche du droit de la drogue français. Ce faisant, la Cour de cassation va au-delà de la Cour de Luxembourg. Celle-ci n'envisageait, dans sa jurisprudence fondée sur le principe de liberté de circulation des marchandises, que l'hypothèse de la vente en France de CBD produit légalement dans un autre Etat membre de l'Union. A la lecture de l'arrêt de la chambre criminelle, on peut penser que les hauts magistrats se dispensent de cette dernière condition et postulent la légalité, en droit français, du commerce de produits contenant du CBD quelle que soit leur origine.

II - La vente de fleurs de chanvre légalement produites en Europe est autorisée

Dans un deuxième arrêt en date du 23 juin, la chambre criminelle se prononce sur une décision qui avait donné lieu à la saisie de sommités fleuries de chanvre ne contenant du THC qu'à l'état de traces. Les juges d'appel avaient considéré comme illicite la détention de cette marchandise sur le fondement de l'article R. 5132-86 du Code de la santé publique qui proscrie toute activité portant sur le cannabis. Ils avaient par ailleurs exclu que ne s'applique aux fleurs saisies le dispositif dérogatoire établi par l'arrêté du 22 août 1990, lequel autorise par voie d'exception « l'utilisation industrielle et commerciale (fibres et graines) » de certaines variétés de chanvre à faible teneur en THC.

L'arrêt de la cour d'appel est finalement cassé au visa des articles 34 et 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les juges de la Cour de cassation rappellent que le principe de libre circulation des marchandises « s'oppose à une réglementation nationale interdisant la commercialisation de cannabidiol (CBD) légalement produit dans un autre Etat-membre lorsqu'il est extrait de la plante de cannabis sativa dans son intégralité et non de ses seules fibres et graines ». Mais la chambre criminelle, qui reprend ici mot pour mot l'argument de la Cour de justice de l'Union européenne, va au-delà puisqu'elle étend ce raisonnement aux sommités fleuries de chanvre là où les juges européens n'évoquaient que le cannabidiol.

La Cour de cassation ne laisse guère de marge de manœuvre à la juridiction de renvoi : la vente de fleurs de chanvre légalement produites dans un autre Etat-membre de l'Union est licite sauf à établir que son interdiction est « propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique » et qu'elle ne va pas « au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint ». Pour audacieuse qu'elle apparaisse, la décision n'est pas étonnante. Elle anticipe un futur contentieux européen auquel la France n'échappera pas si elle maintient sur le chanvre industriel un carcan réglementaire bien peu compatible avec l'esprit du marché unique. Le gouvernement tardant à prendre ses responsabilités en la matière, ce sont les juges qui sont contraints de déterminer le domaine du chanvre légal. Qu'on se rassure : celui-ci reste rigoureusement contraint par la législation européenne.

III – Le périmètre du chanvre légal

La Cour de cassation n'a pas légalisé le cannabis en France par le truchement du droit européen. La jurisprudence *Josemans*² de la Cour de Luxembourg reste d'actualité : les stupéfiants ne peuvent bénéficier du principe de liberté de circulation en dehors des circuits strictement surveillés de l'usage à des fins médicales ou scientifiques. Le cannabis dont la teneur en THC est supérieure à 0,2 % demeure à ce titre hors du champ d'application des libertés de circulation. Si sa vente est tolérée *de facto* dans un nombre croissant d'Etats, sa commercialisation reste interdite *de jure* sur le territoire de l'Union.

De manière beaucoup plus modeste, les deux décisions de la Cour de cassation se limitent à élargir le cadre juridique français autorisant, par voie d'exception, les usages industriels du chanvre, pour satisfaire aux exigences du droit européen. Ce dernier prend déjà en compte les risques pour la santé humaine que comporte l'exploitation du chanvre en restreignant celle-ci aux marchandises issues de plants dont la teneur n'excède pas 0,2 % de THC. Le fait que ces produits naturels puissent être commercialisés pour en faire des tisanes ou être vaporisés ne suffit pas à les faire basculer de la catégorie du chanvre industriel licite à celle du cannabis récréatif illicite. Cette clarification du droit ne saurait dispenser néanmoins le législateur d'intervenir, non pour interdire ce type de produits, mais pour en préciser les conditions de vente.

² CJUE 16 décembre 2010, *Josemans c/ Burgemeester van Maastricht*, C-137/09, EU:C:2010:774. Voir également CJCE 5 juill. 1988, *Happy family*, C-289/86 ; et s'agissant d'héroïne, CJCE 5 févr. 1981, *Horvath*, C-50/80.



Les clés pour tout comprendre au débat sur la légalisation du cannabis !

La dépénalisation du cannabis conduit-elle à une augmentation de la consommation ?
La légalisation fait-elle disparaître le marché noir ?
S'accompagne-t-elle d'une explosion des troubles mentaux ?
Que nous apprennent les expériences étrangères de sortie de la prohibition ?

Autant de questions délicates qui ponctuent le débat sur la légalisation et la dépénalisation du cannabis depuis quelques années, et auxquelles **Renaud Colson** et **Henri Bergeron** apportent des éléments de réponse.

Comprendre les enjeux, se faire une opinion

Renaud Colson est maître de conférences à l'université de Nantes et membre du Laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297).

Henri Bergeron est directeur de recherche au CNRS, membre du Centre de sociologie des organisations et coordinateur scientifique de la Chaire santé de Sciences Po.

Illustration de couverture : © Séverin Millet



Faut-il légaliser le cannabis ?

Ça fait débat !

Ça fait débat !

Faut-il légaliser le cannabis ?

Renaud Colson et Henri Bergeron



pour les nuls

Faut-il légaliser le cannabis ?

pour
les nuls

Renaud Colson et Henri Bergeron



Faut-il légaliser le cannabis ?

pour
les nuls

FIRST
ÉDITIONS

Faut-il légaliser le cannabis ?

« Pour les Nuls » est une marque déposée de John Wiley & Sons, Inc.
« For Dummies » est une marque déposée de John Wiley & Sons, Inc.
© Éditions First, un département d'Édi8, 2021. Publié en accord avec
John Wiley & Sons, Inc.

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

ISBN : 978-2-412-05294-5
Dépôt légal : mai 2021
Imprimé en France par Laballery

Correction : Anne-Lise Martin
Index : Céline Dutt
Maquette : Stéphane Angot

Éditions First, un département d'Édi8
92, avenue de France
75013 Paris – France
Tél. : 01-44-16-09-00
Fax : 01-44-16-09-01
E-mail : firstinfo@efirst.com
Internet : www.pourlesnuls.fr

À propos des auteurs

Renaud Colson est maître de conférences à l'université de Nantes et membre du laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297). Il a travaillé en qualité de *British Academy visiting fellow* à l'université de Cardiff, de *Marie Curie fellow* à l'Institut universitaire européen (Florence), et de chercheur invité à l'université Jawaharlal Nehru (New Delhi), à l'Institut universitaire sur les dépendances (Montréal), et à l'Institut Max Planck pour l'étude de la criminalité, de la sécurité et du droit (Fribourg-en-Brisgau). Ses recherches portent sur le droit pénal comparé, l'histoire de la criminologie, et la politique des drogues.

Henri Bergeron est directeur de recherche au CNRS et membre du Centre de sociologie des organisations. Il est coordinateur scientifique de la Chaire santé de Sciences Po, directeur du programme Santé du Laboratoire interdisciplinaire d'évaluation des politiques publiques, et vice-président du Comité scientifique de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies. Il mène des recherches sur les politiques publiques de santé en étudiant divers objets (drogues illicites, alcool, obésité, recherche médicale...) et s'intéresse plus particulièrement aux liens entre savoir, expertise et politique.

Renaud Colson et Henri Bergeron ont codirigé *Les drogues face au droit* (Presses universitaires de France, 2015) et *European Drug Policies: The Ways of Reform* (Routledge, 2017).

Remerciements

Les auteurs remercient pour leurs relectures et leurs corrections Walid Chamkhi, François Colson, Frédéric Grousseau, Hélène Hoffmann-Colson et Keith McCoy.

Ce livre est dédié à Serge Karsenty.

Avant-propos

Un ouvrage indispensable pour un débat complexe

Le débat sur la légalisation du cannabis prend aujourd'hui une ampleur que nous n'avions pas connue auparavant pour différentes raisons qui tiennent à l'importance des consommations, à une meilleure connaissance scientifique des effets du produit, et à un réexamen de la politique publique dans de nombreux pays.

Dès lors, en France aussi, la question du statut légal du cannabis n'est plus taboue. L'Assemblée nationale a même créé une mission parlementaire sur ce sujet, ce qui aurait été impensable il y a quelques années. Pour autant, le sujet n'est pas simple tellement il touche à des champs qui finissent par embrasser les problèmes de société les plus cruciaux : la santé, le rapport à la loi et son application, les représentations sur les drogues licites ou illicites, les inégalités sociales, l'économie (souterraine ou légale), les relations internationales...

Dans un débat qui est longtemps resté essentiellement idéologique et improductif, une approche plus sereine, plus scientifique, mobilisant toutes les compétences sur les champs de la santé, mais aussi des sciences sociales, permet de sortir des logiques d'affrontement aussi bruyantes que stériles.

C'est le grand mérite de Renaud Colson et d'Henri Bergeron que d'éclairer ce débat sur la légalisation du cannabis dans toutes ses dimensions avec leur compétence incontestable, leur rigueur dans l'analyse, mais aussi et surtout une clarté dans l'exposé qui permet à tout un chacun de s'appropriier le sujet. Que vous soyez un simple citoyen curieux de s'informer ou un expert, chacun peut trouver une information et des analyses dont l'évidence tient à l'intelligence et aux capacités pédagogiques des auteurs.

En feuilletant au gré des centres d'intérêts, ou en suivant le chemin proposé, chacun aura *in fine* le sentiment, justifié, de s'être enrichi et d'être devenu plus armé pour participer à la réflexion générale.

Il faut remercier Renaud Colson et Henri Bergeron, et surtout lire cet ouvrage pertinent et clair qui vient à point nommé.

Professeur Amine Benyamina

*Chef du service de psychiatrie et d'addictologie
de l'Hôpital Paul-Brousse*

Président de la Fédération française d'addictologie

Sommaire

Introduction

À propos de ce livre	2
Comment ce livre est organisé	3
Première partie : Petite histoire du cannabis, de la prohibition à la légalisation	4
Deuxième partie : La légalisation du cannabis, le pour et le contre	4
Troisième partie : La partie des Dix	5
Les icônes utilisées dans ce livre	5

Partie 1 Petite histoire du cannabis, de la prohibition à la légalisation

Chapitre 1 Le cannabis et ses usages	9
Le cannabis, une plante unique	9
Une seule espèce	11
Des centaines de variétés	12
Les usages du cannabis	13
Usages industriels	14
Usages alimentaires	15
Usages médicaux	15
Usages psychotropiques	17
Les effets du cannabis	19
Modes de consommation	19
L'ivresse cannabique	20
Le cannabis est-il dangereux ?	22
Chapitre 2 Il était une fois la prohibition	25
Généalogie de l'interdiction	25
Exploitation coloniale	26
Stigmatisation nationale	27
Prohibition mondiale	28
Diversité des modèles prohibitionnistes	30
Diffusion de l'interdiction	30
Prohibition et répression	32
Interdire sans punir	33

La prohibition à la française	35
Soigner plutôt que punir.....	36
Le traitement pénal	37
Une dérive répressive	39
Chapitre 3 La légalisation du cannabis en marche	41
Les acteurs de la légalisation.....	41
Les experts.....	42
Les militants	43
Les industriels	44
Les politiques	46
Le grand retour du cannabis médical	47
Les pionniers américains du cannabis médical.....	47
La généralisation de l'accès au cannabis médical	49
Le cannabis médical en France.....	50
Le pari du cannabis récréatif	51
Les États-Unis, laboratoire de la légalisation.....	52
L'Uruguay, premier État souverain à légaliser.....	53
Le Canada, géant de la légalisation	55

Partie 2 Légalisation du cannabis, le pour et le contre

Chapitre 4 Questions éthiques posées par l'interdiction ..	61
Morale d'abstinence et liberté individuelle	62
Origine et cohérence de l'idéal d'abstinence.....	62
La liberté contre l'interdiction	63
La prohibition du cannabis est-elle légale ?	63
Interdiction de l'usage et Déclaration des droits de l'homme.....	64
Présentation sous un jour favorable et liberté d'expression.....	64
Solidarité sociale et choix collectif.....	65
Une opinion publique divisée	66
(In)effectivité de la règle et inégalité devant le droit	67
Un interdit mal respecté.....	67
Une répression différenciée	68
Chapitre 5 Conséquences sanitaires et sécuritaires de la réglementation.....	71
Limiter la dangerosité du cannabis et de ses dérivés.....	72
La « loi d'airain de la prohibition ».....	72
Un marché opaque	72

Le risque d'adultération	73
Légaliser pour contrôler la qualité	74
Protéger les individus de l'usage du cannabis	75
Diminuer la consommation	75
Protéger les usagers problématiques	76
Réduire les risques et les dommages	77
Défendre la société contre les trafics de cannabis	79
Une criminalité durcie par l'interdit	79
Les limites de l'activité policière	80

Chapitre 6 Perspectives économiques de la légalisation	83
Réduire le coût social du cannabis	83
Calculer le coût social du cannabis	84
Comparer les coûts de la prohibition et de la légalisation	85
Créer de la richesse grâce au cannabis	86
Estimation du marché	86
Structure du marché	87
Perspectives de développement	88
Taxer l'économie du cannabis	89
Quelles recettes fiscales ?	89
Quelle politique fiscale adopter ?	90

Partie 3 La partie des Dix

Chapitre 7 Dix politiques de remplacement du statu quo (de la plus répressive à la plus libérale)	95
Maintien de l'interdit et renforcement de la répression	95
Maintien de l'interdit et allègement de la répression	96
Maintien de l'interdit et dépenalisation formelle de l'usage	96
Dépenalisation de la vente au détail	97
Autorisation de l'auto-culture individuelle pour usage personnel	97
Autorisation de l'auto-culture collective pour usage personnel	97
Production et distribution assurées par les services de l'État	98
Attribution de licences à des associations à but non lucratif	98
Attribution de licences à des sociétés commerciales	98
Autorisation de production et de distribution sans licence	99

Chapitre 8 Dix conseils stratégiques pour une réforme apaisée	101
Dédiaboliser le cannabis	102
Évaluer scientifiquement la politique prohibitionniste	103
Définir des objectifs raisonnables	103
Écouter la diversité des points de vue et éviter les risques de capture réglementaire	104
Prendre en compte la variété des produits et des usages	104
Intégrer les contraintes juridiques européennes et internationales	104
Ne pas négliger la justice économique et sociale	105
Anticiper les enjeux écologiques	105
Privilégier un modèle de réglementation stricte	106
Faire œuvre de pédagogie	106
Chapitre 9 Dix leviers réglementaires pour une légalisation contrôlée	107
Le régulateur	108
La production	108
Le prix	108
L'impôt	109
Les produits	109
La vente	109
La consommation	110
L'information	110
La publicité	110
La sécurité routière et la prévention de l'usage dans certains métiers	111
Bibliographie sélective	113
Index	117

Introduction

Depuis le début du xx^e siècle, la cause semble entendue. Le cannabis est une drogue dont la dangerosité justifie qu'on en restreigne l'accès et l'usage. Cette conviction largement partagée, étayée par des arguments moraux et médicaux, a été progressivement inscrite dans le droit ainsi que l'illustre la succession de traités internationaux et de lois nationales qui ont abouti, à partir des années 1960, à une interdiction quasi universelle de la production et de l'utilisation de cette substance. Paradoxalement, l'élaboration de cette doxa prohibitionniste a précédé plus qu'elle n'a suivi le développement d'une consommation désormais massive de cannabis dans le monde occidental.

À partir des années 1970 et 1980, l'augmentation de l'usage de ce produit psychotrope a donné lieu, en de nombreux pays, à une criminalisation et une pénalisation accrues des trafiquants, mais également des consommateurs. Le cannabis est l'une des principales cibles de la « guerre à la drogue » initiée aux États-Unis par le président Nixon, avant d'être étendue à une grande partie de la planète grâce au soutien de l'Organisation des Nations unies.

Ne tolérant longtemps aucune objection, ce consensus prohibitionniste a aujourd'hui cédé la place au doute. L'exception hollandaise, qui faisait des Pays-Bas l'unique pays au monde à tolérer la vente et la consommation de cannabis dans des boutiques ayant pignon sur rue, n'en est plus une : non seulement l'usage et la détention pour usage de cannabis ne sont plus réprimés dans de nombreux pays, mais cette substance a également retrouvé un statut thérapeutique officiel. Quelques États, comme le Canada et l'Uruguay, en ont même légalisé la production et la distribution à des fins récréatives.

Ce n'est pas le cas en France où le cadre juridique posé en 1970 n'a guère évolué, et où la consommation de cannabis fait l'objet, depuis une vingtaine d'années, d'une réponse pénale de plus en

plus vigoureuse. Les résultats de cette politique se font pourtant attendre : selon une enquête de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies publiée en 2019, 18 millions de Français ont expérimenté le cannabis, parmi lesquels 5 millions au cours de l'année écoulée, et on compte 1,5 million d'usagers réguliers et 900 000 consommateurs quotidiens. Encore plus significatif, le niveau d'usage chez les jeunes de 16 ans demeure, en France, parmi les plus élevés d'Europe.

Nombreux sont ceux pour qui il est hors de question d'assouplir le régime prohibitionniste. Une telle évolution pourrait en effet être interprétée comme le signe d'une banalisation à éviter à tout prix : à la dangerosité avérée du cannabis s'ajouterait un risque d'escalade vers des drogues plus dures. L'argument est néanmoins contesté, et des voix dissidentes se font entendre. Elles insistent sur le fait que l'interdit légal s'accompagne de nombreux effets pervers, en particulier la création d'un vaste marché criminel et la violence qui y est associée, la circulation de produits frelatés et les conséquences sanitaires qui lui sont liées, et la marginalisation des consommateurs. Faute d'une distinction entre les effets délétères du cannabis et les conséquences négatives de son interdiction, le risque est que la prohibition se renforce de ses propres échecs à la manière d'une prophétie autoréalisatrice.

À propos de ce livre

Les problèmes de sécurité et ceux de santé publique liés à l'usage et au trafic de cannabis sont suffisamment importants pour que les médias se fassent régulièrement l'écho des débats entre les partisans et les opposants d'une éventuelle légalisation de cette drogue. Mais à s'en tenir aux arguments des uns et des autres, il peut être difficile de se forger une opinion éclairée. La discussion, quand elle a lieu, se résume souvent, d'un côté comme de l'autre, à l'exposition de convictions morales, certes respectables, mais qui font obstacle à une analyse raisonnée et dépassionnée des faits.

Le débat est d'autant plus difficile à mener qu'il est techniquement complexe et ne se résume pas à l'alternative simpliste entre interdiction absolue et liberté sans limites, dans laquelle on veut trop souvent l'enfermer. Ainsi, la prohibition, entendue comme défense générale de produire, faire commerce et consommer du cannabis, peut-elle être mise en œuvre de manière plus ou moins répressive. L'interdit légal s'accommode parfois d'un assouplissement de la sanction pénale, laquelle peut être réduite à une contravention, voire être purement et simplement supprimée. On parle alors de dépénalisation. Si la prohibition peut être laxiste, la légalisation peut à l'inverse être rigoureusement contrôlée. L'autorisation de cultiver, distribuer et consommer du cannabis n'exclut pas une intervention de l'État régulateur qui peut organiser de manière plus ou moins restrictive ces activités, comme c'est le cas pour l'alcool et le tabac.

L'objectif de ce livre est d'explorer les divers modèles de régulation du cannabis, de la prohibition la plus répressive à la légalisation la plus libérale en passant par les différents types de régimes intermédiaires, afin d'en évaluer les coûts et les bénéfices. Cet examen, qui se fonde sur les connaissances scientifiques acquises, mobilise les résultats des travaux d'évaluation des politiques publiques les plus récents sur le sujet. Armé de ces outils d'analyse, il devient possible d'évaluer le droit en vigueur de la manière la plus neutre possible, et de réfléchir aux conditions de sa réforme.

Comment ce livre est organisé

Ce livre est divisé en trois parties. La première présente le cannabis et la manière dont il est traité par le droit. La deuxième expose les principaux arguments en faveur et en défaveur de la légalisation de cette drogue. Enfin, la traditionnelle partie des Dix explique comment légaliser le cannabis.

Première partie : Petite histoire du cannabis, de la prohibition à la légalisation

Le cannabis, longtemps plus connu sous nos latitudes sous le nom de chanvre, est l'une des premières plantes domestiquées par l'homme. La solidité de ses fibres, le profil nutritionnel de ses graines, les vertus thérapeutiques de ses racines et de ses fleurs lui ont permis de trouver sa place, à un titre ou un autre, dans presque toutes les civilisations. Les effets psychédéliques de certaines de ses variétés ont néanmoins conféré au cannabis une aura sulfureuse, au point qu'il a été frappé, à partir du ^{xx}e siècle, d'une prohibition internationale. En retraçant l'histoire de cette interdiction mondiale et les modalités nationales de sa mise en œuvre, et en présentant les résistances qu'elle suscite, la première partie du livre pose le décor du débat qui oppose aujourd'hui les tenants de la prohibition et les partisans de la légalisation.

Deuxième partie : La légalisation du cannabis, le pour et le contre

La décision de dépénaliser l'usage de cannabis, voire d'en légaliser la production et la distribution, dans un nombre croissant de pays interpelle. Faut-il y voir le signe avant-coureur d'une évolution mondiale qui sonne le glas de la prohibition et qui indique au législateur français la voie à suivre, ou a-t-on affaire à des politiques non seulement dangereuses, mais également vouées à l'échec ? Pour en décider, il faut comparer comment la prohibition et la légalisation protègent respectivement les individus et la société des dangers du cannabis. La deuxième partie de ce livre interroge les vertus et les limites de ces approches opposées en questionnant leurs présupposés éthiques, en analysant leurs conséquences sanitaires et leurs résultats en matière de sécurité publique, et en évaluant leur coût économique.

Troisième partie : La partie des Dix

La légalisation du cannabis est une décision politique qui ne relève pas de l'expert. Celui-ci peut en revanche éclairer le législateur sur les enjeux et les risques d'une évolution du droit, et l'informer sur les leviers d'action dont il dispose. Sans prétendre trancher au fond le débat sur la légalisation, la troisième partie du livre présente l'éventail des options juridiques envisageables. Elle propose également des conseils pour engager une éventuelle réforme, et identifie les dispositifs réglementaires pouvant être mis au service d'une régulation juste et efficace des usages sociaux du cannabis.

Les icônes utilisées dans ce livre



Citation

Une citation éclairant les enjeux de la régulation du cannabis.



À savoir

Une information essentielle à connaître.



En droit

Une règle juridique déterminante.



En pratique

Ce qui se fait dans la réalité, parfois en dépit du droit.



En chiffres

Des chiffres précis sur les usages, le marché et la réglementation du cannabis.



Anecdote

Un fait étonnant sur le cannabis.



Définition

Un point terminologique à préciser.

Partie 1

Petite histoire du cannabis, de la prohibition à la légalisation



Dans cette partie...

Si la loi prétend transformer le monde, les faits ne se plient pas aisément au droit. Le législateur, s'il veut faire œuvre utile, doit connaître la réalité. Il en va ainsi en matière de drogues. Pour se forger une opinion éclairée sur la légalisation du cannabis et engager le cas échéant une telle réforme, il convient au préalable de découvrir cette plante et les rapports complexes qui la lient aux hommes depuis des siècles. L'objet de cette première partie est donc de proposer une petite histoire sociale et juridique du cannabis.

La longue relation qu'ont entretenue les sociétés d'Orient et d'Occident avec cette herbe s'est assombrie au début du xx^e siècle. C'est à cette époque que le principe d'une interdiction universelle du cannabis s'est progressivement imposé. Il est nécessaire de comprendre les raisons sociales, culturelles et politiques qui ont présidé à cette grande prohibition. Les expériences de légalisation du cannabis qui s'élaborent aux quatre coins du monde apparaissent en effet comme autant de contrecoups de ce vaste mouvement d'interdiction.

DANS CE CHAPITRE

La botanique du cannabis
Les multiples usages
du chanvre
Les effets du cannabis
sur l'organisme

Chapitre 1

Le cannabis et ses usages

Les rapports qui unissent sociétés humaines et cannabis sont anciens et complexes. La culture de cette plante s'est répandue dans presque toutes les civilisations, à la faveur des nombreux usages dont elle fait l'objet. Le cannabis compte à ce titre parmi les espèces végétales qui ont joué un rôle déterminant dans l'histoire industrielle et culturelle de l'humanité. La diffusion du cannabis aux quatre coins du globe, la sélection de certaines de ses variétés et leur hybridation illustrent comment les hommes ont modelé le destin de cette herbe en élargissant sa couverture géographique et en diversifiant ses qualités biologiques.

Pour raconter l'histoire plurimillénaire de cette relation entre homme et cannabis, commençons par quelques éléments de botanique. L'étude de la plante permet, en effet, de mieux comprendre ses multiples usages culturels ainsi que ses effets psychoactifs.

Le cannabis, une plante unique

Le cannabis, communément appelé chanvre, est une plante annuelle dont le cycle de vie, de la germination jusqu'à la production de graines, ne dure que quelques mois. Elle appartient, comme le houblon, à la famille des *Cannabaceae*. Sa tige herbacée, tendre et cannelée, est particulièrement riche en

fibres. Ses fleurs sont en général unisexuées, portées par des pieds mâles et femelles distincts. Mais l'identité sexuelle du cannabis se révèle parfois confuse, la plante pouvant devenir hermaphrodite lorsqu'elle est soumise à des conditions de culture particulières.

Les fleurs mâles sont composées de cinq étamines contenant un abondant pollen jaune. Celui-ci pollinise les fleurs à pistil, femelles, qui se groupent en cimes compactes entremêlées de feuilles. Après fécondation, la fleur femelle produit des fruits secs, akènes ovoïdes livrant des graines charnues : le chènevis.

Figure 1-1 Le cannabis.



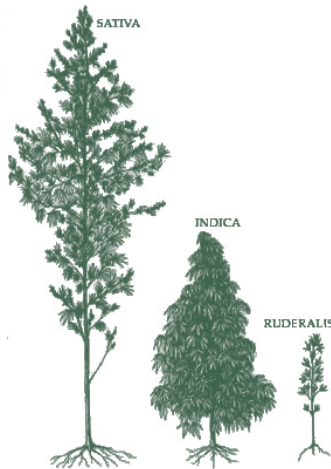
Planche botanique n°1-13 de l'Atlas des Plantes médicinales de Köhler en images réalistes avec brèves notes explicatives consacrée au chanvre.

Une seule espèce

Si l'on oppose communément le chanvre industriel et le cannabis psychoactif, cette distinction doit être relativisée, car elle ne rend justice ni à l'unité du genre botanique ni à la multitude de ses variétés.

Le naturaliste suédois Carl von Linné, dans sa monumentale nomenclature *Species plantarum* (1753) qui prétendait décrire toutes les plantes connues, a identifié une espèce unique de chanvre : *Cannabis sativa* L. Cette unité taxinomique du cannabis a depuis été discutée. Certains botanistes l'ont subdivisé en trois, *sativa*, *indica* et *ruderalis*, chacune dotée d'une morphologie végétale particulière (taille de la plante, forme des feuilles, composition chimique...).

Figure 1-2 Les principaux types de cannabis.



Espèces, sous-espèces ou simples variétés ? La question est académique. En pratique, *sativa*, *indica* et *ruderalis* ont une seule et même origine. Leur ancêtre commun, probablement originaire d'Asie centrale, a accompagné les migrations humaines vers l'Asie du Sud-Est d'une part, vers l'Europe, le Moyen-Orient et l'Afrique d'autre part, avant de s'étendre beaucoup

plus récemment au continent américain. Cette ample diffusion géographique a forcé la plante à s'adapter à des environnements variés.

Sous l'effet de la sélection naturelle et de l'isolement, les variétés de cannabis poussant ici ou là se sont différenciées. Ces variations ont été renforcées par l'activité des hommes. Ceux-ci ont, au fil du temps, privilégié les souches répondant à leurs besoins, puis créé des hybrides au rendement amélioré, adaptés à la variété des climats et à la diversité des usages.

Des centaines de variétés

On compte aujourd'hui des dizaines de cultivars (variétés cultivées pour leurs caractéristiques spécifiques). Certains portent des dénominations inscrites dans les nomenclatures botaniques officielles (par exemple le cannabis « Fibranova », cultivé pour la production de fibres). D'autres n'ont reçu que des noms vernaculaires (par exemple le cannabis lignée « Jack Herer », produit pour ses propriétés psychoactives). Destinées à satisfaire les attentes multiples des consommateurs de chanvre, toutes ces variétés peuvent par nature s'hybrider. Chacune, en l'absence d'un élevage rigoureux, peut retourner à l'état sauvage et voir ses traits particuliers évoluer.

La diversité des variétés de cannabis et des conditions culturelles explique que la morphologie de la plante varie : plus ou moins haute (de quelques dizaines de centimètres jusqu'à sept mètres de haut), plus ou moins ramifiée, plus ou moins touffue... L'iconique feuille de cannabis, palme aux segments inégaux et aux bords dentelés, peut être élancée ou trapue, d'un vert plus ou moins foncé. Quant aux sommités fleuries femelles, elles arborent d'innombrables nuances colorées, du blanc argenté au violet vif. L'anatomie végétale du chanvre est également variable en fonction de la souche cultivée et des modalités de son développement.

Cannabis sativa L. contient de très nombreux éléments constitutants, parmi lesquels les phyto-cannabinoïdes. Plus d'une centaine d'entre eux ont à ce jour été isolés. Véritable signature biochimique du chanvre, ces composés se concentrent dans les fleurs de la plante. Parmi ces molécules, le $\Delta 9$ -trans-tétrahydrocannabinol ($\Delta 9$ -THC), isolé en 1964 par les chimistes Yehiel Gaoni et Raphael Mechoulam, a attiré l'attention pour ses effets psychoactifs. Mais d'autres cannabinoïdes suscitent aujourd'hui l'intérêt des chercheurs pour leur potentiel thérapeutique. C'est le cas du cannabidiol (CBD) et du cannabigérol (CBG).

À l'instar de la richesse en huile des graines, ou de la qualité des fibres, la teneur en cannabinoïdes du chanvre fluctue selon les variétés.

Les usages du cannabis

Les chercheurs qui étudient les relations de l'homme et du cannabis font remonter leur rencontre aux temps préhistoriques. Il est probable que le cannabis ait été utilisé sous sa forme sauvage par certaines tribus paléolithiques d'Asie centrale bien avant sa domestication, quelques milliers d'années avant notre ère, et sa dispersion aux quatre coins du globe. Il est en revanche difficile de déterminer, parmi les propriétés nutritives, fibreuses, pharmacologiques et psychoactives de la plante, lesquelles étaient privilégiées ici ou là.

L'analyse est d'autant plus difficile que si certains usages se différencient clairement (par exemple le recours au chanvre à des fins techniques ou à des fins alimentaires), d'autres se déploient sur un continuum peu propice aux distinctions tranchées. Ainsi, les utilisations religieuse, médicale ou récréative du cannabis se chevauchent au point d'être parfois difficiles à distinguer.

Usages industriels

Source de fibres flexibles et résistantes, le chanvre est l'une des premières plantes textiles à être cultivée en Asie orientale. Matière première, elle a servi pendant des millénaires à la confection de vêtements, chaussures, filets, cordes, voiles et toiles diverses. Les fibres de chanvre étaient également utilisées dans la production de papier et dans la construction d'armes.

Des usages industriels similaires s'observent en Europe, sous l'Empire romain, au Moyen Âge, puis à l'époque moderne. Le chanvre constitue ainsi la source principale de cordage des flottes marchandes et militaires qui ont permis l'expansion coloniale de l'Occident à partir du ^{xvi}e siècle.



Citation

Au ^{xv}e siècle, Rabelais dans *Le Tiers Livre* rend hommage à l'utilité inestimable de cette herbe rebaptisée « pantagruélion », grâce à laquelle « les savates sont ajustées », « les arcs sont tendus, les arbalètes bandées, les frondes fabriquées », « les forts galions, les nefes à mille comme à dix mille hommes quittent le port et voguent au gré de ceux qui en tiennent le gouvernail ».

Encouragée dans les royaumes européens, la production de chanvre l'a également été dans les colonies américaines jusqu'au début du ^{xx}e siècle.

Concurrencée par la production de fibres synthétiques dérivées du pétrole, l'industrie de la fibre cannabique s'est considérablement rétrécie à partir des années 1930. Elle perdure néanmoins en matière papetière et se réinvente, depuis quelques années, dans le domaine des matériaux de construction, des bioplastiques, ou encore des produits cosmétiques.



À savoir

Jusqu'à une date récente, la France était, avec près de 18 000 hectares, le premier pays européen et le troisième pays du monde (après la Chine et le Canada) en termes de surface de chanvre cultivé. Le maintien et le développement de cette filière dans un contexte longtemps défavorable tiennent, entre autres, à l'existence d'acteurs associatifs qui

défendent les intérêts des producteurs, et au soutien de l'Union européenne. La faible empreinte environnementale du cannabis, qui est doté d'un fort pouvoir de séquestration du CO₂ et dont la culture requiert peu d'intrants phytosanitaires, promet, selon ses promoteurs, un avenir radieux aux usages industriels de cette plante.

Usages alimentaires

Le profil nutritionnel des graines de chanvre (le chènevis), non psychoactives mais riches en lipides et en protéines, explique l'usage alimentaire précoce qui en a été fait.

On en trouve des traces archéologiques dès 10 000 ans avant notre ère en Asie, où le chènevis a massivement nourri hommes et bétail pendant des millénaires avant d'être remplacé par d'autres cultures à partir du ^{xvii}^e siècle. En Europe, cette consommation est attestée dès l'âge du bronze. Elle a longtemps occupé une place de choix dans la préparation des soupes et gruaux.



Citation

Au ^{xii}^e siècle, Hildegarde de Bingen, religieuse bénédictine, sainte de l'Église catholique, femme de lettres et naturaliste, confirme les vertus alimentaires du chanvre : « Le chanvre est chaud, [...] telle est sa nature. Sa graine contient la santé, et pour les gens en bonne santé, il constitue une saine nourriture dans l'estomac, il est léger et utile, parce qu'il diminue quelque peu les écoulements d'humeurs, et on peut le digérer facilement. »

Toujours utilisé pour nourrir oiseaux et poissons, le chènevis a vu son importance dans l'alimentation humaine diminuer au cours du siècle passé. Servant aujourd'hui à la production d'huile et de boissons aromatisées, il connaît, depuis quelques années, un regain d'intérêt en raison de ses vertus diététiques et d'un engouement marketing pour les produits issus du cannabis.

Usages médicaux

À l'instar de ses utilisations nutritives et technologiques, les usages thérapeutiques du cannabis ont une longue histoire.

Il est fait mention de cette plante médicinale dans l'un des plus anciens traités de pharmacologie chinoise (*Shěnnóng běncǎo jīng*). Le cannabis occupe aussi une place de choix dans la médecine ayurvédique issue des traditions védique et hindoue. D'autres indices attestent d'une utilisation thérapeutique ancestrale de cette plante dans la région du Tibet, dans les royaumes assyrien et perse, dans la civilisation égyptienne. L'Antiquité gréco-latine connaît également les propriétés thérapeutiques du chanvre. Il en est fait mention dans les ouvrages classiques de Pline l'Ancien et de Galien. Intégré dans la médecine arabo-musulmane, cet héritage se retrouve dans les nombreux manuels d'herboristerie de la médecine européenne à partir du Moyen Âge.



Citation

Dans sa monumentale *Histoire naturelle* écrite au I^{er} siècle de notre ère, Pline l'Ancien recense les vertus prêtées au chanvre : « La racine cuite dans l'eau relâche les articulations contractées, et s'emploie pour la goutte et les affections semblables. On l'applique crue sur les brûlures. »

Au temps de l'impérialisme des pays européens, les médecins coloniaux en contact avec les pratiques thérapeutiques indigènes découvrent de nouvelles vertus à cette plante. Au XIX^e siècle, le recours au cannabis médical se répand en Occident. Administré comme antalgique et tranquillisant, il trouve sa place, pendant quelques décennies, sur les étals des pharmacies. Sa prescription tombe cependant en désuétude au début du XX^e siècle. Les médicaments industriels se substituent alors aux plantes médicinales, dont les doses sont plus difficiles à standardiser et les effets réputés moins reproductibles.

À la même époque, la stigmatisation de la consommation récréative de cannabis, pourtant peu répandue, cause le discrédit de l'usage thérapeutique. La plante est finalement supprimée de la pharmacopée américaine en 1941 et de la pharmacopée française en 1953.

Après une éclipse de quelques décennies, le cannabis connaît aujourd'hui un retour en grâce dans la médecine conventionnelle occidentale. Utilisé comme anti-nauséux dans certaines

chimiothérapies, ses effets antalgiques dans le traitement des douleurs chroniques et son efficacité dans le traitement de la spasticité en cas de sclérose en plaques ont été établis par de nombreux essais cliniques contrôlés. Les plus hautes autorités médicales américaines invitent désormais à approfondir la recherche sur les cannabinoïdes et l'Organisation mondiale de la santé procède actuellement à une réévaluation de leur utilité thérapeutique.

Usages psychotropiques

Parmi les multiples emplois dont le chanvre fait aujourd'hui l'objet, les plus connus sont sans doute les consommations destinées à susciter des effets psychotropes. La modification des états de conscience par la prise de drogue est le plus souvent envisagée dans sa dimension récréative, celle de l'ivresse individuelle ou collective destinée à faire « la fête ». Le recours au cannabis peut pourtant avoir d'autres finalités : une fonction auto-thérapeutique, analgésique ou narcotique, et une fonction mystique. Cette dimension spirituelle est probablement à l'origine des premières consommations de chanvre dans le cadre de rituels chamaniques dès l'époque paléolithique.

Le recours aux propriétés psychoactives du cannabis par les Scythes, nomades indo-européens d'Asie centrale, est attesté par Hérodote au ^v^e siècle. On trouve également trace de ce type d'usage dans la tradition chinoise pré-confucéenne, et dans la pratique hindouiste qui admet toujours, sur le fondement de textes védiques, l'ingestion rituelle de cannabis. La civilisation arabe a aussi contribué à la diffusion de ces pratiques du Moyen-Orient au Maghreb jusqu'en Afrique noire. En Europe, la consommation de chanvre récréatif s'est diffusée plus tardivement, sans doute en raison de la faible teneur en principes psychotropes des variétés cultivées localement. C'est au ^{xix}^e siècle que l'expérimentation de formes de cannabis plus puissantes, issues des empires coloniaux, ouvre la voie à de nouveaux usages hédoniques.

Des clubs de consommateurs ?

En France, l'aliéniste Jacques Moreau de Tours, spécialiste des maladies mentales à la Salpêtrière, fonde le Club des haschischins, au sein duquel le milieu littéraire et artistique parisien vient s'initier aux joies du cannabis. Baudelaire, Balzac, Nerval, Delacroix, Dumas père, et beaucoup d'autres fréquenteront ce club qui, en dépit de sa courte existence (de 1845 à 1848), a façonné durablement l'imaginaire français du cannabis, parfois encore imprégné d'orientalisme.

En dépit de la fascination littéraire qu'il a très tôt suscitée en Occident, l'usage récréatif de cannabis est longtemps demeuré marginal. Cette consommation se développe aux États-Unis, au début du ^{xx}e siècle, au sein des communautés mexicaines défavorisées. Sous influence hispanique, l'herbe est alors baptisée *marijuana*. Elle est finalement adoptée par les musiciens de jazz, fêtée par les poètes de la *Beat Generation*, puis partagée par les hippies.

Sacralisé, par ailleurs, par les rastafariens, le cannabis a ainsi servi d'étendard à divers mouvements culturels contestataires.



À savoir

Le rastafarisme s'est développé en Jamaïque à partir des années 1930. Popularisé par Bob Marley, ce mouvement culturel élève le cannabis (« *ganga* ») au rang d'herbe sacrée. Son usage, non pas récréatif mais spirituel, permet à l'âme des rastafariens de s'élever.

Allant souvent de pair avec un rejet de l'ordre établi et une revendication d'émancipation, l'usage ostensible et dissident n'épuise pas, loin s'en faut, la diversité des utilisations du cannabis. À partir des années 1960, l'herbe se répand sur les campus parmi les opposants à la guerre du Vietnam. La classe moyenne américaine entre alors en contact avec cette substance. On observe, avec un léger décalage, un processus de diffusion comparable dans la génération des *baby-boomers* européens.

Au cours des trois dernières décennies, la massification et la normalisation de l'usage de cette drogue l'ont fait accéder, aux côtés de l'alcool, du tabac et des médicaments psychotropes, au rang de produit de consommation courante au service du confort psychologique d'un nombre considérable d'individus.



En chiffres

Le cannabis est la drogue illicite la plus consommée au monde. L'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC) estimait, en 2019, à 4 % la part de la population mondiale âgée de 15 à 64 ans (soit 188 millions d'individus) à en avoir consommé au moins une fois dans l'année. En France, une enquête de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies (OFDT) publiée en 2019 estimait le nombre de personnes ayant expérimenté le cannabis à 18 millions, dont 5 millions d'usagers dans l'année, 1,5 million d'usagers réguliers et 900 000 usagers quotidiens.

Les effets du cannabis

Les effets de l'intoxication cannabique ne sont pas identiques pour tous. Ils varient selon le type de produit consommé et les modalités de sa consommation, mais également selon le profil de l'utilisateur et le contexte d'usage. Bien documentées par les addictologues et précisément décrites par de nombreux écrivains, les manifestations psychiques et somatiques de l'utilisation de cannabis donnent parfois lieu à des complications qui témoignent de la dangerosité de cette drogue.

Modes de consommation

Si les préparations psychoactives dérivées du cannabis font l'objet de nombreuses appellations, leur nombre se réduit à trois formes essentielles :

- » d'une part les feuilles et les fleurs des plantes femelles récoltées et séchées à maturité (on parle alors d'herbe, de beuh ou de marijuana...);

- » d'autre part, la résine, pâte compacte plus ou moins collante, produite mécaniquement à partir des sommités fleuries (c'est le haschich, plus prosaïquement appelé shit ou chichon) ;
- » enfin, divers concentrés aux noms variés (huile, teinture, cire, beurre...) obtenus par extraction des cannabinoïdes de la plante, généralement à l'aide d'un solvant.

Les néo-cannabinoïdes

Le cannabis et ses dérivés ne doivent pas être confondus avec les néo-cannabinoïdes. Ces molécules, produites de manière artificielle, sont apparues sur le marché des drogues dans le courant des années 2000. Conçues pour répliquer les effets des cannabinoïdes naturels, ces substances sont généralement pulvérisées sur des résidus végétaux pour pouvoir être, dans un second temps, consommées par combustion et inhalation. Les néo-cannabinoïdes présentent une toxicité très supérieure au cannabis naturel.

Les préparations psychoactives dérivées du cannabis peuvent être absorbées pures ou mélangées, de diverses manières, par voie respiratoire ou par voie orale. Le mode d'utilisation le plus répandu est la cigarette artisanale (joint, stick, pétard...) d'herbe ou de résine mêlée à du tabac. Certains amateurs de sensations fortes lui préfèrent la pipe (bang, chillum, sebsi...), quand d'autres privilégient la vaporisation sans combustion. Enfin, l'ingestion, mode d'absorption traditionnel dans de nombreuses civilisations (*bhang* indien, *dawamesk* oriental...), connaît un retour en grâce. À la faveur du développement de l'industrie du cannabis légal, les traditionnels *space cakes* et *haschich fudges* sont désormais concurrencés par des boissons, des capsules et des teintures chargées de cannabinoïdes.

L'ivresse cannabique

L'intoxication cannabique donne lieu à un état modifié de la conscience de soi et du monde, une ivresse dont les ressorts physiologiques sont propres à cette drogue. Les principes actifs

du cannabis exercent leurs effets en se fixant aux récepteurs cellulaires du système endocannabinoïde, qui participe à la régulation de nombreux processus organiques dans le corps humain, et interfèrent ainsi avec les mécanismes nerveux de neurotransmission.

La consommation de cannabis occasionne diverses manifestations somatiques : des effets oculaires (yeux rouges et dilatation de la pupille) et cardiovasculaires (augmentation du débit et du rythme cardiaques), une sécheresse buccale, une relaxation musculaire... Mais ce sont ses effets psychologiques que les consommateurs de cannabis récréatif recherchent. L'ivresse cannabique associe une euphorie et un bien-être affectif à un sentiment d'apaisement parfois accompagné de somnolence. Elle donne lieu à des troubles d'appréciation spatio-temporels, des perceptions sensorielles modifiées, et s'accompagne parfois d'une sensation de détachement de son corps et de ses propres processus mentaux.

Des orientalistes aux poètes maudits, des décadents aux occultistes, des routards aux psychonautes, nombreux sont les consommateurs qui ont mis à profit leurs talents littéraires pour décrire très précisément les effets de l'intoxication cannabique. Comment rendre compte au plus près de ce « rire sans cause », de ce « sentiment de légèreté, de suspension en l'air » (Henri Michaux) ?



Citation

Walter Benjamin, grand intellectuel du xx^e siècle, est peut-être celui qui a le mieux réussi à capturer l'expérience heureuse du haschich : « Bienveillance sans limite. [...] Tous les présents s'irisent de comique. Rudiments d'un état de ravissement. Grande sensibilité aux portes ouvertes, aux paroles sonores, à la musique. Les gens à qui on a affaire ont fortement tendance à se métamorphoser un peu, je ne dirais pas à devenir étrangers, ni à cesser d'être familiers, mais à ressembler un peu à des étrangers. On emprunte les mêmes voies de la pensée qu'auparavant. Seulement, elles paraissent jonchées de roses. »

Cependant, l'ivresse cannabique présente quelques désagréments. Sous l'empire du produit, la mémoire à court terme et les capacités d'apprentissage de l'utilisateur s'amointrissent temporairement. Le voyage occasionné par la drogue prend parfois un tour désagréable, voire une dimension franchement effrayante. Le profane, peu familier des effets de la drogue, tout comme l'utilisateur expérimenté, s'il est confronté à un produit trop puissant ou à un contexte de consommation défavorable, peuvent faire l'expérience du *bad trip*. Troubles anxieux, attaque de panique, sentiment de persécution... Cette perte de contrôle, qui laisse à l'expérimentateur un souvenir marquant, s'accompagne dans de rares cas d'une bouffée délirante aiguë.

Le cannabis est-il dangereux ?

Substance psychoactive anodine ou drogue aux dangers sous-estimés ? La question, au cœur d'incessantes polémiques, appelle une réponse nuancée.

Contrairement à l'alcool, dont l'abus provoque la mort cellulaire des neurones, le cannabis n'est pas un neurotoxique. Il n'entraîne aucun décès par overdose, même si quelques études cliniques évoquent l'hypothèse que sa consommation puisse accroître le risque de déclencher une crise cardiaque. En revanche, la consommation prolongée de cannabis fumé, à l'image de celle du tabac auquel il est fréquemment mélangé, peut conduire au développement de maladies respiratoires chroniques. Si les cannabinoïdes ne sont pas des substances cancérigènes, la combustion de cannabis dans des cigarettes ou des pipes induit un risque accru de cancers des poumons et de la bouche.



À savoir

De nos jours, les inquiétudes sur la dangerosité de l'usage régulier de cannabis portent essentiellement sur les atteintes à la santé mentale susceptibles d'en résulter. Les effets résiduels de l'intoxication cannabis sur les performances cognitives sont faibles, de courte durée et réversibles, y compris chez les consommateurs intensifs. En revanche, l'existence d'un syndrome amotivationnel caractérisé par un désinvestissement des activités quotidiennes et un

émoussement affectif compte au nombre des états pathologiques que peut développer l'usager chronique de cannabis. De manière générale, une consommation régulière constitue un facteur d'aggravation des troubles mentaux préexistants (dépression, anxiété, bipolarité...).

Le rôle de l'usage de cannabis dans le développement de troubles psychotiques, notamment de type schizophrénique, a également été étudié par les scientifiques. S'il est acquis que l'utilisation précoce de cette drogue est associée à un risque augmenté de psychose, la nature de cette association demeure en revanche discutée. Causalité directe ou simple corrélation résultant d'un mécanisme d'automédication ou d'une vulnérabilité commune des malades ? La question n'a pas été tranchée par la communauté médicale, qui s'accorde néanmoins sur le fait que la consommation de cannabis constitue un facteur parmi d'autres susceptible de révéler une schizophrénie sous-jacente.

L'usage nocif, qui s'accompagne de dommages pour la santé physique ou mentale, ne se rencontre que dans une minorité de cas. C'est également vrai de la dépendance physique au cannabis. Longtemps discutée, l'existence d'un syndrome de sevrage observable chez certains usagers chroniques qui arrêtent brutalement leur consommation semble désormais établie. Les symptômes de manque, voisins de ceux causés par l'arrêt du tabac, sont dominés par l'irritabilité, l'anxiété et les troubles du sommeil. Ils s'estompent au bout de quelques jours. L'existence d'une dépendance physique au cannabis explique les substitutions par l'alcool et le tabac auxquelles donne parfois lieu l'arrêt de la consommation de ce produit.

La théorie de l'escalade selon laquelle un usage régulier conduirait à la consommation d'autres drogues dites « dures » (comme l'héroïne) a en revanche été scientifiquement réfutée.

Au-delà des effets directs, physiques ou psychiques, qui résultent de l'usage de cannabis, il faut compter avec les conséquences indirectes de cette pratique. La prise de cannabis potentialise certains risques préexistants, par exemple celui de causer un accident de voiture mortel.



En chiffres

Une étude coordonnée par l'Observatoire français des drogues et toxicomanie a établi que les accidents mortels sont attribués dans 2,5 % des cas au cannabis et dans 28 % des cas à l'alcool. La consommation de cannabis augmente la probabilité d'avoir un accident mortel de 1,65. Ce risque est multiplié par 8,5 en cas d'abus d'alcool. Le risque routier occasionné par l'usage de cannabis est donc quatre fois moins élevé que celui causé par la consommation d'alcool. L'association des deux produits s'avère en revanche particulièrement dangereuse. Selon cette étude, la proportion d'accidents mortels qui serait évitée si aucun conducteur ne consommait de cannabis est estimée à 4 %.

De manière générale, la criminalisation de l'usage de cannabis conduit les consommateurs à commettre des infractions pénales et accroît le risque d'embrasser une « carrière » délinquante, encouragée par une répression considérée comme injuste ou par l'identification à des formes de vie déviantes. Cette dangerosité indirecte de l'usage de cannabis ne tient pas à ses propriétés pharmacologiques mais à son interdiction par le droit.



À savoir

Le tableau des risques somatiques, psychiques et sociaux associés à l'usage de cannabis ne doit pas faire oublier que cette drogue n'occasionne, le plus souvent, aucune complication pour le consommateur. Une approche comparative permet de se faire une idée plus précise de sa dangerosité. Dans un rapport qui fait toujours autorité sur *La dangerosité des drogues* (1998), le professeur Bernard Roques a ainsi établi que les risques pour la santé individuelle associés à l'usage de cannabis sont notablement inférieurs à ceux induits par la consommation des principales autres drogues, notamment du tabac et de l'alcool. Plus récemment, un groupe d'experts britanniques a quantifié les méfaits de l'usage de substances psychotropes au Royaume-Uni en utilisant seize critères concernant l'individu et la société (David J. Nutt *et al.*, *Lancet*, n° 376, 2010). Le classement final place le cannabis à la huitième place, derrière l'alcool, l'héroïne, le crack, le tabac, juste devant le LSD et les champignons hallucinogènes.

DANS CE CHAPITRE

L'histoire de l'interdiction
du cannabis

Les modèles
prohibitionnistes
à l'étranger

La lutte contre le cannabis
en France

Chapitre 2

Il était une fois la prohibition

Dans les sociétés traditionnelles où la consommation de cannabis est admise, elle fait généralement l'objet de normes rigoureuses. Tous les membres de la collectivité n'y ont pas également accès, et les personnes autorisées le sont dans le cadre d'une hiérarchie sociale et selon des rituels déterminés. Ces règles d'utilisation définissent, en creux, autant de pratiques défendues. S'il est possible d'étudier ces restrictions comme autant d'interdits, ceux-ci ne sont cependant pas comparables à la grande interdiction qui a frappé le cannabis à partir du milieu du ^{xx}e siècle. Cet épisode historique, dont nous ne sommes pas encore sortis, se caractérise par l'institution d'une prohibition mondiale destinée à éradiquer toutes les utilisations psychoactives du cannabis. Inscrite dans le droit international, cette interdiction se décline selon des modalités diverses dans les ordres juridiques nationaux. En France, elle a pris au cours de ces dernières années un tour particulièrement répressif.

Généalogie de l'interdiction

Bien avant que l'Occident n'inscrive dans son droit le principe d'une suppression de l'usage récréatif du cannabis, d'autres civilisations se sont essayées, avec plus ou moins de succès, à restreindre cette consommation.

L'utilisation de cannabis à des fins psychoactives en Chine ancienne a ainsi disparu quelques siècles avant notre ère, à la faveur du développement de l'éthique confucianiste. Dans le monde arabo-musulman, c'est à partir du XIII^e siècle que les oulémas, gardiens et interprètes de la *shari'a*, ont prohibé l'ivresse cannabique par analogie (*qiyās*) avec l'interdiction de la consommation d'alcool. Cette prohibition de principe, mise en œuvre avec plus ou moins de flexibilité dans les différentes régions du monde islamique, contraste avec la remarquable tolérance dont ont longtemps fait preuve les puissances européennes à l'égard de l'usage de cannabis dans leurs colonies.

Exploitation coloniale

Dictée avant tout par la recherche du profit, la politique coloniale appliquée aux drogues indigènes a été prioritairement déterminée par des considérations économiques. L'exception qui confirme la règle est l'ordonnance du 17 vendémiaire an IX (9 octobre 1800), par laquelle le général français Abdallah-Jacques Menou interdit dans toute l'Égypte « l'usage de la liqueur forte [...] nommée haschich, ainsi que celui de fumer de la graine de chanvre ». La présence française en Égypte est de courte durée, et dans le reste de l'empire français, l'administration préfère la taxation des denrées narcotiques à leur prohibition. Dans les comptoirs français de l'Inde, au Maroc et en Tunisie, l'État institue des monopoles de production et de distribution qu'il administre directement ou qu'il confie à des exploitants privés. Les autorités françaises mettent ainsi l'exploitation du cannabis au service de l'expansion coloniale.



À savoir

Dans le protectorat français de Tunisie, la vente de fleurs de cannabis est donnée à ferme à des particuliers dans le cadre d'une régie directe. Au Maroc, une entité privée, la Société internationale de régie co-intéressée des tabacs, se voit confier le monopole général du kif par les autorités coloniales. Dans les deux cas, le commerce de cannabis récréatif perdure jusqu'au milieu du XX^e siècle. Il est finalement interdit en 1954, quelques mois avant l'accession à l'indépendance de ces deux territoires.

La politique mise en œuvre dans de nombreuses colonies britanniques relève d'une logique comparable. Maîtres du sous-continent indien où l'usage de cannabis est traditionnellement massif, les Anglais profitent de ce marché immense pour en tirer de fructueux bénéfices. Sous couvert de décourager l'usage abusif de cannabis en contrôlant la distribution et en taxant son commerce, les administrateurs coloniaux établissent de lourds dispositifs d'imposition. Il en va de même dans les Caraïbes, où l'introduction du cannabis par la main-d'œuvre indienne donne lieu à l'institution d'un système de licences d'importation. En Égypte sous domination britannique au contraire, l'administration coloniale se résout à maintenir l'interdiction prise par les autorités locales : le commerce de cannabis est formellement interdit bien qu'il soit en pratique largement consommé.

Stigmatisation nationale

Encadrée à des fins fiscales dans les colonies, l'utilisation de cannabis récréatif ne fait en revanche l'objet d'aucune réglementation dans les territoires métropolitains. La consommation de ce produit à des fins récréatives est, il est vrai, quasi inexistante en Occident tout au long du XIX^e siècle. Cette pratique n'en est pas moins stigmatisée dans la littérature savante. Ouvrages généraux sur l'opium ou le haschich, traités d'hygiène et enquêtes coloniales diverses, les sources ne manquent pas pour dénoncer les pratiques d'intoxication des peuplades étrangères, et pour mettre en garde contre une contamination, toujours possible, de la population nationale.

Dans le discours médical, le cannabis trouve sa place à côté des nouveaux médicaments que sont la morphine, la cocaïne et l'héroïne, dont on prescrit l'usage mais déplore l'abus. Si le haschich est considéré comme un remède dans le traitement de certaines affections, on lui reconnaît très tôt un caractère pathogène et on le qualifie, à l'instar des autres modificateurs de conscience, de « poison de l'intelligence ».



Citation

En 1845, alors que la littérature médicale sur les conséquences de la consommation de cannabis est encore embryonnaire, Édouard Berthault, dans sa thèse pour le doctorat en médecine soutenue à la faculté de médecine de Paris, ne s'embarrasse pas de nuances : « Considérons maintenant les effets du haschich au point de vue hygiénique et moral : tous les auteurs sont d'accord sur ce point, que l'usage continué de cette substance abrutit l'espèce humaine, et peut conduire à l'idiotisme et à la folie. »

Le tableau clinique des diverses manies à base de substances est progressivement unifié. La « folie hachichique » est inscrite dans la catégorie des psychoses toxiques. L'intoxication volontaire est progressivement assimilée à un trouble mental. Rattaché aux maladies de l'esprit, l'usage régulier de drogues en dehors de tout contexte thérapeutique est interprété à l'aune d'une théorie de la dégénérescence qui disqualifie socialement les consommateurs : malades en danger, ceux-ci sont également considérés comme des personnes dangereuses. L'alliance de l'hygiène publique et de la médecine légale fait ainsi le lit de l'exclusion sociale du « toxicomane ».

Parés d'un vernis scientifique, les discours sur le prosélytisme des usagers de drogues, sur leurs penchants criminels, leurs déviances sexuelles et leur absence de patriotisme, nourrissent les rubriques des faits divers dans la presse occidentale de la fin du XIX^e siècle. Mais les appels à légiférer au nom de l'ordre public, de la morale et de la santé, formulés par les associations médicales et les organisations philanthropiques, ne rencontrent guère d'écho jusqu'au début du XX^e siècle. La question du contrôle des drogues prend alors une dimension internationale.

Prohibition mondiale

En 1909, les puissances européennes et les pays d'Asie se réunissent à Shanghai, à l'initiative des États-Unis, pour évoquer la question du contrôle de l'opium. Le cycle de négociations diplomatiques qui débute à cette occasion conduit à l'établissement du premier traité international restreignant la

production, le commerce et l'usage de drogues. Signée en 1912 par douze États, la convention de La Haye porte exclusivement sur l'opium, la morphine et la cocaïne. Un protocole additionnel invite néanmoins à « étudier la question du chanvre indien aux points de vue statistique et scientifique dans le but de régler, si la nécessité s'en fait sentir, par la législature intérieure ou par un accord international, les abus de son emploi ». D'autres traités se sont depuis succédés pour établir une rigoureuse prohibition du cannabis à l'échelle du globe.

Dans le droit international

La convention de l'opium, signée à Genève en 1925, invite les États à édicter « des règlements efficaces de façon à limiter exclusivement aux usages médicaux et scientifiques » les « préparations galéniques (extrait et teinture) de chanvre indien ». Le traité subordonne par ailleurs le commerce international de cannabis à l'émission d'un certificat de l'État importateur attestant que le produit n'est pas destiné à un usage récréatif.

La convention unique sur les stupéfiants de 1961 prévoit que l'ensemble des opérations (production, fabrication, distribution, commerce, emploi et détention) portant sur les fleurs de cannabis et sur sa résine soient limitées à des fins médicales et scientifiques.

La convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 invite tous les États parties à conférer le caractère d'infraction pénale à la détention de cannabis, y compris quand celle-ci est limitée à des fins de consommation personnelle.

Les préambules des traités qui organisent le contrôle des drogues à l'échelle mondiale témoignent d'un généreux idéal philanthropique. Il s'agit officiellement de lutter contre un « danger d'une gravité incommensurable » : le « fléau de la toxicomanie ». Les historiens soulignent néanmoins la faiblesse des arguments scientifiques qui ont présidé au choix des substances interdites. Si le cannabis a ainsi été progressivement soumis à une prohibition très stricte, à l'instar de la plupart des plantes psychoactives cultivées dans les pays du Sud, l'alcool et le tabac ont toujours été exclus de ces règles internationales.

Les rapports de force géopolitiques ont également puissamment contribué aux modalités du dispositif de contrôle international, celui-ci ayant servi, sous l'influence des États-Unis, à l'exportation stratégique d'un modèle privilégiant une réponse coercitive axée sur l'éradication de l'offre et de la demande de cannabis plutôt que sur le développement d'alternatives économiques dans les pays producteurs, et de politiques de santé publique dans les pays consommateurs.

Diversité des modèles prohibitionnistes

Pratique partagée par de nombreuses sociétés traditionnelles pendant des millénaires, l'usage de cannabis à des fins psychoactives a été, au cours du xx^e siècle, banni par le droit dans tous les pays du monde.

Inscrit dans un mouvement plus général de prohibition des drogues culturellement étrangères à l'Occident, ce processus s'est déployé différemment selon les régions. La diffusion de l'interdiction du cannabis ne s'est pas faite au même rythme dans tous les pays et les formes qu'elle a revêtues ont également varié. Si certains États ont mis la prohibition au service de la répression, d'autres ont choisi d'interdire l'usage de cannabis sans le punir.

Diffusion de l'interdiction

Au xix^e siècle, l'Égypte (1868), la Turquie ottomane (1877) et la Grèce (1890) interdisent le cannabis récréatif. Ces politiques font à l'époque figure d'exception. Ailleurs, le droit ne se préoccupe ni du chanvre indien ni des autres drogues. Cette indifférence perdure jusque dans les années 1910. La consommation de cannabis en Europe et en Amérique est alors marginale, mais dans l'imaginaire collectif, il est associé à l'opium, à la cocaïne et à l'héroïne. Plusieurs États occidentaux choisissent alors de soumettre ce produit à un régime prohibitif.

La France est précurseur en la matière. Une loi du 12 juillet 1916 y interdit le cannabis non médical. À la même époque, des législations comparables sont votées aux États-Unis, d'abord

à l'échelle de certains États fédérés (Californie en 1915, Texas en 1919, Louisiane en 1924...), puis au niveau fédéral (*Marijuana Tax Act* de 1937), au Canada (1923), et dans de nombreux pays européens (le Royaume-Uni en 1928, l'Allemagne en 1929...).

Ces politiques nationales, qui trouvent une justification dans la dynamique prohibitionniste internationale, contribuent à renforcer ce mouvement à l'échelle mondiale. La volonté d'éradiquer l'usage du cannabis s'étend à l'ensemble de la planète. Il s'impose dans les colonies accédant à l'indépendance, parfois par adhésion idéologique des élites locales à l'idéal de tempérance, plus souvent par nécessité politique, comme condition de respectabilité des jeunes États sur la scène internationale. C'est ainsi que même dans les pays du Sud où le cannabis fait partie intégrante de la culture sociale ou religieuse depuis des siècles, comme le Maroc, l'Inde ou le Pakistan, l'interdiction s'est imposée en droit, sinon en pratique.



Aujourd'hui, presque tous les États du monde (190 sur les 193 reconnus par l'Organisation des Nations unies) sont partie prenante du régime international de contrôle des drogues. Ils sont à ce titre tenus juridiquement d'interdire la production, le commerce et l'usage de cannabis, à l'exception des opérations dont les finalités sont scientifiques, médicales ou industrielles.

Le droit international est affaire d'interprétation et les États disposent d'importantes marges de manœuvre dans sa mise en œuvre. Traditions juridiques nationales et spécificités culturelles locales déterminent fortement le traitement réservé aux producteurs, trafiquants et amateurs de cannabis. La prohibition mondiale se pense ainsi au singulier mais se décline au pluriel, à travers une variété de modèles nationaux inscrits sur un continuum qui s'étend de la répression la plus rigoureuse à une tolérance bienveillante.

Prohibition et répression

Historiquement, les politiques de suppression du cannabis ont recouru non seulement au droit fiscal et au droit médical pour en restreindre l'offre légale, mais également au droit pénal pour en sanctionner la production, le trafic et l'usage illicite. La répression fait partie des moyens que le droit international demande explicitement aux États de mobiliser dans leur lutte contre la drogue : ceux-ci doivent prévoir un « châtimement adéquat » en cas de transgression de l'interdit.

En théorie, le recours au droit pénal a pour objectif d'exprimer l'attachement de la société à l'égard de certaines valeurs, de dissuader la violation de certaines règles et, le cas échéant, de punir l'infracteur pour le mal commis et de le corriger afin qu'il ne réitère pas. En pratique, d'autres finalités moins avouables, comme la stigmatisation de certains groupes sociaux, déterminent parfois la décision d'incriminer tel ou tel comportement. Les politiques pénales destinées à mettre en œuvre la prohibition du cannabis ont servi cet objectif dans certains pays.

Aux États-Unis notamment, la criminalisation de l'usage et du trafic de marijuana a été conçue, dès l'origine, comme une croisade idéologique lourde d'arrière-pensées racistes. En témoigne la figure historique de Harry J. Anslinger. L'homme qui porta le projet d'interdiction fédérale du cannabis devant la Chambre des représentants en 1937 dirigea également, pendant plus de trente ans, le Federal Bureau of Narcotics, l'agence gouvernementale américaine de lutte contre les drogues.



Citation

Pour Anslinger, la prohibition du cannabis devait « protéger » la communauté blanche : « La plupart des fumeurs de marijuana sont des Noirs, des Hispaniques, des Philippins et des artistes. La marijuana inspire leur musique diabolique, le jazz et le swing. La marijuana incite les femmes blanches à avoir des relations sexuelles avec des Noirs. »

Aux fantasmes racistes s'ajoute, dans les années 1960, le souci politique de disposer de leviers efficaces pour contenir

les mouvements pacifistes et libertaires. Quand la marijuana devient un symbole de la contre-culture sur les campus américains, sa pénalisation permet de marginaliser une jeunesse turbulente. La « guerre à la drogue » a ainsi été mise au service de la répression des usagers de cannabis à partir de la présidence de Richard Nixon, et plus encore dans années 1980, à la faveur de la révolution conservatrice portée par Ronald Reagan.

Nulle part l'instrumentalisation de la prohibition du cannabis à des fins punitives n'est plus évidente qu'aux États-Unis. Mais partout où le droit pénal a constitué l'outil privilégié de mise en œuvre de l'interdiction s'observent, à des degrés divers, des effets symboliques et institutionnels comparables. Au-delà des peines d'amende et de prison, le caractère infamant de la sanction criminelle permet la disqualification sociale d'individus en raison de leurs pratiques culturelles, et donne l'opportunité à l'appareil d'État d'étendre son activité de contrôle sur certaines parties de la population.

Interdire sans punir

Si les États sont tenus de faire cesser les entorses au régime international de contrôle des drogues en recourant au droit pénal, ils restent néanmoins libres de déterminer le degré de sévérité des sanctions applicables. Dès lors, si l'interdiction du cannabis est inscrite dans le droit de la plupart des nations, la transgression de cette prohibition n'est pas partout punie avec la même intensité. Il arrive même qu'elle soit traitée avec une relative indifférence par les autorités publiques.



Une stratégie communément mise en œuvre par certains États consiste à fermer les yeux sur des actes **En pratique** pourtant légalement répréhensibles. C'est le cas au Cambodge, en Inde, au Maroc, ou au Pakistan où, en dépit d'un droit théoriquement très répressif, les forces de l'ordre font preuve d'une évidente tolérance à l'égard des infractions mineures à la législation sur le cannabis. Cette indulgence se nourrit d'une part du caractère traditionnel et socialement

admis de l'usage de cette drogue, et d'autre part de modalités négociées d'application de la loi pénale, et d'un recours plus ou moins répandu au bakchich.

Mais ces pays du Sud où le cannabis fait historiquement partie intégrante de la culture ne sont pas les seuls à mettre en œuvre le principe prohibitionniste de manière non punitive. Dans plusieurs États occidentaux, des accommodements comparables existent à l'égard de pratiques dont on estime que la dangerosité est insuffisante pour justifier une coûteuse répression. Si le trafic de grande ampleur est toujours sanctionné, l'usage, la détention et la distribution de petite quantité de cannabis sont ainsi dépénalisés, selon des modalités juridiques variables, dans de nombreux pays européens, ainsi qu'en Amérique et en Océanie.



Définition

La dépénalisation donne lieu à l'adoucissement de la sanction pénale prévue pour la commission d'un acte tout en maintenant le caractère illégal de ce dernier. En matière d'usage de drogue, la dépénalisation consiste généralement à réduire la peine à une contravention, voire à lui substituer un avertissement informel. On distingue la dépénalisation *de jure*, qui consiste à réduire les sanctions pénales par voie législative, et la dépénalisation *de facto*, lorsque, pour des raisons institutionnelles variées, une infraction n'est pas sanctionnée à la mesure de ce que prévoit la loi.

En Europe, les Pays-Bas constituent un exemple emblématique de dépénalisation du cannabis. La détention et la vente de cette drogue y sont illégales mais néanmoins tolérées en *coffee shops*. Ces établissements, officiellement de simples boutiques de café, voient leur activité officieuse rigoureusement encadrée ainsi que l'illustrent les règles qui leur sont applicables :

- » autorisation nécessaire de la mairie pour ouvrir une boutique ;
- » possibilité pour les autorités de restreindre l'accès aux seuls résidents ;
- » défense de vendre ou de consommer d'autres drogues sur place ;

- » interdiction de la publicité et des vitrines ostentatoires ;
- » possibilité de fermeture immédiate en cas de troubles à l'ordre public ;
- » accès interdit aux personnes de moins de 18 ans ;
- » transactions limitées à 5 grammes par personne et par jour ;
- » stock en boutique inférieur ou égal à 500 grammes.

De manière générale, une priorité basse est assignée à la poursuite des infractions à la législation sur le cannabis dans de nombreux pays. Il en résulte une dépénalisation *de facto* de cette drogue.

La détention de petite quantité de cannabis n'est souvent plus considérée comme un délit (Allemagne, Australie, Colombie, Portugal...). Sa culture à des fins de consommation personnelle est parfois également tolérée (Italie...), y compris quand elle est organisée de manière collective sous l'égide d'associations à but non lucratif : les Cannabis Social Clubs ont ainsi accédé à une reconnaissance quasi officielle en Espagne et au Mexique. Ce n'est pas le cas en France où un régime d'interdiction intégrale perdure.

La prohibition à la française

Dès 1916, le législateur français soumet le haschich, à l'instar de l'opium et de la cocaïne, à une rigoureuse réglementation prohibitionniste. « Ceux qui auront usé en société desdites substances ou en auront facilité à autrui l'usage » sont désormais passibles de prison.

Une inflexion médicale est donnée à cette approche répressive quand, en 1953, est introduite la possibilité d'imposer des mesures de sûreté curative aux toxicomanes. À partir des années 1970, cette logique sanitaire s'installe, en apparence, au cœur de la politique de lutte contre les drogues. Le droit, qui s'abstient de distinguer entre les types de produits et les formes d'usage, prétend à la fois réprimer le trafic de cannabis

et désintoxiquer les consommateurs de ce produit. En pratique, l'arsenal pénal établi a surtout permis de les punir massivement.

Soigner plutôt que punir

Fruit d'une panique morale entretenue par les médias qui firent leurs choux gras du « fléau de la drogue » à la fin des années 1960, la loi du 31 décembre 1970 constitue le socle juridique qui détermine, aujourd'hui encore, la réponse des autorités publiques à la consommation de cannabis. Conçu comme rempart symbolique contre les drogues, ce texte est dominé par une préoccupation de resocialisation des déviants. Empreint de paternalisme, l'esprit de la loi de 1970 est sans ambiguïté : le drogué est un délinquant, mais c'est avant tout un malade que les auteurs de la loi prétendent « guérir ». Les députés n'envisagent sa punition qu'avec « une extrême prudence », sous la contrainte de la nécessité « si l'on ne peut obtenir de résultats par une voie moins coercitive ».



En droit

La primauté accordée au soin se traduit notamment par la possibilité offerte au consommateur de cannabis d'échapper aux poursuites judiciaires en s'engageant dans une démarche thérapeutique. L'article L3423-1 du Code de la santé publique dispose que « l'action publique n'est pas exercée à l'égard des personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants lorsqu'il est établi qu'elles se sont soumises, depuis les faits qui leur sont reprochés, à une mesure de soins ou à une surveillance médicale adaptées ».

Sur l'ensemble du territoire, des consultations gratuites et confidentielles sont proposées dans des centres spécialisés pour prendre en charge les addictions au cannabis. Les consommateurs rétifs à ce type d'accompagnement peuvent, par ailleurs, se voir imposer par la justice une injonction thérapeutique, une mesure qui vise à les libérer de l'emprise la drogue par l'entremise d'un soin médical obligatoire. Les juges peuvent également ordonner aux usagers de cannabis de suivre un stage de sensibilisation aux dangers des produits stupéfiants, afin de

leur faire prendre conscience des dommages individuels et des incidences sociales de leur comportement.

Ces dispositifs de rééducation n'ont malheureusement pas tenu leurs promesses. L'injonction thérapeutique est sans objet pour les millions d'utilisateurs de cannabis qui ne sont pas dépendants, et inefficace pour répondre à la détresse des usagers problématiques : son caractère coercitif est en effet peu propice à une désintoxication durable, laquelle requiert l'adhésion du toxicomane. Quant au stage de sensibilisation aux dangers des stupéfiants, les études démontrent qu'il ne convainc pas ceux qui y sont condamnés. Devant la faiblesse de ces résultats, on a progressivement abandonné l'idée d'une justice prophylactique qui soignerait la « déviance pathologique » des consommateurs de cannabis en les soumettant, de gré ou de force, à des mesures d'accompagnement.

Le traitement pénal des usagers, envisagé en son temps presque à regret par le législateur, a connu une destinée plus favorable.

Le traitement pénal

Portée par une ambition sanitaire, la loi de 1970 contenait, sans les valoriser, les ressources nécessaires à une rigoureuse pénalisation des consommateurs de cannabis. L'incrimination de l'usage de stupéfiants était conçue comme un « filet de sécurité » destiné à venir en aide aux toxicomanes refusant le traitement médical. Les parlementaires, confiants dans le dispositif thérapeutique mis en place, avaient estimé à l'époque que la sanction de l'usage resterait exceptionnelle. L'arme pénale devait en revanche permettre de contenir « l'épidémie » en mettant hors d'état de nuire les drogués susceptibles de transmettre leur vice : l'usager prosélyte et l'usager revendeur font ainsi l'objet d'un traitement juridique particulier.



En droit

Le Code de la santé publique punit l'usage illicite de stupéfiants d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende (article 3421-1). La présentation sous un jour favorable de la consommation de cannabis est

pour sa part un comportement passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (article 3421-4). Lorsque ce délit constitue une provocation directe à l'usage et est commis dans des établissements d'enseignement ou à leurs abords, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende. Quant aux consommateurs partageurs ou aux petits « dealers » qui cèdent, à titre onéreux ou gratuit, du cannabis à une personne en vue de sa consommation personnelle, ils risquent cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (article 222-39 du Code pénal).

En 1970, les députés et les sénateurs se voulaient implacables à l'égard des trafiquants, qualifiés lors des débats parlementaires de « marchands de mort ». Le Code pénal punit ainsi de la réclusion criminelle à perpétuité le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet le trafic de stupéfiants. La production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession ou l'acquisition de cannabis sont également passibles de lourdes sanctions (article 222-35 et suivants du Code pénal). Le spectre large de ces infractions augmente significativement le risque pénal pour les consommateurs. En effet, l'usage de drogue ne se conçoit guère sans sa détention, son achat, voire sa production. Or, ces agissements sont sévèrement réprimés. Ainsi l'usager de cannabis commet-il nécessairement des actes d'achat ou de détention de stupéfiants, lesquels sont théoriquement punissables de dix ans de prison. Quant à l'horticulteur amateur qui cultive sa plante, il encourt une peine de réclusion criminelle de vingt ans de prison.

Cet arsenal pénal a été durci, depuis deux décennies, par des réformes procédurales qui alignent peu ou prou le régime applicable aux infractions en matière de stupéfiants sur celui des crimes terroristes. Ainsi, la détention d'un gramme de cannabis peut-elle justifier une garde à vue de 96 heures sans intervention de l'avocat avant la 72^e heure. Contrairement au droit commun, les perquisitions de nuit sont autorisées en cas de suspicion de trafic. Enfin, pour mener leurs enquêtes, les agents de police judiciaire ont la possibilité d'acquérir

et d'organiser la vente de drogue sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Ces dispositifs, qui révèlent l'existence d'une procédure d'exception, ont fait le lit de la dérive répressive qui frappe aujourd'hui certains consommateurs de cannabis.

Une dérive répressive

L'échec du projet sanitaire, qui justifia en son temps l'incrimination de la consommation de stupéfiants, aurait pu amener à remettre en question la pénalisation de ce comportement. C'est finalement le contraire qui s'est produit. Le système judiciaire s'est progressivement concentré sur la sanction en espérant que la fonction dissuasive de la peine suffirait à mettre en œuvre l'objectif d'éradication des drogues porté par la loi. La répression des usagers de cannabis est ainsi devenue de plus en plus massive.



Entre 1990 et 2019, le nombre d'infractions à la législation sur les stupéfiants enregistrées par les services **En chiffres** de police et de gendarmerie a été multiplié par 7 (212 939 affaires en 2019). Dans plus de 90 % des cas, ces affaires concernent des consommateurs de cannabis. À la hausse des interpellations correspond une hausse des condamnations pénales : dans la grande majorité des cas, l'usager de cannabis est condamné à une peine d'amende, et plus rarement à une peine d'emprisonnement (12 % des condamnations pour usage en 2015).

Cette hausse de la répression a deux causes. D'une part le choix politique d'apporter une réponse pénale systématique à la consommation de cannabis pour éviter le sentiment d'impunité ressenti par les consommateurs. D'autre part une gouvernance administrative qui encourage les forces de l'ordre à « faire du chiffre » sur le dos des usagers de cannabis. Interpeller un consommateur vaut en effet résolution d'une affaire et contribue ainsi mécaniquement à améliorer le taux d'élimination des unités de police. La Cour des comptes a ainsi pu relever que « l'action des services de sécurité publique au cours des dernières années en matière de produits stupéfiants a été

marquée par la priorité accordée, dans une approche essentiellement statistique, à la répression de la consommation ».

En dépit de l'accentuation de la répression, seule une petite partie des consommateurs est interpellée par la police, et parmi elle, une part encore plus réduite est effectivement sanctionnée. Reste que jamais la justice n'a autant poursuivi les usagers de cannabis. Et comme tous les contentieux de masse, cette action répressive mobilise d'importants moyens opérationnels. Afin d'accélérer ces procédures et d'en réduire le coût, le législateur a confié à la police le soin de distribuer aux consommateurs des « amendes forfaitaires délictuelles » inscrites au casier judiciaire sans qu'il soit nécessaire de passer par le juge, tout en laissant intacte la possibilité d'une poursuite devant le tribunal correctionnel. Adoptée en 2020, cette réforme illustre l'abandon de toute ambition sanitaire dans le traitement, désormais essentiellement punitif, réservé aux usagers de cannabis.



En chiffres

En 2019, une étude du Conseil d'analyse économique estimait que 90 % de la dépense publique consacrée à la lutte contre l'usage et le trafic de cannabis en France était attribuée à la répression, les 10 % restants étant répartis entre le soin, la prévention et la recherche.

Le tournant répressif semble n'avoir eu aucun effet dissuasif sur les consommateurs. Confirmant les comparaisons internationales qui mettent en lumière l'absence de corrélation entre la sévérité du droit applicable et la prévalence de l'usage de drogues illicites, les enquêtes épidémiologiques indiquent que la consommation de cannabis atteint en France des niveaux très élevés par rapport à d'autres pays européens qui mettent en œuvre des politiques plus tolérantes. Ce « paradoxe français » explique que la légalisation ne soit désormais plus considérée comme une hypothèse farfelue, mais bien comme une piste à explorer sérieusement.

Chapitre 3

La légalisation du cannabis en marche

A lors que la légalisation du cannabis est exclue par le droit international, la réforme est en marche et le dogme prohibitionniste est menacé. C'est par le biais de sa réintroduction dans la gamme des thérapeutiques autorisées, sous l'influence d'usagers militants, que cette drogue a retrouvé une forme de licéité dans de nombreux pays. Cette autorisation à des fins médicales semble ne devoir être qu'une étape dans un mouvement de libéralisation plus général, ainsi que l'illustrent les expériences de légalisation qui se sont récemment multipliées sur le continent américain.

Les acteurs de la légalisation

Les forces sociales qui contribuent à faire avancer l'idée d'une légalisation du cannabis sont extrêmement variées. S'y côtoient des organisations non gouvernementales, des fondations de riches donateurs, des associations de professionnels ou d'usagers, des intellectuels et des activistes autonomes, qui agissent à diverses échelles, transnationale, nationale, ou locale. Ces acteurs produisent des argumentaires hétérogènes, relevant de registres différents, et aboutissant à des recommandations parfois opposées. Il n'est pas facile de

cartographier cette galaxie. Les frontières sont incertaines entre la communauté des experts, qui revendique une rigoureuse neutralité scientifique, et les groupes de la société civile qui assument, à un titre ou un autre, une parole plus politique du fait de leurs convictions ou de leurs intérêts.

Les experts

Les réserves scientifiques exprimées sur la pertinence de l'interdiction du cannabis ne datent pas d'hier. En 1894, la Commission sur le chanvre indien rendait déjà, à la demande de la Chambre des communes britanniques, la première et sans doute l'une des plus exhaustives études consacrées au cannabis et à ses usages dans le sous-continent indien. La prohibition, qui n'était à l'époque qu'un vague projet porté par quelques parlementaires de la Couronne, y est disqualifiée au profit d'une réglementation destinée à encadrer légalement la production et la distribution de cannabis dans la colonie britannique.

Depuis ce rapport, de nombreuses études ont été commanditées par les gouvernements nationaux pour évaluer la pertinence de la prohibition : rapport La Guardia (New York, 1944), rapport Wootton (Royaume-Uni, 1969), rapport Baan (Pays-Bas, 1972), rapport Le Dain (Canada, 1972)... La plupart de ces travaux ne se prononcent pas sur la pertinence d'une légalisation du cannabis, mais ils insistent en général sur sa relative innocuité et suggèrent, dans leur majorité, que son usage soit dépénalisé.

La France n'est pas en reste. Depuis le rapport rédigé en 1978 par Monique Pelletier, qui considérait comme injustifiés tant la prison que le traitement médical pour le consommateur de cannabis, plusieurs comités et missions *ad hoc* ont suggéré un assouplissement du droit en vigueur : Avis du Comité consultatif national d'éthique (1994), Rapport de la Commission de réflexion sur la drogue et la toxicomanie, dit rapport Henrion (1995), Rapport au secrétariat d'État à la Santé sur la dangerosité des drogues, dit rapport Roques (1999), Rapport « Vaillant » sur la légalisation contrôlée du cannabis (2011), Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (2016)...



Citation

Dans un avis rendu le 8 octobre 2016, la Commission nationale consultative des droits de l'homme « recommande la décriminalisation du seul usage des produits cannabiques, dont la spécificité est pointée par de nombreux rapports et études ».

Cette littérature grise, vite rangée au fond des tiroirs par une classe politique peu désireuse de s'atteler à une réforme qu'elle estime impopulaire, reflète une opinion très largement partagée par la communauté scientifique et médicale : si les dangers de l'usage de cannabis, notamment chez les plus jeunes, ne doivent pas être sous-estimés, la réponse institutionnelle qui articule interdit et répression est contre-productive tant sur le plan sanitaire que sur le plan sécuritaire. Sans surprise, ce constat, souvent relayé sous forme de tribunes dans la presse généraliste et les journaux spécialisés, est partagé par les collectifs d'usagers qui militent pour une évolution du droit.

Les militants

Les militants de la légalisation ont des profils variés : hippies désobéisseurs, poètes inspirés, médecins engagés, patients adeptes de l'automédication ou juristes experts. Ils se prévalent souvent d'un savoir expérientiel, admettent parfois ouvertement l'usage, la détention, voire la production de cannabis, et revendiquent le droit de ne pas être puni pour ces actes. Ces militants sont à l'origine d'une contre-culture cannabique qui célèbre la plante, étudie les évolutions de son statut juridique aux quatre coins du monde, et promeut des bonnes pratiques d'usage et de production. Ce savoir d'usager-expert, qui verse parfois dans le prosélytisme, est diffusé dans des publications underground et sur de multiples sites Internet.

La communauté des militants pro-cannabis a son panthéon d'activistes, ses congrégations et ses querelles de chapelles. Certaines figures iconiques ont une réputation qui dépasse les frontières de leur pays (par exemple l'Américain Jack Herer). Les rituels contestataires se sont mondialisés (la *Global Marijuana March* est organisée le premier samedi de mai dans

plusieurs dizaines de pays) et les organisations antiprohibitionnistes sont intégrées à des réseaux internationaux (par exemple l'International Drug Policy Consortium). Mais la lutte, qui passe notamment par l'élaboration de stratégies judiciaires et politiques, s'inscrit le plus souvent dans un cadre national.

L'Appel du 18 joint

En France, l'« Appel du 18 joint » publié en 1976 par le quotidien *Libération* constitue l'événement fondateur de ce militantisme qui défend les droits des consommateurs de cannabis. Signé par des personnalités du monde du spectacle, des intellectuels et des médecins (parmi lesquels Gilles Deleuze, Bernard Kouchner, Edgar Morin...), ce manifeste réclamait « la dépénalisation totale du cannabis, de son usage, sa possession, sa culture (autoproduction) ou son introduction sur le territoire français en quantité de consommation courante ».

Reprenant l'idée de cet appel, le Collectif d'information et de recherche cannabique (CIRC) organise, tous les 18 juin, des rassemblements dans diverses villes de France, pour réclamer la légalisation du cannabis. S'y retrouvent sympathisants et militants acquis à la cause de la légalisation, un groupe dont le noyau dur augmente depuis quelques années, à en croire la multiplication des associations défendant cette cause.

Les industriels

Une catégorie d'acteurs économiques, intéressée celle-ci par les revenus que peut générer le marché légal du cannabis, s'est également impliquée en faveur de la légalisation. Contrairement aux trafiquants, qui profitent de l'interdit, ces entrepreneurs exploitent les espaces étroits de liberté commerciale dont ils disposent et s'efforcent de les élargir.

Dès les années 1970, la vente de papier à rouler, pipes et autres gadgets destinés aux consommateurs de marijuana finançait les organisations américaines militant pour la sortie de la prohibition. Ce commerce, licite à défaut d'être honorable, s'est depuis développé autour de la vente de matériel

permettant la culture de cannabis (notamment en intérieur) et de graines sélectionnées, graines dont la vente est autorisée mais la germination interdite. Par intérêt bien compris, les entreprises de ce secteur sponsorisent actions militantes et publications pro-légalisation.



À savoir

De nouvelles sociétés, positionnées sur le créneau du cannabis légal dans les États qui en autorisent l'usage médical, et plus rarement récréatif, optent pour des formes de lobbying plus technocratiques. À la recherche de nouveaux marchés, ces entreprises cherchent à influencer les gouvernements réticents à s'engager dans un assouplissement de leur droit. Elles sont accompagnées par des sociétés de conseil et des cabinets d'avocats qui produisent rapports et argumentaires conférant une onction de crédibilité à l'hypothèse d'une légalisation prochaine du cannabis dans un nombre croissant de pays. À ce jour, ce lobbying apparaît bien moins puissant que celui existant dans d'autres secteurs, comme l'alimentation, le vin ou l'automobile...

En France, cette dynamique entrepreneuriale en faveur d'une réglementation plus accommodante s'illustre dans l'action du jeune Syndicat professionnel du chanvre. Réunissant producteurs et industriels, cet organisme cherche à redéfinir la frontière séparant les domaines du chanvre industriel (licite) et du cannabis psychoactif (illicite). Cette stratégie, qui consiste à développer de nouveaux produits non psychotropes à partir du cannabis (la détente sans l'ivresse, l'herbe sans la défonce) pour lui conférer une respectabilité nouvelle, a déjà conduit certaines boutiques à proposer à la vente de l'huile de CBD et des fleurs de chanvre à faible teneur en THC. Ce commerce, dont la légalité a été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt Kanavape, C-663/18, 19 novembre 2020), contribue à modifier le regard de la société sur le cannabis, y compris celui des hommes et des femmes politiques.

Les politiques

La domination de l'idéologie prohibitionniste a longtemps contribué à donner au cannabis une aura si sulfureuse que sa légalisation était, jusqu'à une date récente, politiquement inconcevable. La dépénalisation de l'usage de cette drogue a en revanche été officiellement envisagée et parfois mise en œuvre dans certains États à partir des années 1970. Supportée par des hommes politiques de premier plan (par exemple le président Jimmy Carter aux États-Unis, ou le Premier ministre Pierre Trudeau au Canada), cette approche a cédé le pas à des positions plus intransigeantes à partir des années 1980.

À cette époque, l'internationalisation de la « guerre à la drogue » et l'instrumentalisation électorale des questions de sécurité se sont accompagnées, dans de nombreux pays, d'une dramatisation des risques liés à l'usage et aux trafics de cannabis peu propice à l'expression de positions réformatrices sur ce sujet.

Dans les années 1990, quand l'épidémie de sida et son lourd bilan humain imposèrent la réduction des risques comme nouvel horizon de la politique des drogues, la possibilité d'une légalisation du cannabis a commencé à être envisagée dans plusieurs pays. Cette idée a souvent été portée par des outsiders cherchant à se faire remarquer dans le débat public ou par des personnalités politiques en fin de carrière. Mais le cadre contraignant du droit international et l'autorité de la doxa prohibitionniste ont longtemps cantonné cette perspective à une hypothèse d'école.



À savoir

En France, la légalisation du cannabis reste une question politique de second ordre. Les écologistes et le Parti radical de gauche sont les seuls à avoir historiquement défendu le principe d'une telle réforme, accueillant ponctuellement sur leurs listes des militants antiprohibitionnistes. Quelques hommes politiques de premier plan, de gauche (Daniel Vaillant) comme de droite (Alain Madelin), se sont engagés avec force sur le sujet, mais sans jamais réussir à mobiliser leur parti derrière eux. Longtemps taboue, la

possibilité d'une sortie de la prohibition du cannabis sert désormais de signe de distinction aux uns, d'épouvantail aux autres, mais elle ne semble pas être d'actualité.

Cette situation n'est pas propre à la France. Confrontés à la difficulté de faire advenir des coalitions partisans à même de faire avancer la cause de la légalisation du cannabis, certains acteurs politiques ont choisi de déplacer le débat sur la scène transnationale. La Global Commission on Drug Policy qui réunit, en dehors de tout mandat officiel, plusieurs anciens chefs d'État, des hauts-fonctionnaires internationaux et des experts de premier plan, et quelques icônes culturelles, plaide depuis une décennie pour une réforme des politiques des drogues et pour une régulation du marché du cannabis.

Le grand retour du cannabis médical

Longtemps marginalisés, les acteurs de la cause antiprohibitionniste ont trouvé, dans les propriétés thérapeutiques du cannabis, un argument de poids pour faire avancer leur combat. La confirmation scientifique de l'intérêt de cette plante dans le traitement de certaines pathologies graves a été l'occasion d'attirer l'attention sur l'existence de consommateurs ne présentant aucune des caractéristiques inquiétantes traditionnellement assignées aux « drogués ». Ces malades au profil respectable ont développé un argumentaire compassionnel réclamant la fin de la répression dont ils étaient victimes ainsi qu'un accès sécurisé à leur médicament. Initié par quelques pionniers américains, le mouvement de légalisation du cannabis médical a conquis de très nombreux pays. La France, qui a longtemps résisté à cette évolution, pourrait bien leur emboîter le pas.

Les pionniers américains du cannabis médical

C'est aux États-Unis que la réintroduction du cannabis dans l'ordre des remèdes autorisés a été initiée. Il est remarquable que ce processus trouve son origine non dans une décision des

autorités médicales, mais dans l'action politique des patients et de leurs proches. Avec le concours d'organisations antiprohibitionnistes, des malades souffrant du glaucome, du cancer et du sida ont mené, à partir des années 1980, un travail de sensibilisation auprès des responsables politiques et de l'opinion publique pour faire valoir le bénéfice thérapeutique qu'ils tiraient de la consommation de cannabis. Des protocoles expérimentaux autorisant quelques patients à accéder à de la marijuana ont été mis en place. Mais c'est finalement à coups de référendums d'initiative populaire qu'ils ont obtenu gain de cause, d'abord en Californie puis dans la majorité des États américains.

Le Compassionate Use Act

En 1995, les citoyens californiens se sont prononcés, dans le cadre d'un référendum, sur la Proposition 215. La question mise au suffrage suggérait, d'une part, que l'incrimination pénale de la culture et de la possession de marijuana ne s'applique pas aux patients (et à leurs soignants) à qui un médecin avait recommandé l'usage de cannabis, et d'autre part, que les médecins disposent de la faculté de recommander l'usage de marijuana à des fins thérapeutiques. Également connue sous le nom de Compassionate Use Act, la Proposition 215 fut approuvée par plus de 55 % des citoyens californiens.

En dépit d'une contradiction évidente avec le droit fédéral, la réforme californienne a ouvert une brèche et servi d'exemple. En 2021, plus de 35 États américains (sur 50) avaient mis en place des dispositifs d'accès au cannabis thérapeutique, et 13 autorisaient la consommation de préparations à base de CBD (cannabinoïde non enivrant) à des fins médicales.

Souvent imposée par voie référendaire, l'évolution législative a parfois été contrainte par des tribunaux faisant droit à la demande de malades. Tel a été le cas au Canada où les plus hautes juridictions se sont abstenues de reconnaître l'existence d'un « droit » à l'usage de cannabis thérapeutique mais ont en revanche décidé qu'une telle consommation ne pouvait être sanctionnée pénalement sans porter atteinte aux « principes de justice fondamentale ». Les juges ont ainsi contraint

le gouvernement canadien à établir, dès 2001, un système conférant à certains patients la possibilité de détenir légalement du cannabis et d'en produire, individuellement ou par procuration, à des fins personnelles.

La généralisation de l'accès au cannabis médical

Les mouvements de patients en faveur d'un accès au cannabis médical ont suscité un regain d'intérêt scientifique pour cette plante. Confirmées par la communauté médicale, ses vertus thérapeutiques ont justifié, en retour, de nouvelles expérimentations juridiques. En 2001, Israël a franchi le pas. Les Pays-Bas ont suivi en 2003, puis d'autres pays comme la Suisse, la République tchèque, l'Australie et l'Allemagne. Au cours des vingt dernières années, des dizaines d'États, dont la plupart des pays de l'Union européenne, ont autorisé l'usage de cannabis à des fins médicales.

Les formes prises par la légalisation du cannabis thérapeutique varient d'un lieu à l'autre. S'agissant des produits autorisés, certains États n'acceptent que les médicaments à base d'extraits de cannabis ou de cannabinoïdes de synthèse à l'exclusion de préparations faites à partir de la plante entière. D'autres admettent au contraire l'usage et la distribution d'herbe séchée, d'herbe fraîche ou d'huile, pour répondre aux demandes des malades qui évoquent l'existence d'un effet d'entourage : la combinaison des substances de la plante aurait un effet médical plus important que les molécules isolées qui en sont extraites.

La prescription de produits pharmaceutiques à base de cannabinoïdes ne présente pas de spécificité particulière dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une approbation au terme d'une évaluation scientifique par une autorité nationale de réglementation. Mais la délivrance de préparations médicamenteuses à partir de la plante ou d'herbe brute soulève en revanche des difficultés qui tiennent à l'illicéité du cannabis. Dans les États les plus restrictifs, la réglementation se limite à admettre la nécessité médicale comme moyen de défense en cas de poursuites engagées contre un patient. D'autres pays, plus libéraux, donnent la faculté aux

médecins de recommander librement l'usage de cannabis. La prescription de cannabis est parfois limitée à certaines pathologies ou subordonnée à l'avis de deux médecins.

Les règles de production et de distribution de la plante diffèrent également selon les pays. L'autorisation de l'autoproduction côtoie souvent des systèmes de licences qui confient à des sociétés privées le soin de produire du cannabis médical à une échelle industrielle en respectant un cahier des charges précis. La question, très politique, ne se pose pas encore en France où le cannabis médical peine à voir le jour.

Le cannabis médical en France

Le cannabis médical n'est pas totalement inconnu du droit du médicament français. Une autorisation de mise sur le marché pour le Sativex®, un spray sublingual composé d'extraits de chanvre indien, a été délivrée en 2014 par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). Mais cette autorisation reste pour l'instant purement théorique : ce médicament demeure indisponible faute d'accord sur son prix de vente entre le Comité économique des produits de santé et le laboratoire qui le produit.

Le caractère insatisfaisant de la situation a été souligné en 2018 par la ministre de la Santé, Mme Agnès Buzyn, qui a reconnu le retard français en la matière. Depuis cette intervention, un Comité scientifique sur « l'évaluation de la pertinence et de la faisabilité de la mise à disposition du cannabis thérapeutique en France » a été établi. Il a rendu ses conclusions qui recommandent, entre autres, d'expérimenter la mise à disposition de fleurs séchées de cannabis pour toute une série d'indications relevant notamment de la neurologie ou encore des soins palliatifs.



En droit

La loi de financement de la Sécurité sociale 2020 prévoit qu'« à titre expérimental, pour une durée de deux ans, l'État peut autoriser l'usage médical du cannabis sous la forme de produits répondant aux standards pharmaceutiques ».

En dépit de ces signaux politiques forts, le calendrier officiel de l'expérimentation annoncée a rapidement pris du retard. Elle ne devrait concerner, en tout état de cause, que 3 000 patients, et rien ne garantit qu'elle sera pérennisée. Ainsi, la réglementation française aujourd'hui applicable aux patients qui font ou pourraient faire usage de cannabis thérapeutique n'est autre que le droit commun, particulièrement répressif, des stupéfiants.



En pratique Les malades les mieux informés contournent l'obstacle en s'approvisionnant dans des officines étrangères grâce à une prescription médicale de leur médecin français. Les moins chanceux sont condamnés à des peines de prison pour avoir cultivé leur propre cannabis ou pour se l'être procuré sur le marché illégal. Quant au plus grand nombre de ceux qui pourraient bénéficier de cette thérapeutique, ils en sont tout simplement privés. Inutile de dire que, dans ces conditions, la perspective d'une légalisation du cannabis récréatif, à l'instar des expérimentations menées dans certains pays, semble encore lointaine en France.

Le pari du cannabis récréatif

Au cours de la dernière décennie, l'interdiction du cannabis établie par le système international de contrôle des drogues a vacillé. Pour la première fois depuis son introduction, en 1925, le principe prohibitionniste a été formellement abandonné par plusieurs ordres juridiques, et non des moindres.

C'est en effet au cœur des États-Unis, le principal instigateur de la guerre contre la drogue, que plusieurs États ont décidé, contre le droit fédéral, de réglementer la production, la distribution et l'usage de cannabis à des fins récréatives. L'Uruguay a été pour sa part le premier État souverain à assumer, sur la scène internationale, de légaliser cette drogue. Ce petit pays d'Amérique du Sud a depuis été suivi par le géant canadien qui a établi un dispositif de régulation articulant logique de marché et impératifs de santé publique.

Les États-Unis, laboratoire de la légalisation

À l'instar de la légalisation du cannabis thérapeutique, c'est à l'occasion de référendums que le cannabis récréatif est sorti de la clandestinité au Colorado et dans l'État de Washington, en 2012. Ces deux votations ont donné lieu aux premières expériences de légalisation de cette drogue en dehors de tout cadre médical. Depuis, les initiatives populaires en ce sens se sont multipliées (Oregon, Alaska, Nevada, Californie, Massachusetts, Maine, Michigan...), et ce sont désormais une quinzaine d'États qui autorisent, selon des modalités variables, la production, la distribution et la consommation de cannabis à des fins récréatives pour les adultes.

Expression de la culture politique américaine, qui accorde un rôle central à la démocratie directe dans un cadre fédéral respectueux de l'indépendance des États et des expérimentations politiques locales, ce puissant mouvement de libéralisation soulève de redoutables problèmes juridiques.



En droit

La loi fédérale (Controlled Substances Act) interdit la production, le trafic et la détention de cannabis. Ce texte, par lequel l'État américain met en œuvre ses obligations internationales, entre en contradiction avec les expériences locales de légalisation, mais il ne les rend pas formellement illégales. En revanche, les autorités fédérales conservent le pouvoir de poursuivre et sanctionner, si elles le souhaitent, les acteurs de ces nouveaux marchés. L'administration centrale s'y est pour l'instant refusée, préférant une abstention prudente dès lors que le commerce de cannabis se conforme aux règles adoptées par les États.

Les dispositifs de régulation institués par les États américains qui ont franchi le pas de la légalisation ne sont pas tous identiques. Ils privilégient, dans leur majorité, un modèle marchand dont les acteurs privés sont les principaux protagonistes. La production, la distribution et l'usage de cannabis sont plus ou moins rigoureusement encadrés par les autorités publiques. La réglementation se donne pour objectifs

de protéger les mineurs, réduire la criminalité et, parfois, promouvoir la justice sociale tout en garantissant de substantielles recettes fiscales.

Il est trop tôt pour tirer un bilan des expériences de légalisation menées par les États américains mais les premières tendances se dessinent :

- » La consommation baisse chez les mineurs mais augmente chez les jeunes adultes à la faveur d'une normalisation sociale de l'usage et d'une diversification de l'offre de produits.
- » La répression pour usage et possession de cannabis a logiquement diminué, sans que se réduisent les disparités raciales dans les interpellations.
- » Sans conséquence adverse en matière de sécurité publique, la légalisation du cannabis n'a en revanche pas réussi à faire totalement disparaître le marché noir.

Sur le terrain économique, le succès est en revanche au rendez-vous. Une nouvelle filière industrielle a vu le jour, générant des revenus fiscaux significatifs pour les collectivités publiques et la création de nombreux emplois.



En 2020, le marché américain du cannabis légal (médical et récréatif) est estimé à 15 milliards de dollars. Il **En chiffres** fait travailler près de 250 000 personnes à temps plein.

Cette dynamique économique est reflétée dans l'engouement spéculatif pour les « valeurs cannabis » désormais cotées en Bourse à New York et Toronto. Elle nourrit également la crainte d'une concentration industrielle qui conférerait au lobby du cannabis (Big Cannabis), à l'instar de ceux de l'alcool et du tabac, une influence dangereuse sur les régulateurs du marché. Un risque que le gouvernement uruguayen est parvenu à éviter en optant pour une réglementation plus stricte.

L'Uruguay, premier État souverain à légaliser

Contrairement aux États-Unis, où les expériences de légalisation ont été, sauf exception (Vermont), le fruit de référendums

d'initiative populaire, l'Uruguay offre l'exemple d'une réforme pilotée par l'État. Dans un pays où l'usage de drogues était dépenalisé depuis les années 1970, mais où aucun programme d'accès au cannabis médical n'existait, le chef de l'État Pepe Mujica s'est appuyé sur certains acteurs de la société civile pour promouvoir une légalisation à laquelle l'opinion publique était majoritairement opposée. Expression d'un programme politique progressiste, cette réforme venant « du haut » a été menée au nom de la réduction des risques sanitaires et de la lutte contre le narcotrafic. Elle a été adoptée en 2013. L'Uruguay est alors devenu le premier État souverain à légaliser le cannabis récréatif.



En droit

Dans son rapport annuel de 2016, l'Organe international de contrôle des stupéfiants, qui est en charge de faire respecter la prohibition instituée par le droit international, a affirmé que la législation uruguayenne visant à créer un marché réglementé du cannabis était contraire aux dispositions des conventions internationales. Pour répondre à cette critique, l'Uruguay invoque la santé et la sécurité publiques, deux valeurs également protégées par le droit international, et menacées par le principe prohibitionniste.

Élevées au rang de priorité, la santé et la sécurité publiques relèguent au second plan les logiques marchande et budgétaire : les acteurs privés auxquels sont déléguées la production et la distribution de cannabis n'en extraient, pour l'instant, que de modestes profits, alors que l'État n'en tire pas de bénéfice fiscal. Un rigoureux contrôle étatique est en revanche institué sur le marché légal. Les consommateurs de cannabis ont ainsi l'obligation de s'inscrire dans un registre national et de choisir alternativement l'une des trois formes d'accès au marché légal proposées :

- » la vente en pharmacie, à un prix fixé par le gouvernement, d'herbe ayant une teneur en THC inférieure à 15 % ;
- » l'auto-culture individuelle, jusqu'à 6 plants par foyer dans la limite de 480 grammes par an ;
- » l'adhésion à un cannabis club, au sein duquel les adhérents cultivent collectivement les variétés de leur choix.



En chiffres

En 2019, sur une population de 3,5 millions d'habitants, l'Uruguay comptait officiellement 7 000 auto-cultivateurs, 119 cannabis clubs réunissant plus de 3500 membres, et 17 pharmacies vendant du cannabis à environ 36 000 usagers.

La rigueur du modèle de régulation uruguayen conduirait, selon certains, à alimenter un « marché gris » alimenté par la revente de cannabis préalablement acheté en pharmacie à des usagers refusant de s'enregistrer. Les écueils de la commercialisation à outrance ont en revanche été jusqu'à maintenant évités et il n'a pas été observé d'augmentation significative de la consommation depuis la légalisation.

Le Canada, géant de la légalisation

Le Canada est le second État, après l'Uruguay, à légaliser la production, la distribution et l'usage de cannabis à usage récréatif. Contrairement à son prédécesseur, dont l'influence sur la scène internationale est limitée, le poids économique (10^e puissance mondiale) et politique (le Canada est membre du G7) du géant nord-américain confère à cette réforme une importance particulière. Elle l'est d'autant plus que la prohibition canadienne a longtemps été particulièrement répressive. À la fin du xx^e siècle, près de 700 000 Canadiens (sur 30 millions d'habitants) avaient un casier judiciaire pour détention de cannabis.

Dans un contexte culturel nord-américain où le *pot* est très largement consommé, et où la légalisation du cannabis thérapeutique, au début des années 2000, a largement contribué à la normalisation sociale de cette drogue, la prohibition était de plus en plus contestée. Lors de la campagne des élections fédérales de 2015, le parti libéral s'est engagé à légaliser le cannabis récréatif. Le candidat Justin Trudeau, une fois élu, s'est attelé à la tâche. Au terme d'un processus approfondi d'étude et de concertation, le Parlement canadien a adopté la loi C-45 dont les éléments de langage font écho aux arguments antiprohibitionnistes, comme l'illustrent les objectifs assignés à la loi.



En droit

L'article 7 de la loi C-45 dispose que celle-ci « a pour objet de protéger la santé et la sécurité publiques, et notamment : de protéger la santé des jeunes en restreignant leur accès au cannabis ; [...] de permettre la production licite de cannabis afin de limiter l'exercice d'activités illicites qui sont liées au cannabis ; [...] de réduire le fardeau sur le système de justice pénale relativement au cannabis ; de donner accès à un approvisionnement de cannabis dont la qualité fait l'objet d'un contrôle ; de mieux sensibiliser le public aux risques que présente l'usage du cannabis pour la santé ».

La loi confie à l'administration fédérale le pouvoir de distribuer les licences de production et d'établir les normes sanitaires à respecter. Quant aux gouvernements provinciaux et territoriaux, ils sont pour leur part responsables des permis de distribution et des modalités de vente de cannabis, sous réserve du respect des conditions fédérales. Chaque province a ainsi élaboré sa propre réglementation. Et l'on distingue d'intéressantes variations : dans certaines provinces, on peut acheter dans des boutiques privées ; dans d'autres, notamment au Québec qui a adopté une ligne plus restrictive, la vente se fait exclusivement dans des magasins d'État ou bien en ligne. De même, le droit à l'autoproduction (jusqu'à quatre plants par foyer) prévu par la loi fédérale a été contesté par certaines provinces qui s'y sont opposées sur leur territoire.



À savoir

La légalisation du cannabis ne consiste pas simplement en une abrogation de l'interdit pesant sur ce produit. Elle requiert d'établir un nouveau cadre juridique. Au-delà des règles de droit pénal, qui visent à sanctionner le marché noir, la loi nouvelle établit des règles restreignant la promotion et réglementant la vente, l'étiquetage et les emballages. La loi définit également la nature des produits cessibles : du cannabis donc, sous forme d'herbe ou sous forme d'huile, mais également des « produits comestibles qui contiennent du cannabis ». En revanche, les produits canna-biques contenant de la nicotine, de la caféine ou de l'alcool éthylique sont interdits.

La légalisation canadienne est trop récente pour que l'on puisse en tirer les leçons, mais elle fait d'ores et déjà l'objet d'un suivi minutieux. Qu'il s'agisse des niveaux de consommation de la population, de la structuration du marché et des risques de concentration industrielle, des effets sur la criminalité et sur l'appareil judiciaire, l'ensemble des conséquences de la réforme sera étudié dans les années à venir. Sans préjuger du succès de cette expérience de régulation, on peut faire le pari qu'elle a, dans son principe, vocation à s'étendre à d'autres pays. En effet, la forte résilience du dogme prohibitionniste tenait, jusqu'à maintenant, à l'incertitude de ce que serait un monde où le cannabis récréatif serait licite... Les dispositifs d'évaluation et la littérature scientifique sur les expériences américaines de régulation vont contribuer à réduire considérablement cette incertitude en identifiant au plus près les enjeux de la légalisation.

Partie 2

Légalisation du cannabis, le pour et le contre



Dans cette partie...

Le choix de la légalisation du cannabis opéré récemment par plusieurs États, et celui de l'assouplissement de la prohibition dans de nombreux autres, confèrent à la perspective de réforme du droit français une évidente actualité. Il faut, dans ce contexte, s'interroger sur les divers arguments qui justifient une évolution de la loi ou, au contraire, s'y opposent. L'objet de cette deuxième partie est de procéder à l'examen raisonné et contradictoire des vertus et des limites de la prohibition et de la légalisation. La réglementation applicable au cannabis, qu'elle soit répressive ou libérale, met en branle un grand nombre d'institutions sociales. L'évaluation de tel ou tel modèle juridique requiert de s'interroger d'abord sur ses fondements éthiques et, ensuite, sur ses conséquences pratiques, tant sur le plan sanitaire que sécuritaire. Il convient enfin d'évaluer les importants effets économiques des différentes options politiques envisageables.

DANS CE CHAPITRE

La prohibition est-elle morale ?

L'incrimination de l'usage de cannabis est-elle conforme à la Constitution ?

La répression est-elle juste ?

Chapitre 4

Questions éthiques posées par l'interdiction

La prohibition présente une évidente dimension éthique. En intimant à l'ensemble des citoyens un certain type de comportement, le droit définit ce qu'est la vie bonne : une vie sans cannabis. Envisager un assouplissement de cette norme, sous la forme d'une dépenalisation de la consommation de ce produit, voire d'une légalisation de son commerce, requiert au préalable de porter un jugement de valeur sur ces conduites jusqu'alors interdites. Dans quelle mesure constituent-elles un mal, et le cas échéant, celui-ci justifie-t-il que l'État intervienne pour en empêcher la réalisation au prix d'une restriction des libertés individuelles et des choix de consommation privés ? Au-delà, il convient de s'interroger sur les enjeux collectifs de l'interdiction. La promotion d'une morale d'abstinence, pour autant que la majorité l'estime nécessaire, justifie-t-elle les processus de stigmatisation et de discrimination induits par sa mise en œuvre ? Enfin, la violation massive de la règle de droit constitue-t-elle un argument dans le débat éthique sur la légalisation du cannabis ?

Morale d'abstinence et liberté individuelle

L'abstinence constitue-t-elle une obligation morale justifiant l'interdit juridique qui pèse sur la consommation de cannabis ? Si, selon certains, la modification volontaire de ses états de conscience est un mal en soi, cette affirmation est difficile à démontrer. Le fondement moral de la prohibition de l'usage de cannabis est donc plus souvent recherché dans les conséquences jugées mauvaises de cette activité. La consommation de drogue menacerait l'intégrité physique et psychologique des personnes, et fragiliserait l'ordre social.

Origine et cohérence de l'idéal d'abstinence

Historiquement, cet argument doit beaucoup à la morale puritaine protestante et aux théories médicales de la « dégénérescence » qui se sont développées au XIX^e siècle. L'objectif d'abstinence repose sur l'idée que l'usage de produits psychotropes se mue nécessairement en abus. Seule une interdiction absolue est susceptible de briser le cercle vicieux de la toxicomanie.

Cette thèse a justifié la prohibition de l'alcool aux États-Unis (1919-1933). L'expérience s'étant révélée contre-productive, elle a été abandonnée, et c'est une morale sociale de la modération qui a succédé à celle de l'abstinence en matière d'alcool. Le centre de gravité de l'interdit s'est alors déplacé vers les produits classés comme stupéfiants.

Ce traitement différentiel entre substances licites et substances illicites devient problématique dès lors qu'à la faveur des progrès de la science, on découvre que les secondes ont une dangerosité moindre que les premières. C'est le cas du cannabis, dont les chercheurs en addictologie ont clairement établi qu'il était moins addictif et moins toxique que l'alcool, et qu'il ne constituait pas un « marchepied » vers des drogues plus dures (sur ces points, voir le chapitre 1). L'exigence de cohérence doit-elle dès lors conduire à autoriser la consommation de ce produit ?

Comparaison n'est pas raison : même si l'usage de cannabis se révèle généralement peu nocif, ne suffit-il pas qu'il soit nuisible dans certains cas, pour certains individus fragiles, pour justifier le maintien de l'interdit ? L'argument est fragile, car au-delà de l'atteinte à la cohérence de l'action publique, la pénalisation des consommateurs heurte de plein fouet un principe essentiel de la démocratie, celui d'autonomie de la personne humaine.

La liberté contre l'interdiction



Citation

Dans son influent essai *De la liberté* publié en 1859, John Stuart Mill estime que « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante ».

Dans le cadre du libéralisme politique qui caractérise les démocraties occidentales, l'incrimination de l'usage de cannabis est difficilement justifiable. Elle constitue en effet un « crime sans victime » dont le dommage est incertain et causé, le cas échéant, à l'auteur même de l'infraction. La pénalisation d'un tel comportement, à l'instar de celle du suicide ou des relations homosexuelles, est l'expression d'un paternalisme juridique qui malmène les libertés individuelles.

Ce débat sur la légitimité éthique de l'interdiction du cannabis n'est pas seulement théorique. Il a des conséquences directes sur la validité juridique de la loi.

La prohibition du cannabis est-elle légale ?

La question peut sembler incongrue au regard de la réalité de la répression des usagers de cannabis administrée au nom du droit par les forces de l'ordre et par les institutions judiciaires. Elle est pourtant tout à fait sérieuse.

Interdiction de l'usage et Déclaration des droits de l'homme

Il n'est pas illégitime de se demander si l'incrimination qui punit l'usage illicite de stupéfiants d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende (article 3421-1 du Code de la santé publique) est compatible avec la Constitution, notamment avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.



En droit

Texte fondateur de notre pacte républicain, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est incluse dans le bloc de constitutionnalité. Les lois, pour être valides, doivent en théorie respecter les principes qu'elle énonce. La Déclaration dispose que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (article 4) et que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (article 5).

Ces principes ne s'opposent-ils pas à ce que le législateur élève au rang d'infraction pénale passible d'une peine de prison le fait, pour une personne majeure, de fumer un joint dans l'intimité de son domicile ? Le Conseil constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question. On peut supposer que s'il était invité à le faire, il abrogerait l'article 3421-1 au motif qu'il porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Présentation sous un jour favorable et liberté d'expression

Il en va de même pour l'article 3421-4 du Code de la santé publique, qui dispose que la présentation sous un jour favorable de l'usage illicite de cannabis est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Conçue pour décourager le prosélytisme du consommateur de drogues, cette incrimination a un spectre d'action qui s'étend bien au-delà de ce simple cas de figure. C'est en effet l'ensemble des propos, publics et privés, de tout un chacun qui se trouve contraint par cette disposition législative. La loi pénale étant

d'interprétation stricte, l'article L3421-4 incrimine la description objective de tous les effets hédoniques et thérapeutiques du cannabis. Une telle règle semble bien peu compatible avec le principe de la liberté d'expression.



En droit

L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement ». La Convention européenne des droits de l'homme stipule pour sa part, dans son article 10, que « toute personne a droit à la liberté d'expression », et précise que ce droit « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques ».

Invités à se prononcer sur la légalité du délit de présentation sous un jour favorable de l'usage de cannabis, les juges du Conseil constitutionnel et ceux de la Cour européenne des droits de l'homme seraient probablement amenés à constater qu'il ne satisfait pas aux exigences de la hiérarchie des normes.

Sur le plan juridique, l'interdiction générale et absolue de l'usage récréatif de cannabis et l'incrimination de la présentation sous un jour favorable de ce comportement semblent difficilement justifiables, *a fortiori* à une époque de diversité culturelle et de permissivité morale accrues. Mais si la dépénalisation de la consommation personnelle de cannabis semble être une évolution souhaitable du point de vue de l'individu, qu'en est-il du point de vue de la société ?

Solidarité sociale et choix collectif

Lors du vote (à l'unanimité des votants) de la loi de 1970, l'incrimination de l'usage de stupéfiants était justifiée par les parlementaires sur le fondement du droit aux soins et à la santé, dont la contrepartie résidait dans le pouvoir d'imposer certaines limites à l'utilisation que chacun peut faire de son propre corps. La reconnaissance de la relative innocuité

du cannabis et le faible développement des dispositifs sanitaires destinés à venir en aide aux usagers problématiques affaiblissent, rétrospectivement, la portée de ce discours. L'argument a néanmoins le mérite de rappeler que les considérations de solidarité et de cohésion sociale doivent être sérieusement prises en compte dans la politique des drogues.

Le principe d'autonomie des personnes s'oppose à la pénalisation de l'usage individuel de cannabis, mais il ne requiert pas la légalisation de la production et de la distribution de cette drogue. Dans une démocratie libérale, rien ne s'oppose à ce que la loi, expression de la volonté nationale, interdise la production et la distribution de certains biens et services dont on estime, à un certain moment, qu'ils constituent un poison pour le corps social. Encore faut-il, pour que cette prohibition soit légitime, qu'elle soit soutenue par la majorité de la population. Dans le cas contraire, elle doit logiquement être abandonnée. C'est ce qui s'est passé dans de nombreux États américains où le processus de légalisation du cannabis résulte de référendums d'initiative citoyenne.

Une opinion publique divisée



À savoir

En France, l'opinion publique était jusqu'à une date récente massivement opposée à la dépénalisation de la consommation de cannabis (70 % en 2012 selon une enquête IFOP), mais le nombre de personnes favorables à une telle réforme croît régulièrement depuis.

En 2018, une autre enquête de l'IFOP dressait le portrait d'une opinion majoritairement convaincue de l'inefficacité de la politique prohibitionniste. Plus de 50 % des personnes interrogées (contre 40 % d'une opinion contraire) affirmaient alors être en faveur d'une régulation du marché du cannabis par l'État.

Selon un sondage CSA publié en janvier 2021, une forte majorité de la population française pense désormais que la politique de répression n'est pas « efficace pour lutter contre la

consommation de drogues » (66 %) et se dit favorable « à l'organisation d'un débat sur la politique des drogues » (82 %).

Sur la légalisation du cannabis, à l'instar de nombreuses autres questions de société, les Français semblent travaillés par un syndrome de division. L'opinion publique, longtemps cohésive sur le sujet, hésite désormais sur la réponse juridique à apporter à la massification de l'usage de cette drogue. Peut-on attendre de la prohibition qu'elle contribue au rétablissement d'un référentiel culturel commun au service de la définition d'une identité collective ? La norme juridique, en fixant les limites à ne pas dépasser, permet parfois de renforcer les sentiments d'appartenance à la communauté : communiant dans la condamnation de pratiques défendues, le corps social y gagne en cohésion. Il faut néanmoins prendre garde : le recours à l'interdit pénal constitue un outil de stigmatisation des comportements déviants à double tranchant.

(In)effectivité de la règle et inégalité devant le droit

La prohibition du cannabis dans l'ordre du droit n'a pas réussi à façonner les mœurs des citoyens européens et nord-américains. La prévalence importante des usages de cette drogue et la normalisation de cette consommation, confirmée par le traitement souvent complaisant que lui accordent les médias, témoignent d'un profond décalage entre la règle juridique et les usages sociaux. Mal respecté, l'interdit est par ailleurs sanctionné de manière différenciée selon les publics.

Un interdit mal respecté

Bien connu des juristes, le phénomène d'ineffectivité du droit ne justifie pas nécessairement que l'on renonce à l'interdit. Selon le sociologue Émile Durkheim, la violation du droit est un phénomène social normal, « une partie intégrante de toute société saine », et il ne prend une « nature morbide » que quand « il atteint un taux exagéré » (*Les Règles de la méthode*

sociologique, 1937). En ce cas seulement, le crime prend une dimension pathologique qui force la collectivité à réagir en modifiant les principes de son organisation par l'adaptation de sa morale et de son droit à la réalité sociale. Il importe, en conséquence, de décider si le non-respect de l'interdit du cannabis est aujourd'hui suffisamment massif pour justifier un assouplissement du droit.

À moins que la prohibition ait moins pour objectif l'éradication des drogues que la pénalisation des consommateurs et des trafiquants ? Il faudrait pour cela admettre que certains interdits servent avant tout à produire la dose de pénalité dont la société a besoin. Le professeur de psychiatrie américain Thomas Szasz est de cette opinion quand il affirme que la fonction de la criminalisation des stupéfiants est identique à celle des sacrifices rituels : selon lui, le cannabis et, par extension, ceux qui s'adonnent à sa consommation ou en font commerce serviraient de bouc émissaire (*pharmakos*) dans des sociétés modernes en voie d'émiettement, la stigmatisation de la drogue à laquelle on attribue tous les maux de la cité laissant espérer une purification de la communauté nationale.

Une répression différenciée

Il n'est pas besoin d'adhérer à cette thèse audacieuse pour admettre que, dans une situation où la prohibition du cannabis est massivement violée par une partie de la population, l'interdit juridique s'ancre moins dans la conscience collective que dans la sanction étatique. À défaut de réussir à réformer les mœurs, l'État impose la norme de conduite souhaitée par le biais des institutions coercitives (police, justice) dont il a la maîtrise. Expression d'un système de domination, la criminalisation a pour effet de fixer un ensemble d'individus dans un état de marginalité, ce qui n'est pas sans conséquence sur le lien social. D'autant que la répression, qui ne pèse pas de la même manière sur tous, tend à renforcer des inégalités existantes.



À savoir

Des enquêtes de terrain ont pu établir que si les usages de cannabis sont plus importants dans les quartiers riches de Paris (en particulier rive gauche), la pression policière sur les consommateurs est plus intense dans les espaces nord, socialement et économiquement moins favorisés.

La gestion différentielle des illégalismes en fonction du profil des délinquants n'est pas réservée au contentieux des stupéfiants. Mais force est de constater qu'en matière de cannabis, la différence de traitement réservée par la police et la justice aux consommateurs selon leur âge et leur origine est particulièrement notable. Elle conduit à des discriminations sociales et ethniques qui heurtent le principe d'égalité devant la loi. Il reste à déterminer si ces accommodements pris avec les principes républicains se justifient au nom de la sécurité des uns et des autres.

Chapitre 5

Conséquences sanitaires et sécuritaires de la réglementation

Si le droit applicable au cannabis et sa possible réforme soulèvent une variété de questions éthiques, le sujet est également susceptible d'être envisagé de manière pragmatique, à l'aune des conséquences pratiques des règles juridiques.

Considérer l'usage de cannabis comme une activité néfaste, voire dangereuse, n'en justifie pas nécessairement l'interdiction si celle-ci se révèle impossible à mettre en œuvre ou si elle induit des conséquences non souhaitables. À l'inverse, même si l'on considère que la diabolisation dont a fait l'objet le cannabis est injustifiée, on peut estimer que la prohibition présente certains effets positifs. Quel cadre juridique adopter pour réduire les risques sanitaires que fait peser le cannabis sur les citoyens et pour accroître la sécurité d'une société menacée par les trafics ? Pour en décider, il faut comparer la manière dont la prohibition et la légalisation limitent la dangerosité du cannabis, protègent les individus, et défendent la société.

Limiter la dangerosité du cannabis et de ses dérivés

Les effets et les dangers de l'usage de cannabis diffèrent selon la nature du produit consommé. La prohibition a pour conséquence d'encourager la circulation des variétés les plus puissantes, de réduire l'information des consommateurs, et de permettre la vente de drogues mêlées de substances étrangères qui peuvent être dangereuses. La légalisation permettrait au contraire de contrôler la qualité du cannabis mis en vente.

La « loi d'airain de la prohibition »

Au même titre que l'alcool, l'herbe et le haschich peuvent être plus ou moins forts. L'argument est d'ailleurs parfois mobilisé pour justifier la prohibition : depuis quelques années, la concentration en principes actifs (notamment en THC) du cannabis vendu a augmenté, ce qui contribuerait, selon certains, à accroître les risques de sa consommation. D'autres considèrent que c'est précisément l'interdit qui a favorisé la production de variétés toujours plus puissantes. Ils expliquent ce paradoxe par la « loi d'airain de la prohibition ».



À savoir

La « loi d'airain de la prohibition » est une théorie économique qui suggère que la répression accrue des trafics a pour effet paradoxal de renforcer la puissance des drogues sur le marché illicite. La prohibition, parce qu'elle fait courir un risque juridique sur chaque transaction, pousserait les trafiquants à privilégier le commerce de produits plus concentrés, car ceux-ci sont plus faciles à dissimuler et offrent, à volume égal, une profitabilité accrue.

Un marché opaque

L'illégalité du cannabis rend logiquement impossible le contrôle de sa qualité. En interdisant la production et la distribution de cette drogue, l'État renonce du même coup à réglementer ces activités. Le marché informel, qui se développe en

dehors de toute supervision, offre dès lors bien peu de garanties sur la nature des produits en circulation. À l'exception des circuits courts de production ou de l'auto-culture, l'origine précise du cannabis consommé reste toujours indéterminée, le secret constituant l'un des moyens les plus efficaces de protection des différents acteurs du circuit de distribution.

Ce contexte d'illégalité ne favorise pas la mise à disposition d'informations fiables et détaillées sur le produit vendu. Le consommateur doit finalement s'en remettre au vendeur, lequel ignore lui-même la concentration en principe actif et la proportion des divers cannabinoïdes de la drogue qu'il propose. Faute de spécifications précises sur ces caractéristiques qui déterminent les effets du produit consommé, c'est finalement à l'usage, de manière expérimentale, que s'évalue la qualité du cannabis acheté.

Le risque d'adultération

À l'absence d'information précise sur les caractéristiques du cannabis vendu s'ajoute le risque d'adultération. Les consommateurs réguliers savent que le cannabis est parfois dégradé par les producteurs ou les grossistes qui y mêlent des substances étrangères. La résine est ainsi parfois coupée avec du henné, des oléagineux ou des graisses minérales comme la paraffine.

Tchernobyl

Dans les années 1990, le marché français était massivement alimenté par un haschich de piètre qualité, le bien nommé « Tchernobyl », âcre et cassant. Celui-ci entraînait maux de tête, nausées et quintes de toux. Il n'en a pas moins été abondamment consommé par une génération de jeunes fumeurs de joints.

Les fleurs de cannabis peuvent également être adultérées. Elles le sont le plus souvent avec des débris végétaux de la plante elle-même, mais aussi parfois avec des produits plus dangereux. En 2006, la Direction générale de la santé a ainsi

lancé une alerte sur une herbe coupée aux microbilles de verre susceptible de provoquer des lésions pulmonaires. Plus récemment, on a observé la circulation de fleurs de chanvre à faible teneur en THC auxquelles avaient été ajoutés des néo-cannabinoïdes synthétiques dont les dangers sont bien plus importants que les cannabinoïdes naturels.

Légaliser pour contrôler la qualité

S'agissant de la qualité du cannabis auquel ont accès les consommateurs, on conçoit aisément que la légalisation offre de multiples avantages sur la prohibition. En instituant un marché légal, le droit définit les types de produits autorisés, établit les modalités de leur production et de leur distribution, garantit une information précise sur leur nature, organise le contrôle de leur qualité, et sanctionne le non-respect de ces règles. Ainsi, dans tous les pays qui ont légalisé le cannabis, cette réforme s'est accompagnée de l'édiction de dispositifs réglementaires, parfois très détaillés, sur les installations de production, sur les techniques de culture et de transformation, sur l'usage d'engrais, de fongicides et de pesticides, et finalement sur les produits autorisés ou non à la vente.

Le choix de la légalisation ne préjuge pas de la rigueur de la réglementation. C'est au régulateur de déterminer *in fine* quels produits peuvent ou ne peuvent pas être mis sur le marché légal. Les politiques mises en œuvre au Canada, aux États-Unis et en Uruguay témoignent de la variété des régimes possibles. Les *edibles* (produits alimentaires) et les huiles sont interdits ici, autorisés là. Quant à la concentration en principe actif de l'herbe, elle est parfois réglementée.

La détermination du meilleur régime applicable doit prendre en compte le risque que des règles trop restrictives ne stimulent un marché noir résiduel où circuleraient des variétés de cannabis plus puissantes. Bref, il s'agit d'offrir un choix suffisamment large de produits tout en excluant ceux que l'on estime les plus susceptibles d'induire des usages problématiques, afin de protéger les consommateurs.

Protéger les individus de l'usage du cannabis

Le meilleur moyen de protéger les individus du cannabis est de faire en sorte qu'ils s'abstiennent d'en faire usage, soit de leur plein gré, soit par impossibilité d'y accéder. La réduction du nombre d'utilisateurs doit être une priorité de la politique des drogues. S'y ajoute une mission de protection des consommateurs de cannabis, notamment des plus fragiles, à travers une politique de réduction des risques et des dommages. Comment la prohibition remplit-elle ces objectifs ? Et la légalisation peut-elle sérieusement prétendre les réaliser plus efficacement ?

Diminuer la consommation

Un postulat largement partagé par les tenants de la prohibition est que l'interdit dissuade les citoyens de consommer et réduit la disponibilité du produit. Cette hypothèse intuitivement raisonnable n'est pourtant pas confirmée par les comparaisons internationales, qui laissent entendre que la consommation de cannabis dépend plus de facteurs sociaux et culturels que du droit en vigueur.



À savoir

On constate l'absence de corrélation entre le niveau de consommation de cannabis et l'intensité de la répression de cette pratique : il est ainsi établi que les Néerlandais fument moins que les Français, alors qu'ils peuvent, depuis des décennies, s'approvisionner librement en *coffee shops*. Plus remarquable encore, les assouplissements ou les durcissements de l'interdit n'ont pas d'effet clair sur l'évolution des niveaux d'usage. Ainsi a-t-on assisté, à la même époque, à la dépénalisation de l'usage de cannabis au Portugal et à la systématisation de la réponse pénale pour les mêmes faits en France. Ces choix politiques divergents semblent n'avoir, ni dans un cas ni dans l'autre, modifié de manière significative le nombre de consommateurs.

La légalisation du cannabis n'engendrerait pas nécessairement une hausse de la consommation. Les modalités de mise en œuvre de cette réforme – par exemple, l'interdiction de la vente aux mineurs, le développement de programmes d'éducation et de prévention – constituent des leviers susceptibles de contenir, voire de réduire, les niveaux d'usage qu'une levée de la prohibition pourrait éventuellement encourager. Il n'est par ailleurs pas démontré qu'une potentielle augmentation de l'usage, consécutive à un assouplissement de la législation, se distribuerait en grossissant proportionnellement les rangs des consommateurs occasionnels et ceux des consommateurs réguliers, et encore moins qu'elle se concentrerait chez les personnes les plus jeunes ou les usagers problématiques. Or, ce sont précisément ces franges de consommateurs qu'il convient de protéger.

Protéger les usagers problématiques

Si toute consommation de cannabis est potentiellement à risque, la plupart des experts s'accordent à reconnaître que celle-ci est le plus souvent occasionnelle et transitoire, et que seules certaines formes d'usage doivent être qualifiées de « problématiques » en raison de leur précocité ou de leurs conséquences sanitaires (fonctions respiratoires diminuées, troubles psychotiques, polytoxicomanie à l'alcool ou à d'autres drogues illicites...) et sociales (décrochage scolaire ou professionnel, isolement social, initiation d'une carrière délinquante...). Or, il semble que la prohibition du cannabis, notamment dans sa version répressive, contribue à renforcer plutôt qu'à réduire ces dommages sanitaires et sociaux.

Le consommateur de cannabis qui ne pratique pas l'auto-culture ne peut s'approvisionner que sur un marché illégal où circule également une variété de produits illicites dont l'usage est potentiellement plus dangereux (cocaïne, ecstasy, héroïne...). Le revendeur auquel l'acheteur s'adresse est susceptible de faire commerce de ces drogues, et il sera naturellement amené à lui en proposer, augmentant ainsi le risque d'une expérimentation qui n'aurait pas eu lieu si

l'achat s'opérait dans un lieu uniquement dédié au cannabis (c'est le principe de la séparation des marchés, mis en œuvre de manière précoce avec succès dans les *coffee shops* hollandais où aucune autre drogue n'est tolérée).

La stigmatisation sociale de l'usage de cannabis induite par la criminalisation de cette pratique pousse les consommateurs les plus réguliers à élaborer des formes de vie sociale empreintes de secret et de méfiance à l'égard des non-consommateurs. Il en résulte un danger d'isolement et de renforcement des usages intensifs d'autant moins détectable que la discrétion s'impose pour réduire le risque de détection par les autorités, mais également par les proches lorsque ceux-ci ne sont pas au courant (ce qui n'est pas rare). La peur du gendarme qui habite certains usagers réguliers induit des pratiques de dissimulation et rend plus délicate et plus tardive la prise de contact avec les services de santé. L'autorité sanitaire peut en effet être perçue par le consommateur de cannabis conscient de l'illégalité de sa pratique comme l'antichambre du tribunal.



Citation

Dans son *Rapport mondial sur les drogues* de 2008, l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDD) affirme que la prohibition a eu pour conséquence non recherchée d'instaurer un système où « les personnes victimes d'addiction aux drogues illicites se trouvent exclues de la société et marginalisées, frappées d'opprobre, et souvent incapables de se faire admettre en traitement ».

Réduire les risques et les dommages

Les dangers auxquels s'expose l'utilisateur de cannabis sont accrus par la prohibition elle-même. Cela n'a pas échappé au législateur français qui, à l'instar de ses homologues européens, a institué le principe d'une prévention « des dommages sociaux et psychologiques liés à la toxicomanie » (article L3121-4 du Code de la santé publique). Mais l'interdit limite le développement des programmes de réduction des risques. Orientée vers l'abstinence, avec par exemple le développement de « consultations jeunes consommateurs » destinées à offrir

un accompagnement spécifique aux usagers de cannabis, cette politique ne s'étend pas à la promotion d'une consommation maîtrisée et à l'éducation aux modes d'usage sécurisés.



En pratique En dépit de la fragile légalité de cette pratique, certains acteurs associatifs n'hésitent pas à encourager des formes de consommation du cannabis à risque réduit. Il convient en effet de privilégier systématiquement la vaporisation (chauffage doux libérant les principes psychoactifs du produit et réduisant l'inhalation d'émissions toxiques) ou l'ingestion sous forme d'aliments plutôt que la combustion dans une cigarette artisanale, notablement plus dangereuse, *a fortiori* si la drogue est mélangée au tabac.

Le régime prohibitionniste produit finalement un saisissant paradoxe : l'interdit destiné à protéger les personnes de l'usage de cannabis accroît dans le même temps la dangerosité de cette pratique en excluant le développement d'une vigoureuse politique de réduction des risques et des dommages, pourtant plébiscitée comme bonne pratique par de nombreuses organisations internationales telles que l'Organisation mondiale de la santé ou l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies. La légalisation permettrait-elle de dépasser cette apparente contradiction ?

Ne faut-il pas craindre qu'un geste législateur compromette la cohérence du message que les gouvernements envoient aux citoyens, et en particulier aux plus jeunes d'entre eux ? Alors que la réglementation du tabac et d'alcool se durcit progressivement, on accepterait, au risque de la contradiction, d'être plus tolérant sur la consommation de cannabis ? C'est oublier que chacune de ces politiques a un point de départ très différent : le droit applicable au cannabis repose sur des principes singulièrement répressifs, puisque le simple usage (ou la possession pour usage) est toujours passible de peines privatives de liberté, alors que la publicité, dans tous les médias, pour l'alcool et le tabac, a longtemps été possible. Du point de vue de la santé publique, les mouvements simultanés de durcissement des règles applicables au tabac et à l'alcool et d'assouplissement du régime juridique du cannabis seraient cohérents. Encore faut-il

que la légalisation soit strictement contrôlée, afin de protéger les personnes mais également de combattre les trafics.

Défendre la société contre les trafics de cannabis

Pour éradiquer l'usage de drogue, la prohibition s'attaque en même temps à la demande et à l'offre. L'interdiction du commerce de cannabis doit permettre d'en faire diminuer significativement l'usage. Encore faut-il, pour y parvenir, que la disponibilité de drogue soit effectivement réduite par l'interdiction. Or, la politique prohibitionniste peine à honorer cette promesse. En dépit des politiques nationales et locales de lutte contre les trafics, l'offre de cannabis couvre tout le territoire. Cet échec s'explique par la nature même de cette délinquance : massive et difficilement détectable faute de victime, elle est également capable d'innover rapidement, comme l'illustre le développement de la livraison à domicile, qui protège le consommateur du risque d'interpellation sur la voie publique.

La difficulté de s'attaquer efficacement à cette criminalité justifie-t-elle que l'on renonce à la combattre ? L'incapacité des forces de l'ordre à réduire le nombre d'autres types d'actes délictueux (par exemple les violences ou les vols...) ne constitue en rien une raison de les légaliser. À y regarder de plus près, pourtant, il n'est pas certain que cette analogie soit pertinente. Le commerce de produits psychotropes présente en effet la caractéristique de voir sa dangerosité sociale accrue par l'interdit juridique, lequel transforme radicalement les conditions de cette activité.

Une criminalité durcie par l'interdit

La prohibition du cannabis a donné lieu au développement d'une vaste économie informelle, qui fait l'objet d'arrangements garantis par les trafiquants eux-mêmes. Si les organisations criminelles qui se substituent à l'autorité publique dans l'organisation des marchés illicites sont productrices

d'ordre, elles sont également génératrices de violences. En l'absence d'autorité extérieure, notamment judiciaire, susceptible de garantir la sécurité des transactions et de résoudre les conflits, c'est la loi du plus fort qui s'applique aux relations commerciales.

L'homicide est l'ultime régulateur du marché illicite. La prohibition a ainsi eu pour conséquence de rendre les trafics de plus en plus violents, et on ne compte plus les règlements de comptes entre trafiquants. Cette brutalité du marché de la drogue, qui compte parmi les externalités négatives les plus graves de la prohibition, n'affecte pas uniquement les consommateurs et les vendeurs : elle concerne la société dans son ensemble, comme l'illustre la situation des quartiers marqués et terrorisés par l'ancrage physique des trafics, et qui subissent d'importantes nuisances.



À savoir

Quoique le lien entre criminalité et drogues illicites soit bien établi d'un point de vue statistique, leur relation apparaît complexe et contre-intuitive. Il est ainsi établi que la répression des usagers-revendeurs et des trafiquants explique une part importante de la violence liée aux drogues. Plusieurs études ont ainsi montré que l'accroissement de la pression policière sur des zones de deal s'accompagnait souvent d'une augmentation des règlements de comptes entre trafiquants. À l'inverse, la légalisation du cannabis thérapeutique dans un certain nombre d'États américains semble avoir eu pour conséquence inattendue de réduire la violence associée au marché illicite du cannabis récréatif.

Les limites de l'activité policière

Les policiers reconnaissent sans ambages être démunis dans le combat contre l'économie du cannabis. La lutte contre les nuisances générées dans l'espace public consiste à évincer les petits revendeurs de la rue ou des halls d'immeubles, et à assurer une présence visible permanente à des fins dissuasives. Mais cette activité ne fait souvent que déplacer les problèmes et elle n'affecte que marginalement la disponibilité

des produits. Quant au travail d'investigation destiné à démanteler des trafics de plus grande ampleur, il donne parfois lieu à des saisies spectaculaires, mais celles-ci ne constituent qu'une petite partie de la quantité de cannabis échangée sur le marché, et elles ne produisent pas d'effet sur l'offre globale de produits. Plus problématique encore, les enquêtes en matière de stupéfiants requièrent une proximité entre police et trafiquants lourde d'effets pervers. Elles reposent dans une large mesure sur des informations distillées par des informateurs, eux-mêmes trafiquants en puissance, qui contribuent ainsi à façonner l'action policière. Cette situation multiplie les risques de corruption, comme l'illustrent les procès qui impliquent des agents des forces de l'ordre.

Cannabis et corruption

Le commissaire François Thierry, qui était à la tête de l'Office central pour la répression du trafic illicite des stupéfiants (OCRTIS) de 2010 à 2016, a été récemment mis en examen pour « faux en écriture publique par personne dépositaire de l'autorité publique, complicité de faux, complicité de trafic de stupéfiants et participation à une association de malfaiteurs ». Il est soupçonné d'avoir organisé, avec un de ses informateurs, l'importation de dizaines de tonnes de cannabis en France.

Du point de vue de l'État, les succès affichés dans la lutte contre les trafics de stupéfiants sont souvent à l'origine de maux moins visibles : violence criminelle accrue et corruption policière. S'ajoute à ce constat le sentiment, chez de nombreux acteurs de la lutte anti-drogue, de « vider l'océan avec une petite cuillère ». On ne s'étonnera donc pas que l'hypothèse de la légalisation gagne en crédibilité chez les forces de l'ordre. L'espoir est qu'en substituant la régulation du cannabis à sa prohibition, on parvienne à réduire le profit que les acteurs de la criminalité organisée tirent de son trafic, et par ricochet les nuisances (violences, corruption...) qui en découlent.

On objectera que rien ne garantit que la légalisation ferait entièrement disparaître l'économie informelle du cannabis.

Au contraire, le maintien d'un marché illicite résiduel est probable. La taille de ce dernier dépendrait *in fine* du niveau des prix des produits licites, de la vigueur des politiques de santé publique visant la prévention et la réduction de l'usage, du régime de sanctions prévues en cas d'infraction aux règles établies, des moyens mis en œuvre pour faire respecter ces règles, et de la nature des contraintes réglementaires pesant sur les acteurs du marché légal. De ce point de vue, les déterminants de l'efficacité des politiques de légalisation ne diffèrent guère de ceux de n'importe quelle autre politique de régulation marchande.

Chapitre 6

Perspectives économiques de la légalisation

Les économistes, qui s'interrogent depuis plusieurs décennies sur les effets de la prohibition sur l'offre et la demande de drogues illicites, ont récemment fait entendre leur voix dans le débat public sur la légalisation. À côté de travaux classiques qui expliquent les limites des politiques répressives par des mécanismes économiques, de nouvelles recherches formulent des recommandations à partir d'analyses comparées coûts-bénéfices de différentes formes de régulation possibles. Ces études mettent en lumière le coût social du cannabis en distinguant les dommages causés par la consommation de cette drogue et les dépenses publiques consacrées à son interdiction. Ces analyses permettent également d'évaluer le bénéfice que la collectivité pourrait retirer de la dépénalisation ou de la légalisation du cannabis. L'examen économique des conséquences sociales attribuables au marché du cannabis invite ainsi à envisager une sortie de la prohibition pour accroître le « bien-être » collectif.

Réduire le coût social du cannabis

Le calcul du coût social d'un phénomène permet de donner une indication, en termes monétaires, du poids que représente un phénomène pour la collectivité. Cette évaluation économique

permet d'informer les gouvernants en éclairant les choix d'engagement de dépenses publiques destinées à traiter tel ou tel problème.

Calculer le coût social du cannabis

S'agissant d'une drogue illicite comme le cannabis, le coût social correspond à la valeur des ressources dont la société se prive du fait des conséquences de la consommation de cette substance. Cette valeur décrit sous une forme monétarisée les coûts des pathologies liées à l'usage de cannabis, supportés par le système de santé, et les coûts externes qui évaluent les ressources « gaspillées » du fait de cette drogue (par exemple, les pertes de production des usagers désocialisés qui ne travaillent pas...). S'y ajoutent les dépenses publiques pour réduire la consommation et combattre les trafics.

La modélisation du coût social du cannabis en France se conçoit aisément en théorie mais cette mise en chiffres est, en pratique, difficile à réaliser. Le calcul est voué à rester approximatif. Il est par exemple impossible, en l'état l'actuel de nos connaissances, d'estimer les conséquences précises de l'usage de cannabis sur le développement de tel ou tel type de pathologie (par exemple, le cancer des poumons). L'absentéisme ou la baisse de la productivité qui résultent de l'abus de cette drogue ne sont pas non plus aisément mesurables.

L'identification des dépenses publiques relatives à la lutte contre le cannabis soulève également des difficultés. Les nomenclatures budgétaires, tant du côté de la santé que du côté de la justice, ne donnent pas précisément à voir quelles sommes sont allouées à quelle activité et à quelle drogue. S'il est possible de se faire une idée de la dépense publique liée au cannabis en élaborant des clés de répartition appropriées, celles-ci restent toutefois l'objet de débats entre scientifiques.



En chiffres

À partir d'une analyse de l'activité des services judiciaires et pénitentiaires, et des dépenses publiques de prévention et de prise en charge évaluant le coût total imputable aux drogues illicites, l'économiste Christian Ben Lakhdar estime à 568 millions d'euros par an la dépense publique engagée pour lutter contre le cannabis. Les actions policières et judiciaires représentent respectivement 70 et 20 % du total. Viennent ensuite les dépenses liées aux douanes et aux services pénitentiaires. Les soins, la prévention et la promotion de la recherche sont les parents pauvres du budget avec moins de 10 % du total.

Comparer les coûts de la prohibition et de la légalisation

L'estimation économique du coût social du cannabis, même si elle manque encore de précision, ouvre la voie à l'élaboration de scénarios dans lesquels l'usage et le commerce de cette drogue sont dépénalisés, voire légalisés. Ces modèles constituent un outil utile d'aide à la décision. Ils permettent en effet de déterminer le coût de l'évolution de la politique des drogues sur un continuum répressif en extrapolant la progression du nombre de consommateurs qui en résulterait.

De manière générale, les économistes estiment que les dépenses publiques devant être assumées pour mettre en œuvre une répression capable d'infléchir durablement la consommation sont si considérables qu'elles ne sont pas sérieusement envisageables. La rationalité instrumentale de la politique prohibitionniste n'est ainsi pas assurée : bien que l'on dépense beaucoup pour interdire le cannabis, on ne dépensera jamais assez pour que l'interdiction produise l'effet recherché.

S'engager dans une logique de dépénalisation, voire de légalisation du cannabis, permettrait en revanche une baisse importante des dépenses publiques. L'activité policière, judiciaire et pénitentiaire liée à la répression de l'usage et des trafics perdrait une partie de sa raison d'être. Certains économistes font valoir que les ressources ainsi dégagées pourraient servir

à financer la prévention et le traitement des usages problématiques de cannabis, mais également à organiser le marché licite qui permettrait de réintégrer dans le giron de l'économie légale les richesses produites aujourd'hui par les trafics de cannabis.

Créer de la richesse grâce au cannabis

En dépit de leur caractère illicite, les trafics de stupéfiants sont pris en compte dans les comptes nationaux depuis 2018. Désormais, l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) intègre les revenus du cannabis dans le calcul du produit intérieur brut (PIB) français. Autrement dit, il n'est nul besoin de légaliser cette drogue pour qu'elle apparaisse comme contribuant à la richesse nationale. Reste à déterminer la valeur de cette contribution, ce qui n'est pas facile compte tenu du caractère occulte du marché.

Estimation du marché

L'offre, historiquement structurée autour de l'importation de haschich marocain, s'est diversifiée depuis une vingtaine d'années avec le développement de la culture de cannabis en France et en Europe. La méthode d'évaluation la plus robuste pour déterminer le chiffre d'affaires de ce marché consiste à reconstruire les dépenses des usagers à partir des enquêtes épidémiologiques menées en population générale. Sur la base des déclarations des consommateurs, on estime qu'un peu moins de 300 tonnes de cannabis sont consommées annuellement en France, dont 75 % proviendraient de transactions marchandes, le reste étant autoproduit ou issu de dons. Compte tenu du prix de vente de détail du cannabis, le marché représente probablement plus d'un milliard d'euros par an.



Selon une étude produite en 2016 par la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives et par l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, le marché français du cannabis serait de l'ordre de 809 millions à 1,4 milliard d'euros. En 2020,

une note de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies estimait le niveau plancher de ce marché à 1,2 milliard d'euros.

Structure du marché

L'activité économique nourrie par le trafic de cannabis prend des formes très variées et les opérations de revente sont d'une grande diversité. À côté des « fourmis », petits trafiquants qui mènent leur activité de manière indépendante en produisant ou en important des quantités limitées de drogue, des organisations criminelles hiérarchisées, de grande ampleur, contribuent à l'approvisionnement du marché. Ces chaînes de distribution ont généralement à leur tête un individu et se stratifient en un réseau de grossistes, semi-grossistes et revendeurs au détail.

On estime à plus d'un millier le nombre de « têtes de réseau », et à plus de 200 000 le nombre d'individus impliqués économiquement dans ces organisations à un titre ou à un autre (vendeurs, mais également guetteurs, nourrices, transporteurs...).

Le cannabis, « premier employeur de France » ?

La formule du politologue Jérôme Fourquet a connu un franc succès médiatique. Elle n'en est pas moins fautive. En effet, si le nombre d'individus impliqués dans les trafics de cannabis est bien estimé à 200 000, le nombre d'emplois équivalents temps plein du secteur est évalué pour sa part à seulement 20 000.

Le poids de l'économie du cannabis est parfois utilisé comme argument en faveur du maintien du statu quo prohibitionniste. Le taux de rentabilité du trafic, estimé entre 30 % et 40 % des sommes investies, constituerait une bouée de sauvetage pour une partie des habitants des quartiers défavorisés. La légalisation du cannabis risquerait de les appauvrir un peu plus et d'accroître ainsi les risques sécuritaires. Ce raisonnement est néanmoins irrecevable. Contestable sur un plan éthique, car il s'en remet à l'économie criminelle pour résoudre un problème

social, il apparaît également erroné sur le terrain factuel. D'une part, en l'absence de territorialisation des données relatives aux trafics de drogues, il est impossible d'établir quelle part des personnes en bénéficiant vit dans les quartiers défavorisés. D'autre part, les trafics de cannabis s'inscrivent dans une économie de la pauvreté : ils ne représentent qu'une part marginale des revenus des habitants et contribuent plus au déperissement des zones d'habitat social qu'au développement local.

Perspectives de développement

La légalisation, à condition d'être encadrée soigneusement et articulée à la politique de la ville, pourrait en revanche constituer une opportunité économique et sociale pour les quartiers pauvres. En privilégiant la création d'emplois légaux liés au marché licite de cannabis dans des zones urbaines prioritaires, on peut imaginer offrir des opportunités économiques nouvelles aux personnes impliquées dans les trafics illégaux, les éloigner des circuits de la criminalité et interrompre ainsi définitivement des carrières délinquantes.

De manière plus générale, la légalisation laisse espérer le développement de nouvelles filières d'emplois autour de l'industrie du cannabis. Entre la production, qui pourrait être rapatriée en France, les activités de contrôle qualité et de certification des produits, et la distribution, le nombre d'emplois légaux qui pourraient être créés dans l'hypothèse d'une légalisation excède largement, à demande de cannabis inchangée, celui des équivalents temps plein qui permettent aujourd'hui au marché illégal de fonctionner.



Dans une note du Conseil d'analyse économique publiée en 2019, l'économiste Pierre-Yves Geoffard évalue entre **En chiffres** 27 000 et 80 000 le nombre d'emplois directs et indirects qui pourraient être créés au sein d'une filière légale du cannabis récréatif en France. Ces emplois, qui donneraient lieu au paiement de cotisations, permettraient en outre de réduire le chômage et les dépenses sociales correspondantes.

L'exercice prospectif consistant à estimer la création de richesse légale à partir d'un marché réglementé du cannabis est hautement spéculatif. Au-delà des évolutions de la consommation, l'incertitude tient notamment à la capacité du commerce légal à se substituer de manière plus ou moins complète au marché noir. Ces deux variables sont elles-mêmes dépendantes des dispositifs de taxation qui seront mis en œuvre.

Taxer l'économie du cannabis

L'argument budgétaire a émergé récemment dans le débat public sur la légalisation, alors qu'il est longtemps resté parfaitement inaudible. Quand l'attention des gouvernements est à la rationalisation de l'action publique et à la mesure de ses résultats, l'argument de l'inefficacité de la prohibition se conjugue à celui des mannes qu'ouvrirait la légalisation. Si la dépénalisation de l'usage du cannabis laisse espérer une baisse des dépenses publiques du fait des économies réalisées par les services répressifs, la légalisation permet pour sa part d'envisager de nouvelles rentrées d'argent pour l'État.

Quelles recettes fiscales ?



En chiffres Au Colorado (5,7 millions d'habitants) où la légalisation date de 2014, les recettes fiscales portant sur le cannabis s'élevaient, en 2018, à 266 millions de dollars. Au Canada, c'est l'équivalent de 125 millions d'euros que le cannabis a rapporté aux caisses de l'État au cours des cinq premiers mois de légalisation. En France, les estimations les plus récentes laissent espérer entre 430 millions et 1,2 milliard d'euros de recettes annuelles en fonction du niveau de taxes imposées.

En amont de la question de la taxation se pose celle de l'organisation du marché : monopole public de production (fermes d'État) et de distribution (magasins d'État) ou commerce concurrentiel plus ou moins réglementé ? Il convient également

de déterminer sur quels acteurs faire peser l'impôt : taxes sur les producteurs, sur les grossistes, sur les consommateurs ?

Quelle que soit l'option finalement choisie, il importe de se prémunir contre l'effet d'aubaine que peuvent représenter les recettes de la légalisation pour l'État. L'appétence des pouvoirs publics pour ces rentrées d'argent peut les conduire à privilégier des considérations économiques dans l'établissement de la réglementation fiscale applicable au cannabis. Or, celle-ci n'a pas seulement une finalité budgétaire. Elle constitue également un outil de structuration de l'offre qui doit permettre d'atteindre des objectifs sanitaires et sécuritaires.

Quelle politique fiscale adopter ?

Une stratégie fiscale fréquemment proposée par les partisans de la légalisation consiste, dans un premier temps, à taxer faiblement le cannabis pour concurrencer fortement le marché criminel. Les trafiquants tenteront vraisemblablement de conserver leurs parts de marché, au besoin en réduisant leurs marges de profit. Pour les éliminer, le marché légal doit proposer un prix d'éviction, c'est-à-dire un prix suffisamment bas pour décourager leur activité commerciale illicite.

Une fois les trafics asséchés, il devient possible de se servir de l'outil fiscal dans le cadre d'une politique de santé publique. Il est en effet établi que la consommation de cannabis varie sensiblement en fonction du prix et du revenu. L'élasticité de la demande de cannabis par rapport au prix offre un moyen simple de modérer les usages, de lutter contre les abus, ou d'orienter les consommateurs vers des produits moins concentrés : il suffit de faire varier le taux d'imposition.

Le succès d'une telle stratégie est néanmoins loin d'être assuré, et le maintien d'un marché noir résiduel est probable. À court terme, il faut compter avec les liens de fidélité qui unissent consommateurs et dealers, lesquels peuvent développer des politiques commerciales très concurrentielles. À moyen terme, les trafics de cannabis peuvent également bénéficier d'une

baisse de la répression, laquelle a vocation à se réduire à mesure que la réprobation sociale de l'usage de cannabis se réduit dans la société.



En pratique Au Canada, un an après la légalisation, 53 % des consommateurs de cannabis déclaraient obtenir leur cannabis de sources légales, les autres s'en remettant à un trafiquant, un ami ou un membre de la famille.

Si la politique prohibitionniste est particulièrement dispendieuse, l'institution d'un marché légal n'est pas non plus sans coût. Il est illusoire de penser faire l'économie totale des coûts de répression, à moins d'accepter, dans la durée, la coexistence d'un marché légal et d'un marché illégal du cannabis. On peut en revanche espérer que les gains fiscaux réalisés sur les ventes couvrent non seulement les dépenses liées à la régulation du marché mais également celles des programmes d'éducation et de prévention qui doivent nécessairement accompagner la légalisation.

Partie 3

La partie des Dix



Dans cette partie...

L'échec de la prohibition du cannabis ne garantit pas le succès de la légalisation. Abroger l'interdit n'est pas dénué de risques sanitaires et sociaux. Les promoteurs d'une telle réforme, dont les enjeux politiques et culturels sont également importants, peuvent donc s'attendre à de fortes résistances. La légalisation du cannabis peut certes s'accompagner d'importants bénéfices, mais il serait illusoire d'y voir une solution miracle. Elle doit être mûrement réfléchie dans son principe, mais aussi préparée stratégiquement et pensée dans ses détails techniques de mise en œuvre. Dans cette partie, nous présentons des modèles de régulation, proposons des conseils politiques et identifions des leviers réglementaires pour une légalisation réussie du cannabis.

Chapitre 7

Dix politiques de remplacement du statu quo (de la plus répressive à la plus libérale)

Le choix d'un modèle de régulation du cannabis ne se résume pas à l'alternative simpliste entre maintien du statu quo prohibitionniste et autorisation de la production, de la vente et de l'usage de cette drogue. Au même titre que la prohibition peut être plus ou moins répressive, la légalisation peut être plus ou moins contrôlée. Il suffit pour s'en convaincre d'apprécier l'éventail des options réglementaires envisageables, entre un renforcement de la répression dans l'espoir de mieux faire respecter l'interdit, et une libéralisation totale qui aboutirait à la constitution d'un marché légal non réglementé. On peut, entre ces deux extrêmes, identifier de nombreux régimes possibles.

Maintien de l'interdit et renforcement de la répression

Considérée comme l'une des plus répressives d'Europe, la politique française en matière de cannabis pourrait être encore durcie en traquant systématiquement les usagers (par exemple

au moyen de tests toxicologiques obligatoires) et en incarcérant plus souvent les consommateurs et plus longtemps les trafiquants. Cette stratégie impliquerait une augmentation significative des ressources consacrées à la répression. Elle exigerait par ailleurs des modifications législatives qui fragiliseraient les droits fondamentaux.

Maintien de l'interdit et allègement (*de facto*) de la répression

L'allègement de la répression ne requiert pas de modifier la législation en vigueur. Une redéfinition de la politique pénale par voie de circulaire est suffisante pour inciter les forces de l'ordre et le ministère public à tolérer les usages simples de cannabis, la détention pour usage personnel et les petits trafics (dans le cas des usagers-revendeurs par exemple) en décourageant les poursuites judiciaires. Cette dépénalisation *de facto*, qui caractérisait la politique française au tournant des années 1970-1980, est encore de mise dans le ressort de certaines juridictions débordées.

Maintien de l'interdit et dépénalisation formelle (*de jure*) de l'usage

Dans un nombre croissant de pays (par exemple en Allemagne, en Espagne, en Italie, au Portugal...), la consommation de cannabis (et par extension la possession pour usage personnel) ne fait pas l'objet de poursuites pénales. Quand elle donne lieu à une réponse de l'État, la détention de petites quantités de cette drogue fait alors l'objet d'une simple sanction administrative ou d'une orientation vers un service d'addictologie. Ces politiques de dépénalisation ne semblent pas avoir occasionné de hausse de la consommation.

Dépénalisation de la vente au détail

La dépénalisation peut être étendue de l'usage à la vente au détail. C'est le modèle hollandais, qui tolère la distribution de cannabis en *coffee shop* sous réserve du respect de règles strictes (interdiction de la publicité, vente de petites quantités, exclusion de toute autre drogue dans les boutiques...). Cette politique, qui encadre efficacement la partie finale de la chaîne d'approvisionnement, renonce en revanche à contrôler la production de cannabis, laquelle est abandonnée aux organisations criminelles.

Autorisation de l'auto-culture individuelle pour usage personnel

Le modèle d'auto-approvisionnement individuel autorise la culture de cannabis à domicile. Cette autorisation peut résulter d'une dépénalisation *de facto* (comme en Belgique) ou d'une légalisation officielle précisant les conditions de cette production. C'est ainsi qu'à Washington, capitale des États-Unis, la vente et l'achat de cannabis sont illégaux mais toute personne âgée de plus de 21 ans a le droit de cultiver jusqu'à six plants de cannabis, dont trois en floraison.

Autorisation de l'auto-culture collective pour usage personnel

Le modèle coopératif dit des « Cannabis Social Clubs » étend le principe d'auto-approvisionnement de l'individu au groupe. Les membres du club organisent collectivement la culture de leur cannabis et se répartissent le produit de la récolte. La distribution s'opère dans un cercle fermé (un club) et ne donne lieu à aucune transaction commerciale. Ce modèle, d'abord expérimenté en Espagne, a depuis été formellement légalisé en Uruguay. Il permet de réduire significativement la part du marché noir tout en évitant le développement d'une production à grande échelle.

Production et distribution assurées par les services de l'État

L'introduction d'un monopole d'État pour la production et la distribution du cannabis implique la légalisation du cannabis et le développement simultané d'une filière de production nationalisée. Le gouvernement se voit conférer la responsabilité exclusive de la culture, de la transformation et de la vente de cannabis, et la met en œuvre en créant un dispositif étatique de production et de distribution. Ce système permet un contrôle rigoureux du marché légal, tant en matière de prix que d'accès aux produits, et de qualité du cannabis.

Attribution de licences à des associations à but non lucratif

L'exploitation du marché du cannabis peut être déléguée par l'État à des acteurs privés au moyen d'un système de licences de production et de distribution. Pour que ces activités soient menées de manière à réduire les risques liés à l'usage de cannabis plutôt qu'à maximiser le profit des détenteurs de licences, celles-ci peuvent être octroyées à des associations à but non lucratif. Ce modèle permet, le cas échéant, d'orienter les revenus de l'économie du cannabis vers des programmes de prévention de l'usage.

Attribution de licences à des sociétés commerciales

L'octroi de licences conférant à des sociétés commerciales le droit de produire et/ou de distribuer du cannabis ouvre la voie à une libéralisation du marché. C'est le modèle choisi par la plupart des pays qui ont légalisé le cannabis récréatif. En subordonnant la délivrance de telles licences au respect d'exigences spécifiques, l'État conserve néanmoins un important pouvoir de contrôle. Il peut limiter plus ou moins drastiquement le

nombre d'acteurs économiques et restreindre ainsi le développement du marché tout en facilitant la surveillance de ses principaux protagonistes.

Autorisation de production et de distribution sans licence

L'institution d'un marché concurrentiel sans restriction légale du nombre de producteurs et de distributeurs constitue la forme de légalisation la plus libérale. Elle est elle-même susceptible de degrés en fonction du cadre juridique adopté. En effet, l'État ne peut pas faire l'économie d'une réglementation plus ou moins rigoureuse sur les modalités de production et de distribution du cannabis, par exemple sur le type et la qualité des produits autorisés à la vente ou sur la quantité maximale pouvant être achetée par les clients.

Parmi les options de remplacement de la politique actuelle, certaines sont incompatibles entre elles, mais d'autres peuvent être combinées. On peut ainsi, comme c'est le cas au Canada, autoriser la culture de cannabis à des fins d'usage personnel et attribuer, dans le même temps, des licences de production et de distribution à des établissements publics ou à des sociétés commerciales. La légalisation peut, par ailleurs, s'accompagner d'un renforcement de la répression des trafiquants qui continuent à opérer sur le marché noir.

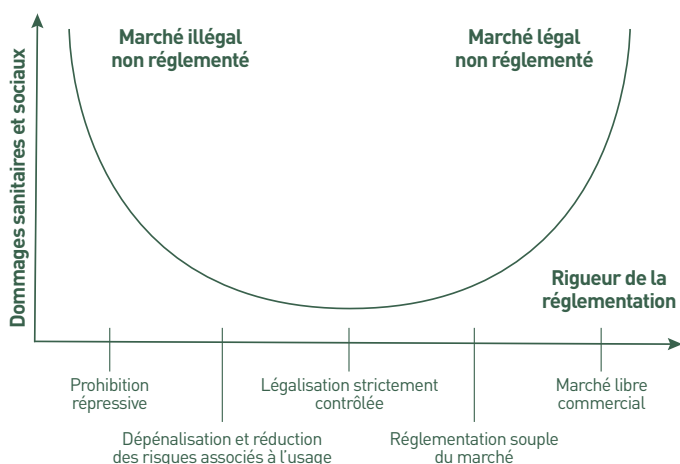
Chapitre 8

Dix conseils stratégiques pour une réforme apaisée

Si la créativité des juristes est sans limites, certaines stratégies sont clairement déconseillées au regard des connaissances épidémiologiques et criminologiques disponibles. Les experts des politiques des drogues s'accordent ainsi pour considérer que les marchés criminels qui prospèrent sous les régimes prohibitionnistes répressifs, et les marchés légaux peu réglementés qui laissent libre cours aux acteurs économiques, engendrent d'importantes conséquences négatives pour la société et les individus qui la composent. En comparaison, les politiques d'interdiction peu répressives, qui tolèrent et organisent *de facto* la distribution de cannabis, et les marchés légaux lourdement réglementés réduisent significativement les effets sanitaires et sociaux les plus néfastes associés à l'usage de ce produit.

Cette hypothèse peut être représentée dans une courbe en U qui donne à voir la relation entre la politique de contrôle du cannabis et les dommages qu'il occasionne.

Figure 8-1 Représentation graphique des dommages sanitaires et sociaux du cannabis en fonction de la rigueur de la réglementation



Source : Global Commission on Drug Policy, *Regulation: The Responsible Control of Drugs*, 2018 (<http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/>).

Cette représentation graphique aide à saisir un point essentiel : l'assouplissement de la prohibition ne mène pas nécessairement au chaos social, sanitaire et sécuritaire. Quant à la réglementation du commerce du cannabis, loin d'être le signe d'un renoncement de l'État à protéger sa population, elle peut au contraire apparaître comme un engagement fort au service de la santé et de la sécurité de tous dès lors qu'elle est strictement encadrée. Pourtant, la perspective d'une légalisation du cannabis soulève toujours de fortes résistances. La première étape consiste donc à identifier les conditions de possibilité d'une réforme apaisée.

Dédiaboliser le cannabis

Les risques associés à la consommation de cannabis sont fréquemment utilisés comme argument d'autorité pour disqualifier toute discussion sur le bien-fondé de son interdiction. L'inquiétude que suscite cette drogue n'est pas illégitime, car la dangerosité du cannabis est réelle. Mais ce danger

est relatif et le caractère néfaste de cette drogue est, à certains égards, renforcé par la prohibition. Dédiaboliser le cannabis est donc un préalable nécessaire à toute réflexion raisonnable et apaisée sur sa réglementation.

Évaluer scientifiquement la politique prohibitionniste

La réforme de la politique française en matière de cannabis requiert de tirer le bilan du droit en vigueur et de sa mise en œuvre. La prohibition telle qu'elle est appliquée depuis une cinquantaine d'années doit faire l'objet d'une évaluation scientifique portant sur les finalités de l'interdit juridique, les modalités de sa mise en œuvre, et les résultats obtenus en termes de prévalence de l'usage et de volume des trafics. L'analyse, enrichie d'une comparaison internationale, doit permettre d'expliquer le décalage entre les objectifs de la prohibition du cannabis et ses effets concrets.

Définir des objectifs raisonnables

Les connaissances scientifiques produites par l'addictologie et les sciences sociales doivent se voir attribuer un rôle plus important dans la définition de la politique des drogues, afin de substituer aux bonnes intentions des objectifs pragmatiques, à l'échelle desquels les progrès peuvent être mesurés. Il faut renoncer à l'idéal, généreux mais irréaliste, d'une société sans cannabis et se fixer des buts raisonnables, tels que la diminution de l'usage de cette drogue chez les plus jeunes, la réduction des risques et des dommages liés à sa consommation pour les adultes, et la lutte contre la criminalité résultant des trafics.

Écouter la diversité des points de vue et éviter les risques de capture réglementaire

La (re)définition d'une politique publique requiert que tous les acteurs concernés soient associés. Doivent être entendus non seulement les professionnels de la lutte contre la drogue (policiers, magistrats, médecins...) mais également les représentants des consommateurs de cannabis et les élus locaux. Le législateur doit entendre toutes les parties concernées mais ne tomber sous l'emprise d'aucune. Ni l'institution policière, dont les prérogatives ont été renforcées par la guerre à la drogue, ni l'industrie naissante du cannabis, qui nourrit des espoirs de profits colossaux en cas de légalisation, ne doivent faire prévaloir leurs intérêts particuliers sur l'intérêt général.

Prendre en compte la variété des produits et des usages

Des utilisations thérapeutiques aux consommations récréatives, en passant par le développement d'usages dits de confort (le cannabis « bien-être »), les emplois de cette drogue sont variés. Cette diversité de pratiques s'adosse à la multiplicité des variétés de chanvre psychoactif et des produits issus de sa transformation. Une réflexion sur la réforme du droit en vigueur doit prendre en compte ces différences et les traduire sur le terrain réglementaire en créant des régimes juridiques distincts.

Intégrer les contraintes juridiques européennes et internationales

La politique des drogues se déploie dans un champ saturé de normes juridiques internationales et européennes. Ce cadre normatif impose à l'État français le respect de multiples obligations en matière de droits de l'homme, de droit pénal, de droit de la santé et de droit commercial. Ces contraintes, qui

sont relativement flexibles, doivent être prises en compte. Si la réforme du droit applicable au cannabis peut être menée de manière unilatérale, elle doit impérativement s'accompagner d'un dialogue multilatéral destiné à préserver les dispositifs de contrôle international des drogues.

Ne pas négliger la justice économique et sociale

La réforme du droit de la drogue présente, outre ses aspects sanitaire et sécuritaire, une importante dimension sociale. L'économie informelle du cannabis constitue une source de revenus significative pour certaines cités et certaines communautés. Une réflexion sur la régulation du cannabis doit explorer les conditions de possibilité d'une participation de ces territoires et de leurs habitants au marché licite, dont ils risquent d'être exclus dans l'hypothèse d'une légalisation. Il convient également de réfléchir aux modalités d'organisation d'une filière de production nationale offrant des opportunités de développement aux territoires ruraux.

Anticiper les enjeux écologiques

La production de cannabis constitue un danger potentiel pour l'environnement. C'est particulièrement le cas de la culture en intérieur, extrêmement gourmande en énergie et dont le bilan carbone est désastreux, mais qui est pourtant privilégiée par les producteurs les plus importants du marché nord-américain. Il convient de décourager ce type de production au profit de cultures en extérieur, même si celles-ci sont moins rentables et moins contrôlables. De manière générale, le cadre réglementaire de la légalisation doit être soumis aux impératifs de la transition écologique.

Privilégier un modèle de réglementation stricte

L'histoire du tabac et de l'alcool témoigne du fait qu'en présence de puissants intérêts industriels, il est plus difficile de durcir la réglementation que de l'assouplir. Le choix politique de légaliser le cannabis doit donc s'accompagner, au moins dans un premier temps, de l'adoption d'un modèle de régulation stricte. Si celui-ci donne de bons résultats, il pourra constituer un exemple à suivre pour les autres drogues licites. Dans le cas contraire, il sera toujours possible de le rendre moins contraignant.

Faire œuvre de pédagogie

La réforme de la politique des drogues est destinée à protéger la société plus efficacement. Elle ne doit pas s'interpréter comme une incitation à la consommation. L'assouplissement de la prohibition du cannabis et, plus encore, sa légalisation doivent s'accompagner d'une campagne d'information et de communication sur le sens (direction et signification) de cette évolution juridique. Cette pédagogie de la réforme doit se prolonger dans des actions de prévention destinées à réduire l'usage de cannabis et les risques et les dommages qui y sont liés.

Chapitre 9

Dix leviers réglementaires pour une légalisation contrôlée

Parallèlement à la construction des conditions de la réforme, il convient d'en préciser le contenu. Quelle voie suivre ? Depuis quelques années, les recettes pour légaliser le cannabis se multiplient : principes directeurs proposés par des commissions d'experts, *vade-mecum* stratégiques publiés par des associations antiprohibitionnistes, normes techniques élaborées par des acteurs professionnels, textes de loi clés en main préparés par des professeurs de droit... Les conseils au législateur ne manquent pas. Mais sur un sujet aussi polémique et complexe, l'expertise scientifique ne saurait prétendre se substituer à la décision politique, laquelle repose *in fine* sur un arbitrage entre des valeurs parfois contradictoires.

Sans prétendre trancher sur le fond du débat concernant la meilleure manière de réglementer le cannabis, on se contentera plus modestement de présenter les leviers d'action à la disposition du législateur. Cette palette d'outils constitue sans doute le meilleur argumentaire en faveur d'une évolution du droit. Elle doit servir à reprendre le contrôle d'un marché qui se déploie aujourd'hui dans la plus complète illégalité, et permettre une meilleure régulation des usages sociaux du cannabis.

Le régulateur

L'établissement d'un marché licite du cannabis requiert l'élaboration d'un cahier des charges détaillé sur les conditions de production et de distribution de ce produit. Le contrôle du respect de ces règles, leur évaluation et leur adaptation doivent être confiés à un ou plusieurs organes de régulation. Plutôt que de s'en remettre directement aux pouvoirs publics, suspects de devenir dépendants des recettes fiscales faciles, la création d'une autorité administrative indépendante ayant la santé publique comme priorité renforcerait la légitimité de l'architecture réglementaire.

La production

Le droit doit garantir la qualité sanitaire du cannabis, réduire les risques d'atteinte à l'environnement (notamment en cas de culture industrielle), et empêcher tout détournement vers le marché illicite. Les pays ayant légalisé le cannabis témoignent de la diversité des modèles de production, plus ou moins concurrentiels, et des dispositifs de contrôle étatique, plus ou moins rigoureux. Quel que soit le cadre adopté, il est souhaitable de tolérer l'autoproduction à des fins d'usage personnel : limitant l'emprise du marché commercial, cette pratique est au demeurant difficile à empêcher.

Le prix

Le contrôle des prix de vente du cannabis légal relève de l'État, qui peut les fixer directement ou indirectement, par voie fiscale. Puissant levier de régulation, la politique des prix doit arbitrer entre des objectifs partiellement contradictoires. Le maintien de prix bas constitue un outil de lutte contre le marché illicite, qui doit ajuster ses tarifs pour rester concurrentiel, quitte à voir sa profitabilité réduite. À l'inverse, l'augmentation des prix permet d'intervenir sur les niveaux d'usage, de rendre certains produits moins abordables que d'autres, et d'accroître les revenus des entreprises de la filière du cannabis.

L'impôt

Indissociable du contrôle des prix, la politique fiscale implique de définir l'élément taxé (poids, concentration en substance active, prix de vente...) et l'activité imposée (la production ou la vente), mais elle porte également, le cas échéant, sur les modalités financières de distribution des licences. Si l'économie légale du cannabis peut générer d'importantes rentrées fiscales, il est préférable d'utiliser l'impôt comme un outil de régulation du marché et de lui fixer des objectifs de santé publique plutôt que de chercher à en maximiser les profits pour l'État.

Les produits

Le cannabis peut être consommé sous forme d'herbe ou de résine, mais également sous forme de préparations alimentaires ou combustibles parfois très concentrées. Afin d'éviter toute dérive commerciale et de protéger les consommateurs contre les risques de surdose, il est préférable de ne pas autoriser à la vente ces produits transformés. De même, il convient, pour des raisons de santé publique, d'exclure du marché légal les variétés d'herbe et les types de haschich dont le fort taux de THC n'est pas corrélé à une teneur élevée en CBD.

La vente

La réglementation de la vente porte d'une part sur les conditions d'accès au produit, la majorité légale constituant l'option la plus raisonnable, et d'autre part sur l'environnement dans lequel les usagers peuvent s'approvisionner. À travers des impératifs de discrétion (pas de façade ostentatoire), une exclusion des autres produits psychoactifs licites (alcool et tabac interdits dans les cannabisotrots), des dispositifs de zonage (distance minimale des écoles), et des exigences de conseils (formation des vendeurs), il est possible de conférer aux lieux de vente un rôle important dans la réduction des risques.

La consommation

Comme pour l'alcool, il est souhaitable de décourager les usages de cannabis précoces et les modes de consommation les plus dangereux, tant sur un plan sanitaire que social. On peut aussi choisir de réduire la visibilité de cette pratique. Outre l'interdiction de consommer des mineurs, on peut imaginer de prohiber l'usage de cannabis dans les espaces ouverts au public, tout en l'autorisant dans des espaces collectifs spécifiques, par exemple les lieux de vente, sous réserve d'y privilégier des formes d'absorption à moindre risque (vaporisation, ingestion...).

L'information

Une information claire, objective, et non moralisatrice sur les risques associés à l'usage de cannabis doit être largement diffusée. Aux campagnes de prévention destinées à l'ensemble de la population ou à certains publics à risque, il convient d'adjoindre des dispositifs spécifiques renseignant les consommateurs sur les caractéristiques des produits qu'ils consomment et sur leur dangerosité. Les emballages, qui doivent rester neutres, doivent afficher la teneur en substances actives du cannabis qu'ils contiennent, les modes d'usage les moins nocifs, les contre-indications, ainsi que les adresses de service d'addictologie. D'une manière générale, les compétences des professionnels de la santé publique doivent être abondamment mobilisées sur ces questions.

La publicité

On peut légitimement redouter que l'appât du gain n'incite les opérateurs privés ou publics du marché du cannabis à en promouvoir l'usage. C'est pourquoi, dès lors que la réduction de la consommation compte au nombre des objectifs de la légalisation, celle-ci doit s'accompagner d'une interdiction générale de toute forme de publicité, qu'elle soit directe ou indirecte, y

compris s'agissant des activités de sponsoring. Les exemples de l'alcool et du tabac témoignent en effet qu'une simple interdiction partielle de la publicité est insuffisante.

La sécurité routière et la prévention de l'usage dans certains métiers

Le risque routier accru par l'usage de cannabis doit être réduit au minimum. Il faut pour cela réaffirmer le principe selon lequel la conduite automobile est incompatible avec toute forme d'ivresse cannabique, y compris la plus légère. La réglementation doit être adaptée pour permettre la répression des conducteurs sous l'empire du cannabis, tout en évitant, comme c'est le cas aujourd'hui, que ne soient pénalisés ceux qui présentent de simples traces du produit, lesquelles sont détectables plusieurs jours après une consommation dont les effets se sont dissipés depuis longtemps. Dans une veine préventive comparable, une liste de métiers ou d'activités qui ne doivent pas être exercés sous l'empire du cannabis devra être élaborée dans le cadre de consultations incluant tous les acteurs concernés (employeurs, employés, experts en addictologie...).

Bibliographie sélective

Livres

Allain Y.-M., *Chanvre & cannabis. La plante aux deux visages*, Locus Solus, 2019.

Babor T. et al., *Drug Policy and the Public Good (2^e éd.)*, Oxford University Press, 2019.

Benjamin W., *Über Haschich: Novellistisches, Berichte, Materialien*, Suhrkamp, 2016.

Ben Lakdhar C., *De l'intérêt de sortir le cannabis des réseaux criminels*, Le Bord de l'eau, 2016.

Berman D. A., *Marijuana Law and Policy*, Carolina Academic Press, 2020.

Booth M., *Cannabis: A History*, Thomas Dunne Books, 2004.

Brochu S., Fallu J.-S., Pelletier M. (dir.), *Cannabis*, Presses de l'université de Montréal, 2019.

Bisiou Y., Caballero F., *Droit de la drogue (2^e éd.)*, Dalloz, 2000.

Caballero F., *Legalize it !*, L'Esprit frappeur, 2012.

Caulkins J. P., Kilmer B., Kleiman M. R., *Marijuana Legalization: What Everyone Needs to Know (2^e éd.)*, Oxford University Press, 2016.

Clarke R. C., Merlin M. D., *Cannabis: Evolution and Ethnobotany*, University of California Press, 2013.

Decorte T., Potter G. R., Bouchard M., *World Wide Weed: Global Trends in Cannabis Cultivation and its Control*, Ashgate, 2011.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *A Cannabis Reader: Global Issues and Local Experiences* (2 vol.), European Communities Publication, 2008.

Dufton E., *Grass Roots: The Rise and Fall and Rise of Marijuana in America*, Basic Books, 2017.

Galland J.-P., *Fumée clandestine. Le livre du cannabis*, Éditions du Lézard, 2012.

Grosso L. (dir.), *Questione cannabis. Le ragioni della legalizzazione*, Gruppo Abele, 2018.

Guba D. A., *Taming Cannabis: Drugs and Empire in Nineteenth Century France*, McGill-Queen's University Press, 2020.

Moreau de Tours J., *Du hachisch et de l'aliénation mentale*, Fortin, Masson et Cie, 1845.

National Academies of Sciences, *The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids. Current State of Evidence and Recommendations for Research*, Washington, 2017.

Obradovic I., Costentin J., Rigaud A., Appel L., *Faut-il dépénaliser le cannabis ?*, Le Muscadier, 2013.

Philibert A., Zobel F., *Revue internationale des modèles de régulation du cannabis*, Université de Genève, 2019.

Richard D., Senon J.-L., *Le Cannabis*, Presses universitaires de France, 2010.

Snyder S.H., *Uses of Marijuana*, Oxford University Press, 1971.

Transform Drug Policy Foundation, *How to Regulate Cannabis: A Practical Guide* (2^e éd.), Transform, 2016.

Sites web

Gouvernement canadien, Le cannabis au Canada, URL :
<https://www.canada.ca/fr/services/sante/campagnes/cannabis.html>

Observatoire européen des drogues et des toxicomanies,
Cannabis policy hub, URL :
<https://www.emcdda.europa.eu/topics/cannabis-policy>

Observatoire français des drogues et des toxicomanies,
Synthèse thématique sur le cannabis, URL :
<https://www.ofdt.fr/produits-et-addictions/de-z/cannabis/>

RAND Drug Policy Research Center, Marijuana Legalization, URL :
<https://www.rand.org/well-being/justice-policy/centers/dprc/marijuana.html>

Index

A

Abstinence, 61, 62, 77
Accident (de voiture), 23, 24
Adultération, 73
Alcool, 3, 19, 22-24, 26, 29, 53, 56, 62, 72, 76, 78, 106, 109-111
Allemagne, 31, 35, 49, 96
Amende, 33, 37, 38-40, 64
Analgésique, 17
Anslinger (Harry J.), 32
Antalgique, 16, 17
Antiquité, 16
Anxiété, 23
Appel du 18 joint, 44
Australie, 35, 49
Auto-culture, 54, 73, 76, 97
Autonomie, 63, 66
Autoproduction, 44, 50, 56, 108

B

Bad trip, 22
Belgique, 97
Berthault (Édouard), 28
Beuh, 19
Bien-être, 21, 83, 104
Bipolarité, 23

C

Cambodge, 33
Canada, 1, 14, 31, 42, 46, 48, 55, 74, 89, 91, 99

Cancer, 22, 48, 84
Cannabidiol (CBD), 13, 45, 48, 109
Cannabigérol (CBG), 13
Cannabinoïdes, 13, 17, 20, 22, 49, 73, 74
Caraïbes, 27
Carter (Jimmy), 46
Chanvre, 4, 9, 10-17, 26, 29, 30, 42, 45, 50, 74, 104
Chênevis, 10, 15
Chichon, 20
Chimiothérapie, 17
Chine, 14, 26
Cocaïne, 27, 29, 30, 35, 76
Coffee shop, 34, 75, 77, 97
Colombie, 35
Colonie, 14, 26, 27, 31, 42
Corruption, 81
Coût social, 83-85
Criminalité, 53, 57, 79-81, 88, 103

D

Dealer, 38, 90
Déclaration des droits de l'homme, 64, 65
Décrochage professionnel, 76
scolaire, 76
Délinquance, 79
Délit, 35, 38, 65

Dépénalisation, 3, 34, 35, 44, 46,
61, 65, 66, 75, 83, 85, 89, 96, 97,
102

Dépendance, 23, 26, 31, 52

Dépression, 23

Désintoxication, 37

Douleur, 17

Drogue, 1-3, 17, 19, 20, 22-24, 26,
28-42, 46, 47, 51, 52, 54, 55, 62,
64, 66-68, 72, 73, 75-81, 83-88,
95-97, 101-106

Durkheim (Émile), 67

E

Écologistes, 46

Edibles, 74

Égypte, 26, 27, 30

Emprisonnement, 37-39, 64

Environnement, 12, 15, 105, 108,
109

Espagne, 35, 96, 97

États-Unis, 1, 18, 28, 30, 32, 33, 46,
47, 51-53, 62, 74, 97

Euphorie, 21

F

Fibranova, 12

Fibre cannabique, 14

Folie, 28

France, 1, 2, 14, 18, 19, 25, 30, 35,
40, 42, 44, 45-47, 50, 51, 66, 75,
81, 84, 86-89

G

Gaoni (Yehiel), 13

Glaucome, 48

Grèce, 30

H

Haschich, 20, 21, 26-28, 35, 72, 73,
86, 109

Herbe, 9, 14, 18-20, 45, 49, 54, 56,
72, 74, 109

Herer (Jack), 12, 43

Hildegarde de Bingen, 15

Hippies, 18, 43

I

Impôt, 90, 109

Inde, 26, 31, 33

Industrie, 9, 11, 14-16, 20, 31, 44,
45, 50, 53, 57, 88, 104, 106, 108

Ineffectivité, 67

Inégalités, 68

Infraction, 24, 29, 33-35, 38, 39, 63,
64, 82

Irritabilité, 23

Isolement, 12, 76, 77

Israël, 49

Italie, 35, 96

Ivresse, 17, 20-22, 26, 45, 111

J

Joint, 20, 44, 64, 73

L

Licence, 27, 50, 56, 98, 99, 109

Lobby, 53

Lobbying, 45

Loi d'airain de la prohibition, 72

M

Marché

gris, 55

illégal, 51, 76, 88, 91, 102

illicite, 72, 80, 82, 108
informel, 72
légal, 44, 54, 74, 82, 90, 91, 95,
98, 102, 109
licite, 86, 88, 105, 108
noir, 53, 56, 74, 89, 90, 97, 99
Marijuana, 18, 19, 31-33, 43, 44, 48
Manque, 23
Marley (Bob), 18
Maroc, 26, 31, 33, 86
Mechoulam (Raphael), 13
Mémoire, 22
Mexique, 35
Moyen Âge, 14, 16
Mujica (Pepe), 54

N

Narcotique, 17, 26
Néo-cannabinoïdes, 20, 74

O

Occident, 16, 18, 27
ONUDC (Office des Nations unies
contre la drogue et le crime),
19, 77
Opium, 27-30, 35
Overdose, 22

P

Pakistan, 31, 33
Panique, 22, 36
Pays-Bas, 1, 34, 42
Pédagogie, 106
Pétard, 20
Pharmacologie, 16
Pharmacopée, 16
Pipe, 20, 22, 44

Pline l'Ancien, 16
Portugal, 35, 75, 96
Prison, 33, 35, 38, 42, 51, 64
Prohibition, 2-4, 25, 26, 28-33, 35,
42, 44, 47, 54, 55, 61-63, 66-68,
71, 72, 74-77, 79-81, 83, 85, 89,
95, 102, 103, 106
Prosélytisme, 28, 43, 64
Psychose, 23
Psychotrope, 1, 17, 19, 24, 29, 45,
62, 79
Punir, 30, 32, 33, 36

R

Rabelais, 14
Rastafarisme, 18
Rééducation, 37
Référendum, 48, 52, 53, 66
Régulation, 3, 5, 21, 47, 51, 52,
55, 57, 66, 81, 82, 83, 91, 95,
105-109
Remède, 27, 47
Répression, 24, 30-34, 39, 40, 43,
47, 53, 63, 66, 68, 72, 75, 80, 81,
85, 91, 95, 96, 99, 111
République tchèque, 49
Résine, 20, 29, 73, 109
Revendeur, 37, 76, 80, 87, 96
Rituel, 17, 25, 43, 68
Roques (Bernard), 24, 42
Royaume-Uni, 24, 31, 42

S

Santé, 2, 15, 17, 22-24, 28, 30, 36,
37, 42, 50, 51, 54, 56, 64, 65,
73, 77, 78, 82, 84, 90, 102, 104,
108-110

Schizophrénie, 23
Sécurité
 publique, 2, 4, 39, 53, 54, 56
 routière, 111
Séparation des marchés, 77
Sevrage, 23
Shit, 20
Sida, 46, 48, 65
Soigner, 36, 37
Solidarité sociale, 65
Somnolence, 21
Stick, 20
Stigmatisation, 16, 27, 32, 61, 67,
 68, 77
Stupéfiants, 29, 36-39, 51, 54, 62,
 64, 65, 68, 69, 81, 86
Suisse, 49

T

Tabac, 3, 19, 20, 22-24, 26, 29, 53,
 78, 106, 109, 111
Taxe, 89, 90, 109
Tchernobyl, 73
THC, 13, 45, 54, 72, 74, 109
Toxicomanie, 2, 19, 24, 29, 42, 62,
 77, 78, 87
Trafic, 2, 29, 32, 34, 35, 38, 40, 46,
 52, 54, 71, 72, 79-81, 84-88, 90,
 96, 103
Trafiquant, 1, 31, 38, 44, 68, 72,
 79-81, 87, 90, 91, 96, 99
Tranquillisant, 16
Transition écologique, 105
Troubles, 21-23, 35, 76
Tunisie, 26
Turquie, 30

U

Uruguay, 1, 51, 53-55, 74, 97

V

Vaillant (Daniel), 42, 46
Vertus thérapeutiques, 4, 49

Z

Zonage, 109

AOC Média, 4 avril 2022

Poutine, les « drogués » et nous

Dans une intervention télévisée diffusée le 25 février dernier, Vladimir Poutine appelait au renversement du gouvernement ukrainien qu'il qualifiait de « bande de toxicomanes et de néo-nazis ». Si l'on a justement dénoncé l'objectif de « dénazification » brandi par les autorités moscovites comme un mensonge éhonté, le recours à la catégorie du drogué (наркоман / narkoman) pour décrédibiliser le Premier ministre Zelenski et son équipe est passé largement inaperçu.¹ Cette rhétorique qui dépeint l'usager de stupéfiants comme une menace justifiant sa mise à l'écart mérite pourtant d'être mise en lumière. Elle est à l'image de la politique anti-drogue mise en œuvre dans la fédération de Russie et témoigne d'une toxicophobie qui n'est, malheureusement, pas l'apanage du président Poutine.

L'addictologie russe est l'héritière des standards répressifs de la psychiatrie soviétique². Elle demeure hermétique à la logique de la réduction des risques. En dépit des recommandations de l'Organisation Mondiale de la Santé, la méthadone et la buprénorphine ne peuvent être prescrites aux personnes toxicodépendantes. Ces traitements de substitution aux opiacés, qui étaient disponibles en Crimée jusqu'en 2014, y ont été interdits immédiatement après l'annexion de ce territoire par la Russie³. L'offre médicamenteuse proposée aux usagers de drogues en demande de soins est désormais réduite à une prescription de tramadol qui ne doit pas excéder dix jours⁴. Les autorités sanitaires russes privilégient la diabolisation des consommateurs de stupéfiants à l'information sur les risques associés à leurs pratiques. L'objectif de « réhabilitation sociale » de celles et ceux qui s'adonnent aux drogues illicites est mise en œuvre au moyen de mesures telles que la détection des consommateurs à l'école et sur leur lieu de travail, une offre de traitement volontaire dans des structures souvent dénoncées comme étant le lieu de traitements dégradants, ou bien encore l'imposition de traitements coercitifs par la justice pénale⁵.

La réponse institutionnelle russe à la question des drogues est avant tout punitive. Le moins que l'on puisse dire est que le succès n'est pas au rendez-vous. Détenant un nombre d'injecteurs parmi les plus élevés au monde, la fédération de Russie paie au prix fort les conséquences de cette politique répressive. Sur un plan sanitaire, le taux d'usagers de drogues séropositifs ou infectés par le virus de l'hépatite C est très supérieur à la moyenne⁶. Sur un plan social, les consommateurs sont objet d'une stigmatisation qui accroît leur marginalisation, et il n'est pas rare qu'ils fassent l'objet de poursuites judiciaires donnant lieu à une peine d'emprisonnement. Dernière illustration en date de ce tropisme répressif, l'arrestation, le mois dernier, de la basketteuse américaine Brittney Griner à son arrivée en Russie au motif qu'elle avait dans ses bagages une vapoteuse et un liquide présentant une odeur

¹ On retiendra toutefois l'article de Guillaume Lachenaï, « Guerre à l'Ukraine, guerre à la drogue », paru dans Libération le 17 mars dernier.

² Latypov, A.B. « The Soviet doctor and the treatment of drug addiction: "A difficult and most ungracious task" », *Harm Reduction Journal*, 8, 32 (2011) : <https://harmreductionjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/1477-7517-8-32>

³ J.J. Carroll, *Narkomania. Drugs, HIV, and Citizenship in Ukraine*, Cornell University Press, 2019, p. 20 et Chap. 6.

⁴ Mikhail Golichenko, « Documenting human rights violations is not enough to reform archaic drug policies in Eastern Europe and Central Asia », in C. Hallam, D. R. Bewley Taylor et K. Tinasti (dir.), *Research Handbook on International Drug Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 113.

⁵ M. Golichenko et al., « Drug Policy in the Russian Federation: Do Control Policies Produce More Harm than Drugs? », in A. Klein, B. Stothard (dir.), *Collapse of the Global Order on Drugs: From UNGASS 2016 to Review 2019*, Emerald Publishing, 2018, 133.

⁶ United Nations Office on Drugs and Crime, *World Drug Report, 2021*, Booklet 2, pp. 39-40.

d'huile de cannabis. Elle est depuis détenue et risque dix ans de prison pour des faits d'importation illicite de drogue⁷.

Pourtant, l'usage de stupéfiant n'est pas interdit *stricto sensu* par le droit russe. Selon l'article 228 du Code pénal de la fédération de Russie, l'acquisition de drogue n'est une infraction pénale que si elle porte sur une quantité significative de produit ou qu'elle s'inscrit dans un trafic lucratif. A contrario, la possession d'une petite quantité de stupéfiant pour usage personnel est une simple contravention qui ne peut donner lieu qu'à une amende et une détention administrative de 15 jours. Il en va de même pour la culture de plantes stupéfiantes dès lors qu'elle n'est pas destinée à alimenter le trafic. La promotion de l'usage de drogues n'est pour sa part punissable que d'une peine d'amende. Le droit français est en comparaison bien plus sévère. Dans l'hexagone, l'usage simple de stupéfiant est passible d'un an de prison⁸ et la culture illicite de stupéfiants de 20 ans de réclusion⁹. Quant à la présentation sous un jour favorable de la consommation de drogue, elle est punie de 5 ans d'emprisonnement¹⁰.

Qu'on ne s'y trompe pas. Il vaut mieux être usager de stupéfiants en France qu'en Russie, ne serait-ce qu'en raison de la politique de réduction des risques et l'offre de soins incomparablement plus généreuses. Mais force est de constater qu'à s'en tenir aux textes en vigueur, la rigueur du droit français ne cède en rien aux dispositions répressives des lois russes. Certes, la législation française n'est pas appliquée avec la plus grande sévérité et sa mise en œuvre reste contingente. En ce domaine, le nombre de délits commis est tel que seule une part minimale d'entre eux peut être matériellement sanctionnée. Reste que jamais le système pénal français n'a autant réprimé les usagers de stupéfiants.

À la faveur d'une hausse continue des interpellations et de l'apparition de modes accélérés de traitement des délits, la punition des « drogués » est devenue une réalité institutionnelle incontournable de ces vingt dernières années¹¹. Ce mouvement tient notamment aux stratégies policières ciblées sur les consommateurs plutôt que sur les trafiquants. La constatation d'un usage de stupéfiant vaut en effet résolution d'une affaire et contribue ainsi mécaniquement à améliorer le taux d'élucidation des unités de police. En conséquence de quoi, la Cour des comptes a pu constater dans un rapport de 2011 que l'action des services de sécurité publique en matière de produits stupéfiants est « marquée par la priorité accordée, dans une approche essentiellement statistique, à la répression de la consommation »¹². A cet effet inattendu de la gouvernance par indicateurs chiffrés s'ajoute une volonté politique d'apporter une réponse pénale systématique à la consommation de drogues illicites pour éviter, selon une circulaire du 16 février 2012, « le sentiment de banalisation et d'impunité ressenti par une partie non négligeable des jeunes consommateurs »¹³. Cet objectif a été largement satisfait et, désormais, la justice donne suite à plus de 98 % des affaires d'usage de stupéfiants dont elle a connaissance.

La rigueur de la répression ne fait pourtant pas baisser le niveau de consommation. Confirmant en cela les études internationales qui mettent en lumière l'absence de corrélation entre la sévérité du droit applicable et la prévalence de l'usage de drogues illicites, les enquêtes épidémiologiques indiquent

⁷ <https://www.nytimes.com/2022/03/23/world/europe/brittney-griner-russia.html>

⁸ Article L3421-1 du Code de la santé publique.

⁹ Article 222-35 du Code pénal.

¹⁰ Article L3421-4 du Code de la santé publique.

¹¹ Pour une mise en perspective sur cinq décennies, voir I. Obradovic, C. Protais, O. Le Nézet, « Cinquante ans de réponse pénale à l'usage de stupéfiants (1970-2020) », *Tendances*, n° 144, Observatoire français des drogues et des toxicomanies, 2021.

¹² Cour des comptes, *Organisation et gestion des forces de sécurité publique*, juillet 2011, p. 36.

¹³ Circulaire du 16 février 2012 relative à l'amélioration du traitement judiciaire de l'usage de produits stupéfiants (NOR : JUSD1204745).

que la consommation de stupéfiants se maintient en France sur un plateau haut comparé aux autres pays européens, y compris ceux mettant en œuvre des politiques plus tolérantes¹⁴. Les addictologues considèrent que la répression des usagers de stupéfiants ne constitue pas la réponse la plus opératoire aux défis de santé que posent la toxicomanie, et certains policiers n'hésitent plus à pointer son caractère contre-productif en termes de sécurité publique. Pourtant, la perspective d'une dépénalisation de l'usage de drogues est absente de la campagne présidentielle. Si l'idée d'une légalisation du cannabis est évoquée par certains, la légitimité de l'incrimination qui punit l'usage des autres stupéfiants d'un an de prison n'est pas discutée.

Le traitement répressif de l'usage de drogue semble d'autant plus naturel que leurs consommateurs sont dépeints comme une menace existentielle pour la société. Alimentée par le populisme pénal qui caractérise l'air du temps, cette toxicophobie, largement partagée par les hommes et les femmes politiques français, est toujours de rigueur dans le débat public. Que l'on accuse les amateurs de cannabis d'entretenir la violence des trafics où les consommateurs de crack de menacer la tranquillité publique, c'est oublier un peu vite que ces troubles sociaux sont avant tout l'expression d'une guerre à la drogue qui ne remplit pas ses promesses et se transforme souvent en guerre aux « drogués ». En ce domaine, la France a encore des progrès à faire pour convaincre qu'elle s'inscrit bien du côté des sociétés ouvertes, respectueuses du droit des personnes, et non du côté des sociétés fermées où les valeurs traditionnelles servent de prétexte à la persécution des plus fragiles.

Renaud Colson, Juriste, Maître de conférences à Nantes Université

¹⁴ Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Rapport européen sur les drogues 2021: Tendances et évolutions*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2021.

Renaud Colson Avec la loi « sécurité globale », l'Etat s'abandonne aux sirènes de la répression pour traiter la toxicomanie

Aveugle aux évolutions internationales et sourde aux conseils des addictologues, la politique suivie en matière de drogues témoigne d'une dégradation progressive de notre Etat de droit, estime le maître de conférences en droit privé et sciences criminelles

La loi pour une Sécurité globale préservant les libertés, adoptée par le Parlement le 15 avril, sera prochainement examinée par le Conseil constitutionnel. Elle a déjà été largement discutée dans la sphère publique, mais l'une de ses dispositions a fait l'objet de peu d'attention. Il s'agit de l'article 1^{er}, paragraphe 5, alinéa 7, qui fixe le cadre d'une expérimentation permettant aux agents de la police municipale et aux gardes champêtres de constater par procès-verbal le délit d'usage illicite de stupéfiants.

L'infraction, punissable d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende, doit, une fois constatée, faire l'objet d'une procédure rédigée transmise au maire et au procureur de la République. Mais l'usage illicite de stupéfiants est également susceptible de faire l'objet d'une amende forfaitaire délictuelle.

Ce dispositif, récemment introduit dans le code de la santé publique, permet d'étendre l'action publique en amont du passage devant un magistrat en échange du versement d'une somme de 200 euros (majorée à 450 euros en cas de paiement tardif) au prix d'une inscription au casier judiciaire.

La loi « sécurité globale » ne précise pas si les policiers municipaux sont compétents pour mettre en œuvre cette amende forfaitaire dans leur mission de soutien aux officiers de police judiciaire. Dans le silence des textes, on ne saurait exclure que ce développement soit à l'ordre du jour.

Contentieux de masse

L'hypothèse est d'autant plus plausible que le nouveau pouvoir conféré à la police municipale a vocation à être expérimenté dans des zones urbaines où l'usage de stupéfiants est à l'origine d'un contentieux de masse qui encombre les juridictions et se solde, le plus souvent, par un simple rappel à la loi. Or, c'est précisément pour réduire les moyens consacrés par la justice au traitement de cette « délinquance » et pour renforcer la répression que le dispositif de l'amende forfaitaire délictuelle a été créé.

Il faut bien mesurer les dangers que font peser sur l'Etat de droit ces extensions progressives du pouvoir de sanctionner les usagers de stupéfiants. La répression des consommateurs de drogue était conçue par les auteurs de la loi de 1970, qui fixe depuis cinquante ans le cadre juridique ap-

pllicable en la matière, comme une mesure subsidiaire à ne mettre en œuvre qu'avec « extrême prudence » aux seuls infracteurs ne pouvant être « guéris ».

Mais, au fil du temps, la sanction constitue désormais la réponse par défaut à l'usage illicite de stupéfiants. Ce traitement punitif de la toxicomanie signe l'abandon de l'ambition sanitaire de la politique des drogues en France. Cette évolution est d'autant plus regrettable qu'elle malmène les principes fondamentaux de notre ordre juridique.

Répression systématique

L'amende forfaitaire délictuelle, en confiant aux forces de l'ordre les pouvoirs de poursuite, de constatation de l'infraction, et de sanction, foule aux pieds le principe de séparation des fonctions pénales. Celui-ci prévoit, par souci de protection des libertés individuelles, que soient organiquement distinguées l'autorité qui met en œuvre l'action publique, celle qui instruit l'affaire et celle qui juge le prévenu.

En confiant aux policiers municipaux la mission de constater par procès-verbal le délit d'usage illicite de stupéfiant, nous nous étouffons encore un peu plus d'une

procédure correctionnelle présentant les garanties requises d'une bonne justice. Ce sont désormais des fonctionnaires territoriaux qui mettront en œuvre la répression d'un délit donnant lieu à inscription aux bulletins 1 et 2 du casier judiciaire. Est-il raisonnable de confier à des agents administratifs rapidement formés aux métiers de la sécurité mais n'ayant aucune connaissance en addictologie cette responsabilité lourde d'enjeux en termes de santé et de liberté publiques ?

Quels que soient les dangers de l'usage de stupéfiants et la méfiance que peuvent nous inspirer leurs consommateurs, l'amolissement progressif de leurs droits et leur exposition à une répression de plus en plus systématique en dehors de tout contrôle judiciaire devraient nous interroger. Ils témoignent d'une dégradation progressive de notre Etat de droit en un Etat de police, et d'une absence de stratégie rationnelle dans la lutte contre les drogues.

La politique française fait peu de cas des conclusions du Conseil de l'Union européenne qui, en 2018, invitaient les Etats membres à promouvoir les mesures éducatives et à favoriser des « solutions de remplacement à l'imposition de

sanctions » pour les consommateurs de stupéfiants. Aveugle aux évolutions politiques internationales, sourd aux conseils des addictologues et indifférent à la forte prévalence des usages problématiques de drogues dans notre jeunesse, l'Etat s'abandonne toujours plus aux sirènes de la répression pour traiter les problèmes de toxicomanie.

Alors que se confirme le succès des expériences de légalisation menées à l'étranger, la persécution des usagers de stupéfiants, boucs émissaires de trafics de plus en plus violents, relève pourtant d'une logique d'exclusion qui engendre de nombreuses conséquences néfastes tant sur un plan sanitaire que sécuritaire. ■



CE TRAITEMENT PUNITIF DE LA TOXICOMANIE SIGNE L'ABANDON DE L'AMBITION SANITAIRE DE LA POLITIQUE DES DROGUES EN FRANCE

Renaud Colson est maître de conférences à l'université de Nantes, membre du laboratoire Droit et changement social (UMR CNRS 6297), chercheur en résidence à l'Institut Max-Planck pour l'étude de la criminalité, de la sécurité et du droit, à Fribourg-en-Brisgau (Allemagne)

Légalisation du cannabis récréatif au Canada : une réforme qui vient de loin

Publié: 17 octobre 2018, 20:57 CEST

Renaud Colson

Maître de conférences à l'Université de Nantes (UMR CNRS Droit et Changement Social), Université de Nantes



Dans une plantation de cannabis, à Lincoln (Ontario), le 12 octobre 2018. Lars Hagberg / AFP

Vingt ans après avoir autorisé l'usage thérapeutique du cannabis, le Canada en légalise la consommation hédonique. C'est le premier État du G7 à s'engager dans une telle voie, et le second, après l'Uruguay, à abolir sur son territoire national la prohibition du chanvre psychoactif décrétée au XX^e siècle par la communauté internationale.

Certes, aux États-Unis, quelques États s'y sont déjà essayé, mais au prix d'une contradiction juridique avec la législation fédérale qui demeure rigoureusement prohibitionniste. Quant aux nombreux gouvernements qui, aux quatre coins du globe, ont assoupli l'interdit pesant sur le cannabis, ils ont tous opté pour des formes variées de dépénalisation, maintenant en principe le caractère illicite de cette plante tout en renonçant, en pratique, à sanctionner ses consommateurs.

L'audace de la réforme du gouvernement Trudeau, qui reconnaît et réglemente les libertés d'user, de produire et de faire commerce de cannabis récréatif, est d'autant plus remarquable que la prohibition du cannabis au Canada a longtemps été particulièrement rigoureuse. Interdit dès 1923, soit deux ans avant d'être mis sous contrôle international, le chanvre psychoactif est prohibé à une époque où les Canadiens n'en consomment pas.

Une législation rigoureuse sans effet sur la consommation

Cette législation anti-cannabis particulièrement précoce est renforcée, en 1961, par le *Narcotic Control Act*, qui prévoit l'emprisonnement à perpétuité pour le trafic de stupéfiants et jusqu'à sept ans d'incarcération pour la simple détention d'une drogue illicite. C'est paradoxalement après ce durcissement législatif, que la consommation de cannabis explose au Canada.

Dans le sillage de la contre-culture contestataire, cette pratique se démocratise et le nombre d'infractions constatées se multiplie. Mais le droit lui reste inflexible...

Jusqu'alors, la répression antidrogue s'abattait sur une minorité chinoise opiophile et sur un lumpen prolétariat héroïnomane. Désormais, ce sont des fils et des filles de bonne famille qui sont menacés de prison. Le consensus sur le bien-fondé de la répression ne tarde pas à s'effriter et, en 1969, une première réforme de la législation s'impose pour réduire sensiblement le risque pénal en matière de cannabis.

La même année, le premier ministre Pierre Trudeau (le père de Justin Trudeau) établit une Commission royale sur l'usage non médical des drogues. Cette Commission dite Le Dain, du nom de son président, rend un rapport consacré au cannabis dans lequel est recommandée la dépénalisation de sa détention. Le gouvernement renonce finalement à faire adopter un texte en ce sens, notamment sous la pression du lobby policier.

Une répression tous azimuts

Arrivent les années 80 et 90. À l'époque, la guerre à la drogue déclarée dans les arènes internationales, et menée férocement aux États-Unis, influence la politique canadienne. L'hypothèse d'un assouplissement de la législation relative au cannabis n'est alors plus du tout à l'ordre du jour, malgré une opinion publique majoritairement favorable à la décriminalisation de l'usage.

Chaque année, on condamne des dizaines de milliers de citoyens canadiens pour détention de cannabis. Si la prison est rare, les amendes, elles, sont fréquentes, et les condamnations s'accompagnent toujours d'une inscription au casier judiciaire.

À l'exception d'un modeste toilettage législatif en 1996 – le *Controlled Drugs and Substances Act* infléchit sensiblement les peines applicables en matière de cannabis, mais la simple détention reste passible de six mois de prison –, le statu quo prévaut pendant trois décennies.

Or la consommation ne régresse pas à la faveur de la répression, qui cible de manière prioritaire les communautés noires et amérindiennes, et les consommateurs sont durablement stigmatisés. À la fin du XX^e siècle, on estimait que près de 700 000 Canadiens avait un casier judiciaire pour détention de cannabis.

Premier appel à la dépénalisation

Dans un contexte culturel nord-américain où le « pot » est très largement consommé, et où la tradition constitutionnelle britannique et son attachement aux libertés formelles est très prégnante, cette situation a généré une forte insatisfaction. La volonté de réforme s'exprime alors en différents lieux, y compris chez les forces de l'ordre.

En 2002, un rapport de la Chambre des communes prône une dépénalisation du cannabis, et la même année, un rapport sénatorial propose même de le légaliser. Mais, une fois de plus, le gouvernement fédéral renâcle. Plusieurs projets de loi visant à contraventionnaliser la détention de petites quantités de cannabis se succèdent, mais aucun n'est finalement adopté.

En 2006, le très conservateur Stephen Harper arrive au pouvoir. Les espoirs d'un assouplissement de la législation sont douchés. Mais le combat s'est alors déjà déplacé sur un autre terrain, celui du cannabis médical, et devant d'autres institutions, les tribunaux.

Le cannabis thérapeutique, premier pas vers la normalisation sociale

En réalité, une première brèche avait été ouverte le 21 juillet 2000, lorsque la Cour d'appel de l'Ontario rendit l'arrêt Parker. Dans cette affaire, l'accusé qui cultivait du cannabis pour réduire le nombre et la durée des crises d'épilepsie dont il souffrait contestait les poursuites dont il faisait l'objet. Les juges de l'Ontario ont accueilli favorablement sa demande en constatant qu'en l'empêchant de se procurer et d'utiliser du cannabis à des fins thérapeutiques, la loi sur les drogues n'était pas conforme à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.

À Vancouver, en juin dernier, devant un dispensaire. Jeff Vinnick/AFP

Devant cette décision à l'argumentaire implacable, le gouvernement canadien a renoncé à porter l'affaire devant la Cour suprême et a réglementé l'accès au cannabis thérapeutique. Depuis près de vingt ans, il est ainsi légal d'en cultiver ou de s'en procurer auprès d'un fournisseur autorisé dès lors que l'on dispose d'un certificat médical recommandant son usage.

Ce régime juridique, qui s'accompagne d'une lourde réglementation précisant les modalités de production et de distribution, a permis à l'industrie du cannabis médical de développer un remarquable savoir-faire au Canada. En médicalisant une déviance jusqu'alors réprimée, cette expérimentation a sans doute contribué à sa normalisation sociale, préparant ainsi le terrain à la légalisation du cannabis récréatif.

Une réforme contre toute attente

Cette étape supplémentaire figurait parmi les principales promesses du Parti libéral de Justin Trudeau lors des élections fédérales de 2015 destinées à élire la 42^e législature du Parlement du Canada. Les éléments de langage utilisés lors de la campagne reprenaient l'argumentaire antiprohibitionniste classique. Il constatait, d'une part, l'incapacité de l'interdit juridique à juguler la consommation de cannabis, y compris chez les plus jeunes et, d'autre part, les nombreuses conséquences négatives de la prohibition, notamment en termes sécuritaire (développement du crime organisé) et administratif (engorgement du système de justice pénale).

Contre toute attente, cette promesse a bien été mise en œuvre. La réforme a été menée tambour battant, après que le nouveau gouvernement ait confirmé, dans le discours du Trône de 2015, son engagement à légaliser, à réglementer et à restreindre l'accès au cannabis.

La ministre de la Justice a ainsi établi un groupe de travail constitué de sommités, lequel devait fournir des conseils pour l'élaboration d'un nouveau cadre juridique après avoir recueilli l'avis des personnes compétentes ou intéressés : collectivités locales, groupements privés, experts en tous genre. 30 000 Canadiens ont également participé, à titre individuel, à la consultation lancée à cette occasion.

À ce groupe de travail était demandé de se prononcer sur diverses options de régulation afin de :

- minimiser les dangers de la consommation de cannabis ;
- établir un système de production sécuritaire et responsable ;
- concevoir un système de distribution approprié ;
- assurer la sécurité et la protection du public ;
- articuler tout cela avec la réglementation applicable au cannabis médical.

Le rapport sur la légalisation et la réglementation du cannabis a été publié en décembre 2016. Synthétisant la littérature scientifique disponible sur le sujet, il contenait une série de propositions concrètes fondées sur un certain nombre de valeurs explicitées en introduction au rapport, parmi lesquelles la protection de la sécurité et de la santé, et la compassion pour les membres vulnérables de la société et les patients.

Quelques mois après sa publication, le gouvernement du Canada a présenté à la Chambre des communes le projet de loi C-45 : « Loi concernant le cannabis et modifiant la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, le Code criminel et d'autres lois ». Ce texte, qui s'inspire largement des propositions du groupe de travail, a été définitivement adopté par le Sénat en juin 2018.

Répartition des compétences entre gouvernement et provinces

Durant la longue discussion parlementaire à laquelle a donné lieu l'adoption du projet C-45, l'appareil d'État s'est préparé intensivement. Le gouvernement fédéral a organisé des concertations sur la réglementation technique destinée à organiser dans le détail les modalités de production et de distribution du cannabis. Et les provinces et les municipalités ont engagé leurs propres consultations locales pour produire, à leur niveau, des dispositifs normatifs divers et variés rendus nécessaires par l'institution d'un marché légal du cannabis.

Conformément au partage des pouvoirs organisé par la Constitution, la réforme adoptée dessine en creux une répartition des compétences entre le gouvernement fédéral et les provinces. Le gouvernement fédéral est en charge de la réglementation de la production, et notamment des licences de production, et des normes sanitaires à respecter, ainsi que de l'établissement des sanctions pénales en cas d'infraction à cette législation.

Quant aux gouvernements provinciaux et territoriaux, ils sont pour leur part responsables des permis de distribution et des modalités de vente de cannabis, sous réserve du respect des conditions fédérales minimales. Chaque province a ainsi élaboré sa réglementation pour encadrer la distribution et la vente du cannabis. Et l'on distingue d'intéressantes variations.

Dans certaines provinces, comme en Colombie-Britannique, on pourra acheter dans des boutiques privées. Dans d'autres, notamment au Québec qui a adopté une ligne plus restrictive, ce sera exclusivement dans des magasins d'État ou bien en ligne. De même, le droit à l'autoproduction (jusqu'à quatre plants par foyer) prévu par la loi fédérale a été contesté par certaines provinces qui s'y sont opposées sur leur territoire.

Les nouvelles règles de la légalisation

La régulation du cannabis ne consiste pas simplement en une levée de l'interdit qui pesait jusqu'à maintenant sur le chanvre indien. Elle requiert d'établir un nouveau cadre juridique pour réglementer les modalités de production, de distribution et d'usage de ce produit. Et paradoxalement, cela passe par l'établissement de nouvelles infractions.

Il sera, par exemple, interdit d'avoir plus de 30 grammes de cannabis sur soi dans un lieu public ou de se promener avec un plant de cannabis en fleurs. Ces interdictions et quelques autres sont assorties de sanctions proportionnelles à la gravité du délit. Les peines sont logiquement augmentées lorsque l'infraction a pour conséquence de mettre un mineur en contact avec le produit.

Au-delà de ces règles de droit pénal, qui visent à tenir les plus jeunes à distance et à sanctionner le marché noir qui ne manquera pas de persister de manière résiduelle, la loi nouvelle établit des règles relatives à la promotion et à la vente de cannabis licite, à l'étiquetage et aux emballages.

Elle définit également la nature des produits cessibles : du cannabis donc, sous forme fraîche ou séchée, sous forme d'huile ou de plante, et également des « produits comestibles qui contiennent du cannabis ». En revanche, les produits cannabiques contenant de la nicotine, de la caféine ou de l'alcool éthylique sont interdits.

S'agissant des licences de production, elles sont délivrées par le ministre fédéral. Pas de régie d'État donc, mais un recours au marché rigoureusement contrôlé : d'une part, la licence peut être refusée si le demandeur apparaît peu fiable ; d'autre part, elle peut être suspendue s'il apparaît que la réglementation en vigueur n'est pas respectée.

Enfin, s'agissant des licences de distribution, le fédéral laisse la main aux provinces : toute personne peut être autorisée à vendre du cannabis par une loi provinciale sous réserve du respect d'un certain nombre de règles. Sont posées, à cette occasion, l'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès d'un producteur autorisé par le gouvernement fédéral, et l'interdiction de céder du cannabis à des mineurs.

Les conséquences d'une réforme historique

Le nombre de rapports produits par diverses institutions scientifiques, et la qualité des débats parlementaires à Ottawa et dans toutes les assemblées provinciales, confèrent aujourd'hui à la légalisation canadienne l'aspect d'une évidence bien pensée. Mais de nombreuses inconnues demeurent sur les conséquences à long terme de cette réforme historique.

Les chercheurs en addictologie, qui voient généralement d'un œil favorable la sortie de la prohibition, insistent sur la nécessité de mener, dans le même temps, une politique volontariste de prévention des usages problématiques de cannabis. Certains redoutent aussi que les communautés ayant le plus souffert de la répression soient exclues d'une légalisation qui générera d'importants profits.

En revanche, une chose est certaine : le processus qui vient d'être lancé au Canada a très probablement vocation à s'étendre.

Les effets attendus d'une légalisation des drogues en France

Publié: 7 septembre 2016, 20:36 CEST

Renaud Colson

Maître de conférences à l'Université de Nantes (UMR CNRS Droit et Changement Social), Université de Nantes



La plante du délit. Jose Hernandez/Flickr, CC BY-NC-SA

La légalisation des drogues peut être définie comme la consécration juridique des libertés d'user, de produire et de faire commerce de produits psychotropes jusqu'alors illicites. Elle se distingue de la dépénalisation qui désigne un assouplissement de la sanction pénale pouvant aller jusqu'à sa suppression pure et simple. La dépénalisation signale un processus d'affaiblissement de la répression, mais elle reste inscrite dans une logique prohibitionniste. La légalisation requiert au contraire une abrogation de l'interdit.

La légalisation des drogues peut être organisée selon des modalités variées et plusieurs systèmes de régulation sont concevables. Une libéralisation totale de tous les stupéfiants, abandonnés à la loi de l'offre et de la demande, n'aurait assurément pas les mêmes effets que l'autorisation de certains d'entre eux, dans le cadre d'un monopole d'État encadré par de rigoureux dispositifs sanitaires.

À s'en tenir au cannabis, les rares expériences de légalisation mises en œuvre témoignent de la variété des modèles envisageables. Le législateur uruguayen, par exemple, requiert des consommateurs qu'ils s'enregistrent auprès des autorités et qu'ils s'approvisionnent alternativement dans les pharmacies fournies par l'État, dans des clubs associatifs, ou dans le cadre d'une autoproduction quantitativement limitée.

Au contraire, les lois du Colorado s'en remettent largement aux acteurs privés et tiennent l'État à distance du marché, si ce n'est pour en encadrer l'activité et en taxer les bénéfices. Dans les deux cas, la réforme mise en œuvre est trop récente pour en mesurer précisément les effets et pour les imputer au cadre réglementaire choisi. Mais il est déjà possible, en gardant à l'esprit l'incertitude qui caractérise tout exercice de prospective juridique, de spéculer sur les conséquences d'une sortie de la prohibition.

Sur le plan juridique

La légalisation des drogues aurait pour conséquence l'abrogation d'un certain nombre d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Il en résulterait logiquement une réduction de la délinquance en raison de la fin de l'illégalité attachée à des comportements faisant aujourd'hui l'objet d'une incrimination pénale : on songe, par exemple, aux millions d'infractions d'usage de stupéfiants commises chaque année en France.

S'il est certain qu'une large partie des activités de production et de distribution de drogues serait dès lors mise en œuvre dans un cadre légal, conformément à la réglementation en vigueur, le maintien d'un marché illicite résiduel ne respectant pas les normes établies est probable.

Sans évoquer l'évidente explication par le prix des produits licites, son ampleur dépendrait largement des modalités du cadre juridique adopté, notamment du régime de sanctions prévues en cas d'infraction aux règles établies, et de la nature des contraintes réglementaires pesant sur les acteurs du marché légal – qu'ils soient producteurs, distributeurs ou consommateurs.

Sur le plan économique

Il est très délicat de mesurer le potentiel de croissance qu'induirait une légalisation des drogues. Si l'on peut espérer le développement de nouvelles filières d'emplois autour de l'industrie du cannabis, l'exercice prospectif est ici hautement spéculatif. S'agissant des finances publiques, il est en revanche acquis qu'une telle réforme serait la source de nouveaux revenus générés par la taxation des drogues désormais légales. L'ampleur des recettes pour l'État dépendrait largement des modalités de la légalisation et elle demeure à cet égard très incertaine, mais l'exemple du Colorado atteste du fort potentiel fiscal d'une sortie de la prohibition.



Dans l'État du Colorado, les clubs ont pignon sur rue. Daniel Spiess/Flickr, CC BY-SA

Celle-ci aurait également pour conséquence une baisse des dépenses de répression – l'activité policière, judiciaire et pénitentiaire consacrée au traitement des drogues illicites perdant sa raison d'être. Une partie des ressources ainsi dégagées devrait nécessairement être réorientée vers les services de l'État en charge d'organiser le marché légal sous la forme soit d'une régie nationale, soit d'une police des acteurs privés en charge de la production et de la distribution des drogues.

L'incertitude demeure en revanche sur le « coût externe » des drogues, c'est-à-dire le montant des ressources gaspillées ou économisées du fait de la légalisation (pertes de production, perte de vies humaines, perte de qualité de vie, etc.), lequel dépendra largement des effets de la légalisation sur la santé des populations.

Sur le plan sanitaire

Il est acquis que la légalisation permettrait un développement plus vigoureux des politiques de réductions des risques liés à l'usage de drogues, lesquelles sont logiquement bridées par le principe prohibitionniste. On a vu comment l'interdit des drogues a pu, par le passé, ralentir l'introduction de programmes de distribution de matériel d'injection stérile et de produits de substitution, et comment il opère aujourd'hui comme un obstacle à l'ouverture de salles de consommation à moindre risque.

Si la loi consacre désormais l'idée d'une prévention « des dommages sociaux et psychologiques liés à la toxicomanie » (art. L3121-4 du Code de la santé publique), elle ne résout pas l'antinomie juridique au cœur des politiques antidrogue. Comment le droit peut-il conférer un statut légal à des dispositifs destinés à sécuriser les conditions de consommation de produits dont l'usage est par ailleurs interdit ? La légalisation permettrait de résoudre cette contradiction et favoriserait les programmes d'aide à destination de populations fragilisées qui hésitent aujourd'hui à entrer en contact avec les services sociaux à raison de l'illégalité de leurs pratiques de consommation.

Dans un autre registre, la création d'un marché légal des drogues donnerait lieu, sous une forme ou sous une autre, à l'institution de contrôles de qualité des produits distribués, éliminant de ce fait la circulation de drogues frelatées porteuses de risques importants pour la santé des consommateurs. Plus incertaine est la question des conséquences de la légalisation sur les niveaux d'usage.



Sur une péniche d'Amsterdam. Ben Sutherland/Flickr, CC BY

Si l'on peut légitimement redouter une hausse de la consommation, celle-ci n'est pas du tout certaine. Les comparaisons internationales témoignent en effet de l'absence de corrélation entre la prévalence de l'usage et le régime juridique en vigueur : ainsi aux Pays-Bas, la vente de cannabis en *coffee shops* ne semble pas donner lieu à une consommation accrue de ce produit. À cet égard, on peut penser que les modalités de mise en œuvre de la légalisation – par exemple, l'interdiction de la publicité, l'interdiction de la vente aux mineurs, le développement de programmes d'éducation et de prévention – constituent des leviers susceptibles de contenir, voire de réduire les niveaux de consommation qu'une levée de la prohibition pourrait au contraire encourager.

Sur le plan sécuritaire

Quoique le lien entre criminalité et drogues illicites soit bien établi d'un point de vue statistique, leur relation apparaît complexe et contre-intuitive. Il est ainsi établi que la répression des usagers-revendeurs et des trafiquants, et l'absence de régulation du marché, conséquences directes de la prohibition, expliquent une part importante de la violence liée aux drogues. Dans cette perspective, il est très probable que la légalisation contribuerait à une baisse du niveau général de la délinquance.

Renaud Colson - L'inévitable légalisation du cannabis



La réglementation de la production et de la distribution de substances aujourd'hui illicites affaiblirait les acteurs de la criminalité organisée, qui tirent une grande partie de leurs revenus de ce commerce et l'organisent sur des territoires pour partie hors de contrôle. Elle réduirait d'autant les risques de corruption des agents publics. En outre, le retour dans le giron de l'économie légale des revenus des ventes de drogues permettrait de réduire les flux d'argent sale réintroduits dans le système bancaire, aujourd'hui utilisé pour blanchir une grande partie des profits illégaux générés par les trafiquants.

Sur le plan politique

Il convient de ne pas sous-estimer les vertus pacificatrices de la légalisation. La forme radicalisée de la prohibition qu'exprime la rhétorique de la « guerre à la drogue » et l'accent punitif qui caractérise l'actuelle politique de lutte contre la toxicomanie n'est pas sans conséquence sur le lien social. La gestion différentielle des illégalismes qui aboutit à des formes de discriminations socioethniques dans la répression contribue à attiser les tensions entre les institutions de maintien de l'ordre et certains segments de la population.

Par ailleurs, la normalité sociale de l'usage de stupéfiants, attestée par une consommation largement expérimentée et par le traitement complaisant que lui réservent les médias de masse, témoigne du profond décalage entre la norme juridique et les mœurs. Ce décalage, dont témoigne la cruelle absence d'effectivité de la règle, sape les fondements mêmes du droit.

Dans cette perspective, loin d'être le signe d'un renoncement de l'État à protéger sa population, une légalisation rigoureusement contrôlée apparaîtrait au contraire comme un engagement fort au service de la santé et de la sécurité de tous dans le respect de la liberté de chacun.

*Cet article est également publié dans la revue trimestrielle du Haut Conseil de la santé publique :
« Actualité et dossier en santé publique » n° 95, juin 2016, 46-47.*

Entrée « **JUSTICIER** » dans le *Dictionnaire de la justice*, publié sous la direction de M. Loïc Cadiet, Paris, PUF, 2004, 801-804.

“ Celui qui rend justice et aime à la faire rendre ” (dictionnaire de Trevoux, 1752) peut œuvrer de deux manières, soit comme magistrat en charge d’un ministère légalement fondé, soit comme redresseur de tort investi d’une mission morale exercée en marge des lois. Dans les deux cas, le justicier poursuit des finalités proches, mais il s’incarne dans des figures très différentes selon qu’il relève de la première ou de la seconde hypothèse. Dans l’histoire française, c’est le roi, souverain très chrétien, qui représente avec le plus d’intensité le justicier institué par la loi. Disparaissant du champ institutionnel à partir de la Révolution française, le personnage subsiste sous les traits du héros romanesque agissant, le plus souvent, hors de tout cadre légal.

Le justicier par la loi

Présent dans les textes cunéiformes dès le troisième millénaire, le thème du roi justicier se retrouve dans la Bible où sont décrits des monarques parfois oppresseurs et inéquitables (II Samuel, 13, 21), parfois justes et bons (I Rois, 3, 16-28). Ces références, positives ou négatives, habitent la pensée politique des pères de l’Église, puis celle des clercs carolingiens qui imposent au prince le devoir de “ gouverner avec piété, justice et miséricorde ” (Jonas d’Orléans). Dédoublant l’éthique royale des commandements divins, cette conception du justicier inclut dans sa mission, au delà de l’activité judiciaire consistant à corriger les méchants, la défense des *miserabiles personae* et des églises ainsi que le maintien de la paix. Cette fonction de service, qui suppose l’exemplarité du monarque au regard de la religion, est systématiquement mise en valeur jusqu’à la fin de l’Ancien Régime. Dans les “ miroirs du prince ” tout d’abord, ces manuels d’éducation royale qui rappellent le souverain à son devoir de vie vertueuse, conforme à l’idéal évangélique de justice, et l’invitent à entretenir la concorde et la paix dans son royaume. Dans les traités de jurisprudence ensuite, qui répètent que “ le premier principe de tous les devoirs des Souverains (...) consiste à faire régner Dieu même ; c’est à dire, à régir toutes choses selon sa volonté qui n’est autre que justice ” (Domat).

À cette représentation théologique du roi, justicier par devoir, se superpose l’image juridique d’un souverain doté, par son statut, de vastes prérogatives judiciaires. Ministère chrétien, la justice est également une prérogative institutionnelle à partir de laquelle les légistes assoient le pouvoir monarchique en développant, dans une langue savante, la figure d’un roi “ Fontaine de justice ” (*Fons iustitiae*) et “ Justice vivante ” (*Iustitia animata*). Face aux féodaux qui se prétendent justiciers, hauts ou bas selon l’étendue de leur compétence, le droit public de la monarchie établit que toute justice laïque “ est tenue en fief ou en arrière-fief du roi ” (Bacquet). Posant le principe de la souveraineté judiciaire royale contre les “ justices abusives ”, “ usurpées sans concessions ” (Loyseau), la science du droit est ainsi mise au service du prince dont elle établit l’emprise sur le royaume par diverses techniques procédurales (évocations, cas royaux, voie d’appel...).

Ancrée dans le savoir théologique et juridique, l’image du roi justicier est fixée dans la conscience collective par les chansons de geste, les représentations, picturales et sigillaires, des monarques rendant la justice et la canonisation de certains rois zélés (Saint Louis). Incarnation par excellence du juge dans l’idéologie monarchique, le roi est néanmoins déchargé de cette fonction dans l’ordre institutionnel par les officiers qui

le représentent. De l'autorité royale qui leur a été communiquée, les hauts magistrats déduisent qu'ils forment avec le roi un seul et même corps, et que le Parlement, "aussi essentiel à la Monarchie que le Monarque lui-même" (Le Paige), dispose d'une légitimité égale. Se qualifiant de "prêtres de la justice" (*Sacerdotes iustitiae*), les parlementaires, établis pour "entretenir le peuple en repos & concorde publique, & politique" (La Roche-Flavin), dépossèdent le roi de l'administration de sa justice, laissant au souverain un dernier ressort réduit à la portion congrue. Certes, jusqu'à la Révolution, "le principal droit des Souverains (...), & le devoir auquel ils sont le plus étroitement engagés, est de rendre la Justice à leurs Sujets" (Ferrière), mais cette symbolique est bien écornée à la fin de l'Ancien Régime. Concurrencé par les juges royaux, le roi justicier apparaît alors surtout comme le détenteur d'une justice retenue, plus ou moins arbitraire, qui suscite la critique des philosophes.

Le justicier hors la loi

Décapitant l'incarnation monarchique du principe de justice, les révolutionnaires lui substituent la loi. Voix de la nation, expression de la raison et gage d'égalité, celle-ci éclipse durablement la catégorie du justicier dans l'ordre institutionnel. Chassée des représentations symboliques du pouvoir, cette figure ressurgit ponctuellement sous une forme très différente : celle du juge justicier confronté à l'iniquité ou la lourdeur de la loi qui en subvertit la lettre pour en protéger l'esprit. Le bon juge Magnaud est le premier de ces magistrats atypiques à avoir été célébré par la presse. Profitant de la médiatisation de la justice, d'autres ont depuis revêtu la panoplie du juge "shérif" ou du magistrat vengeur. Forgés par le discours journalistique, ces caractères confèrent à certaines personnalités judiciaires en vue une aura romanesque, écho lointain dans le monde du droit d'un riche héritage littéraire.

Depuis le XIX^e siècle en effet, les écrivains romantiques raffinent et exploitent de manière récurrente le thème du justicier. Homme isolé confronté à une société inéquitable et à des magistrats sans âme, cette figure particulière du héros permet l'articulation du culte de l'individu et de la critique sociale. Victor Hugo noue de manière exemplaire ces deux thématiques dans le personnage de Jean Valjean, ancien forçat en proie au harcèlement d'institutions répressives (Javert), qui vient en aide aux victimes pour leur rendre justice. Archétype de l'homme écrasé par l'ordre social et figure christique par excellence, le héros des *Misérables* trouve la force de se libérer pour prendre sur lui le péché du monde et l'expié. Mais dans le roman populaire du XIX^e siècle, le redresseur de torts est autant en quête d'absolu que de vengeance. Ainsi Edmond Dantès qui, emprisonné pour un crime qu'il n'a pas commis, s'évade et réapparaît, fortune faite, sous les traits du comte de Monte-Cristo. Punissant les hommes qui ont manigancé sa chute, le personnage d'Alexandre Dumas incarne un héros avide de justice et généreux mais implacable quand le désir de vengeance se double chez lui du sentiment de revanche. Le caractère du justicier connaît d'autres grands succès littéraires, par exemple Rodolphe, héros des *Mystères de Paris* (Eugène Sue), avant de décliner au tournant du XX^e siècle. La figure du justicier vengeur est alors remplacée par celle du détective dans ce qu'il est convenu d'appeler le "roman judiciaire".

Dans la culture populaire actuelle, profondément américanisée, le traitement fictionnel du justicier se radicalise et se diversifie. En littérature, les *thrillers* ont pour héros des personnages qui rendent leur propre justice, se substituant à une institution judiciaire inefficace "qui se laisse aveugler par des arguties légales et acquitte régulièrement les

coupables ” (Mike Hammer, in M. Spillane, *I, the jury*). Le cinéma exploite également la figure du justicier, développant des genres particulièrement propices à la représentation épurée de cette forme de héros (western, film noir). Cow-boys solitaires et policiers frondeurs se conforment au même code moral, simple et efficace : “ C’est très bien de tirer quand c’est sur ceux qu’il faut ” (inspecteur Harry, in T. Post, *Magnum Force*). Les comics anglo-saxons poussent à son paroxysme cette figure mythologique du justicier tout puissant : incarnation vivante de la loi mais entretenant une relation ambiguë au droit, le super-héros en lutte contre le crime n’hésite pas à neutraliser les magistrats qui entravent son action et à violer les règles de procédure les plus élémentaires.

<BIBLIOGRAPHIE>

Carbasse J.-M. et Depambour-Tarride L., dir., *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999. - Cayla O. et Renoux-Zagamé M.-F., dir., *L’Office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2001. - Halévi R., dir., *Le Savoir du prince du Moyen Age aux Lumières*, Paris, Fayard, 2002. - Kantorowicz E., *The King’s Two Bodies*, Princeton, University Press, 1957 ; trad. fr., Genet J.-P. et N., Paris, Gallimard, 1989. - Ost F. et al., *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, FUSL, 2001

Mots-clefs

Culture populaire
Héros romanesque
Hors-la-loi
Redresseur de tort
Roi justicier
Super-héros

Corrélat

Cinéma (La justice au)
Justice divine
Justice royale
Littérature
Magnaud (Le bon juge)
Saint Louis

Le rôle du juge à l'heure de la procéduralisation du droit

Renaud Colson

Maître de conférences à
l'Université de Nantes

331. D'apparition récente dans le lexique, le terme de procéduralisation évoque un accroissement des règles de forme au détriment des normes substantielles¹. L'élaboration et l'utilisation de cette notion à la tonalité post-moderne trouvent leur justification dans l'extension constatée des règles gouvernant la procédure juridictionnelle à de nouveaux domaines du droit, et dans le renforcement de l'autorité juridique et politique de ces normes formelles². Si, en effet, l'existence d'une réglementation destinée à organiser l'administration de la justice est une donnée invariante du droit français, la valorisation de la procédure judiciaire illustrée par la montée en puissance de la notion de procès équitable est un phénomène moderne³.

332. Standard juridique nouveau dans le droit français, le procès équitable y a fait irruption depuis une cinquantaine d'années par le biais de divers instruments juridiques internationaux. L'origine culturelle, plus anglo-saxonne que continentale⁴, de cette catégorie n'a pas fait obstacle à son acculturation dans l'ordre juridique interne ainsi que l'atteste son fort impact sur le corpus doctrinal. La multiplication des sources juridiques porteuses de prescriptions constitutives d'un droit au procès équitable a ainsi contribué à donner une nouvelle actualité au droit processuel en tant que discipline universitaire⁵. Au-delà même des matières procédurales, ces normes d'origines diverses favorisent, par leur convergence au fond⁶, une reformulation du rôle

¹ A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 66-68.

² De manière générale sur l'hypothèse d'une procéduralisation du droit, v. C. Coppens et J. Lenoble, *Démocratie et procéduralisation du droit* (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000.

³ Sur cette valorisation, qui fait suite à un long dénigrement de la pratique procédurale, v. notre thèse *La fonction de juger : Étude historique et positive* (Avant-propos de G. Canivet, Préface de L. Cadiet), LGDJ / PU de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006, pp. 80, 92 et s., et 174 et s.

⁴ S. Guinchard, « Le procès équitable : actualité et prospective », in J. Hautebert et S. Soleil (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, t. 1, éd. EJT, 2007, p. 169.

⁵ Sur ce point, v. not. l'introduction générale dans le manuel de S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel, Droit commun du procès*, Dalloz, 4^e éd., 2007 ; comp. W. Baranès, M.-A. Frison-Roche et J. H. Robert, « Pour le droit processuel », *D.* 1983, chron. 9.

⁶ Sur le sujet, v. les articles de D. Rousseau, « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux » (p. 159), de J. Andriantsimbazovina, « La Convention européenne des droits de l'homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire » (p. 169), et la contribution de F. Sudre (p. 205), dans l'ouvrage collectif publié sous la direction de

du juge inscrivant ce dernier au cœur des mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux⁷.

333. La garantie des libertés individuelles par l'institution judiciaire n'est pas un mot d'ordre nouveau dans la tradition juridique française⁸. Mais la superposition des systèmes internationaux de protection juridictionnelle des droits fondamentaux⁹ et le renforcement de la légitimité supranationale des justices nationales en matière de droits de l'homme¹⁰ font désormais du juge le centre de gravité d'un droit des libertés publiques, jusqu'alors dominé par la loi¹¹. Le mouvement qui se dessine à la convergence du droit européen des droits de l'homme, du droit constitutionnel et du droit processuel fait apparaître un véritable « droit substantiel » au procès équitable¹². Ce dernier est décrit comme étant tout à la fois au service de la consécration de nouveaux droits fondamentaux¹³, au cœur du mécanisme constitutionnel de garantie des libertés publiques¹⁴, et au fondement de la réalisation des prérogatives juridiques individuelles¹⁵. Bouclier des droits subjectifs et gardien du droit objectif, le procès équitable prend ainsi dans l'ordre des principes une

H. Gaudin, *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, PUAM / Economica, 2001. Rapp. J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA*, 2002, p. 124.

⁷ Sur la notion de « droit fondamental », catégorie en cours d'élaboration, v. l'introduction de M. Delmas-Marty dans l'ouvrage qu'elle a co-dirigé avec C. Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 1996. Rapp. E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial « droits fondamentaux », p. 6.

⁸ V. not S. Tsiklitiras, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, LGDJ, 1991. Comp. D. Turpin, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *AJDA*, 1983, p. 653. Rapp. J.-P. Costa, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 75.

⁹ P. Auvret et J. Auvret-Finck, « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », in *Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 403 ; rapp. J. Rideau et J.-F. Renucci, « Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'Homme ? », *Justices*, n° 6, avr./juin 1997, p. 95.

¹⁰ J.-C. Soyer, « Légitimité supranationale des justices nationales », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 767.

¹¹ V. par ex. J. Rivero, *Les libertés publiques, Tome 1 - Les droits de l'homme*, PUF, 6^e éd., 1991, p. 147.

¹² V. S. Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139.

¹³ Phénomène bien mis en lumière pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par J.-F. Flauss, « Les nouvelles frontières du procès équitable », in Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesys, 1996, not. p. 95.

¹⁴ V. par ex. E. Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^e éd., 1999, p. 573.

¹⁵ J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, « Le droit d'accès à la justice », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 7^e éd., 2001, not. pp. 442-446.

importance dont atteste l'avènement d'un véritable droit au juge¹⁶ enrichi de garanties organiques et procédurales gages de bonne justice.

334. Accompagnant les évolutions juridiques en cours, la doctrine célèbre l'office de la procédure juridictionnelle¹⁷. Pour autant, les transformations du droit positif ne suffisent pas à expliquer l'exaltation contemporaine de la figure du juge au détriment de celle, désormais déclinante, de la loi¹⁸. Cette inflexion des représentations doctrinales repose également sur des évolutions idéologiques dont le dévoilement permet de comprendre comment la tradition juridique française, caractérisée par un légicentrisme pluriséculaire¹⁹, a pu si rapidement acclimater l'idée d'un droit procéduralisé ayant le juge pour centre de gravité. Ce retournement dogmatique se donne à voir dans le travail de redéfinition de la fonction juridictionnelle mené depuis quelques années par la doctrine. Celle-ci renouvelle sa conception du jugement en affranchissant la décision de justice de la loi, et en la soumettant à une logique floue dont la procédure est garante (I). Une conception nouvelle du procès émerge alors, la résolution judiciaire du conflit devenant un modèle théorique pour penser non seulement le droit, mais également la politique et la raison (II).

I - Évolution de la figure du jugement

335. Répétitrice de la tradition, la doctrine orthodoxe conserve au syllogisme déductif le statut d'image fidèle de l'acte de jugement, mais cette conception est ébranlée par la philosophie analytique dont le « logocentrisme »²⁰ infiltre progressivement les représentations dogmatiques²¹. Mettant en cause la transparence de la langue des juristes, démontrant la dimension structurante des discours échangés lors du procès et éclairant la fonction constructive du texte judiciaire, les sciences du langage remettent en question l'hypothèse du juge automate. Ce « tournant linguistique » conduit à réévaluer le rôle du magistrat dorénavant théorisé comme un acteur co-déterminant le sens des normes qu'il applique (A). Indissociable d'une reva-

¹⁶ S. Guinchard, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° spécial « droits fondamentaux », p. 191.

¹⁷ J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche, « L'office de la procédure », in *Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 253.

¹⁸ B. Matthieu, *La loi*, Dalloz, 2^e éd., 2004, p. 75.

¹⁹ Sur laquelle v. notre thèse, préc., not. la première partie.

²⁰ J. Caillosse, *Introduire au droit*, Montchrestien, 1993, p. 54.

²¹ Sur la confrontation des sciences du langage et de la théorie du droit v., entre autres, les propos introductifs de J. Bouveresse dans l'ouvrage dirigé par P. Amselek, *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, pp. 7 et s.

lorisation de la logique argumentaire, ce mouvement redonne toute son actualité à la rhétorique qui doit, pour s'épanouir, s'inscrire dans un cadre procédural favorable (B).

A - Le tournant linguistique

336. Rendant compte de certains aspects du raisonnement judiciaire que la logique formelle et les langages artificiels échouent à saisir, les sciences du langage encouragent la doctrine à dépasser la vulgate du juge « bouche de la loi »²² (1). Elles mettent en lumière les processus d'interprétation induits par l'élaboration des décisions de justice et irriguent une réflexion transdisciplinaire consacrée à l'herméneutique juridique (2).

1°) Les limites des logiques formelles

337. Au cours du XX^e siècle, l'essor des logiques formelles dans le domaine mathématique²³ éveille chez certains juristes l'espoir de voir importer dans la science du droit ces rigoureux outils. La logique déontique, tout particulièrement, est considérée comme un moyen de pousser l'analyse des structures de la rationalité juridique²⁴, voire de guider les raisonnements de l'homme de loi²⁵. Suscitant une intense activité théorique au cours des années 1960 et 1970²⁶, ce projet est dénoncé par la doctrine dominante au terme d'une controverse opposant « formalistes » et « antiformalistes »²⁷. L'impossibilité d'axiomatiser le droit appliqué par le juge est l'un des obstacles rédhibitoires opposé au développement des recherches logiciennes²⁸. Marginalisée dans le champ de la théorie et de la philosophie du droit,

²² Les travaux de G. Timsit sont exemplaires de ce dépassement ; v. not. *Les figures du jugement*, PUF, 1993 ; rapp. *L'archipel de la norme*, PUF, 1997.

²³ R. Blanché, « L'évolution de la logique mathématique contemporaine », in Travaux du 2^e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, Pedone, 1967, p. 13.

²⁴ J.-L. Gardies, « Méthode logique et méthode phénoménologique en face du droit », dans l'ouvrage collectif consacré à *La logique juridique* cité note précédente, p. 183.

²⁵ En ce sens, v. entre autres les développements de G. Kalinowski dans son *Introduction à la logique juridique*, LGDJ, 1965, pp. 155-176. Sur la logique déontique en général, v. P. Dubouchet, *Sémiotique juridique*, PUF, 1990, pp. 155-179.

²⁶ Outre les actes du 2^e colloque de philosophie du droit comparé consacré à *La logique juridique*, précités, v. le tome 11 (1966) des *Archives de philosophie du droit* consacrés à *La logique du droit*, ainsi que les actes du 5^e colloque des Instituts d'études judiciaires consacré à *La logique judiciaire*, PUF, 1969.

²⁷ Pour une présentation des termes du débat dans une perspective « antiformaliste », v. L. Husson, « Les apories de la logique juridique », in Travaux du 2^e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, préc., p. 29. Comp., sur cette opposition, le point de vue « formaliste » de J. Horowitz, « Exposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non-formel de la logique juridique », *APD*, 1966, t. 11, p. 181.

²⁸ L. Husson, « Les apories de la logique juridique », *préc.*, not. 57-58.

la problématique de la formalisation du discours juridique en un langage artificiel demeure néanmoins vivace, entretenue par le développement de logiques dites « floues »²⁹ et, plus encore, par l'informatique juridique.

338. Si les sciences de la communication, notamment la cybernétique³⁰, sont ponctuellement utilisées pour rendre compte du processus décisionnel en droit³¹, la théorisation du jugement judiciaire leur échappe largement. L'informatisation des juridictions a certes suscité l'élaboration de systèmes experts³² susceptibles de libérer le juge de tâches répétitives – notamment dans le domaine de la recherche documentaire³³ ou de la modélisation des documents – et de rationaliser certaines procédures³⁴. Pour autant l'illusion scientiste des « machines jugeantes » épargne la doctrine³⁵. Croisant la nécessité éthique de « préserver la fonction de *responsabilité* dans toute action impliquant un jugement »³⁶ et le constat que la complexité du droit dans la perspective de son informatisation est largement sous-estimée³⁷, les auteurs s'accordent pour laisser « au seul magistrat le monopole de la décision qui est le cœur vivant de sa fonction »³⁸.

²⁹ Sur ce sujet, v. par ex. M. Delmas-Marty et J.-F. Coste, « L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit », in D. Bourcier et P. Mackay (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, 1992, p. 109.

³⁰ Comp. V. Knapp, « Théorie du droit et cybernétique », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1967 ; et A. David, « La cybernétique et le droit », in Travaux du 2^e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique, préc.*, p. 147.

³¹ V. not. les travaux de L. Sfez, et plus particulièrement sa *Critique de la décision*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992.

³² Sur ces outils et leur utilisation potentielle en matière juridique, v. M. Schauss, « Systèmes experts et droit », *RIEJ*, 1987.18, p. 101. Rapp. certains des articles réunis dans l'ouvrage de P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, PUF, 1998. Plus généralement, sur cette problématique, v. D. Bourcier, P. Hassett et C. Roquilly (dir.), *Droit et intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, éd. Romillat, 2000.

³³ Sur les premières recherches françaises en la matière, v. l'article de P. Catala, « Le traitement de l'information juridique sur ordinateurs », dans les actes du 5^e colloque des Instituts d'études judiciaires consacré à *La logique judiciaire, préc.*, p. 107.

³⁴ Sur ce point, v. not. J.-L. Bilon, « L'aide informatisée à la décision judiciaire », *RIDC*, 1990, pp. 856-857.

³⁵ V. néanmoins J.-P. Gilli qui à la fin des années 1960, dans une chronique intitulée « Le juriste et l'ordinateur », croit entrevoir l'époque proche ou « avant d'adopter une position de principe, la juridiction en calcule(ra) toutes les incidences en fournissant à un ordinateur toutes les données du problème et en faisant varier divers paramètres », *D.* 1967, chron. 50.

³⁶ D. Bourcier, *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, PUF, 1995, p. 232.

³⁷ C. Thomasset et J. Vanderlinden, « Cantate à deux voix sur le thème "une révolution informatique en droit ?" », *RTD civ* 1998, pp. 317-318 ; rapp. P. Catala, « L'informatique et la rationalité du droit », *APD*, 1978, t. 23, p. 295.

³⁸ P. Catala, « Le juge et l'ordinateur », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 32.

339. Révélatrice d'une conscience aiguë des problèmes épistémologiques que posent l'informatisation du raisonnement judiciaire³⁹, cette position doctrinale – partagée par les informaticiens s'exprimant sur le sujet⁴⁰ – atteste également de la difficile formalisation de l'acte de jugement. La figure du syllogisme juridique, déjà fragilisée par les débats logiciens⁴¹, en sort plus affaiblie encore. Si elle demeure un point de passage obligé des manuels d'introduction au droit⁴², son statut symbolique est largement érodé et sa valeur épistémologique fortement relativisée⁴³. À l'application mécanique de la loi, la doctrine même la plus orthodoxe ne manque pas d'opposer l'image d'une interprétation-création du droit pour rendre compte de la décision judiciaire.

2°) Le jeu de l'interprétation judiciaire

340. Certains théoriciens du syllogisme judiciaire n'ont pas manqué de voir dans l'argument déductif l'étape finale d'une démarche pour partie intuitive⁴⁴. La découverte de la prémisse majeure du raisonnement est en effet le fruit d'un travail visant, d'une part, à reconnaître la règle juridique applicable parmi toutes celles disponibles et, d'autre part, à en déterminer le sens utile entre les diverses significations susceptibles de lui être attribuées. Ce processus implique un double effort herméneutique. Le premier, sur le droit en son entier, consiste pour le juge à dépasser les lacunes et les antinomies⁴⁵ grevant le système juridique afin d'identifier la disposition normative susceptible de résoudre le cas qui lui est soumis. Le second n'est autre

³⁹ Sur ces limites, v. par ex. M. Quenillet, « Droit et intelligence artificielle : mythes, limites et réalités », *Petites Affiches*, 3 juin 1994, n° 66, not. p. 14.

⁴⁰ V. par ex. M. Schauss, *op. cit.*

⁴¹ En ce sens, v. par ex. le rapport introductif de P. Hébraud au 5^e colloque des Instituts d'études judiciaires, *La logique judiciaire, préc.*, not. pp. 28-35.

⁴² Aucun des principaux manuels d'introduction au droit ne manque la référence au syllogisme pour décrire l'acte de jugement et tous font figurer ce concept dans leur table alphabétique des matières.

⁴³ Pour un état des lieux théorique sur cet objet conceptuel, v. L. Gianformaggio, V° Syllogisme juridique, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 589.

⁴⁴ C'est notamment le cas de H. Motulsky qui, dans ses *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (1^e éd. 1948, rééd. Dalloz, 1991), fait explicitement appel à l'intuition du juriste pour découvrir les prémisses du syllogisme et la réintègre au sein du raisonnement juridique par le biais du « syncrétisme juridique ». Sur ce point, outre l'ouvrage de Motulsky, not. pp. 47-73, v. E. Putman, « Le "syncrétisme" dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky », *RRJ*, 1992, p. 953, dans le n° 7 des cahiers de méthodologie juridique consacré aux « modes de réalisation du droit ».

⁴⁵ Pour la mise en évidence du lien essentiel unissant identification et résolution des lacunes et des antinomies juridiques d'une part, et l'interprétation du droit d'autre part, v. les travaux du Centre national de recherches de logique de Bruxelles, notamment les recueils d'étude publiés sous la direction de C. Perelman, *Les antinomies en droit* (Bruxelles, Bruylant, 1965) et *Le problème des lacunes en droit* (Bruxelles, Bruylant, 1968).

que l'activité intellectuelle d'élucidation du sens de la règle choisie, préalable nécessaire à son application.

341. *Latissimo sensu*⁴⁶, l'interprétation concerne également les faits de la cause, matière constitutive de la seconde prémisse du syllogisme et élément essentiel à la réalisation judiciaire du droit. Mise en évidence par des études critiques relatives au processus de qualification juridique du monde réel⁴⁷ et au droit de la preuve⁴⁸, la dimension herméneutique de l'établissement des données factuelles au fondement du jugement n'est plus à démontrer. L'existence d'une interprétation constructive des faits judiciairement pertinents, « sœur Cendrillon de l'Exégèse »⁴⁹, ne va pas pour autant de soi dans les représentations doctrinales tant elle menace la distinction traditionnelle du droit et du fait⁵⁰. Elle s'impose néanmoins sous le coup de récentes avancées théoriques en matière d'herméneutique juridique.

342. Lieu de rencontre privilégié entre savoir juridique et savoir philosophique⁵¹, ce terrain de recherche est depuis quelques années le lieu d'une importante production éditoriale, nationale et internationale⁵². Dépassant la traditionnelle exposition dogmatique des directives d'interprétation guidant le travail des juristes⁵³, la science du droit prend conscience d'elle-

⁴⁶ *Contra* P. Amssek qui, soucieux de clarifier la notion d'interprétation juridique, en exclut « l'interprétation des faits » au motif que cette notion recouvre trois réalités très différentes que sont l'explication des faits, la recherche des intentions des acteurs humains et la qualification des choses, « L'interprétation à tort et à travers », in P. Amssek (dir.), *Interprétation et droit*, Aix-en-Provence : PUAM, Bruxelles Bruylant, 1995, p. 11.

⁴⁷ Comp. les travaux de T. Ivainer sur *L'interprétation des faits en droit* (sa thèse (LGDJ, 1988) et ses articles (JCP 1986, I, 3235, et dans l'ouvrage de D. Bourcier et P. Mackay (dir.), *op. cit.*, p. 165) aux thèses de C. Varga (« La nature de l'établissement judiciaire des faits », *APD*, 1996, t. 40, p. 397 ; v. également le compte-rendu de son ouvrage *Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts* (Budapest, Akadémiai Kiado, 1995, par M. Vogliotti, *RIEJ*, 1997-38). Rapp. V. Petev, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in P. Amssek (dir.), *op. cit.*, not. pp. 57-58. Comp. O. Cayla, « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n° 18, 1993, p. 3.

⁴⁸ V. par ex. la thèse de X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve* (LGDJ, 1994), qui conclut à la mise à l'écart (relative) de l'idée de vérité dans un droit de la preuve répondant à une rationalité non strictement scientifique (pp. 408 et s.). Rapp. certaines des contributions de l'ouvrage collectif publié par C. Perelman et P. Foriers, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

⁴⁹ L'expression de J. Carbonnier est puisée dans la préface à l'ouvrage de T. Ivainer, *op. cit.*

⁵⁰ Sur ce point v. les belles pages de F. Rigaux dans *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, not. pp. 48-56.

⁵¹ Sur ce phénomène, v. M. Bussani, « Choix et défis de l'herméneutique juridique. Notes minimales », *RIDC*, 1998, p. 737.

⁵² Pour un état des lieux du débat, v. dans l'ordre chronologique le tome 17 des *Archives de philosophie du droit* (1972), le travail collectif sous la direction de M. van de Kerchove, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978 et en 1995 l'ouvrage collectif sous la direction de P. Amssek (dir.), *Interprétation et droit, préc.* Rapp. S. Rials, « Ouverture : l'office du juge », *Droits*, n° 9, 1989, not. pp. 10-19.

⁵³ Exemple de la traditionnelle et nécessaire exposition dogmatique des règles d'interprétation du droit écrit - qu'on retrouve par ailleurs dans tous les manuels d'introduction au droit - est la contribution de A. Rieg, aux Travaux de l'association Henri Capitant - t. 29, *L'interprétation par le juge des règles*

même comme « science du texte »⁵⁴. Pour mieux décrire les modalités logiques et idéologiques⁵⁵ de la découverte du sens en droit⁵⁶, notamment par le juge judiciaire, la théorie juridique troque le « fantasme du sens littéral »⁵⁷ contre l'idée d'une signification toujours à construire⁵⁸. Prenant un tour plus ou moins radical⁵⁹, les thèses en présence convergent vers l'idée que « l'interprétation judiciaire manifeste une latitude dans l'application de la règle de droit qui ne peut (cependant) oblitérer totalement le rôle contraignant des règles, du but et des enjeux qui régissent cette activité »⁶⁰. L'accent ainsi placé sur le processus interprétatif n'est pas sans conséquence sur le rôle dévolu à l'argumentation dans les représentations de la fonction de juger⁶¹.

B -Le tournant argumentatif

343. Orpheline d'un droit certain, la doctrine juridique contemporaine à la recherche d'une description adéquate du jugement judiciaire est confron-

écrites, *Économica*, 1980, p. 70. Pour une approche critique des règles juridiques d'interprétation, v. F. Ost et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

⁵⁴ G. Timsit, « La science juridique, science du texte », in D. Bourcier et P. Mackay (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition, préc.*, p. 457. Sur le lien entre « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques », v. la contribution de D. Maingueneau dans l'ouvrage dirigé par P. Amselek, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁵ Sur l'articulation de ces deux aspects de l'interprétation, v. J. Wroblewski, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD*, 1972, t. 17, p. 51.

⁵⁶ Sur la découverte du sens en droit, comp. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris PUF, 1998, pp. 313-322 ; et B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1998, pp. 129-135.

⁵⁷ F. Rigaux, *La loi des juges*, préc., p. 239.

⁵⁸ Sur ce point, v. E. Landowski, « Statut et pratiques du texte juridique », in D. Bourcier et P. Mackay (dir.), *op. cit.*, p. 441.

⁵⁹ Le radicalisme n'excluant pas, en ce domaine, la rigueur intellectuelle comme l'attestent les travaux sur l'interprétation de M. Troper. De cet auteur, et sur ce sujet, v. par ex. « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4 (nouvelle série), p. 4. Rapp., dans le n° 50 (2002) de la *RFDC*, l'article de O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », p. 279, et la réplique de M. Troper, p. 335. Comp. pour un regard non moins réaliste, mais dans un registre sociologique cette fois, sur la communauté des juristes interprètes, les réflexions de J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 259 ; article reproduit dans l'ouvrage dirigé par P. Amselek sur l'interprétation (p. 115).

⁶⁰ F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 446 (rééd. de l'article intitulé « Le "jeu" de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *APD*, 1982, t. 27, p. 395). Plus récemment, et toujours de ces auteurs, v. l'article « Interprétation », *APD*, 1990, t. 35, p. 165) ainsi que les pages consacrées à l'interprétation dans *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, pp. 385 et s.

⁶¹ Sur la dialectique de l'interprétation et de l'argumentation au plan juridique, v. P. Ricoeur, « Interprétation ou argumentation » dans *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 163 ; problématique reprise dans « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in P. Amselek (dir.), *op. cit.*, p. 177.

tée à la pluralité des modèles de justice (1). Pour dépasser l'opposition entre tenants d'un positivisme soupçonneux et garants d'un droit naturel substantiel s'impose la voie procédurale du jugement fondé sur une argumentation raisonnable (2).

1°) Pluralité des modèles de justice

344. Combinée à l'influence d'une philosophie du soupçon, issue notamment du marxisme et de la psychanalyse, la consécration théorique d'une irréductible liberté du juge dans l'élaboration de sa décision a pavé la voie à un positivisme méfiant. Les théories « réalistes » américaines, qui exaltent le rôle du juge dans l'édiction du droit⁶², ne connaissent qu'un écho modéré dans la doctrine française⁶³. Mais la posture « décisionniste » qui fait dépendre la légitimité du jugement, non de sa conformité à la règle juridique, mais du pouvoir que l'ordre constitutionnel confère au juge a quelques brillants défenseurs⁶⁴. Partant de là, certains n'hésitent pas à voir à la source du jugement non plus le droit positif mais plutôt « l'esprit du juge, sa morale, (...) sa culture, sa classe, sa caste »⁶⁵.

345. Toute la doctrine, cependant, ne se résout pas à cette posture sceptique et pessimiste⁶⁶ qui implique de renoncer à l'idée même de justice dans la description du processus d'élaboration de la décision judiciaire. Certains, philosophes du droit ranimant une métaphysique traditionnelle, considèrent que « le métier de l'interprète n'est pas "d'appliquer" les ordres de l'État ; mais à l'aide des textes, de trouver la solution juste »⁶⁷ fondée dans la nature des choses⁶⁸ ou dans une éthique judiciaire teintée de prudence⁶⁹. D'autres,

⁶² Sur le « réalisme américain », v. les travaux de F. Michaut, not. son ouvrage intitulé *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, 2001. Du même auteur, v. également « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC*, 1987, p. 343.

⁶³ V. néanmoins les mélanges en l'honneur de François Gény publié en 1934, et notamment l'article de J.C. Hutchenson, « Le jugement intuitif, la fonction du "hunch" dans la décision judiciaire », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, vol. 2, p. 531.

⁶⁴ V. les travaux de M. Troper, not. « Une théorie réaliste de l'interprétation », *préc.*

⁶⁵ J.-D. Bredin, « La loi du juge », in *Études offertes à Berthold Goldman - Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1987, p. 21. Rapp., sur « la signification politique de l'interprétation juridique », A.-J. Arnaud, « Le médium et le savant », *APD*, 1972, t. 17, p. 165 ; et M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, not. pp. 214-225.

⁶⁶ Sur le « scepticisme mêlé de pessimisme » comme trait de « la pensée juridique du droit civil au XX^e siècle », v. Ph. Malaurie, *JCP* 2001, I, 283.

⁶⁷ M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 326.

⁶⁸ Sur cette thèse, remise à l'honneur de nos jours par Michel Villey, v. les travaux de ce dernier, not. l'ouvrage précité. Sur cette posture jusnaturaliste, et son insertion dans le cadre plus général des doctrines du droit naturel, v. W. Baranès, in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice. L'obligation*

magistrats s'appuyant sur leur expérience personnelle, font profession de foi de rechercher dans les litiges qui leur sont soumis la « solution juste », c'est-à-dire « celle qui ne heurte ni (leur) propre conscience ni la conscience collective »⁷⁰. Alimenté par la philosophie morale⁷¹, ce « désir du juste »⁷² fait écho aux hypothèses toujours plus nombreuses où le juge est appelé à se prononcer en équité. Mais le risque est grand que cette posture idéaliste ne débouche sur une pratique injuste⁷³, la méthode de pondération des intérêts qu'elle implique conduisant « nécessairement à donner la primauté à l'intérêt qui pèse le plus lourd et (à faire) pencher le fléau d'un côté ou d'autre »⁷⁴.

346. Au scepticisme radical des Modernes et au jusnaturalisme des Anciens, la philosophie du droit contemporaine oppose une troisième perspective : celle du jugement raisonnable issu d'un raisonnement ni tout à fait arbitraire, ni véritablement contraignant⁷⁵, mais relevant d'une rationalité pratique approchée par la discussion et soumise à la loi du meilleur argument. Semant les germes d'une conception essentiellement procédurale du jugement, la représentation de l'acte de juger reformulée sous cette seule contrainte argumentative⁷⁶ connaît un indéniable succès.

2°) Irréductibilité du cadre procédural

347. C'est d'abord un constat empirique qui conduit les théoriciens à redécouvrir dans le magistrat un « ministre du sens »⁷⁷ responsable de l'application raisonnable du droit. En analysant le raisonnement du juriste tel

impossible, Autrement, 1995, not. p. 84. Rapp. les développements de B. Oppetit sur le courant idéaliste de la pensée juridique dans son précis de *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, pp. 35 et s.

⁶⁹ En ce sens, v. not. l'article de A. Sériaux, « Les enjeux éthiques de l'activité de *iurisdictio* », in J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999, p. 293.

⁷⁰ G. Canivet, « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in M.-A. Frison-Roche et W. Baranès (dir.), *De l'injuste au juste*, Dalloz, 1997, p. 101. Comp. P. Draï, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 107.

⁷¹ Sur laquelle v. D. Terré, « Aspects de la pensée morale au début du XXI^e siècle », *APD*, 2002, t. 46, p. 365.

⁷² N. Dion, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1998, chron. 195.

⁷³ Sur l'injuste dans le jugement, v. les contributions réunies par M.-A. Frison-Roche et W. Baranès (dir.), *De l'injuste au juste*, préc., pp. 75 et s.

⁷⁴ F. Rigaux, *La loi des juges*, préc., p. 9.

⁷⁵ B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 91.

⁷⁶ J. Lenoble, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in J. Lenoble (dir.), *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996, p. 142.

⁷⁷ F. Rigaux, « Le juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 79.

qu'il se manifeste « en fait », Chaïm Perelman et son équipe⁷⁸ ont montré que l'office du juge consistait « à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donnés »⁷⁹. Dans cette perspective, la rhétorique n'est pas pour le juge un maniérisme : « c'est une exigence fonctionnelle »⁸⁰ remplissant une fonction de justification⁸¹. Sur cette conviction, Perelman reconstruit une logique juridique éloignée des préoccupations formalistes et axée sur la rationalité argumentaire⁸².

348. Accueillie par la doctrine la plus orthodoxe⁸³ comme un paradigme explicatif satisfaisant pour décrire le raisonnement judiciaire, la « nouvelle rhétorique » de Perelman ouvre la voie à d'autres travaux sur l'argumentation juridique⁸⁴. Ce mouvement théorique n'est pas sans lien⁸⁵ avec l'entreprise philosophique contemporaine, plus générale, qui consiste à repenser la *dimension pratique de la raison* en élaborant une éthique de la discussion⁸⁶. L'échange réglé d'arguments qui préside à la découverte juridictionnelle du « raisonnablement juste » est en effet une situation de communication propice à la déclinaison juridique de ce projet théorique fondamental⁸⁷. Alimentant la philosophie du droit⁸⁸, celui-ci imprègne également

⁷⁸ Sur la nature collective des travaux qui ont accompagnés l'œuvre de Perelman, v. P. Foriers, « L'état des recherches de logique juridique en Belgique », in Travaux du 2^e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique, préc.*, p. 99.

⁷⁹ C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1999 (1^{re} éd. 1979), p. 135.

⁸⁰ P. Martens, « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 368.

⁸¹ Sur laquelle v. H. Batiffol, « La justification en droit dans la pensée de Ch. Perelman », in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman, préc.*, p. 153.

⁸² J. Wroblewski, « Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman », in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman, préc.*, p. 175.

⁸³ V. par ex. la section consacrée à la logique juridique dans l'introduction au droit de J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, pp. 36-48.

⁸⁴ V. par ex. G. Vannier, *Argumentation philosophique. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, 2001. Rapp. le chapitre consacré à l'argumentation dans *Le raisonnement juridique* de M.-L. Mathieu-Izorche, PUF, 2001, p. 351. Comp. P. Livet (dir.), *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, PUL / L'Harmattan, 2000 ; et O. Pfersmann et G. Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001.

⁸⁵ Sur ces liens, v. G. Haarscher, « Après Perelman », in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman, préc.*, p. 223.

⁸⁶ Sur cette problématique, v. A. Cortina, « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », in A. Renaut (dir.), *Histoire de la philosophie politique. Tome 5 - Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945)*, Calmann-Lévy, 1999, p. 185.

⁸⁷ *Contra* O. Cayla, « Les deux figures du juge », *Le débat*, n° 74, mars-avr. 1993, p. 164. Rapp., pour une critique du regard posé sur le droit par le néo-rationalisme pragmatique contemporain, B. Bourgeois,

la dogmatique qui s'en fait le relais en élevant au rang de « donnée positive du droit » la discussion contradictoire « menée conformément à la logique et à l'éthique de l'argumentation »⁸⁹.

349. La figure du juge sort profondément modifiée de cette évolution théorique. Son rôle « modeste et important »⁹⁰ est désormais celui d'un arbitre « gardien de l'éthique de la discussion » qui, au terme d'une controverse menée par les parties, tranche le litige en toute connaissance de cause⁹¹. Dans cette perspective, c'est de la contradiction des versions et de l'affrontement des mauvaises fois que dépend, en fin de compte, la possibilité pour le juge de rendre une décision raisonnable et conforme au droit⁹². L'hypothèse idéale est en effet qu'au contact l'un de l'autre, les deux discours antagonistes « s'éroderont (...), leurs arêtes d'intérêts privés s'émousseront et de ce frottement ne (restera) qu'un discours réduit mais commun sur le juste »⁹³. Dès lors, la procédure – définie à la fois comme cadre organisé de la discussion agonistique et comme méthode d'approche du juste raisonnable – gagne ses lettres de noblesse : elle « doit être au centre de notre système juridique »⁹⁴.

II - Valorisation de l'ordre processuel

350. Le renouveau de la procédure, la légitimation de l'instance juridictionnelle par son formalisme et la conception constructiviste du jugement comptent parmi les raisons de la valorisation de la figure du procès. La conjonction de ces facteurs explique la sacralisation contemporaine d'une mécanique procédurale jusqu'alors cantonnée au rang de droit auxiliaire et dorénavant placée au cœur du système juridique (A). Mais la mise en valeur de l'ordre processuel a d'autres ressorts, tout aussi essentiels, qu'il convient de rechercher du côté des représentations philosophiques de l'homme, de la

« La raison dans le droit », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF / Dalloz / Juris-Classeur, 1999, not. p. 33.

⁸⁸ V. par ex. les travaux du Centre de philosophie du droit de Louvain, not. J. Lenoble et A. Berten, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996 ; comp. P. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1998.

⁸⁹ J. Ghestin, « Les données positives du droit », *RTD civ.*, 2002, p. 11.

⁹⁰ B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit, préc.*, p. 97.

⁹¹ J. Ghestin, « Les données positives du droit », *préc.*, p. 28.

⁹² M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice. L'obligation impossible, préc.*, not. pp. 201-202.

⁹³ M.-A. Frison-Roche, « La procédure injuste », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *De l'injuste au juste, préc.*, p. 80.

⁹⁴ M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 = la procédure », *préc.*, p. 205.

société et de la raison. Se prévalant de l'évolution de ces cadres idéologiques, certains prêtent en effet au modèle judiciaire les vertus d'un paradigme totalisant susceptible de dire le tout du droit et de servir d'étalon pour repenser l'organisation du monde social (B).

A - La sacralisation de la mécanique procédurale

351. « Notion aux cent visages »⁹⁵ et aux contours incertains, l'ordre public processuel contemporain témoigne que l'élévation de la procédure dans la hiérarchie des disciplines juridiques se paie d'une réorganisation de la matière autour des droits de la défense. Plus que jamais le formalisme dans le procès est conçu comme un moyen de garantir la libre discussion dans le procès (1) et de justifier la décision du juge (2).

1°) Le contradictoire garanti

352. « Condition première (de la) justice »⁹⁶, le contradictoire voit sa prééminence dans l'ordre du procès unanimement reconnue par la doctrine. Cette consécration savante fait écho à la protection juridique croissante offerte à l'exigence posée, depuis longtemps déjà, par l'adage *audi alteram partem*⁹⁷. Dès 1828, la Cour de cassation proclamait « que, la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre »⁹⁸. Depuis, cette exigence a été consacrée par le nouveau Code de procédure civile⁹⁹, le Code de justice administrative¹⁰⁰ et le Code de procédure pénale¹⁰¹. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont solennellement affirmé sa valeur et le droit international des droits de l'homme en fait une composante essentielle du procès équitable¹⁰².

⁹⁵ J. Vincent, « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz / Sirey, 1961, t. 2, p. 304. Sur l'ordre public processuel, rappr. le rapport de J. Héron in Travaux de l'association Henri Capitant - t. 49, *L'ordre public*, LGDJ, 1998, p. 943.

⁹⁶ G. Couchez, « Le principe de la contradiction », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 114, 1998, n° 2.

⁹⁷ Sur lequel v. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 1999, p. 39.

⁹⁸ Civ., 7 mai 1828, S. 1828, 1, 329.

⁹⁹ Art. 14, 15 et 16, NCPC.

¹⁰⁰ Art. L. 5, CJA.

¹⁰¹ V. l'article préliminaire du Code de procédure pénale (L. n° 2000-516 du 15 juin 2000) qui dispose que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des parties ».

¹⁰² Pour un panorama synthétique des sources nationales et internationales instituant en droit le principe du contradictoire, v. S. Guinhard *et al.*, *op. cit.*, pp. 860-868. Plus spécialement sur les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme en la matière, v. J.-P. Le Gall, « À quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 4 juill. 1996, doct., p. 691.

353. Gagnant en autorité, le principe selon lequel « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* »¹⁰³, a progressivement vu son domaine étendu et sa mise en œuvre durcie. Conçu d'abord comme le pouvoir de discuter « tout ce qu'avance en fait et en droit l'adversaire, et (...) tout ce qu'il produit, pièces et documents »¹⁰⁴, il s'impose dorénavant aussi au juge¹⁰⁵. La soumission de ce dernier à la contradiction a mis du temps à s'imposer en droit¹⁰⁶. Mais si cette obligation rencontre certaines résistances¹⁰⁷, son assise se révèle d'autant plus solide que le modèle du contradictoire tend à pénétrer les étapes les moins polémiques de l'instance judiciaire¹⁰⁸ et va jusqu'à imprégner certaines procédures non contentieuses¹⁰⁹.

354. Faisant le lien entre la notion d'égalité des armes¹¹⁰ et celle de loyauté processuelle¹¹¹, ce principe doit son succès à la double finalité que lui reconnaît la doctrine. D'une part, il prémunit les parties contre tout effet de surprise qui les empêcherait d'exercer pleinement leurs prérogatives juridiques¹¹² ; en ce sens, il est le droit de la défense par excellence, celui qui garantit le respect de tous les autres. D'autre part, il est « l'instrument de

¹⁰³ Art. 14, NCPC.

¹⁰⁴ S. Guinchard *et al.*, *op. cit.*, p. 868.

¹⁰⁵ Sur les différentes modalités que revêt « l'exigence du contradictoire », v. I. Zakine, in Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 69.

¹⁰⁶ Sur l'établissement de « l'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction » en matière civile et sur « les vicissitudes de l'article 16 », v. la contribution de P. Raynaud aux *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 715.

¹⁰⁷ Sur la résistance des juges à observer eux-même le principe du contradictoire comp. B. Boccara, « La procédure dans le désordre. I - Le désert du contradictoire », *JCP* 1981, I, 3004 ; et dix ans plus tard, G. Bolard « Les juges et les droits de la défense », in *Études offertes à Pierre Bellet, préc.*, p. 49 ; plus récemment v. C. Atias, « Au plaisir du juge ! (*Audiat...*) », *D.* 1999, n° 19, Dem. act.

¹⁰⁸ En ce sens, v. J.-P. Marguénaud, « Le droit à "l'expertise équitable" », *D.* 2000, chron., not. p. 112 ; comp. M.-A. Frison-Roche, « La procédure de l'expertise », in M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.), *op. cit.*, not. pp. 92-96.

¹⁰⁹ Comp., dans des domaines très différents relevant autant du droit public que du droit privé, O. Schrameck, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 629 ; S. Caudal, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA*, 2001, p. 13 ; N. Dedessus-Le-Moustier, « Expertise de gestion et principe du contradictoire », *Rev. soc.* 1998, p. 45 ; Ch. Jarrosson, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP*, 1999, p. 764.

¹¹⁰ Sur laquelle, v. l'article de D. Jean-Pierre et F. Mélin-Soucramanien, « Le principe de l'égalité des armes », *RRJ*, 1993-2, p. 489.

¹¹¹ Sur laquelle, v. A. Leborgne, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 535. Rapp. H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *préc.*, not. p. 187.

¹¹² Comp. le troisième tome du traité de *Droit judiciaire privé* de H. Solus et R. Perrot, Sirey, 1991, p. 112, n° 106, le manuel de *Droit du contentieux administratif* de R. Chapus, Montchrestien, 12^e éd., 2006, p. 818, et le manuel de *Procédure pénale* de S. Guinchard et J. Buisson, Litec, 4^e éd., 2008, p. 384.

l'élaboration du jugement»¹¹³ qui permet au magistrat de découvrir la solution la plus probable ; dans cette perspective, il constitue la « méthode de la vérité judiciaire »¹¹⁴. L'articulation théorique des deux dimensions du contradictoire – tout à la fois garantie procédurale et « mécanisme heuristique »¹¹⁵ – explique l'autorité particulière qui lui est conférée dans l'ordre dogmatique, certains auteurs insistant sur sa « consubstantialité » avec l'idée même de procès¹¹⁶, d'autres y voyant la garantie ultime du « bien jugé »¹¹⁷. Pour autant, cette règle n'épuise pas l'ensemble des techniques procédurales de justification des jugements.

2°) Le jugement justifié

355. Dans l'ordre des représentations savantes, le respect de l'équité procédurale – conjuguant impartialité de la juridiction et respect des droits de la défense – compte parmi les conditions de validité de la décision judiciaire. La légitimité formelle de cette dernière s'ancre également dans le système des voies de recours qui justifie, à rebours, l'autorité de la chose jugée. Prolongement du contradictoire en ce qu'elle permet de poursuivre pour un temps le débat judiciaire, la possibilité ouverte aux parties de contester la régularité d'une décision devant une juridiction supérieure est en effet présentée par la doctrine comme une garantie de bonne justice¹¹⁸. Mais, tout entier absorbé à organiser conceptuellement cette mécanique juridique complexe, le discours dogmatique ne s'intéresse qu'à la marge aux vertus de légitimation propres aux procédures judiciaires qu'il contribue à rationaliser¹¹⁹.

356. Il en va différemment de l'obligation pesant sur les magistrats de motiver leurs jugements. L'exigence formelle d'une justification substantielle, constituée par les raisons « que le juge indique comme l'ayant déterminé à prononcer comme il l'a fait »¹²⁰, entraîne en effet les juristes savants sur

¹¹³ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, p. 321.

¹¹⁴ R. Martin, « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 1981, doctr., p. 209.

¹¹⁵ M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse, Paris II, 1988, p. 15.

¹¹⁶ M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, p. 339.

¹¹⁷ J. Lamarque, « Le procès du procès », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992., not. pp. 171 et s.

¹¹⁸ C'est le plus souvent à l'occasion de l'étude du principe du double degré de juridiction et de la voie d'appel que la doctrine est amenée à rappeler les vertus des voies de recours pour le justiciable (v. par ex. le tome 1 du traité de *Droit judiciaire privé* de H. Solus et R. Perrot, *préc.*, p. 492 ; rapp. S. Guinchard et S. Buisson, *op. cit.*, p. 998.

¹¹⁹ V. par ex. J. Héron, « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours », in *Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires, préc.*, p. 369.

¹²⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige / PUF, 2001, V^o Motif.

des terrains ne relevant pas nécessairement du droit positif. Certes, le principe de motivation des actes juridictionnels appelle une exposition dogmatique, la doctrine traçant les limites de son domaine¹²¹ et mesurant la force de son autorité¹²². Mais les motifs des décisions de justice constituent également un sujet de réflexion pour les théoriciens, qui y découvrent un moyen privilégié d'appréhender le phénomène judiciaire¹²³, et pour les praticiens soucieux de fixer les canons du jugement bien rédigé¹²⁴. Enfin, les formes de la motivation sont un enjeu de politique juridique, magistrats et professeurs s'interrogeant ponctuellement sur la pertinence des pratiques rédactionnelles adoptées aux divers échelons de la hiérarchie judiciaire¹²⁵.

357. Par-delà leur variété, ces discours savants ont en commun l'affirmation que la motivation des décisions est un gage de bonne justice permettant de gagner l'adhésion du justiciable et de limiter l'arbitraire du juge. Ils explicitent en cela une image de la fonction de juger chevillée à l'ordre dogmatique : celle d'une activité décisionnelle, justifiée par une argumentation conforme à l'art juridique, dont la Cour de cassation garantit l'orthodoxie en censurant les décisions affectées par un vice de motivation¹²⁶. La stabilité de cette figure, essentiellement formelle, de la justice explique que certains y voient un modèle à partir duquel repenser certaines

¹²¹ J. Normand, « Le domaine du principe de motivation », in Journées nationales de l'association Capitant - Tome 3/Limoges - 1998, *La motivation*, LGDJ, 2000, p. 17. Rapp. L. Boré, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002, I, 104.

¹²² J. Leroy, « La force du principe de motivation », in Journées nationales de l'association Capitant - Tome 3/Limoges - 1998, *op. cit.*, p. 35.

¹²³ V. tout particulièrement les études publiées par C. Perelman et P. Foiriers, *La motivation des décisions de justice, préc.*, not. les contributions de R. Legros, p. 7, L. Husson, p. 69, J. Wroblewski, p. 110, et l'essai de synthèse de C. Perelman, p. 415.

¹²⁴ V. not. P. Mimin, *Le style des jugements*, Librairies techniques, 4^e éd., 1970 ; comp. F.-M. Schroeder, *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, 1978.

¹²⁵ La problématique porte sur les jugements de première instance (P. Estoup, « Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation des jugements », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, doct., p. 413), sur les arrêts d'appel (v. not. les contributions de C. Mouly, A. Hugues, et C. Dureuil, in Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *La cour d'appel d'Aix-en-Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix-en-Provence, PUAM, 1994, respectivement p. 89, p. 101, et p. 109), et sur les décisions de la Cour de cassation (v. not. la charge de A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *préc.*, et les réactions qu'elle a suscité, par ex. R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *préc.*, et A. Breton, « L'arrêt de la Cour de cassation », *préc.*, not. pp. 22-27 ; comp. Y. Chartier, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *préc.*).

¹²⁶ Présenté comme un moyen « d'imposer au juge du fond une motivation suffisante et cohérente, afin d'éviter toute dégradation de la fonction judiciaire » (J. Boré, *La cassation en matière civile, préc.*, p. 452), le contrôle des motifs est inséparable de la fonction de cassation (sur ce point, v. encore récemment J. Boré, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995, chron., not. p. 138). V. également la démonstration, logique, que toutes les hypothèses de violation de la loi sanctionnées par la Cour de cassation répondent à des atteintes portées à la logique déductive par l'insuffisance, l'incertitude ou la contradiction des motifs des décisions qui lui sont déférées, M.-L. Izorche, « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit, préc.*, p. 131.

dimensions du monde social ne relevant pourtant pas *a priori* du champ judiciaire.

B - La déclinaison du paradigme procédural

358. L'idée selon laquelle « aux origines grecques (...) de nos modes de démonstration, c'est à l'image d'un procès judiciaire que s'est élaboré le procès de la raison »¹²⁷ trouve peu d'écho dans la pensée juridique contemporaine. Mais la parenté entre l'instance judiciaire et la raison humaine est réactualisée par la déclinaison du paradigme procédural, tant dans le domaine des représentations politiques du fait judiciaire (1), que dans les lectures anthropologiques de celui-ci (2).

1°) Versant politique

359. Sous le regard des spécialistes de la chose judiciaire, la « crise de croissance »¹²⁸ du juge se révèle protéiforme, quantitative et qualitative, mais également révélatrice d'une réorganisation des fonctions du pouvoir au sein de l'État. Cette mutation, dont la dimension politique est bien mise en valeur par certains magistrats¹²⁹, trouve un écho dans le discours dogmatique¹³⁰. Commentant réformes juridiques et créations jurisprudentielles, les auteurs renoncent de plus en plus explicitement à une conception du juge confiné dans une application adaptative du droit pour lui reconnaître un rôle moteur dans l'ajustement des institutions au changement social¹³¹. Par-delà la contribution du juge aux grands débats de société lors du traitement contentieux de certaines affaires¹³², la parole judiciaire gagne voix au chapitre pour éclairer et résoudre les incertitudes politiques du droit contemporain en dehors de la résolution de tout litige¹³³.

¹²⁷ J.-L. Gardies, « Ce que la raison doit au procès », *APD*, 1995, t. 39, p. 45.

¹²⁸ L'expression est de F. Terré, « Crise du juge et philosophie du droit : synthèse et perspectives », in J. Lenoble (dir.), *La crise du juge, préc.*, p. 161.

¹²⁹ V. not. les travaux de D. Salas, not. *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette, 1998, et de A. Garapon, not. *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996.

¹³⁰ V. par ex. J. Déprez, « À propos du rapport annuel de la Cour de cassation. "Sois juge et tais-toi" (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTD civ.* 1978, p. 503.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² En ce sens, v. J. Michaud, « Justice et grands débats de société », in *Mélanges offerts à Pierre Drat - Le juge entre deux millénaires, préc.*, p. 633. À titre d'exemple, on peut citer la récente jurisprudence *Perruche*, cause de remous dans la communauté doctrinale, d'émotion dans l'opinion publique, et de l'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (*JO* du 5 mars).

¹³³ On peut à cet égard rapprocher les deux hypothèses, très différentes, du rapport annuel de la Cour de cassation à l'occasion duquel celle-ci formule diverses critiques et recommandations à destination notamment du législateur (v. l'article précité de J. Déprez, « À propos du rapport annuel de la Cour de

360. La nouvelle place dévolue au juge civil s'explique également au regard du « pullulement des droits subjectifs »¹³⁴ reconnus non seulement aux citoyens, mais également à certaines associations porteuses de causes spécifiques¹³⁵. Cette multiplication des prérogatives juridiques, chacune « (arrivant) à la lumière armé(e) d'une action en justice »¹³⁶, a sans doute contribué à la montée en puissance de l'institution judiciaire. Considéré par certains comme symptomatique de l'avènement d'une « démocratie de plaideurs »¹³⁷, le phénomène se prête à une interprétation comparative flattant le modèle américain¹³⁸. Dans la lignée des thèses libérales de Friedrich Hayek¹³⁹ s'élabore ainsi l'hypothèse selon laquelle la justice française serait située au cœur d'une redéfinition de la démocratie : incarnant « un idéal de régulation spontanée »¹⁴⁰ parallèle au marché¹⁴¹, elle deviendrait un espace privilégié des arbitrages sociétaux à l'occasion d'un « décentrement de l'État »¹⁴².

361. En dépit de sa puissance heuristique et de son actualité idéologique, ce greffon théorique est dans une large mesure rejeté par le discours juridique savant. Sa méthodologie comparatiste est critiquée, taxée d'insuf-

cassation. "Sois juge et tais-toi" (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité)». Rapp., dans un autre registre, le commentaire de Y. Chartier sur « le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2001 », *JCP*, 2002, I, 156), et de la saisine pour avis de la Cour de cassation qui permet à cette juridiction de remplir une fonction purement consultative à la demande des juridictions du fond (sur cette procédure, v. F. Zenati, *D.* 1992, chron. 247 ; rapp. G. Rouhette, « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 343 ; comp. A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, *JCP* 1992, I, 3576).

¹³⁴ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 124.

¹³⁵ Sur ce phénomène révélateur d'une « société civile qui plaide », v. D. Salas, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice, préc.*, not. pp. 127-144.

¹³⁶ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 124.

¹³⁷ D. Salas, not. *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice, préc.*, p. 113.

¹³⁸ A. Garapon, « La démocratie à l'épreuve de la justice », *Justices*, 2000 - 1 ; et du même auteur, *Common Law et droits romano-germaniques à l'heure de la mondialisation*, IHEJ, 2000, inédit. Pour une comparaison, plus fine et plus générale, des systèmes juridiques français et américain, v. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, Quadrige - PUF, 1992.

¹³⁹ Dans son œuvre maîtresse, *Law, Legislation and Liberty* (London, Routledge et Kenan, 1979 ; trad. fr. *Droit, législation et liberté*, PUF, 3 vol., 1980-1983), F.A. Hayek affirme que « la fonction du juge a pour seul cadre un ordre spontané » qu'il « sert, ou s'efforce de maintenir » en gardant les « règles de juste conduite » qui garantissent « la protection des anticipations légitimes » ; sur tout cela, v. not. le vol. 1, chap. 5 (« nomos : le droit de la liberté ») de l'ouvrage précité. Sur cette conception libérale du juge, v. A.-J. Arnaud, « De l'équité des marchands à l'équité du marché », 4^e leçon de son ouvrage *Entre modernité et mondialisation. 5 leçons d'histoire de la philosophie de droit et de l'État*, LGDJ, 1998, not. pp. 127-130.

¹⁴⁰ A. Garapon, « La démocratie à l'épreuve de la justice », *préc.*, p. 48.

¹⁴¹ *Ibid.* Contra M.-A. Frison-Roche qui met en évidence les limites de l'analogie entre marché et procès, « La philosophie du procès, propos introductif », *APD*, 1995, t. 39, pp. 21-22.

¹⁴² *Justices*, 2000 - 1, p. 40.

fisance et de simplisme¹⁴³. Sa logique néo-libérale est dénoncée et on lui oppose son envers : une conception républicaine de la justice¹⁴⁴. Sa prétention prospective est mise en doute, le potentiel d'acculturation des procédures américaines étant minoré eu égard à la spécificité du modèle juridique européen¹⁴⁵. Enfin, sur un plan épistémologique, cette tentative pour penser la montée en puissance du juge dans l'ordre constitutionnel ne trouve guère d'appui chez les dogmaticiens qui déconstruisent avec rigueur la question du gouvernement des juges¹⁴⁶. Bien mises en évidence, les limites du modèle néo-libéral pour penser les transformations contemporaines de la justice appellent un dépassement théorique que la philosophie du droit entrevoit dans une redéfinition du rapport de l'homme à la norme juridique.

2°) Versant anthropologique

362. Confrontés à la transformation du rôle du juge dans le cadre d'un droit en mutation, les théoriciens prennent acte de la complexité nouvelle des objets qu'ils étudient pour mieux rendre compte des évolutions en cours¹⁴⁷. Constatant une reformulation des liens entre État et société civile, un renforcement de l'individualisme et un pluralisme moral accru¹⁴⁸, les auteurs convergent pour voir dans la figure du procès un élément central de la figure du droit postmoderne. Après la figure législative au XIX^e siècle, et la figure administrative au XX^e siècle, la figure judiciaire serait en passe d'accéder au rang de lieu privilégié d'élaboration du discours social¹⁴⁹.

¹⁴³ L. Cadiet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », *APD*, 2001, t. 45, not. p. 111.

¹⁴⁴ C. Barrère, « Le dualisme judiciaire : le juge, la République et le marché », in M. Chemillier-Gendreau et Y. Moulner-Boutang, *Le droit dans la mondialisation, Une perspective critique*, PUF, 2001, p. 77. Rapp. L. Cadiet, *op. cit.*, not. pp. 111-114.

¹⁴⁵ En ce sens, v. R.A. Kagan, « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », *Droit et société*, n° 48, 2001, not. pp. 488-492.

¹⁴⁶ Comp. M. Troper, « Le bon usage des spectres. *Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges* », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 49 ; et D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, chron. 973. Plus généralement, v. sous la direction de S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, qui rassemble outre les deux articles précités de M. Troper et D. de Béchillon diverses contributions sur le sujet.

¹⁴⁷ V. par ex. le n° 46 - 2000 de *Droit et société*, coordonné par A.-J. Arnaud, et intitulé « Complexités à l'œuvre ». Dans une toute autre perspective, le recours à l'anthropologie se révèle riche d'enseignements pour appréhender en des termes nouveaux la figure judiciaire ; en ce sens, v. not. les actes du colloque organisé par l'Association française d'anthropologie du droit à Paris les 24, 25 et 26 novembre 1994, sous la direction de C. Bontems, *Le juge : une figure d'autorité*, L'Harmattan, 1996.

¹⁴⁸ En ce sens, v. not. F. Zenati, « Le citoyen plaideur », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice. L'obligation impossible, préc.*, p. 172.

¹⁴⁹ J. Lenoble, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », *préc.*, p. 142.

363. Le diagnostic, qui prend des formes variées selon l'angle méthodologique adopté, articule deux hypothèses distinctes. La première postule que le procès s'engouffre dans « l'espace immense de vacuité morale »¹⁵⁰ ouvert par le rétrécissement du monde commun dans nos sociétés individualistes, pour remplir une fonction de plus en plus essentielle dans la genèse des normes sociales¹⁵¹. La seconde voit dans le jugement une opération procéduralisée dirigée par un juge qui « ne dit pas "la" Loi, mais (...) intervient comme un partenaire chargé, avec puissance de veto, de faire valoir les principes de justice de la communauté politique dont les parties au litige sont des membres »¹⁵².

364. De ces hypothèses, l'une est relative au rôle social de l'énoncé judiciaire par-delà la résolution d'un litige particulier, l'autre concerne le mode d'élaboration de ce même énoncé dans le cadre étroit de l'instance. Mais elles sont toutes deux liées aux évolutions contemporaines du rapport au sens, à la norme et au pouvoir, qui alimentent l'émergence d'un nouveau paradigme dans la science juridique : celui d'un droit déformalisé mieux figuré par un réseau organisé selon des procédures garanties par les juges que par une pyramide structurée selon une hiérarchie posée par les lois¹⁵³.

¹⁵⁰ F. Zenati, « Le procès, lieu du social », *APD*, 1995, t. 39, p. 247.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² J. de Munck, « Le pluralisme des modèles de justice », in A. Garapon et D. Salas, (dir.), *La justice des mineurs. Évolution d'un modèle*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 134.

¹⁵³ Sur ce changement de paradigme, v. not. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, éd. FUSL, 2002.

This is a pre-copyedited, author-produced PDF of an article published in *R. Encinas de Munagorri (dir.), Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, 159-174.

Dr Renaud Colson

Webpage: <http://www.univ-nantes.fr/colson-r>

E-mail: Renaud.Colson@univ-nantes.fr

L'observance des traités sur le changement climatique Une gouvernance des experts par le droit

Détenteur d'un savoir dénué de pouvoir, l'expert qui met ses compétences au service de l'autorité chargée de prendre une décision¹, tend de plus en plus à se substituer au décideur. Se développe ainsi dans nos sociétés « un nouveau type d'expertise, parfois désigné comme "expertise à finalité politique", en ce sens qu'il marque l'intégration des sciences et techniques à l'Etat de droit et entraîne des modifications institutionnelles » concernant l'exercice du pouvoir². Le phénomène, frappant dans l'ordre interne depuis une trentaine d'années³, vaut également pour les organisations internationales⁴. Il conduit, dans ses dimensions extrêmes, à conférer aux experts un véritable pouvoir décisionnel, et oblige à reconnaître à l'expertise une valeur normative⁵ et une portée politique⁶.

Le régime climat illustre de manière remarquable l'évolution par laquelle le savoir technique devient vecteur d'exercice du pouvoir institutionnel. L'initiation, l'élaboration et la mise en œuvre des traités sur le changement climatique apparaissent en effet surdéterminés par l'activité des experts⁷. L'institutionnalisation de cette expertise au sein de multiples organes⁸ permet à ces nouveaux acteurs d'intervenir dans l'élaboration du droit à raison de leur compétence scientifique⁹. Le constat est particulièrement frappant en ce qui concerne le

¹ L'expert est la cheville ouvrière de l'expertise, laquelle se définit comme « la procédure destinée à éclairer une personne chargée de prendre une décision », R. Encinas de Munagorri, « Expert et expertise », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.686.

² M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : La refondation des pouvoirs*, Tome 3, Seuil, 2007, p. 201.

³ M.-A. Hermitte, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, n° 8, oct.-déc. 1997, p. 79.

⁴ Pour un exemple tiré de l'expérience européenne, v. Ch. Joerges et H. Voos (dir.), *EU Committees, Social Regulation, Law and Politics*, Oxford /Portland, Hart, 1999.

⁵ Pour une démonstration du caractère normatif de l'expertise dans le cadre judiciaire, v. O. Leclerc, *Le juge et l'expert : Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005, p. 145 et s.

⁶ D. Kennedy, « Challenging Expert Rule : The Politics of Global Governance », *Sydney Law Review*, 27, 2005, p. 1.

⁷ C.A. Miller and P.N. Edwards, « The Globalization of Climate Science and Climate Politics », in C.A. Miller and P.N. Edwards (dir.), *Changing the Atmosphere : Expert knowledge and Environmental Governance*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2001, pp. 10-11.

⁸ La multiplicité des instances d'expertises instituées au niveau intergouvernemental est frappante : certaines ont précédé l'élaboration des traités sur le changement climatique (par exemple le GIEC, Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat), d'autres leur sont consécutifs et ont pour fonction de contribuer à la mise en œuvre du régime climat. La Convention-Cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques est ainsi à l'origine de la création des organes suivants : SBSTA, Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice ; SBI, Subsidiary Body for Implementation ; CGE, Consultative Group of Experts on National Communications from Non-Annex I Parties (CGE) ; EGTT, Expert Group on Technology Transfer, LEG, Least Developed Country Expert Group.

⁹ Sur les modalités de cette intervention, v. J.-C. Hourcade, « L'expertise face à la crise du politique : leçons de quinze ans de négociation sur la gestion du climat », Notes et arguments du Centre International de Recherche sur l'Environnement et le Développement, [En ligne], <http://www.centre-cired.fr/forum/article446.html> (page consultée le 21 janvier 2008).

mécanisme de contrôle du respect de leurs engagements par les Etats. La procédure d'*observance* témoigne d'une intégration extrêmement poussée des experts dans le processus de décision. Si ceux-ci n'édicte formellement aucune norme obligatoire, leur participation à l'élaboration des décisions prises par les instances internationales apparaît nécessaire et déterminante.

Ayant pour objet de « garantir le respect des engagements découlant du Protocole de Kyoto »¹⁰, l'*observance* est un dispositif juridique original et complexe fruit d'une longue négociation¹¹. Opérant un véritable « saut qualitatif »¹² dans le domaine des techniques de mise en œuvre du droit international de l'environnement, ce mécanisme institue un contrôle systématique, centralisé et intrusif, des Etats signataires du Protocole¹³. Articulant la prévention des manquements et leur sanction, l'*observance* accompagne les Parties dans l'accomplissement de leurs obligations sur le mode du « *soft enforcement* »¹⁴ : le dispositif met l'accent sur la promotion du droit par des techniques d'assistance et d'incitation, mais il comprend également un volet répressif susceptible d'être déployé en cas d'infraction caractérisée au droit. Sur un plan institutionnel, ce dispositif complexe combine une « évaluation technique » opérée par des équipes d'examineurs indépendants sur la base d'informations fournies par les Etats (art. 8 du Protocole), et un contrôle menée par un comité bicéphale institué pour « étudier les cas de non-respect » et en tirer les « conséquences » (art. 18 du Protocole).

Disponible sur le site web de la Convention cadre sur le changement climatique¹⁵, le schéma du mécanisme d'observance (v. document ci-dessus) rappelle par sa complexité les arbres de justice qui figurait l'organisation institutionnelle sous l'Ancien Régime¹⁶. Mais c'est plutôt du côté du management et des sciences de gestion qu'il convient de trouver les sources d'inspiration de ce diagramme. Celui-ci représente à la fois un processus technique de vérification et une procédure juridique de décision. Le graphique symbolisant le mécanisme d'*observance* échappe à une logique linéaire pour intégrer les fonctions d'évaluation et de décision dans un système complexe de rétroactions. De sorte que la décision n'y apparaît pas

10 Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, I, par. 4.

11 D.A. Wirth, « Current Developments : The Sixth Session (Part Two) and Seven Session of the Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change », *American Journal of International Law*, 96, 2002, p. 648. Rappr. le point de vue, antérieure à l'aboutissement des négociations, de R. Gauthier, « De la nécessité d'instaurer un "Comité d'observance" sous l'égide du Protocole de Kyoto », dans Y. Petit (dir.), *Le Protocole de Kyoto : Mise en œuvre et implications*, Strasbourg, PU de Strasbourg, 2002, pp. 91-101.

12 L. Boisson de Chazournes, en préface à l'ouvrage de J. Voïnov Kohler, *Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : Entre diplomatie et droit*, Genève, Schulthess, 2006.

13 Sur le mécanisme d'observance, outre la thèse précitée de J. Voïnov Kohler, v. l'ouvrage collectif dirigé par S. Maljean-Dubois, *Changements climatiques : Les enjeux du contrôle international*, La documentation française, 2007. V. également J. van der Jagt, « Elaborating an international compliance regime under the Kyoto Protocol », in E.C. van Ierland, J. Gupta, M.T.J. Kok, *Issues in International Climate Policy : Theory and Policy*, Cheltenham (UK) / Northampton (Mass.), Edward Elgar Publishing, 2003, p. 223. V. enfin M. Campins Eritja, X. Fernandez Pons, L. Huici Sancho, « Compliance Mechanisms in the Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol », *Revue générale de droit*, 34, 2004, p. 51. Et pour une vue synthétique : S. Maljean-Dubois, L'« Observance » du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : Les enjeux du contrôle international du respect des engagements, Synthèse de l'Iddri n° 01/2007, [En ligne], www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_0701_maljeandubois_observanceFR.pdf (page consultée le 23 janvier 2008).

14 S. Maljean-Dubois, L'« Observance » du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : Les enjeux du contrôle international du respect des engagements, précité, p. 2.

15 [En ligne], http://unfccc.int/files/kyoto_mechanisms/compliance/application/pdf/comp_schematic.pdf (page consultée le 23 janvier 2008).

16 E. Le Roy Ladurie, *L'État royal. 1460-1610*, Hachette, 1987, p. 331

confiscation du pouvoir institutionnel par les instances scientifiques et techniques. Celles-ci voient en effet leurs statuts précisément définis et leurs activités réglées dans le détail par des règles de droit édictées par les organes politiques du régime climat. Hétéronome, en ce qu'elle s'inscrit dans un ordre institutionnel étranger à la raison technicienne, l'expertise est ainsi soumise à une logique juridique qui surdétermine ses méthodes et ses résultats. Si l'*observance* confère aux experts scientifiques un pouvoir de direction que révèle leur fonction normative (I), celle-ci ne trouve à s'exercer que dans le cadre juridique qui institue et réglemente l'expertise technique (II).

I. La fonction normative des experts

Le processus de suivi et de mise en œuvre de la Convention cadre et du Protocole de Kyoto est gouverné par l'expertise de son commencement à son terme. En amont, le GIEC opère comme organisme de *normalisation* du processus de contrôle (1). Ce sont ensuite d'autres groupes d'experts qui mettent en œuvre ce contrôle et procèdent à la *vérification* des politiques nationales de réduction d'émission de gaz à effet de serre (2). En aval, les experts de la Chambre de *facilitation* accompagnent et assistent les Etats défailants dans l'accomplissement de leurs objectifs (3).

1. Normalisation

Dans une acception internationalement reconnue, la norme technique est « un document, établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour les usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné »²¹. Ayant pour objet de fixer des techniques industrielles, des modes d'organisation ou des standards de qualité, la normalisation est susceptible de porter sur n'importe quel type de produit, bien ou service²², y compris les systèmes d'information environnementale comme en prévoient les traités sur le changement climatique. Ainsi « l'obligation de rapporter »²³, par laquelle les Etats s'engagent à communiquer des éléments sur leurs émissions et leurs puits de gaz à effet de serre, fait-elle l'objet de normes techniques détaillées précisant la forme et le contenu des inventaires nationaux²⁴. Cette normalisation, dont l'objet est de garantir la fiabilité des informations transmises et d'en permettre la comparaison, témoigne de l'ampleur du pouvoir dévolu aux experts dans le cadre du régime climat.

Dans une série de documents méthodologiques distincts de ses rapports d'évaluation portant sur le changement climatique, le Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC) a établi des lignes directrices et des recommandations en matière de bonnes

21 Directives ISO/CEI, Partie 2, *Règles de structure et de rédaction des Normes internationales*, p. 3, <http://isotc.iso.org/livelink/livelink?func=ll&objId=4230454&objAction=browse&sort=subtype> (page consultée le 23 janvier 2008).

22 J. Ingalens, H. Penant, *La normalisation*, P.U.F. 1994.

23 Karine Bannelier-Christakis, « Le système des rapports », dans Claude Imperiali, *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Economica, 1998, p. 91 ; et plus spécialement dans le cadre du régime climat, M.-P. Lanfranchi, « Le système des rapports, de la Convention au Protocole », dans S. Maljean-Dubois (dir.), *Changements climatiques : Les enjeux du contrôle international*, précité, p. 157.

24 Le principe de l'élaboration d'inventaires nationaux des émissions de gaz à effet de serre est posé par la Convention-Cadre sur les changements climatiques (art. 4.1.a ; rapp. art. 12.1.a) et précisé par le Protocole de Kyoto (art. 5 et 7.1).

pratiques pour les inventaires nationaux de gaz à effet de serre²⁵. Ces documents de plusieurs centaines de pages « fournissent l'ensemble des informations nécessaires pour programmer, effectuer et présenter les résultats d'un inventaire national conformément au système GIEC »²⁶. Ces lignes directrices et ces recommandations vont bien au-delà de la présentation de méthodologies d'identification des sources et des puits, et d'estimation des émissions nationales de gaz à effet de serre. Contenant des instructions très détaillées illustrées par des diagrammes décisionnels, les documents du GIEC planifient le processus d'inventaire y compris dans ses dimensions administratives. Ils définissent des procédures d'assurance et de contrôle de la qualité afin de garantir « transparence, cohérence, comparabilité, exhaustivité, et confiance des estimations d'émissions dans les inventaires nationaux »²⁷.

Quelle valeur juridique faut-il reconnaître aux lignes directrices et aux recommandations du GIEC ? Si cette instance d'expertise n'a en principe pas compétence pour édicter de règles obligatoires, ses documents méthodologiques acquièrent cependant force contraignante par renvoi des organes politiquement compétents. Ainsi, la conférence des Parties à la Convention climat (ci-après COP) a-t-elle à plusieurs reprises décidé que les lignes directrices du GIEC devaient être utilisées pour estimer et notifier les émissions de gaz à effet de serre²⁸. Le Protocole de Kyoto assorti pour sa part le manquement à cette obligation méthodologique de potentiels « ajustements appropriés » (art. 5.2). Il faut dès lors nuancer l'idée selon laquelle la mission du GIEC « implique (qu'il) s'intéresse à l'ensemble des aspects du changement climatique qui lui semblent pertinents pour le décideur politique, sans pour autant prescrire à celui-ci la marche à suivre »²⁹. D'autres hypothèses de normes techniques élaborées par des experts puis intégrées à l'ordre juridique par les organes compétents pourraient être évoquées³⁰. Le phénomène, massif, contredit l'idée d'une discontinuité entre le politique et l'expert ; il révèle au contraire combien la frontière entre les deux acteurs s'estompe à mesure que le premier délègue au second la définition des modalités de mise en œuvre du droit. L'expertise prend alors les traits d'une « magistrature technique »³¹ génératrice de normes à

²⁵ Ces rapports méthodologiques sont disponibles sur le site web du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat : <http://www.ipcc.ch/languages/french.htm#2> (page consultée le 23 janvier 2008).

²⁶ Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat, « Aperçu des lignes directrices du GIEC », *Lignes Directrices du GIEC pour les inventaires nationaux de gaz à effet de serre - version révisée 1996 : Manuel simplifié*, [En ligne], <http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/gl/pdffiles/frenover.pdf> (page consultée le 23 janvier 2008).

²⁷ Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat, *Recommandations du GIEC en matière de bonnes pratiques et de gestion des incertitudes pour les inventaires nationaux*, Chap. 8.1, [En ligne], http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/gp/french/8_QA-QC_FR.pdf (page consultée le 23 janvier 2008).

²⁸ V. par exemple la décision 2/CP.3, *Questions méthodologiques liées au Protocole de Kyoto*, FCCC/CP/1997/7/Add.1.

²⁹ Jean Jouzel, « Les travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur le changement climatique », dans Edouard Bard (dir.), *L'Homme face au climat*, Odile Jacob, 2006, p. 366.

³⁰ Par exemple concernant la procédure d'examen prévue par l'article 8 du Protocole : décision 22/CMP.1, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, par. 28 : « Tout au long de l'examen, les équipes d'expert (...) appliquent les procédures, établies et publiées, arrêtées par l'Organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique (SBSTA), notamment en matière d'assurance et de contrôle de la qualité et de confidentialité » ; par. 45 : « Le SBSTA donne des directives générales quant au choix des experts et à la coordination des équipes au secrétariat et quant au processus d'examen aux équipes d'experts ». Concernant

³¹ L'expression est de P. Lascombes, « De l'atteinte à la prévention des risques industriels », dans C. Dourlens, J. Theys, P.-A. Vidal-Naquet, *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, L'Harmattan, 1991, p. 83. Plus généralement, sur les modalités de la production de normes par les experts, v. R. Castel, « Savoirs d'expertise et production de normes », dans F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 177.

l'aune desquelles est menée la vérification de la conformité des Etats à leurs engagements internationaux.

2. Vérification

Encadrant de complexes opérations de collecte, de traitement et d'interprétation de l'information, le système de vérification de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto se caractérise par un recours systématique à l'expertise. Si elle n'est pas inconnue dans le champ du droit international de l'environnement³², la surveillance technique des Parties par les experts prend dans le régime climat une tournure radicale. D'une part les instances intervenant dans la vérification sont nombreuses et diverses : entités intergouvernementales ou nationales, mais également acteurs privés dotés d'une compétence reconnue³³. D'autre part, des prérogatives juridiques leurs sont conférées qui transforment insensiblement l'expertise en une fonction décisionnelle. Ce raffinement du contrôle expertal se donne à voir dans les processus de vérification des mécanismes pour un développement propre (MDP) et de la mise en œuvre conjointe (MOC)³⁴, ainsi que dans l'examen de l'action des Parties signataires.

L'article 8 du Protocole de Kyoto confie à des « équipes composées d'experts », sélectionnés et coordonnés au niveau intergouvernemental, la mission de vérifier la correcte application de ses dispositions contraignantes par les Etats. L'examen mené consiste en « une évaluation technique complète et détaillée de tous les aspects de la mise en œuvre »³⁵ du Protocole. Dans leurs rapports périodiques, les experts se prononcent sur le respect de ses engagements par chaque Partie, et exposent les facteurs influant sur leur exécution. De prime abord, ce processus de vérification répond à la conception traditionnelle de l'expertise : les équipes d'examen établissent des faits mais s'abstiennent de formuler des jugements de valeur. Il leur est d'ailleurs expressément interdit de formuler « tout jugement politique »³⁶. Mais si les experts ont vocation à éclairer la prise de décision sans se prononcer eux même, la réduction à la factualité de leur mission apparaît largement illusoire et leur fonction résolument normative.

Une première expression de cette normativité réside dans la pré-qualification opérée par les équipes d'examineurs contraintes de formuler leurs observations factuelles dans le langage du droit³⁷. La mise en évidence des difficultés d'une Partie dans l'exécution de ses obligations se prolonge en effet dans l'identification des « questions de mise en œuvre », c'est-à-dire des problèmes « liés à une disposition contraignante »³⁸. Or cette identification n'est possible que si les examineurs se livrent à une interprétation juridique, laquelle est nécessairement évaluative. Mais la normativité de leur intervention va bien au-delà d'une simple pré-qualification juridique des faits : elle s'étend à la prescription de comportements. Ainsi, dans le cas où les inventaires nationaux examinés sont incomplets ou non conformes aux lignes

³² S. Maljean-Dubois, V. Richard, *Mécanismes internationaux de suivi et mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement*, Idées pour le débat, n° 9, Iddri, 2004, p. 17, [En ligne], http://www.iddri.org/Publications/Collections/Idees-pour-le-debat/id_0409_maljeandubois.pdf (page consultée le 23 janvier 2008).

³³ A. Peyro Llopis, « La place du secteur privé dans les mécanismes de contrôle et de réaction au non-respect », dans S. Maljean-Dubois (dir.), *Changements climatiques : Les enjeux du contrôle international*, précité, p. 128.

³⁴ Sur ces aspects, v. l'article de V. Richard, « Le système de vérification : Un colosse aux pieds d'argile ? », dans S. Maljean-Dubois, (dir.), *op. cit.*, p.171.

³⁵ Décision 22/CMP.1, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, par. 4.

³⁶ *Ibid.*, par. 21.

³⁷ Sur la dimension normative de l'opération de pré-qualification par l'expert, voir O. Leclerc, *op. cit.*, p. 145 et s.

³⁸ Décision 22/CMP.1, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, par. 8.

directrices du GIEC, les équipes d'examen doivent calculer les ajustements nécessaires³⁹ et les notifier à la Partie concernée. Les Etats peuvent accepter les estimations ajustées ou les refuser, mais en ce cas, celles-ci sont annexées au rapport final. La fonction d'expertise changeant ici de nature, à mi-chemin des registres constatatif et prescriptif, et donnent lieu à l'élaboration d'énoncés *recommandatoires*⁴⁰. Juridiquement non contraignants, ceux-ci ont néanmoins vocation à influencer tant sur les décisions des Parties que sur celle du Comité de contrôle du respect des dispositions qui pourra proposer d'éventuelles mesures de facilitation à l'Etat défaillant.

3. Facilitation

Les questions de mise en œuvre identifiées dans les rapports remis par les équipes d'examen au titre de l'article 8 sont transmises, par l'intermédiaire du secrétariat, au Comité de contrôle⁴¹. Clé de voûte du système d'*observance*, cet organe a pour objectifs « de faciliter, de favoriser et de garantir le respect des engagements découlant du Protocole de Kyoto »⁴². Si cette institution constitue une évolution remarquable à raison de sa coloration juridictionnelle⁴³, elle est avant tout gouvernée par une logique de promotion du droit. A l'instar d'autres conventions internationales de protection de l'environnement qui organisent « un contrôle d'orientation plus que de sanction »⁴⁴, le Protocole de Kyoto met l'accent sur l'accompagnement des Etats dans l'accomplissement de leurs engagements plutôt que sur la mise en jeu de leur responsabilité en cas de manquement. Nécessitant la mobilisation de compétences techniques au niveau intergouvernemental pour soutenir les Parties défaillantes, cette approche coopérative justifie l'institution de procédures préventives et incitatives dirigées par un organe d'expertise polyvalent : la Chambre de la facilitation du Comité de contrôle.

La Chambre de la facilitation mérite à tous égards la qualification d'instance d'expertise. Sa composition tout d'abord : ses membres, élus par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole (ci-après COP/MOP), doivent être choisis sur le fondement de « leur compétence dans le domaine des changements climatiques et dans des domaines pertinents tels que les domaines scientifique, technique, socio-économique ou juridique »⁴⁵. Quant au mandat de ce cénacle de savants détenteurs de connaissances spécialisées, il s'inscrit clairement dans une logique d'appui par l'expertise. La Chambre de la facilitation a en effet pour mission « de donner des conseils et d'apporter une aide aux Parties aux fins de l'application du Protocole et de promouvoir le respect, par les Parties, des engagements

³⁹ Cf. l'art. 5.2 du Protocole de Kyoto, et la décision 22/CMP.1, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, par. 79 et 80.

⁴⁰ S. Maljean-Dubois, « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », dans E. Brosset, E. Truilhé-Marengo (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, 2006, p. 199, cité par M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 208.

⁴¹ Sur le Comité de contrôle, v. S. de la Rosa, « La spécificité du Comité de contrôle du respect des dispositions : composition et compétences », dans S. Maljean-Dubois (dir.), *op. cit.*, p. 112.

⁴² Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, I.

⁴³ *Infra* II, 2.

⁴⁴ Claude Imperiali, « Le contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales », dans Claude Imperiali (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Economica, 1998, p. 13. Rapp. S. Maljean-Dubois, V. Richard, *op. cit.*, pp. 17-23.

⁴⁵ Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, II, par. 6, et IV, par. 3.

qu'elles ont pris en vertu du Protocole »⁴⁶. Les « mesures consécutives » susceptibles d'être proposées dans le cadre de cette mission attestent du rôle d'organe ressource dévolu à la Chambre de la facilitation. Prodiguant ses recommandations aux Etats, elle doit leur faciliter l'octroi d'une assistance technique et financière pour renforcer leurs capacités et prévenir leurs manquements⁴⁷.

Eclairant les Parties au Protocole sur les orientations à prendre pour respecter leurs engagements, la Chambre de la facilitation reste, de prime abord, cantonnée au domaine du fait. Ses prérogatives, strictement définies, excluent toute intervention de nature politique : s'il a un temps été envisagé de confier à cet organe le pouvoir d'adresser des mises en garde aux Etats, de constater le non-respect de leurs engagements, voire de notifier publiquement leurs manquements⁴⁸, ces options ont été abandonnées. Quant aux « mesures consécutives » susceptible d'être décidées, elle s'apparentent à des avis n'ayant aucune force contraignante et dont rien ne garantit qu'ils soient effectivement mis en œuvre. L'action de la Chambre de la facilitation se distingue néanmoins d'une expertise technique dénuée de toute dimension normative. Ses décisions, si elles ne s'imposent pas aux Parties, ont néanmoins valeur recommandatoire et peuvent être à ce titre qualifiés de *soft law*⁴⁹. Non contraignantes mais dotées d'une autorité certaine, les mesures consécutives prises par la Chambre de la facilitation sont un exemple parmi d'autres des pouvoirs exercés par les experts dans la « filière de contrôle » du régime climat⁵⁰. Omniprésente de la normalisation des outils de surveillance des Etats à la prévention de leurs manquements, en passant par la vérification de leur action, la fonction d'expertise forge le vocabulaire du système d'observance du Protocole de Kyoto. Pour autant, la grammaire de ce mécanisme de contrôle demeure de nature juridique, le droit étant irremplaçable pour instituer une expertise ayant une fonction normative.

II. L'institution juridique de l'expertise

L'intervention des experts dans le cadre des mécanismes d'observance est une étape parmi d'autre dans un processus de contrôle plus vaste institué par le droit conformément aux canons de la procédure équitable (1). Et c'est finalement une juridiction, et non une instance d'expertise, qui boucle l'ensemble de ce processus d'examen : la Chambre de l'exécution du Comité de contrôle (2). Les jugements des experts ne se voient donc reconnaître une dimension coercitive que dans la mesure où ils sont validés et authentifiés par un organe juridictionnel, lequel conditionne l'efficacité institutionnelle des énoncés scientifiques et techniques (3).

⁴⁶ *Ibid.*, IV, par. 4.

⁴⁷ *Ibid.*, XIV.

⁴⁸ Convention Cadre sur les changements climatiques, *Rapport de la Conférence des Parties sur la première partie de sa sixième session (3^e vol.)*, FCCC/CP/2000/5/Add.3 (Vol.IV), p. 36.

⁴⁹ Sur la *soft law*, v. P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 8^e éd., Dalloz, 2006, p. 400 ; et plus spécialement en matière de droit de l'environnement, v. R. Romi, *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, 2005, pp. 13-21 ; et A. Kiss et J.-P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, Pedone, 2004, p. 64.

⁵⁰ Sur la notion de « filière de contrôle », v. J. Charpentier, « Le contrôle par les organisations internationale de l'exécution des obligations des Etats », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 182, 1983-IV.

1. Procéduralisation

Terme polysémique, la procéduralisation s'entend notamment de l'établissement de dispositifs juridiques formels organisant l'édition de règles ou la prise de décision par un organe déterminé⁵¹. Dans le cadre du mécanisme d'*observance*, cette procéduralisation porte sur l'ensemble de la chaîne de contrôle. Des dispositions conventionnelles contraignantes détaillent les formes et délais de la procédure d'examen permettant de vérifier la conformité de l'action des Etats, mais également de certains acteurs privés, à leurs engagements dans le régime climat⁵². Précisant quels organes sont habilités à intervenir, à quelles occasions, et à quelles fins, ces règles formelles assignent aux experts un domaine de compétence propre. Mais l'encadrement procédural de l'expertise ne se résume pas à l'inscription d'examens techniques gouvernés par une logique scientifique dans un canevas institutionnel réglé par le droit. Le cœur même de l'activité des experts est en effet réglementé dans le détail par des règles juridiques censées garantir l'excellence des énoncés scientifiques et des recommandations techniques qu'ils produisent.

Le premier gage de qualité de l'expertise réside dans la valeur de son auteur, lequel doit être compétent, indépendant et impartial⁵³. Pour cette raison, les experts qui évaluent la mise en œuvre du Protocole de Kyoto par les Parties signataires sont dotés d'un statut spécifique. Ils exercent officiellement leurs fonctions à titre personnel⁵⁴ afin de les protéger de l'influence des Etats ou des organisations dont ils sont issus, et préserver ainsi leur indépendance. Quant à leur impartialité, elle est garantie par l'interdiction qui leur est faite de procéder à l'examen de leurs pays d'origine⁵⁵ et par l'organisation collégiale de leur mission au sein d'équipe à la composition soigneusement équilibrée⁵⁶. Enfin, la compétence des examinateurs est garantie par la mise en place de programmes de formation détaillés, et par l'institution de « procédures d'évaluations (...) normalisées, objectives et transparentes »⁵⁷ attestant de leur aptitude. De sorte que le droit, non content d'organiser la désignation des experts et d'en préciser les droits et obligations, en détermine également les qualités scientifiques par la définition des connaissances dont ils doivent avoir la maîtrise. Cet encadrement juridique du statut de l'expert, dont on pourrait multiplier les exemples⁵⁸, s'étend à son activité.

⁵¹ Sur la multiplicité des significations de la notion de procéduralisation, v. A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », dans J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47.

⁵² Ces dispositions contraignantes sont édictées par la Conférence des Parties à la Convention-Cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto (COP/MOP).

⁵³ R. Encinas de Munagorri, « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 103, 2002, p. 379.

⁵⁴ Décision 22/CMP.1, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, par. 23.

⁵⁵ *Ibid*, par. 25.

⁵⁶ *Ibid*, par. 32.

⁵⁷ Décision 24/CMP.1, *Questions relatives à l'application de l'article 8 du Protocole de Kyoto - 1*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe 1, « Programme de formation à l'intention des membres des équipes d'experts chargées de l'examen initial conformément aux lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto », par 4.

⁵⁸ Des mécanismes analogues à ceux applicables aux experts mettant en œuvre l'article 8 s'appliquent aux autres catégories d'experts impliqués dans le contrôle de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto. Ainsi les organes chargés de valider les projets MDP et les projets MOC voient-ils la délivrance et le renouvellement de leur accréditation soumis au respect de règles de transparence et d'efficacité par les experts qu'elles emploient. Sur ce point, v. l'article précité de V. Richard.

Prescrivant une « analyse technique approfondie et exhaustive de tous les aspects de (sa) mise en œuvre » par les Parties⁵⁹, le Protocole de Kyoto pose les jalons d'une réglementation détaillée du travail des examinateurs. Pour garantir l'intégrité de leur évaluation tout en préservant les droits des Etats, une « conception générale » de l'expertise technique est établie en droit⁶⁰. Sont également édictés des principes garantissant la loyauté des échanges entre les examinateurs et les Parties contrôlées⁶¹, des règles déterminant la charge de la preuve en cas d'incertitude sur les estimations des Etats⁶², ou encore des directives relatives à l'actualisation des techniques d'expertise⁶³. Il n'est pas jusqu'à la présentation des rapports qui ne soit minutieusement règlementée, leurs rédacteurs devant non seulement répondre à un certain nombre de questions préétablies, fournir des évaluations et des recommandations, mais également mentionner de manière exhaustive toutes les sources d'informations sollicitées⁶⁴. Inscription dans l'ordre du droit des conditions scientifiques et administratives d'un examen technique légitime, ces normes juridiques ont pour objet de donner efficacité et cohérence au système d'expertise⁶⁵, et de faciliter le traitement juridictionnel des énoncés techniques élaborés.

2. Juridiction

Si la préparation des rapports par les équipes d'examineurs qui vérifient la conformité des Parties à leurs engagements est rigoureusement encadrée par le Protocole de Kyoto, le devenir de ces rapports n'est pas moins réglementé. Le sort qui leur est réservé témoigne de la fonction ancillaire réservée à l'expertise technique dans une procédure d'observance qui est susceptible d'accoucher d'une vérité légale sensiblement différente de la vérité scientifique⁶⁶. Ainsi, ce n'est pas aux équipes d'examineurs d'établir si les Parties se conforment aux dispositions du Protocole de Kyoto. Certes, les experts ont la responsabilité de mettre en évidence les problèmes existant dans la mise en œuvre des règles contraignantes pesant sur les Etats. Mais il ne leur appartient pas d'établir si, au regard du droit en vigueur, ces derniers remplissent ou non leurs engagements. Cette fonction est en effet dévolue non à un comité d'experts scientifiques, mais à un collège de juges internationaux réuni au sein de la Chambre de l'exécution du Comité de contrôle.

Un faisceau d'indices autorise à qualifier la Chambre de l'exécution de juridiction internationale⁶⁷. Indice organique d'une part, tenant au statut particulier de ses membre : élus

⁵⁹ Article 8.3.

⁶⁰ Décision 22/CMP.1, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, par. 3 et s.

⁶¹ *Ibid*, par. 5, 6, 9.

⁶² *Ibid*, par. 58

⁶³ Prévue par l'art. 8, par. 4, du Protocole, l'actualisation périodique des lignes directrices concernant l'examen des Parties trouve un écho dans de multiples dispositions évoquant les guides de bonnes pratiques qui pourraient être adoptés à l'avenir pour compléter, voire se substituer à ceux en vigueur. Exemples, tirés de l'annexe de la décision 22/CMP.1 précitée : par. 50, a ; par. 65, c...

⁶⁴ Décision 22/CMP.1, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, par. 48.

⁶⁵ M.-A. Hermitte remarque, de manière plus générale, que « les sciences et techniques ont donné naissance à des principes généraux du droit qui leur sont propres » et dont la fonction est de « donner une cohérence (...) et une énergie au système, pour lui permettre de créer rapidement de nouvelles solutions », « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques », *Hommes et Libertés*, 137, 2007, p. 58.

⁶⁶ D'une façon générale, sur la relativité de la vérité en droit, v. le tome XXXVIII des Travaux de l'association H. Capitant (*La vérité et le droit*, 1989).

⁶⁷ Sur les indices autorisant la qualification d'un organe de juridiction internationale, v. H. Ascensio, « La notion de juridiction internationale en question », dans l'ouvrage collectif de la Société française pour le droit international : *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, not. pp. 170-174. Et « à propos du

sur le fondement leur expérience juridique⁶⁸ et non recrutés à raison de leur compétence scientifique, ces derniers prêtent serment d'exercer leur autorité dans « le respect des principes d'indépendance et d'impartialité »⁶⁹. Indice matériel d'autre part, tenant à la nature du pouvoir exercé qui n'est autre que celui de dire le droit (*jurisdictio*)⁷⁰. La Chambre de l'exécution établit si les Parties se conforment ou non à leurs obligations juridiques en matière de réduction d'émissions de gaz à effet de serre, de communication d'information, et d'admissibilité aux mécanismes de flexibilité⁷¹. D'apparence technique, cette mission n'est pas de pure expertise ; elle est prescriptive et non indicative. Là où les équipes d'examineurs identifient factuellement des « question de mise en œuvre », la Chambre de l'exécution déclare officiellement le non-respect de ses engagements internationaux par une Partie. La nuance est de taille et s'accompagne de différences notables dans le processus d'élaboration de la décision : c'est en effet au terme d'une procédure équitable et non d'un diagnostic technique que statue le Comité de contrôle.

Minutieusement réglée, la procédure suivie devant le Comité satisfait tous les critères formels requis d'une juridiction internationale⁷². Le principe de la contradiction y est pleinement garanti, conférant aux acteurs concernés le droit de prendre connaissance de tous les éléments de la cause et de les discuter. Invité à « exposer ses vues »⁷³, la Partie renvoyée devant la Chambre de l'exécution pour une question de mise en œuvre peut ainsi critiquer les rapports des examinateurs et faire auditionner ses propres experts⁷⁴. D'autres expertises contradictoires sont susceptibles d'être sollicitées par le Comité de contrôle, qui peut par ailleurs se voir soumettre des « informations sur des points de fait ou des aspects techniques » par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales⁷⁵. L'abondance des sources d'informations savantes à disposition de la Chambre de l'exécution témoigne à la fois de la grande valeur probatoire reconnue à l'expertise et des limites de sa force probante⁷⁶. Gage de qualité des examens techniques et de respect des droits des Etats, l'institution de mécanismes de contre-expertise relativise l'autorité des énoncés scientifiques en encourageant leur confrontation réciproque et leur réfutation⁷⁷. De sorte que c'est finalement à hauteur de leur

caractère juridictionnel de la procédure de non-respect du Protocole de Kyoto », v. la contribution de L. Boisson de Chazournes et de M.M. Mbengue dans l'ouvrage collectif dirigé par S. Maljean-Dubois, *op. cit.*, p. 73 et s.

⁶⁸ Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, V, par. 3 : « En élisant les membres de la chambre de l'exécution, la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole s'assure que les membres ont une expérience dans le domaine juridique ».

⁶⁹ Décision 4/CMP.2, *Comité de contrôle du respect des dispositions*, FCCC/KP/CMP/2006/10/Add.1, art. 4.

⁷⁰ Sur ce point, v. L. Boisson de Chazournes et de M.M. Mbengue, *op. cit.*, spéc. p. 98 à p. 106

⁷¹ Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, V, par. 4.

⁷² Sur ces critères de procédures que « toutes les juridictions internationales doivent respecter », v. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, 2005, pp. 23-24. V. également S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, 4^e éd., 2007, p. 407 et s. (pour une systématisation de ces critères), et p. 941 et s. (pour leur application aux juridictions internationales).

⁷³ Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, IX, par. 2. Rappr., dans le même document, la disposition VIII, par. 8.

⁷⁴ *Ibid.*, IX, par. 2.

⁷⁵ *Ibid.*, VIII, par. 5 et 6.

⁷⁶ La valeur probatoire de l'expertise renvoie à sa recevabilité dans une procédure particulière. Cette notion doit être distinguée de la force probante, laquelle mesure le pouvoir de persuasion de l'expertise.

⁷⁷ L'institution de mécanismes procéduralisés de contre-expertise apparait alors comme la mise en œuvre, sur le terrain du droit, de l'épistémologie positiviste, développée notamment par K. Popper, et qui conditionne la scientificité d'un énoncé à sa possible réfutation. Sur ces problématiques, v. A.F. Chalmers, *What is this Thing Called Science? An Assessment of the Nature and Status of Science and its Methods*, Open University press, 3rd revised edition, Hackett, 1999, trad. fr. *Qu'est-ce que la science ?*, Librairie générale française, 3^e éd., 2005.

force persuasive que les experts contribuent à l'élaboration des décisions coercitives du Comité de contrôle.

3. Coercition

Si elle est recevable et jugée fiable, l'expertise a vocation à transiter dans les décisions de la Chambre de l'exécution. Celle-ci peut par exemple décider d'appliquer aux inventaires nationaux de gaz à effet de serre les ajustements suggérés par les équipes d'examen auxquelles les Parties s'opposent⁷⁸. A l'origine de nature purement recommandatoire, ces normes techniques une fois reprises par le Comité de contrôle deviennent obligatoires. Les constats et les évaluations des experts ainsi consacrés se voient conférer une autorité dont ils sont autrement dépourvus : celle de chose jugée⁷⁹. Cette qualité se déduit de l'obligatorité des décisions de la Chambre de l'exécution, lesquelles entrent « en vigueur » dès qu'elles sont rendues et deviennent définitive en l'absence de recours dans un délai de 45 jours⁸⁰. Il faut en déduire que le jugement formulé, s'il emprunte aux expertises, n'en reste pas moins d'essence juridique : il s'agit d'une « décision de fond », motivée en fait et en droit, qui déclare la violation d'une règle par un sujet de droit⁸¹.

Conférant la *res judicata* à ses décisions, l'*imperium* de la Chambre de l'exécution l'autorise par ailleurs à prendre de rigoureuses « mesures consécutives » au non-respect des dispositions contraignantes du Protocole de Kyoto⁸². L'injonction faite à la Partie défaillante de se conformer au droit peut entre autres se doubler d'une suspension de son admissibilité au marché d'échange des droits d'émissions, aux mécanismes de développement propre et aux projets de mise en œuvre conjointe⁸³. Par ailleurs, si les émissions de gaz à effet de serre d'une Partie dépassent la quantité qui lui a été attribuée pour une période, la Chambre de l'exécution peut déduire 1,3 fois de ce volume excédentaire de la quantité attribuée pour la période suivante⁸⁴. Concevables dès lors que le Protocole recourt à des outils économiques, ces mesures punitives sont à la fois originales et audacieuses en droit international. Elles répondent en revanche à une logique classique en ce qui concerne le rôle des experts. Privés du pouvoir de donner des ordres, le prononcé de sanctions échappe en effet totalement aux examinateurs qui auraient mis en évidence une « question de mise en œuvre ». Il ne leur appartient même pas d'en suggérer l'usage à la Chambre de l'exécution.

Remarquable dans le champ du droit international de l'environnement, le pouvoir de coercition détenu par le Comité de contrôle n'en reste pas moins limité. Les « mesures consécutives » doivent être adoptées à la majorité des trois quarts des membres de la Chambre de l'exécution, sans que ceux provenant des Parties soumis à des objectifs contraignant de limitation des émissions des gaz à effet de serre (Parties visées à l'annexe I) ne puissent être mis en minorité⁸⁵. Par ailleurs, les sanctions prises sont susceptibles de faire l'objet d'un

⁷⁸ Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, V, par. 5.

⁷⁹ Sur ce point, v. L. Boisson de Chazournes et de M.M. Mbengue, *op. cit.*, spéc. p. 101.

⁸⁰ Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, XI, par. 2 et par. 4.

⁸¹ Décision 4/CMP.2, *Comité de contrôle du respect des dispositions*, FCCC/KP/CMP/2006/10/Add.1, art. 22.

⁸² Décision 27/CMP.1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, Annexe, XV.

⁸³ *Ibid.*, XV, par. 4.

⁸⁴ *Ibid.*, XV, par. 5.

⁸⁵ *Ibid.*, II, par. 9.

recours devant la COP/MOP, l'organe politique du Protocole de Kyoto⁸⁶. Quant à l'opposabilité du mécanisme d'observance à l'égard des Parties, elle demeure incertaine⁸⁷ : son obligatorité est *de jure* conditionnée à un amendement du Protocole, même si elle semble *de facto* acquise dès lors que l'éligibilité d'un Etat aux mécanismes de flexibilité est tributaire de son assujettissement aux procédures de contrôle du respect du Protocole. Facteurs limitant la portée des mécanismes d'observance, ces garde-fous juridiques ménagent les Etats qui peuvent en jouer pour neutraliser, dans une certaine mesure, la portée des décisions du Comité de contrôle.

* * *

De l'architecture complexe du système d'observance, l'on peut retenir la place essentielle occupée par les experts dans le contrôle des obligations internationales des Etats. Particulièrement frappante, cette centralité de l'expertise ne saurait pour autant s'analyser en une montée en puissance univoque de la science comme instance de véridiction sur la scène internationale. En effet, loin de se substituer aux logiques juridique et diplomatique, la raison scientifique s'y soumet, et c'est à travers un filtre institutionnel de contraintes procédurales et politiques que les experts ont voix au chapitre de l'observance. L'autorité de leurs énoncés apparaît finalement conditionnée à des processus de validation qui en permette la discussion dans un espace institutionnel gouverné par des règles juridiques et des intérêts politiques étrangers à la logique de la découverte scientifique. Dès lors, plutôt qu'à une dépossession du politique au profit des experts, c'est bien à une politisation de l'expertise par le droit que donne lieu les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto.

⁸⁶ *Ibid.*, XI.

⁸⁷ Sur cette question, v. l'éclairante contribution de R. Gauthier, « L'enjeu de l'amendement du Protocole de Kyoto », dans l'ouvrage collectif dirigé par S. Maljean-Dubois, *op. cit.*, p. 215 et s.



ÉTUDES

80

I La procédure interne, nouveau remède au harcèlement?

Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail ¹

par Renaud Colson

Maître de conférences à l'Université de Nantes, Marie Curie Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence, membre du laboratoire Droit et Changement Social

et Jean-Michel Poittevin

Docteur en droit, avocat

L'attention portée aux questions liées au harcèlement a conduit les partenaires sociaux au niveau européen et national à favoriser la mise en place de procédures internes destinées à éliminer ou à prévenir les risques psychosociaux. Ces procédures ont pour particularité d'introduire des garanties procédurales, souvent inspirées des règles du procès équitable, qui ne sont pas sans évoquer d'autres modes de règlement alternatifs des conflits. En a-t-on pour autant mesuré toute la portée ? Par delà la louable intention de remédier aux problèmes de la violence au travail, il est à craindre que leur développement ait aussi pour conséquence de restreindre l'accès à la justice pour les salariés et représentants du personnel.

Dans un arrêt du 29 juin 2011 (n° 09-70.902, publié au *Bulletin*), la Chambre sociale de la Cour de cassation a qualifié d'« abstention fautive » l'omission par l'employeur « d'effectuer les enquêtes et investigations qui lui auraient permis d'avoir (...) la connaissance exacte de la réalité de faits de harcèlement moral et sexuel reprochés à (un salarié) et de prendre les mesures appropriées ». Dessinant en creux une obligation nouvelle à la charge du chef d'entreprise, cette décision prolonge sur le terrain pré-torien l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail ². Signé par les principales organisations patronales et syndicales, ce texte, qui ne contient aucune disposition contraignante, exhorte les entreprises à mettre en place une « procédure appropriée » au traitement des plaintes émanant des sala-

riés exposés aux formes les plus préoccupantes de risque psychosocial ³. L'accord trouve un écho dans la décision du 29 juin 2011 qui confère valeur jurisprudentielle à l'invitation des partenaires sociaux faite aux employeurs de juger les situations de harcèlement au sein de leur entreprise, sous condition de garantir confidentialité et « traitement équitable » aux parties concernées.

De prime abord, on peut se féliciter d'une évolution qui illustre, dans le champ juridique, l'attention croissante portée à la souffrance au travail par les acteurs de l'entreprise. La prise en compte par le droit des violences psychologiques dont peuvent être victimes les salariés doit être saluée alors que se multiplient les diagnostics établissant une croissance des troubles psychiques individuels dû au délitement du lien social,

(1) Que soit ici remercié Olivier Leclerc pour ses commentaires critiques sur une première version de cet article. Les erreurs et positions du texte restent imputables aux seuls auteurs.

(2) Sur l'accord du 26 mars 2010, v. not. P. Adam, « Une lecture de l'accord du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail », *RDT* 2010. 428; F. Pelletier, « L'ANI sur le harcèlement et la violence au travail : de nouvelles obligations pour l'employeur ? », *JCP S* 2010, n° 19-20, 3.

(3) Sur les contours de cette notion, voir les rapports diligentés par le ministère du Travail : Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, avril 2011, [en ligne], <http://www.travailler-mieux.gouv.fr/Mesurer-les-facteurs-psychosociaux.html>; et précédemment, P. Nasse et P. Légeron, *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, mars 2008, [en ligne], http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/IMG/pdf/RAPPORT_FINAL_12_mars_2008.pdf.

notamment dans le monde professionnel ⁴. Quant à la technique mise en œuvre, à savoir l'établissement d'une procédure de type quasi-juridictionnel au sein de l'entreprise, elle peut satisfaire aussi bien les tenants du nouveau management, que les partisans du conflit des logiques. Si les premiers voient dans le bon chef d'entreprise un médiateur à même de concilier les contraires au sein d'une communauté de personnes diverses ⁵, les seconds voient dans le formalisme juridique un point d'appui pour faire avancer la cause des travailleurs ⁶. Tous devraient dès lors s'accorder sur les vertus d'une procédure qui favorise la communication au sein de l'entreprise et encadre le pouvoir décisionnaire de l'employeur ⁷.

Mais au risque d'afficher un certain pessimisme ⁸, on peut craindre que ne se dissimule, derrière l'apparente domestication du pouvoir brut à laquelle donne lieu l'établissement d'une nouvelle procédure de gestion du harcèlement, une réalité moins idyllique. Une réalité où les partenaires sociaux, s'accordant *a minima* sur un sujet consensuel, l'instrumentalisent pour asseoir leurs intérêts respectifs au sein de l'entreprise, quitte à fragiliser les digues juridiques construites au cours des dix dernières années pour contenir les expressions les plus aiguës de la violence au travail. À y regarder de près, il n'est pas certain en effet que le renforcement des procédures internes soit un gage de protection accrue des salariés victimes de harcèlement. Mimant le procès sans en offrir toute les garanties, les procédures extrajudiciaires surdéterminent l'activité postérieure du juge quand elles ne rendent pas sa saisine improbable. Il en résulte que la diversification des réponses procédurales aux occurrences de violence professionnelle (I) pourrait avoir pour effet paradoxal la neutralisation de leur traitement judiciaire (II).

« Une réalité où les partenaires sociaux, s'accordant *a minima* sur un sujet consensuel, l'instrumentalisent pour asseoir leurs intérêts respectifs au sein de l'entreprise, quitte à fragiliser les digues juridiques construites au cours des dix dernières années pour contenir les expressions les plus aiguës de la violence au travail »

I. – La diversification des procédures de traitement de la violence au travail

La réponse législative destinée à traiter la question de la violence au travail a d'abord consisté à permettre sa sanction judiciaire en facilitant le recours aux procédures juridictionnelles (A). Sans remettre en cause ce cadre légal, les partenaires sociaux se sont ensuite accordés pour introduire, en amont de la saisine du juge, des procédures internes à l'entreprise pour prévenir et gérer les faits de harcèlement (B).

A. - Les procédures judiciaires de sanction du harcèlement

Le thème de la souffrance psychosociale dans le monde du travail a occupé une place centrale dans l'espace public au cours des quinze dernières années. Prenant un tour plus ou moins militant ⁹, la mise en évidence des risques susceptibles de menacer la santé mentale des salariés s'est traduite sur le terrain du droit par l'institution d'un dispositif de lutte contre le harcèlement moral au travail ¹⁰. Avant

que cette notion ne soit consacrée par la loi du 17 janvier 2002, le harcèlement était généralement défini comme une forme de « violence perverse » ¹¹. Mais le législateur a opté pour une définition plus large en incluant dans cette catégorie tous « les agissements répétés (subis par un salarié) qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de

travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » ¹². Constitutif d'une faute justifiant la sanction disciplinaire de son auteur ¹³, le harcèlement fait l'objet d'une série de règles légales destinées à protéger les salariés contre ce type de violence ¹⁴. Outre l'introduction d'une procédure de médiation facultative ¹⁵, peu utilisée en pratique, la loi fait bénéficier la victime d'un régime probatoire favorable ¹⁶. Une fois les faits

(4) Pour une revue critique de cette littérature, v. A. Ehrenberg, *La société du malaise*, Odile Jacob, 2010.

(5) Exemple de cette conception, v. B. Audrey, « Repensons le travail du cadre », *Harvard-L'Expansion*, n° 69, été 1993, p. 56-64.

(6) T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, spéc. p. 271 et s.

(7) De manière générale, sur le développement des procédures internes au sein de l'entreprise, v. E. Lafuma, *Des procédures internes : Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008.

(8) Pessimisme semble-t-il partagé par d'autres ; v. en ce sens le billet de P. Adam, « Harcèlement et violence au travail : une histoire de mots (maux) », sur le Blog Dalloz, [en ligne], <http://blog.dalloz.fr/2010/05/harcèlement-et-violence-au-travail-une-histoire-de-mots-maux/>.

(9) V. no., dans une perspective radicalement critique, le livre de C. Dejours, *Souffrance en France : la banalisation de l'injustice sociale*, Seuil, 1998.

(10) Pour une perspective globale, v. *Rép. trav.*, v° Harcèlement moral, par P. Adam, 2008.

(11) V. les ouvrages de M.-F. Hirigoyen qui ont contribué à donner à cette question un fort retentissement public, not. *Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien*, La Découverte / Syros 1998.

(12) Art. L. 1152-1 C. trav.

(13) Art. L. 1152-5 C. trav.

(14) Art. L. 1151-1 et s. C. trav.

(15) Art. L. 1152-6 C. trav.

(16) Art. L. 1154-1 C. trav. Rapp. Soc. 24 sept. 2008, n° 06-43.504, *D.* 2008. AJ 2423, obs. L. Perrin ; *ibid.* 2009. Pan. 590, obs. G. Borenfreund, L. Camaji, A. Fabre, O. Leclerc, T. Pasquier, E. Peskine, J. Porta et C. Wolmark ; *RDT* 2008. 744, obs. G. Pignarre ; *JCP S* 2008, 1537, avis Allix, note Leborgne-Ingelaere ; *Dr. ouvrier* 2008, 545, note Adam ; *Dr. soc.* 2009. 57, note Savatier.

judiciairement établis, le travailleur peut demander la nullité de toutes les mesures affectant la relation salariale qui en résultent ¹⁷. L'auteur du harcèlement s'expose par ailleurs à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende ¹⁸.

Les marges d'interprétation ouvertes par la définition législative du harcèlement moral ont favorisé plusieurs innovations jurisprudentielles depuis la promulgation de la loi de 2002. Le Code n'exigeant aucune volonté délibérée de causer un préjudice à l'origine des agissements qui ont « pour effet » une dégradation des conditions de travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation en a déduit qu'une intention malveillante n'était pas requise pour constituer les faits de harcèlement ¹⁹. Par ailleurs, la Cour a admis que « peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion » qui auraient pour « effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail (d'un salarié) susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » ²⁰. Cette extension de la notion de harcèlement à de nouvelles hypothèses, combinée à l'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis de ses salariés, expose celui-ci à un nouveau risque contentieux et alourdit singulièrement sa responsabilité juridique.

Depuis plusieurs années, la Chambre sociale de la Cour de cassation pose en principe que l'employeur est tenu à « une obligation de sécurité de résultat » vis-à-vis de ses salariés. Il doit à ce titre garantir « l'effectivité » de leur droit à la protection de la santé. Or, dans plusieurs arrêts récents dont la portée est mal mesurée, les juges estiment que cette exigence vaut notamment en matière de harcèlement moral ²¹. Il résulte de ces décisions que l'employeur, tenu à « une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs », manque à cette obligation « lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement (...) exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements ». Derrière la formule audacieuse, les juges prennent probablement soin de ne pas franchir le seuil de la responsabilité « sans faute », l'employeur conservant la possibilité de s'exonérer en démontrant qu'il avait pris les mesures nécessaires afin de prévenir le risque de harcèlement en l'état de ce qu'il en savait ou pouvait

en savoir ²². Reste qu'en pratique, le salarié « harcelé » peut invoquer un manquement à cette obligation de sécurité de résultat devant le Conseil de prud'hommes pour obtenir, d'une part, la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur par la voie d'une « prise d'acte de rupture » ou d'une action en « résiliation judiciaire », et d'autre part, sa condamnation au versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. Sensible depuis quelques années dans le contentieux prud'homal, la multiplication de ce type d'actions est l'expression la plus visible d'une prise en compte institutionnelle de la souffrance au travail. L'introduction de procédures internes à l'entreprise afin de prévenir et gérer les risques psychosociaux en est une autre.

B. - Les procédures extrajudiciaires de gestion du harcèlement

Concomitamment à l'action du législateur, les partenaires sociaux se sont emparés de la question du mal-être au travail. Invités à transposer à l'échelon national les accords-cadres élaborés dans le cadre de la politique européenne de dialogue social ²³, syndicats et patronat français ont signé deux accords nationaux interprofessionnels, le premier en date du 2 juillet 2008 sur le stress au travail, et le second en date du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail. Ces textes affichent une volonté déterminée de prendre des mesures collectives pour améliorer la protection des salariés contre les risques psychosociaux résultant, entre autres, des nouvelles formes d'organisation du travail (intensification du travail, management par objectifs, etc.). Ainsi l'accord du 26 mars 2010, après avoir défini la violence au travail en des termes généraux (art. 2), suggère-t-il diverses pistes pour la prévenir, l'identifier et la gérer. Au-delà d'une mise en garde contre les effets délétères de ce phénomène, tant pour les salariés que pour leur performance (preamble), l'accord engage les entreprises « à affirmer que le harcèlement et la violence au travail ne sont pas admis » (art. 3) et les encourage à mener des opérations de sensibilisation et de formation ainsi qu'à améliorer, le cas échéant, « l'organisation, les processus, les conditions et l'environnement de travail » (art. 4).

L'originalité essentielle de l'accord du 26 mars 2010 réside dans l'invitation faite aux employeurs d'introduire une procédure spécifique d'« identification et gestion des

(17) Art. L. 1152-3 C. trav.

(18) Art. L. 1155-2 C. trav. et art. 222-33-2 C. pén.

(19) Soc. 10 nov. 2009, n° 08-41.497, D. 2009. AJ 2866, obs. S. Maillard; RDT 2010. 39, obs. F. Géa; Dr. soc. 2010, 111, obs. C. Radé.

(20) Soc. 10 nov. 2009, n° 07-45.321, D. 2009. AJ 2857, obs. S. Maillard; *ibid.* 2010. Pan. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund; RDT 2010. 39, obs. F. Géa; Dr. soc. 2010, 109, obs. C. Radé; v. aussi Soc. 3 févr. 2010, n° 08-44.107, Dr. soc. 2010, 472, obs. C. Radé.

(21) V. not., invoquant l'art. L. 1152-1 C. trav., Soc. 21 juin 2006, n° 05-43.914, D. 2006. Jur. 2831, note M. Miné; *ibid.* 2007. Pan. 179, obs. A. Jeammaud, E. Dockès, C. Mathieu-Géniaut, P. E. Berthier et D. Condemine; RDT 2006. 245, obs. P. Adam; JCP S 2006, n° 28, 25, obs. Leborgne-Ingelaere; Dr. soc. 2006. 826, obs. C. Radé; Soc. 1^{er} juill. 2009, n° 07-44.198; Soc. 3 févr. 2010, n° 08-44.019, D. 2010. AJ 445, obs. J. Cortot; JCP 2010, n° 12, 592, obs. Mouly; Dr. soc. 2010, 472, obs. C. Radé.

(22) Sur ce point, v. M. Babin, *Santé et sécurité au travail*, Lamy, 2011, n° 128 sq.

(23) Accord-cadre européen du 8 oct. 2004 sur le stress au travail et accord-cadre européen du 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail sur lesquels v. C. Sachs-Durand, « Commentaire de l'accord européen du 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail », RDT 2007. 525; « La transposition dans les États membres de l'accord conclu par les partenaires sociaux au sein de l'Union européenne, sur le stress au travail », RDT 2009. 243.

problèmes de harcèlement et de violence au travail » (art. 4.2). Dressant une liste de règles auxquelles doit idéalement satisfaire la réponse de l'entreprise aux faits de harcèlement commis en son sein, les partenaires sociaux ont établi les grandes lignes d'une procédure qui, par bien des aspects, rappelle les « principes directeurs de la justice contractuelle »²⁴. Sont ainsi rappelées certaines garanties du procès équitable, telles que le traitement « sans retard », l'« écoute impartiale » des parties, ainsi que l'exigence de confidentialité propre aux règlements amiables. S'y ajoute l'incitation sans réserve à recourir, dans le cadre de la résolution des phénomènes de harcèlement, aux services de santé au travail. La « procédure sans procès » ainsi dessinée ne présente certes pas toutes les garanties propres à l'instance judiciaire. Son caractère hybride, articulant enquête unilatérale et médiation consensuelle, contribue à lui conférer un profil atypique, y compris dans le champ des modes alternatifs de résolution des différends. Il demeure que ce nouveau cadre de traitement des phénomènes de violence au travail dressé par les partenaires sociaux illustre l'exportation, au sein de l'entreprise, de principes en vigueur devant les juridictions²⁵.

L'accord du 26 mars 2010, qui a vocation à être décliné au niveau des branches ou des entreprises, prévoit que c'est aux « employeurs, en concertation avec les salariés et/ou leurs représentants » d'établir, revoir et suivre les modalités de traitement des faits de harcèlement (art. 4.2). Si la feuille de route est assez précise, les partenaires sociaux ont pris soin d'éviter toute formule impérative, indiquant seulement que la procédure proposée « peut être mise en place » tout en refusant de lui conférer un caractère obligatoire. La solution suggérée par les partenaires sociaux relève donc d'avantage du code de bonne conduite que de la règle de droit. Mais l'absence de sanction légale, révélatrice du caractère infra-juridique d'une normativité qui s'exprime ici aux confins du droit, ne doit pas dissimuler l'importance du phénomène. Dès lors qu'il est encouragé par un accord collectif prenant place parmi les sources positives du droit du travail, le dispositif procédural défini acquiert

une légitimité susceptible de conduire à son développement rapide. En témoigne, outre sa mise en œuvre par de nombreuses sociétés²⁶, l'onction jurisprudentielle qu'il vient de recevoir implicitement²⁷. Il est dès lors probable qu'à l'avenir, la gestion procédurale du harcèlement au sein de l'entreprise ne précède, voire ne chasse devant elle les procédures judiciaires instituées pour traiter de la violence au travail. C'est en effet une loi du genre que les procédures infra-juridiques, peu formalistes et vite expédiées, ne s'imposent dans les interstices du droit pour neutraliser les lourdeurs institutionnelles, au risque de fragiliser certaines protections juridiques acquises²⁸.

II. – La neutralisation du traitement judiciaire de la violence au travail

L'institution d'une procédure interne destinée à gérer les faits de violence présente *a priori* de multiples vertus comparée à leur traitement judiciaire (A). Mais l'internationalisation de la fonction de justice, qui consiste à prendre en charge, au sein de l'entreprise, l'activité d'identification et de sanction des faits de harcèlement confiée jusqu'alors au juge étatique, ne va pas sans soulever diverses objections (B).

A. - Les vertus de la procédure interne

Relevant d'une logique conciliatoire, pour ne pas dire réconciliatoire, la mission dévolue à l'employeur dans le cadre de l'accord du 26 mars 2010 sur le traitement de la violence au travail ne consiste pas seulement à identifier et à sanctionner les faits de harcèlement. Il s'agit plus fondamentalement de « mieux prévenir ces phénomènes, les réduire et si possible les éliminer » (art. 1). Dans cette perspective, l'enquête et la médiation que l'employeur est convié à mettre en œuvre sont orientées vers un objectif plus général que la sanction des auteurs et l'accompagnement des victimes. Elles doivent être l'occasion d'examiner « l'ensemble des éléments de l'environnement de travail » pour éviter qu'à l'avenir de tels faits ne se reproduisent. La vio-

« Dressant une liste de règles auxquelles doit idéalement satisfaire la réponse de l'entreprise aux faits de harcèlement commis en son sein, les partenaires sociaux ont établi les grandes lignes d'une procédure qui, par bien des aspects, rappelle les "principes directeurs de la justice contractuelle" »

(24) Sur les « principes directeurs de la justice contractuelle », v. S. Amrani-Mekki, L. Cadiet et J. Normand, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, p. 207 et s.

(25) De manière générale, sur l'exportation du modèle du procès équitable vers les modes alternatifs de règlement des litiges, v. S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 6^e éd., Dalloz, 2011, p. 1265 et s. Rapp., sur le développement des procédures négociées dans le champ du droit du travail, l'ouvrage précité d'Emmanuelle Lafuma. Il existe d'autres dispositifs formels, destinés à servir l'intérêt de l'entreprise tout en protégeant ses salariés, qui peuvent être rapprochés de la procédure interne décrite par l'accord du 26 mars 2010, par ex. la réglementation progressivement élaborée pour encourager et protéger le lanceur d'alerte en cas de dénonciation de faits de corruption (art. 1161-1 C. trav.). Sur ce point, v. not. la délibération 2005-305 de la CNIL, ainsi que l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Soc. 8 déc. 2009, n° 08-17191, *D.* 2010. Jur. 548, note I. Desbarats ; *ibid.* Pan. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camajaj, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; *Rev. sociétés* 2010. 483, étude F. Barrière ; *RDT* 2010. 171, obs. R. de Quenaudon ; *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1425, p. 6 et n° 1426, p. 4, concl. B. Aldigé.

(26) Commission des affaires sociales du Sénat, *Rapport d'information sur le mal-être au travail*, enregistré le 7 juill. 2010, spéc. p. 55 et s. [en ligne], <http://www.senat.fr/notice-rapport/2009/r09-642-1-notice.html>.

(27) Soc. 29 juin 2011, *préc.*

(28) Sur le thème des procédures infra-juridiques, v. les développements de J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, rééd. 2004, not. p. 372.

lence et harcèlement ont de graves conséquences sur les personnes mais sont également susceptibles d'affecter, souligne l'accord, « la performance de l'entreprise ». À ce titre, il convient non seulement de sanctionner les faits passés s'il est établi qu'il y a eu violence, mais également de retisser le lien social au sein de l'entreprise. Ce projet curatif, qui évoque celui de la justice restaurative et des modes alternatifs de règlement des conflits²⁹, n'est pas inconnu du droit du travail qui favorise, en d'autres occasions, conciliation et médiation³⁰. Lorsqu'elle remplit son but, cette justice douce se substitue avantageusement aux décisions tranchées des juridictions étatiques: non seulement a-t-elle le mérite de mettre un terme à la violence, mais elle permet également d'éviter les déchirures inévitablement causées par l'instance judiciaire, dont on imagine qu'elle se solde le plus souvent par la dissolution des liens existant entre l'entreprise et l'auteur du harcèlement ou sa victime.

Les règles de forme élaborées par les partenaires sociaux pour une gestion optimale des ressources humaines en présence de faits de harcèlement se révèlent d'autant plus attrayantes que, non content de se conformer à l'idéal gestionnaire d'une entreprise structurée selon une logique managériale encourageant les synergies entre salariés³¹, elles font écho aux thèses contemporaines vantant les mérites d'une procéduralisation de l'ordre juridique³². Le modèle de droit participatif privilégiant les règles de forme au détriment des normes substantielles qui s'impose aujourd'hui dans les représentations dogmatiques de la justice³³ trouve, il est vrai, une expression parfaite dans cette série de règles destinées à répondre de manière souple et adaptée à la variété des situations de harcèlement susceptible de survenir dans l'entreprise. L'échange contradictoire organisé entre la victime et son agresseur, auquel participent également les représentants des salariés et éventuellement le service de santé au travail, doit permettre à l'employeur de prendre la décision la meilleure. Le recours au juge en est rendu inutile. Le dispositif suggéré par les partenaires sociaux présente en effet tous les avantages d'une procédure bien réglée, à savoir l'élaboration d'une décision formellement juste au terme d'un échange normé et transparent entre les parties inté-

ressées, tout en faisant l'économie d'un procès judiciaire.

L'introduction d'une procédure de gestion de la violence au travail sous la houlette de l'employeur a en outre le mérite d'éloigner le spectre d'une judiciarisation des relations de travail³⁴ sans pour autant sacrifier la protection judiciaire dont bénéficient les salariés. Le recours à la juridiction prud'homale révèle souvent l'absence de mécanismes de médiation à l'intérieur de l'entreprise³⁵. Le dispositif procédural suggéré par l'accord du 26 mars 2010 pallie ce manque sans menacer formellement le droit au juge des victimes de violence. En effet, c'est sans préjuger du cadre légal en vigueur que la nouvelle technique de lutte contre le harcèlement est établie. Il en résulte que son acceptation par les parties concernées n'emporte pas renonciation à la saisine éventuelle de la justice étatique sur les faits litigieux. Le recours au juge n'est pas non plus conditionné à la mise en œuvre préalable de la procédure interne à l'entreprise comme cela peut être le cas dans l'hypothèse des clauses de conciliation préalable contenues dans certains contrats³⁶. Il ne s'agit donc pas de substituer la procédure interne au procès judiciaire mais d'offrir aux parties la possibilité de choisir entre les deux voies, voire de les emprunter simultanément. C'est d'ailleurs ce cumul de procédures que vient d'imposer la Cour de cassation à l'employeur engagé dans une instance prud'homale en exigeant de lui une enquête interne sur la réalité de faits présumés de harcèlement dans son entreprise sans attendre l'issue du procès en cours³⁷. Il est néanmoins probable que dans bien des cas, le recours au juge étatique soit exclu *de facto*, la fonction de justice étant effectivement internalisée par l'entreprise³⁸.

B. - Les risques de l'internalisation de la fonction de justice

Dans l'hypothèse où une procédure interne à l'entreprise échoue à identifier ou à gérer des faits de harcèlement, le recours à la justice étatique en sera cependant rendu plus difficile. L'obstacle n'est pas ici d'ordre juridique, la victime conservant son droit d'agir, mais plutôt d'ordre psychologique et pragmatique. Si l'on admet que la forme propre à la procédure sert « à absorber les conflits, à affaiblir et à épuiser les participants, à trans-

(29) P. Milburn, « Les recherches sur les MARL : aspects économiques et sociologiques », in P. Chevallier, Y. Desdevises et P. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Documentation française, 2003, spéc. p. 68.

(30) Pour une perspective comparatiste, v. F. Favennec-Héry, « Médiation et contentieux du travail », in L. Cadiet, T. Clay et E. Jeuland (dir.), *Médiation et arbitrage / Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005, p. 121.

(31) M. de Fabrègue, *Introduction à la gestion*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2008, p. 117.

(32) Pour une tentative de définition rigoureuse de la notion polysémique de procéduralisation, v. A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 66 et s.; et sur les théories de la procéduralisation, v. D. Terré, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, 3^e partie.

(33) Sur la sacralisation contemporaine de la procédure, v. R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Fondation Varenne / LGDJ, 2006, p. 195 et s.

(34) Sur le caractère pour partie fantasmé de la judiciarisation de la société, v. dès 1994, L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Mélanges offerts à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 29. Et sur les mérites de « la déjudiciarisation », v. S. Amrani-Mekki, *Gaz. Pal.* 4-5 juin 2008, n° 156-157, p. 2.

(35) J. Lemniäi, « Judiciarisation et relations de travail », in F. Rouvillois (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, Litec, 2008, p. 41.

(36) Ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, *Bull. mixte*, n° 1; D. 2003. Jur. 1386, note P. Ancel et M. Cottin; *ibid.* Somm. 2480, obs. T. Clay; *RTD civ.* 2003. 294, obs. J. Mestre et B. Fages; *ibid.* 349, obs. R. Perrot; *RDC* 2003, 182, obs. Cadiet et Lagarde.

(37) Soc. 29 juin 2011, *préc.*

(38) D'autres occurrences de cette internalisation de la fonction de justice par l'entreprise sont présentées dans le n° 77 (2011) de la revue *Droit et Société* qui consacre un dossier au thème: « Se donner le droit: la force des organisations face à la loi ».



former et à neutraliser leurs motivations au cours d'une histoire dans laquelle les présentations et les engagements se transforment en représentations servant à l'élimination des alternatives »³⁹, il est aisé d'imaginer comment une procédure interne à l'entreprise menée de manière insatisfaisante, voire injuste⁴⁰, découragera paradoxalement d'entamer un procès judiciaire. L'intuition des praticiens les plus chevronnés rejoint ici les réflexions des meilleurs théoriciens: peu nombreuses seront les victimes prêtes à saisir le juge consécutivement à une procédure menée par le chef d'entreprise en liaison avec les représentants du personnel si celle-ci ne reconnaît pas réellement leur souffrance. Et quand bien même un salarié ferait preuve de suffisamment de ténacité pour cela, l'issue du débat judiciaire serait largement surdéterminée par les résultats de la procédure interne. Menée sous les auspices du chef d'entreprise, celle-ci aura en effet scellé un récit dont le juge ne pourra facilement se distancier. Lui dont le rôle est de reconstruire l'histoire des faits à travers un échange polémique⁴¹ se verra servir, à l'aune de l'instance judiciaire, une chronique déjà écrite dans le texte consignait les positions des parties, et qui plus est probablement signée par elles.

Le risque de priver certaines victimes d'accès à la justice est d'autant plus sérieux que les qualités de l'autorité sous l'égide de laquelle la procédure interne est menée ne sont pas acquises. L'employeur chargé de la mettre en œuvre ne satisfait pas à l'exigence d'extériorité requise du tiers sollicité dans la résolution amiable d'un différend: il n'est pas impartial au sens ou peut l'être le juge, tiers désintéressé par excellence⁴². Pour autant, la procédure interne destinée à traiter les cas de harcèlement au sein de l'entreprise ne donne pas lieu, dans sa mise en œuvre, à l'adoption d'un paritarisme qui permettrait, comme dans le cas du Conseil de prud'hommes, de neutraliser les intérêts respectifs des

employeurs et des salariés⁴³. S'il est bien envisagé d'y faire participer des membres du personnel sous une forme ou une autre, le chef d'entreprise conserve la direction des opérations. De sorte que l'on peut se demander si, sous l'apparente humanisation de la gestion des ressources humaines que dessine le nouveau traitement procédural de la violence au travail, ne se dissimule pas un dispositif ayant avant tout vocation à soustraire celle-ci à la justice étatique. En encourageant le traitement du harcèlement dans un espace privé (l'entreprise plutôt que le prétoire) et dans un cadre de moindre densité juridique (une procédure déformalisée plutôt qu'un

« L'intuition des praticiens les plus chevronnés rejoint ici les réflexions des meilleurs théoriciens: peu nombreuses seront les victimes prêtes à saisir le juge consécutivement à une procédure menée par le chef d'entreprise en liaison avec les représentants du personnel si celle-ci ne reconnaît pas réellement leur souffrance »

procès formaliste), l'accord du 26 mars 2010 organise en effet un déplacement qui permet d'éviter l'épreuve judiciaire⁴⁴.

Quelles sont les raisons, économiques et stratégiques, susceptibles d'expliquer le consensus des partenaires sociaux pour procéder à l'internalisation de la fonction de justice dans les situations de violence professionnelle? Si l'on ne peut exclure une part de naïveté de la part d'acteurs aveuglés pas les sirènes de la

procéduralisation du droit, il est également possible d'identifier certains intérêts particuliers justifiant le dispositif proposé. Du côté des employeurs, la procédure interne conduit à une perte relative de pouvoir discrétionnaire, les formes agissant comme autant de contraintes réduisant la liberté d'action (ou d'inaction) du chef d'entreprise. Mais en contrepartie, les organisations patronales sont bien fondées à voir dans ce dispositif un traitement prophylactique efficace contre la perte de contrôle encore plus importante et le risque financier qu'engendre la saisine de la justice étatique dans les cas de harcèlement. Il est en revanche plus difficile de saisir l'intérêt des organisations de salariés à promouvoir la procédure interne définie par l'accord du 26 mars 2010. Celle-ci menace en effet de mettre les représentants du personnel en porte-à-faux en ajoutant à leurs attributions générales⁴⁵ la fonction ambiguë de greffier du tri-

(39) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied, Luchterhand, 1969, trad. fr. par L. K. Sosoe et S. Bouchard, *La légitimation par la procédure*, Presses de l'Université Laval, 2001, p. XLIX.

(40) Sur laquelle, v. M.-A. Frison-Roche, « La procédure injuste », in M.-A. Frison-Roche et D. Baranès (dir.), *De l'injuste au juste*, Dalloz, 1997, p. 77 et s.

(41) Pour un essai de conceptualisation du « jugement comme récit », v. la contribution de M. Doat dans les actes du colloque qui s'est tenu au Sénat les 29 et 30 septembre 2006, *L'office du juge*, éd. du Sénat, 2006, p. 396; et sur l'applicabilité des thèses « narrativistes » au jugement, rapp. P. Ricœur, *Temps et récit. 1. L'intrigue et le récit historique*, Seuil, 1983, spéc. p. 223 et p. 277.

(42) Sur les délicates questions soulevées par l'exigence d'impartialité dans le cadre des règlements amiables, v. S. Guinchard *et alii*, *op. cit.*, p. 1306-1308.

(43) Sur le paritarisme, gage de partialité, v. les deux arrêts suivants de la Cour de cassation, publiés au *Bulletin*, et leurs commentaires, Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, D. 2004. IR 188, et les obs.; *GADT*, 4^e éd., 2008, n° 28-29; *JCP* 2004. I. 133, n° 18, obs. Cadet, et 177, n° 1, obs. Pétel-Teyssié; Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-19.979, D. 2005. IR 2770; *JCP* 2006. I. 133, n° 2, obs. Clay; *Rev. huissiers* 2006. 40, obs. Fricero. V. égal. les articles de P. Morvan, « 'Partisane' mais paritaire donc impartiale: la juridiction prud'homale », *JCP* 2004. I. 88; de M. Pécher, « L'impartialité de la juridiction prud'homale », *Dr. ouvrier* 2006. 5; T. Grumbach et M. Keller, « Sur l'impartialité de la juridiction prud'homale... encore ? », *Dr. soc.* 2006. 52.

(44) Sur la logique des déplacements dans son rapport aux épreuves juridiques instituées, v. L. Boltanski et E. Chiappelo, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, not. p. 498-500.

(45) Si les délégués du personnel, dont la mission principale est de présenter aux employeurs les réclamations et plaintes des salariés et de saisir le cas échéant l'inspection du travail (art. L. 2313-1 C. trav.), peuvent déjà être impliqués dans une enquête diligentée par l'employeur (art. L. 2313-2, al. 2, C. trav.), c'est dans le cadre de l'exercice d'un droit d'alerte donnant lieu éventuellement à la saisine directe du bureau de jugement du Conseil de prud'hommes



bunal patronal. Le pari a pu être fait de voir ces représentants élus, qui font souvent figure aux yeux des salariés d'émanation la plus tangible des syndicats au sein de l'entreprise, trouver dans cette mission le moyen de prolonger sur un nouveau terrain la défense des travailleurs. Mais si l'on peut soutenir la gageure, c'est au risque de hâter la « dégénérescence corporative » du mouvement syndical ⁴⁶. Que ce défi soit ou non relevé dans le cadre de la « procédure appropriée » dessinée par l'accord signé, les salariés constateront en tous cas que l'expres-

sion sociale des tensions nées de l'exploitation du travail connaît aujourd'hui une nouvelle évolution historique. Aux combats collectifs, menés dans l'espace public pour l'amélioration des conditions de travail, a succédé la défense individuelle du droit à la santé devant le juge. Le temps est désormais à la gestion procédurale du mal-être au sein de l'entreprise, preuve s'il en était besoin que la lutte pour le droit, ce « devoir de l'intéressé envers lui-même (...) et envers la société » ⁴⁷, est bien soluble dans le management.

(Soc. 28 mars 2006, n° 04-41.016, *D.* 2006. IR 1063 ; *ibid.* Pan. 2002, obs. J. Pélissier, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; *RDT* 2006. 116, obs. O. Leclerc). Il s'agit donc moins en ce cas d'associer les délégués à la décision patronale que de leur permettre de donner suite à l'alerte lancée en cas de carence de l'employeur.

(46) Pour reprendre l'expression d'A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010, p. 141.

(47) R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Vortrag, Wien, 1872, trad. fr. *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006 (1^{re} éd. fr. 1890), p. 22-23.

Socio-legal Studies in France: Beyond the Law Faculty

RENAUD COLSON* AND STEWART FIELD**

This article is the third in an occasional series dealing with the development, current status, and future of socio-legal studies in selected countries. It follows articles by Kim Economides (Aotearoa/New Zealand) and Harry Arthurs and Annie Bunting (Canada).

In this article we argue that in France one can identify work that corresponds to the key strands of socio-legal research in Anglo-American societies but that ‘socio-legal’ as a category of research and scholarship does not have the presence it has in the United Kingdom. French law faculties continue to be strongly shaped by a traditional disciplinary orthodoxy rooted in a highly and distinctively structured form of doctrinal analysis. In the first part, we explain the relatively limited presence of socio-legal studies in French law faculties in terms of the historical and institutional mechanisms by which disciplinary closure has been created and maintained around traditional orthodoxies. But in the second part we will trace the presence – predominantly outside law faculties – of significant fragments of socio-legal practice in the scholarship of law and allied disciplines.

INTRODUCTION

Setting out to explain the presence – or in this case, the relative absence – of the ‘socio-legal’ in a particular jurisdiction requires some attempt to set out an understanding of what remains a notoriously malleable concept. This is all the more important given that one striking difference between France and the United Kingdom is the very absence of a body of knowledge explicitly

* *Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Chemin de la Censive-du-Tertre – BP 81307, 44313 Nantes Cedex 3, France*
Renaud.Colson@univ-nantes.fr

** *Cardiff Law School, Cardiff University, Museum Ave, Cardiff CF10 3AX, Wales*
FieldSA@cardiff.ac.uk

conceptualized and characterized in terms of the label ‘socio-legal’. Furthermore, in Anglo-American scholarship, there are not only diverse ways of characterizing the ‘socio-legal’ but there are tensions and even contradictions at the heart of the concept which flow in part from different ways of viewing its relationship to more traditional forms of legal scholarship.¹ The ‘socio-legal’ can be seen as a supplement or even complement to the doctrinal analysis of primary legal sources that is made desirable – or indeed even necessary – by the need to maintain law as a functioning social institution (law in action) as opposed to pure text (law in books). Effective decisions about legal reform may be seen to require some analysis of the practical effects of law on society or parts of society and some analysis of the social interests and claims in play. This is the kind of socio-legal work sometimes associated with the term ‘law in context’ and with the kind of policy-oriented research based on empirical social science that is often fostered and financed by governments.

But the rise of the ‘socio-legal’ since the 1960s has also been associated with various explicit and radical challenges to law as a social institution in general and doctrinal analysis as a disciplinary practice in particular. The influence of feminism, Marxism, and other forms of critical legal scholarship has been profoundly felt in direct, frontal critique of traditional assumptions about the autonomy of law and legal analysis. Indeed, some legal scholars from these critical currents might eschew the label ‘socio-legal’ exactly because of its association with more reformist ambitions: they do not want to see themselves as repointing the legal brickwork when the aim should be to tear the house down. These different and contested ways of understanding the ‘socio-legal’ as either supplement or challenge to law as a discipline, are reflected in different relationships between law and other disciplines.

Sometimes, work drawing on other disciplines may complement and sustain the dominant paradigm (for example, certain kinds of philosophy of law or legal history). But insights drawn from sociology and other disciplines (including certain strands of philosophy and legal history) have also been key parts of the critique of traditional conceptions of the autonomy of law as a discipline and of the legitimacy of law as a social institution purporting to depersonalize the exercise of power. This critical edge, drawing on a range of disciplines, while by no means a dominant force in socio-legal studies, has been a key element of an increasingly pluralist approach to legal scholarship in Anglo-American societies. What we want to do in this analysis of the

1 The literature on the nature of the ‘socio-legal’ is too extensive even to cite conveniently here. But some references can be found in previous reviews in this series in the *Journal of Law and Society*. Both articles adopted – as we do here – very broad-church definitions of the concept: K. Economides, ‘Socio-legal studies in Aotearoa/New Zealand (2014) 41 *J. of Law and Society* 257; H. Arthurs and A. Bunting, ‘Socio-legal Scholarship in Canada: A Review of the Field’ (2014) 41 *J. of Law and Society* 487.

‘socio-legal’ in France is not to try to determine and apply a particular ‘correct’ interpretation of the term but to chart the presence and absence of these related yet distinguishable views as to how to study and teach law in the debates and practices in the French academy. We will argue in Part I that it is the disturbance in Anglo-American law schools of the traditional paradigm of law and legal analysis that is one key point of contrast with France where that paradigm has continued to dominate scholarship in the law faculties. The untidy and unruly co-existence of very different strands to socio-legal studies in the United Kingdom has been accompanied by the sense (amongst supporters and detractors alike) that it has gained an important foothold inside the law faculty and shaped the scholarly identity of many legal academics and researchers.² In contrast, French law faculties are marked by greater disciplinary orthodoxy characterized by a highly and distinctively structured form of doctrinal analysis and relative closure to the external critique of law.

Our initial story is about how those key features were historically constituted and have been institutionally and discursively maintained, in part because the centralized formation of disciplines and subdisciplines in France shapes institutional development and scholarly identity in a way that it does not in the United Kingdom. Accordingly, in Part I, we set out the way in which the historical construction of legal science in France and its relations with the broader social sciences have entrenched a particular paradigm of legal scholarship which has prevented the effective construction of alternative ‘socio-legal’ conceptions of the discipline. But in Part II, we outline the presence of various fragments of the socio-legal in France to be found sometimes inside but more often outside the law faculties.

I. EXPLAINING ABSENCE

Law faculties in France remain dominated by doctrinal analysis. Socio-legal research, in any of the diverse forms outlined above, remains atypical of their intellectual production and continues to be treated as heterodox by the socializing institutions of the legal academy. This relative absence is the product of the distinctive history of legal thought in France and of the particular development of its universities as institutions. So we will explore first the foundation of law as a scientific discipline, as a distinct legal science, and secondly, the development in France of a central state framework guaranteeing the institutional reproduction of disciplines within the university system.

2 The strength of that foothold is a matter of some debate. Witness the question in R. Collier’s ‘We’re all socio-legal now? Legal education, scholarship and the Global Economy – Reflections on the UK experience’ (2004) 26 *Sydney Law Rev.* 503 and see, generally, F. Cownie, *Legal Academics: Culture and Identities* (2004).

1. *Genealogy of French legal science*

French political history has been marked by ruptures which have often had considerable effects on domestic law: the nineteenth-century codifications following the Revolution are a prime example. In contrast, the history of legal science in France is one of remarkable continuity. The academic practices of jurists have their roots in a tradition that stretches back beyond the Revolution. Scholarly discourse in law has been clearly distinct from that of the social sciences and although there have been significant moments of dialogue between the two, these have proven to be interludes rather than an enduring process of exchange.

(a) Before the Revolution: tracing the origins of the French civil law tradition

The self-identity of French legal scholars is as inheritors of a long and noble academic tradition. Despite many changes over the centuries in the way in which legal scholarship is conducted, it is still not uncommon to evoke explicitly the long lines of this collective intellectual inheritance.³ The nature of these genealogical claims reveals much about the way the discipline is defined by French legal scholars themselves: looking for ancestors, they are more likely to choose the medieval jurists than the twentieth-century founders of social science. Because legal scholarship is seen as a key element in the construction of the civil law tradition generally, this emphasis on continuity is a source of prestige.⁴ The link in France is particularly strong because the drafters of the iconic Civil Code of 1804 are widely seen as having drawn many of their key organizing concepts from the synthesizing Treatises of the jurists of the seventeenth and eighteenth centuries.⁵ The direct line back to medieval predecessors continues to be emphasized by modern French scholars as a means of reinforcing their claim to be the primary authorized interpreters of legal texts and guardians of their legitimacy.⁶ Here, the history marks a difference between the Romano-Germanic tradition and that of the common law, where it is the judge who is more frequently accorded the primary role in legal interpretation and guardianship.

3 F. Audren and J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e–XX^e siècles)* (2013) 11; P. Jestaz and C. Jamin, *La doctrine* (2004).

4 R. David and C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains* (2002, 11th edn.) 117; J.-L. Thireau, 'La doctrine civiliste avant le Code civil' in *La doctrine juridique*, eds. Y. Poirmeur and A. Bernard (1993) 13.

5 A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil* (1969). On French legal doctrine prior to the Revolution, see A. Wijffels, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre* (2010) 214–25.

6 For a general examination of ways in which law professors have emphasized their status as privileged interpreters of legal texts, see J. Chevallier, 'Les interprètes du droit' in Poirmeur and Bernard, *op. cit.*, n. 4, p. 259.

This historically constituted notion of scholars as guardians of the legal tradition is linked to a particular interpretive role which reflects a dominant paradigm in the way legal knowledge should be structured and set out.⁷ Domat's *Loix civiles*⁸ provided a classic seventeenth-century model for the writing of text books and treatises that was passed from generation to generation. First, in the richly detailed nineteenth-century commentaries on the Civil Code but later in independent works of exposition, analysis is typically built around a series of conceptual binary oppositions (such as law/rule, positive law/natural law, law/equity, public law/private law). These bifurcations provide a structured intellectual framework within which legislative texts are understood, explained, and interpreted.⁹ During the nineteenth century this model was used to set out a comprehensive theory defining persons and their substantive rights; what it did not do was to describe the practice of civil law and certainly not the process of enforcing those rights. This emphasis on systematic doctrinal exposition, rooted in a concern to promote abstract conceptual coherence and unity, still organizes the modern textbook which introduces students to law and its various branches in France.¹⁰ Indeed, the abundant and tangled growth that is modern case-law in France is seen to combine with the multiplication of legislative texts to call even more clearly for a structuring and ordering of – and thus, an abstraction from – the increasingly detailed rules of positive law. This is seen to require elaborate organization through the identification of distinct branches of law as well as the search for, and exposition of, general principles which explain and render coherent and consistent existing legal rules (and thus also offer a guide to future solutions).¹¹

The perceived importance within legal science of the search for intellectual coherence through systematization and structure has been reflected in the development and institutionalization of a highly particular and elaborately structured way of presenting academic legal writing. This requires not only that argument be structured in two parts with two sub-parts (often with the sub-parts being divided into two sub-sub parts) but also be accompanied by compliance with elaborate requirements as to the structure of the introduction, the form of headings and sub-headings, and transitional phrases from one part to another. The effect is to require an explicit focus throughout on the interrelations between the elements of the whole argument. Since the mid-twentieth century, this has become an orthodoxy of structure rigorously

7 A.-J. Arnaud, 'La tradition française dans la théorie du droit des civilistes' (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 261.

8 *id.*, especially 262–4.

9 *id.*

10 On the history of legal textbooks in France, see A.-S. Chambost (ed.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire* (2014).

11 Jestaz and Jamin, *op. cit.*, n. 3, p. 231.

enforced by teachers on students from the first year of legal study at university and is a requirement of published academic articles, presentations, and even examinations.¹² Because *le plan binaire* is an intellectual practice particular to the law faculties, it reinforces the disciplinary autonomy of legal science.

Distinct both from the philosophy of law and the social sciences, this notion of a ‘fundamental legal science’¹³ thus has as its specific purpose the systematization of norms. In its search for internal coherence within the body of positive rules, legal scholarship can be seen as reinforcing the ideological legitimacy of the legal order in its claims to the apparent depersonalization of the exercise of power. A key critical strand within socio-legal studies within the Anglo-American common law world since the 1960s has been to point out and expose the contradictions in this role of legal scholar as ideological guardian.¹⁴ But within the Romano-Germanic tradition, the centrality of that role can be traced back to its origins and in France it has been subject to much less contestation within the law faculty.¹⁵ This view of legal scholarship sets it apart from some of the broader questioning characteristic of the social sciences. There have been moments in which opportunities have developed for exchange and synthesis between law as a discipline and those other social sciences. But these moments of dialogue have not led to a major challenge to the dominant place of the doctrinal conception of legal science.

(b) Historical interludes: brief and interrupted dialogues between legal doctrine and social science

A hundred years after the promulgation of the Civil Code, there was a moment when a new generation of legal scholars sought to challenge established practice and to break with the dominant academic tradition by claiming allegiance to a ‘scientific’ approach.¹⁶ Around the turn of the

12 M. Lemieux, ‘La récente popularité du plan en deux parties’ (1987) *Revue de recherche juridique. Droit prospectif* 823 ; M. Vivant, ‘Le plan en deux parties, ou de l’arpentage considéré comme un art’ in *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XXème siècle* (2001) 969. To illustrate the operation of the structured approach, we have chosen to draft this article more or less in accordance with its dictates.

13 C. Atias, *Epistémologie juridique* (1985) 58.

14 In the United States, this kind of critique is associated with critical legal studies and work of the likes of Duncan Kennedy and Mark Kelman. For a particular application to criminal law in the United Kingdom, see A. Norrie, *Crime Reason and History* (2014, 3rd edn.) ch. 1 for his deconstruction of the assumptions underpinning classical liberal legal scholarship (citing Williams, Smith and Hogan, and MacCormick).

15 See, however, the work of Pierre Legendre which has been dedicated to revealing the role played by legal scholars in legitimating the established order from the medieval period onwards, starting with *L’amour du censeur* (1974).

16 A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours* (1975) 75–124.

nineteenth century, they argued for a theoretical revolution that would refine and reform the methods of legal analysis.¹⁷ Aging codes, dynamic growth in case-law, the development of the social sciences, and finally the need to counter ‘legal socialism’ were all said to call for this renewal of legal scholarship.¹⁸ The argument was informed by a sharp critique of traditional practices, most notably François Géný’s¹⁹ assessment of nineteenth-century legal literature as dominated by the blind cult of legislative codes and the false pretensions of abstract logic.²⁰ A remaking of legal scholarship was advocated that would go beyond a mere exposition of the Codes to draw on legal history,²¹ on experimental sciences, and on comparative law. Raymond Saleilles argued that a historical approach represented the adoption of a scientific method because history sought to free itself of the subjective by holding to the facts.²² It was thus the ideal means for analysing the life of the law as existing legislative texts were adapted to new social needs.²³ Other legal scholars evoked the experimental sciences and the philosophy of Auguste Comte: they argued the need to go beyond a metaphysical approach to one that saw law as just another observable social reality.²⁴ For example, some legal scholars used analogies drawn from biological explanations of organic life to explain legal transformations.²⁵ The third and final strand in

- 17 C. Atias, ‘Philosophie du droit: les enjeux d’une fin de siècle’ in *L’évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, eds. G. Planty-Bonjour and R. Legeais (1991) especially 241–51; C. Jamin, ‘Relire Labbé et ses lecteurs’ (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 248.
- 18 R. Saleilles, ‘Introduction’ in *Les méthodes juridiques: leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910* (1911) xxiii.
- 19 F. Géný, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif Vol. 1* (1899/1919) 17–204. On Géný’s work, see C. Thomasset, J. Vanderlinden, and P. Jestaz (eds.), *François Géný. Mythes et réalités. 1899–1999, centenaire de Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif* (2000); B. Oppetit, *Droit et modernité* (1998) 231–54.
- 20 Géný, id., p. 124.
- 21 J. Gaudemet, ‘Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle’ (1998) 19 *Revue d’histoire des facultés de droit et de la science juridique* 87; A. Dauteribes, ‘Laboulaye et la réforme des études de droit’ (1990) 10/11 *Revue d’histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 13.
- 22 R. Saleilles, ‘Le Code civil et la méthode historique’ in *Le Code civil (1804–1904), Livre du centenaire, Vol. 1* (1904) 99. On Saleilles, see R. Beudant et al., *L’œuvre juridique de Raymond Saleilles* (1914). More recently, see F. Tellier, ‘Le droit à l’épreuve de la société. Raymond Saleilles et l’idée du droit social’ (1999) 20 *Revue d’histoire des facultés de droit et de la science juridique* 147.
- 23 R. Saleilles, ‘École historique et droit naturel’ (1902) 1 *Revue trimestrielle de droit civil* 80, at 97.
- 24 C. Jamin, ‘L’oubli et la science. Regard partiel sur l’évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles’ (1994) 93 *Revue trimestrielle de droit civil* 815.
- 25 For an application of the evolutionary theories of Hebert Spencer to law, see R. Fremont, ‘De la formation des notions juridiques et du rôle de la jurisprudence dans les institutions’ in *Pandectes françaises Vol. 1* (1886) vi.

this attempt to renew legal scholarship was founded on the comparative. The key stimulus was the first International Congress of Comparative Law which took place in Paris during the Universal Exhibition in 1900. The argument was that the comparative method would enable scholars to guide legislators and judges: doctrinal analysis of foreign laws would enable the identification of an ‘international legal consciousness’ consisting of universal principles that could be used to inform the development of national law.²⁶

These arguments for an opening out of legal thought were reinforced by the development of the nascent discipline of sociology within humanities faculties. Durkheim was the key figure in both establishing an intellectual framework for sociology of law and defining its major tasks. *L'Année sociologique*, the periodical he founded in 1896, became a site of rich dialogue between law and sociology. As a result, some renowned professors within the law faculties began to draw inspiration from sociology in their legal research and teaching. Perhaps most famously, Léon Duguit explicitly used Durkheim’s concepts in his work on public law, rejecting all that was ‘metaphysical’ in order to found legal analysis on the ‘real facts’ of social interdependence. He was not alone: certain other legal scholars of the early twentieth century began to examine legal transformations from a sociological perspective.²⁷

But the important point for our story is that this moment of interdisciplinary dialogue did not provide the foundation for the development of a socio-legal current within the law faculties. The advocates of an opening up to sociology remained marginal. From now on there was an interest from legal scholars in social questions but the disciplinary separation of law and humanities faculties remained strong, and legal scholars retained their monopoly over law as an object of inquiry by reaffirming the specificity and distinctiveness of legal science. In the end, the vast majority of law professors never attempted the descriptive sociology of law associated with Durkheim.²⁸ They were content simply to expand the range of legal sources studied beyond legislative codes to include case-law. Increasingly, from the start of the twentieth century, jurisprudence was seen as providing a privileged point of observation for social reality, as the ‘law in action.’²⁹ This enabled legal scholars to deepen their accounts of the relations between law and society while retaining for legal science an object of inquiry that was distinct from that of the other social sciences.³⁰ Thus, any opening up to

26 K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, tr. T. Weir (1998, 3rd edn.) 2. See, also, R. Munday, ‘Accounting for an Encounter’ in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, eds P. Legrand and R. Munday (2003) 3–8.

27 See, for example, J. Cruet, *La vie du droit et l’impuissance des lois* (1908).

28 F. Soubiran-Paillet, ‘Histoire du droit et sociologie: interrogations sur un vide disciplinaire’ (1997) 29 *Genèses: Sciences sociales et histoire*, 156–9.

29 E. Serverin, *Sociologie du droit* (2000) 21–4.

30 P. Lascombes, ‘Le droit comme science sociale. La place de Durkheim dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux derniers siècles (1870–1914)’ in *Normes juridiques et régulation sociale*, eds F. Chazel and J. Commaille (1991) 46.

'scientific' influences that took place was not accompanied by a shift from the traditional conception of the mission of legal science, that is to say, to develop the coherence and consistency of legal norms by systematic exposition.³¹ From then on, one can trace more frequent references to history, social sciences or to comparative law. These new 'scientific' elements involved the observation of social facts but their significance and meaning continued to be defined by a normative conception of legal scholarship that was based on giving structure and coherence to a body of positive legal rules rather than to defining the social causes of those rules or explaining the complexity of their actual social functioning.³²

There are many reasons for the persistence of this traditional approach in French legal scholarship: one of the most central is the institutional framework within which the legal discipline operates in French universities.

2. *Disciplinary frameworks and the maintenance of scholarly orthodoxy*

The distinctive political and institutional history of the university system in France has had an important impact in maintaining disciplinary orthodoxy in French legal science. Both its doctrinal focus and its relative closure to external influence can be explained in part by French traditions in the organizing of academic disciplines, and, in part, by very particular ways of recruiting academic staff. Both have made it more difficult to break with traditional disciplinary orthodoxies.

(a) French faculties and the discipline of disciplines

The very structure of French higher education provides a key to understanding the capacity of disciplines to resist disruptive external challenges. The *tabula rasa* of the 1789 Revolution led to a complete reconstruction of the university system. What emerged under the Empire was a classic example of statist and centralizing Napoleonic reform.³³ Distinct both from the German model with its vaunting of academic freedom and the English tradition of universities with strong institutional autonomy,³⁴ the effect of the reorganization of the French university system was to make both faculties and academics much more clearly dependent than elsewhere on the political will of the central state.³⁵ Curricula were defined nationally and identical rules for examination procedures and the content of teaching were applied to the whole nation. The structure of the new university was standardized by national regulations which divided France into distinct geographic units for

31 Arnaud, *op. cit.*, n. 16, pp. 122–5.

32 Jestaz and Jamin, *op. cit.*, n. 3, p. 146.

33 C. Musselin, *The Long March of French Universities* (2004) 11.

34 C. Charle and J. Verger, *Histoire des universités* (1994) 63–75.

35 C. Granger, *La destruction de l'université française* (2015) 20.

administrative purposes (*académies*). Faculties of theology, medicine, law, sciences, and humanities were established in each *académie* according to an identical model. Each faculty was independent from the others but subject to the control of the central state in the allocation of funding, the definition of curricula, and the conferring of academic status. The state appointed leading academic figures to a national *Conseil de l'Instruction Publique* to manage the particular discipline they represented.³⁶ There was no attempt at coordination between faculties: each was free to develop its own standards of regulation thus reinforcing disciplinary compartmentalization.³⁷

The faculties of law themselves were conceived and established by Napoleon as being guarantors of the legal culture of the central state and guardians of the established legal order.³⁸ In general, in the nineteenth century the French government relied on the universities to reinforce the legitimacy of its authority and maintain social cohesion.³⁹ If the *lycée* was seen as the primary instrument of social integration at the level of secondary school, the law faculties were seen as serving a similar purpose at university level.⁴⁰ By monopolizing legal education, the central state could determine competence in law. And by determining the content and methods of the teaching of law it could ensure the social acceptance of the new Codes. The law faculties' role in confirming the legitimacy of the nineteenth-century social order was reflected in the growing social prestige of law professors and a certain deference on their part vis-à-vis political power.⁴¹ The establishment of the Republic in 1870 and the reinforcement of academic freedom that accompanied it did not fundamentally alter the idea that the universities' principal role was to support a central state whose mission was the governance of the collective and the framing of its future.⁴²

The institutionalized subordination of the mission of the university to that of the central state tended to favour the orthodoxy of traditional legal science rather than its critical challenge. From their promulgation in the early years of the century, legal education became centred on the textual study of the Napoleonic codes, privileging distinctive techniques of legal reasoning and the objective of training future legal practitioners. Attempts in 1819 to broaden the subjects studied to include natural law, history of the philosophy

36 Musselin, op. cit., n. 33, p. 12.

37 C. Charle, *La République des universitaires* (1994) 135.

38 Audren and Halpérin, op. cit., n. 3, ch. 1.

39 Granger, op. cit., n. 35, pp. 22–3.

40 The Ministry of Justice declared in 1801 that the law schools were seen as building a second level of education onto that of the lycées: 'Un rapport du ministre de la justice sur les écoles de droit en 1801' (1988) 7 *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 164.

41 Audren and Halpérin, op. cit., n. 3, p. 35. See, also, P. Bonin, 'Education juridique et politique sentimentale. L'École de droit de Paris et les journées de 1848' in *L'École de droit de la Sorbonne dans la cité*, eds. P. Gonod, A. Rousselet-Pimont, and L. Cadet (2012) 61–7.

42 Granger, op. cit., n. 35, pp. 34–5.

of law, and administrative law foundered on opposition from within the discipline. It was only in 1889 that government regulations introduced political economy, general history of law, and elements of constitutional law into the law curriculum.⁴³ Slowly over the twentieth century, elements of general culture were introduced in the form of courses on history, political science, and economics. But this did not represent a challenge to doctrinal analysis as the central core of the discipline of law: rather, it was thought that some kind of familiarity with social sciences would help to produce more intellectually cultivated lawyers.⁴⁴ This idea that law faculties fulfilled a social as well as intellectual function can be traced back to the Revolution: legal studies had long been seen as not just valuable for those engaged in the conduct of public affairs and business but as transmitting a certain common culture essential to notable public figures.⁴⁵

Given the disciplinary conservatism of law faculties and limited acceptance of social sciences into the curriculum, it is perhaps not surprising that when the new sciences of government emerged, they did so outside the academy. In the nineteenth century, a number of institutions emerged aimed at the production of practical knowledge with potential application to the problems of government. But they did so at the interface between the world of the universities and that of state bureaucracy rather than within the law faculties.⁴⁶ Even today, not only most senior French civil servants but also its administrative judges are trained in matters of law and government in these institutions. This has developed into a very particular French division in the training of elites as between universities and *les grandes écoles*.⁴⁷ The latter are the most prestigious institutions of post-school education in France but are not universities. Their status is linked not only to superior resourcing but also to powers of selection at entry in relation to students. University faculties, including law faculties, must accept all local students who have passed the baccalaureat whereas the fierce elitism of *les grandes écoles* is entrenched by entrance examinations and limits on admission.⁴⁸ What this

43 Audren and Halpérin, op. cit., n. 3, p. 119.

44 C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de droit de Sciences Po: Une expérimentation française* (2012) 64–72. See, also, C. Moreau de Bellaing, 'Un bon juriste est un juriste qui ne s'arrête pas au droit. Controverses autour de la réforme de la licence de droit de mars 1954' (2013) 83 *Droit et société* 83.

45 Audren and Halpérin, op. cit., n. 3, pp. 65, 74.

46 The *Académie des sciences morales et politiques* was founded at the start of the nineteenth century, the *École libre des sciences politiques* (the precursor to *Science-Po*) was originally founded in 1872, and the *École nationale d'administration* in 1945: J. Heilbron, 'The rise of social science disciplines in France' (2004) XLII *Revue européenne des sciences sociales/European J. of Social Sciences* 129, at 147–8. See, also, C. Delmas, *Instituer des savoirs d'État: L'Académie des sciences morales et politiques au XIX^e siècle* (2006) 104–18.

47 Jamin, op. cit., n. 44, pp. 73–6.

48 Faculties of medicine are an exception to the prohibition on selection at entry to Universities.

means is that the most gifted students interested in the study of relations between law, politics, and government tend to gravitate not towards university law schools but towards national institutions whose alumni constitute a Republican technocratic elite and a formidable network of political influence. Faced by the challenge of these prestigious rival institutions camped in this key interdisciplinary space, it is not surprising perhaps that professors of law have continued to emphasize their distinctive lawyerly skills in doctrinal analysis. Furthermore, the system of recruitment of law professors reinforces the weight placed on specialist technical lawyerly skills rather than interdisciplinary innovation.

(b) Recruiting the discipline: the moulding of French legal scholars

Although there have been many legislative reforms to university governance in France, the structure of university disciplines remains fundamentally as established in the nineteenth century.⁴⁹ Key to this is the continued existence of a central authority in the form of the *Conseil National des Universités* (CNU) which controls and manages the progression of scholarly careers within the French academy. This is a national council made up of 52 sections, each corresponding to a discipline, staffed by tenured academics who are partly elected by their peers and partly appointed by the Ministry of National Education, Higher Education and Research.⁵⁰ The CNU determines centrally whether candidates are academically qualified to apply to become *maître de conférences* (tenured lecturer) or to be promoted to professor. Universities make local hiring and promotion decisions but only on the basis of these nationally established lists of qualified candidates within each discipline. There are three sections relating to law: private law (section 01), public law (02), and legal history (03). All the other academic disciplines that provide an external perspective on law also have their own sections (for example, political science (04), economics (05), and sociology and demography (19)). But, critically, there has never been a section for socio-legal studies. This means that work that might be defined in such terms is separated out and divided up into adjunct subdisciplines of existing sections which thus remain marginal to those sections and disciplines (examples would be criminal sociology, law and economics or legal linguistics). As each of the sections develops its own set of criteria for disciplinary excellence and acts as ‘gatekeeper’ to academic recognition,⁵¹ those who aspire to

49 G. Weisz, *The Emergence of Modern Universities in France, 1863–1914* (1983); C. Musselin and C. Paradeise, ‘France: From Incremental Transition to Institutional Change’ in *University Governance: Western European Comparative Perspective*, eds. C. Paradeise, E. Reale, I. Bleiklie, and E. Ferlie (2009) 21.

50 Décret n°92-70 (16 January 1992) *relatif au Conseil national des universités*.

51 N. Le Feuvre and M. Metso, *Disciplinary Barriers between the Social Sciences and Humanities: National Report on France* (2005), at <http://www.york.ac.uk/res/researchintegration/National_Report_France.pdf> 57.

be socio-legal researchers must nevertheless create for themselves an academic identity that is recognizable to the guardians of disciplinary standards. A researcher with a socio-legal profile, however excellent, may find it difficult to be recognized as suitably qualified by any of the CNU sections:⁵² his or her work may be seen as marginal to the relevant discipline, either too legal for the social scientist or too ‘socio’ for the lawyers. The importance of this single central national authority charged with defining standards of scholarly excellence is that it makes it easier for disciplines to resist challenge to the dominant paradigm of scholarship. In the United Kingdom, where each university has substantial autonomy in defining its own teaching and research needs and indeed its own local appointing practices, it is hard to impose a particular disciplinary model of scholarship at a national level. Yet that is exactly what France seeks to do.

These central mechanisms for controlling the appointment and recruitment of tenured lecturers operate in all disciplines. But in law there is a particular and additional central mechanism controlling promotion to a chair in the form of a highly competitive exam called the *agrégation du supérieur*. There are other tracks by which lecturers can be appointed law professors on the basis of experience and published work (though they all involve the relevant national committee of the CNU having to judge them qualified on the basis of their submissions). But the vast majority of available chairs (and the number is determined nationally) are filled by the *concours d’agrégation* (in other words by a classic French competitive exam in which candidates are ranked and the top candidates appointed up to the prescribed number of available posts). This examination has been at the heart of the intellectual reproduction of law faculties since its introduction nationally by Napoleon III in the nineteenth century.⁵³ The regulations which constituted and organized this corps of *Professeurs agrégés* explicitly declared the objective of establishing order and hierarchy amongst teaching staff.⁵⁴

Successive reforms have varied the particular form of the exercises set for the candidates⁵⁵ but the underlying spirit has remained largely unchanged: candidates are asked over a limited time period to prepare and present structured oral lessons to the examiners on a subject assigned to them. The competitions for private law, public law, and history of law are all organized similarly. Candidates must have a doctorate and the jury consists of six professors and one high-ranking judge, all of whom are chosen by the

52 Conseil National du développement des sciences humaines et sociales, *Pour une politique des sciences sociales de l’Homme et de la société* (2001) 81–2.

53 J.-M. Carbasse, ‘L’agrégation des facultés de droit’ (2009) 2 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger* 300, at 301–5.

54 Audren and Halpérin, op. cit., n. 3, p. 50.

55 P. Ducret, ‘Les agrégés de droit de 1856 à 1914’ (2005), at <<http://rhe.ish-lyon.cnrs.fr/?q=agregdroit>>.

Ministry of Higher Education and Research. If you apply in private law, your allocated topics may be chosen from anywhere within the broad domain of private law (which paradoxically to the British eye, would include criminal law and justice). The first test consists of a discussion of 30 to 45 minutes about the published research of the candidate. If the candidate is allowed to progress to the next stage, it consists of the preparation and presentation of a lesson about a prescribed text. The candidates that survive then go on to two further tests: in the first, the famous *épreuve de 24 heures*, the candidate is randomly given a general topic which he or she has 24 hours to research with the help of a team recruited from academic friends and contacts. The candidate must then present an exposition of the topic in 45 minutes before the jury. After this there is a similar but shorter presentation on a more technical text that the candidate has eight hours to prepare alone (no team of supporting researchers for this one).

These lessons have been described as ‘a lesson in formalism pushed to the extreme’.⁵⁶ We have already mentioned the distinctive binary plan required in almost all forms of legal scholarship. The presentations for these tests must be constructed in two parts (with headings numbered I and II) and four sub-parts (which are identified I.A., I.B., II.A. and II.B.). The presentations must be carefully timed: for the eight-hour test, it must last exactly 30 minutes and there is an ideal duration for each of the parts. For presentation for the 24-hour test, after 45 minutes – when he or she will be interrupted by the President of the Jury – the candidate should have just completed the presentation of the first sub-part of the second part. The jury look at both the technical quality of the content and the intellectual coherence of the structured plan to evaluate the expository talent of the candidates who are then ranked in an order of merit that is published.⁵⁷

There are many articles which testify to the mythic quality of the *concours d’agrégation* and its key role in the socialization of professors of law.⁵⁸ Many candidates will prepare together for the tests and the experience often forms very strong academic bonds that may be foundational for subsequent careers. And the examination sustains a symbolic hierarchy within law faculties that has no obvious equivalent elsewhere. One can become a *Professeur agrégé* in one’s early thirties with a volume of publications that would not guarantee even a senior lectureship in the United Kingdom. There are no direct consequences in terms of formal power and the financial

56 P.-Y. Gautier, ‘Le concours d’agrégation au plus intime : Institutes coutumières’ in *Mélanges dédiés à Louis Boyer* (1996) 223. For a ‘how to’ guide, see, also, R. Merle, ‘La leçon d’agrégation dans toute sa splendeur’ (1987) *Recueil Dalloz*, chron. 142.

57 D. Truchet, ‘A propos du concours d’agrégation et de sa préparation’ (1995) 22 *Droits* 178.

58 L. de Naurois, ‘La leçon d’agrégation. Vieux souvenirs et réflexions d’un candidat “malheureux”’ in *Mélanges dédiés à Louis Boyer* (1996) 507; J. Rivero, ‘Pour la leçon en équipe’ (1976) *Recueil Dalloz*, chron. 137.

rewards are limited. Yet to be, or not to be, a *Professeur agrégé* has consequences for academic status that will last an entire career. Those who are *maîtres de conférences* (tenured lecturers) or who have become professors by building up over time a record of published work and administrative or teaching experience will always lack what remains the ultimate intellectual accolade in the legal academy.

What are the consequences of this particular form of academic recruitment for the nature of legal scholarship in France? By comparison with the United Kingdom, where appointment to a chair is a matter for autonomous universities, the *concours d'agrégation* effectively defines at a national level what constitutes an outstanding legal scholar. Indeed it is a handful of professors, all of them themselves *Professeurs agrégés*, all of them appointed by the Ministry, that effectively make the decisions on the appointment of the most prestigious and numerically largest category of chairs. The danger is that this may perpetuate relatively closely defined norms for legal scholarship and privilege the traditionally established model of doctrinal analysis. Even the initial examination of published work presents the danger that certain kinds of topics and analysis may be preferred to others and lead to the exclusion of candidates doing more unconventional work. It is often said that within the private law competition, the profile of publications of those who progress shows more evidence of classical doctrinal analysis of the law of obligations than it does the empirical analysis of criminal justice, interdisciplinary studies, comparative law or work in a foreign language. And beyond that, the three tests of presentation skills all place the emphasis on the capacity to set out positive legal rules in an ordered, systematic, and coherent fashion. Although such a talent for close doctrinal analysis does not preclude an interest in interdisciplinary or critical approaches, it tends to make them less than essential. Each year, the system promotes to the highest rank scholars who are remarkably young (averaging around 33 years old) but to be promoted they have to prepare assiduously for a highly formalized examination, set and enforced by an older generation of *Professeurs agrégés*. The successful candidates tend disproportionately to have done their doctorates in one of the Parisian faculties and to pursue research that tends to follow classical lines.⁵⁹ Criticism of the system is sometimes heard⁶⁰ and the model shows some signs of fissure,⁶¹ but the dominant discourse is one that defends *le concours d'agrégation* as a way of

59 M. Fabre-Magnan, 'Radiographie de l'agrégation. Les résultats du concours d'agrégation externe de droit privé et de sciences criminelles depuis 1968' in *Mélanges Philippe Malaurie – Liber amicorum* (2005) 215.

60 The lesson in 24 hours has been the object of fierce criticism, for example, T. Le Bars, 'Agrégation de droit privé et de sciences criminelles: libres propos pour la suppression de l'épreuve de 24 heures' (2004) *Recueil Dalloz*, Point de vue 4. More generally, see <<https://suppressionagrégation.wordpress.com/>>.

61 Jamin, op. cit., n. 44, p. 89.

constituting a national elite of legal scholars and guaranteeing its quality.⁶² But having been required to make huge personal intellectual investment in their early years in the cultivation of skills of highly structured doctrinal exposition and having been rewarded by early promotion to the highest ranks of legal academia, perhaps it is not surprising if this shapes the intellectual pattern of subsequent careers.⁶³ In turn, this constitutes a highly powerful elite that will then select the next generation.

II. CHARTING PRESENCE (A STATE OF THE ART)

In Part I we argued that socio-legal studies does not have the same contested yet visible presence within the discipline that it does in the Anglo-American academy. We offered an explanation for this relatively limited presence of the socio-legal in France in certain aspects of the intellectual history of law as a discipline in France and the institutional history of law faculties themselves. In this second part, we want to chart the presence of the socio-legal, the way in which, despite these constraints, socio-legal research has managed to construct certain spaces within the academy. If one were to seek to identify a primary moment of presence for socio-legal research within the law faculties, one would have to go back to the 1970s whereas the new trends towards critical and sociological analysis of law are developing outside and beyond them.

1. *Inside the law faculty*

There have been many attempts within the law faculties to draw in insights from other disciplines but generally the tendency has been to look for ways in which those other disciplines can serve the legal, in other word, to provide practical or symbolic support to the legal order. But since the 1970s, one can identify certain currents within law faculties where more critical interventions have developed to challenge the dominant doctrinal discourses.

(a) Interdisciplinary encounters with the mainstream

The first real interdisciplinary encounter within French law faculties in which legal scholarship began to step beyond the doctrinal exposition of rules was in the nineteenth century with the history of law and especially Roman law.⁶⁴ In 1855, the *Revue historique de droit français et étranger*⁶⁵

62 Truchet, op. cit., n. 57; Carbasse, op. cit., n. 53.

63 Gautier, op. cit., n. 56, p. 234.

64 For a review of French legal history, see J.-L. Halpérin, 'Histoire du droit' in *Dictionnaire de la culture juridique*, eds. D. Alland and S. Rials (2003) 783.

65 *La Revue historique de droit français et étranger*, which covers legal and institutional history from ancient to modern times, is still the leading French academic journal on the history of law.

was founded and set ambitious goals for a historical understanding of law which would situate legal phenomena in time and space. By the 1880s and 1890s, the teaching of legal history was becoming general in the law faculties. But paradoxically, as legal history began to gain clearer professional recognition and autonomy, it narrowed its conceptual ambitions.⁶⁶ This is evident in the contents of the *Revue historique de droit français et étranger*: studies of foreign legal principles become increasingly rare and the focus sharpens on exposition of specialized legal techniques from the past and their historical evolution.⁶⁷ Thus, rather than an interdisciplinary challenge which would open up questions of social and political context, legal history became an internal reading of law: lawyers turning to the ancient sources rather than historians turning their broader gaze on the law. Furthermore, French legal history from the first half of the twentieth century began to demonstrate a certain legal nationalism. Textbooks tended to tell a story in which the French state, characterized in terms of key distinctive specificities, emerged through a series of stages (the Frankish period, feudal monarchy, absolute monarchy, the Revolution and its consequences).⁶⁸ The tone was often nostalgic and sometimes reactionary.⁶⁹ The accompanying disconnect with social history produced a story that emphasized, sometimes implausibly, the continuity of legal traditions. Thus, rather than a broad-ranging external challenge to doctrinal orthodoxies, much of the legal history written and studied in law faculties reinforced established ways of doing things.

Although this was not generally a critical legal history that constructed bridges to the other social sciences, certain of its key leading figures during the twentieth century (Henri Lévy-Bruhl, Gabriel Le Bras) did maintain links with sociologists and, over time, legal historians have begun to integrate social, political, and cultural analysis into their research. The development of the prestigious *Ecole des annales* (the Annals School) with its re-thinking of the French historiographical tradition within humanities faculties was important in this. So there is now a stronger interpenetration of general perspectives from the humanities and social sciences in the study of legal history in France (particularly in new areas of research such as the history of labour law).⁷⁰ But there has been no equivalent to the impact of general

66 J.-L. Halpérin, 'L'histoire du droit constitué en discipline: consécration ou repli identitaire?' (2001) 4 *Revue d'histoire des sciences humaines* 9.

67 Soubiran-Paillet, op. cit., n. 28, p. 155.

68 J.-L. Halpérin, 'Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français' *Clio@Thémis* (2012), at <<http://www.cliothemis.com/Est-il-temps-de-deconstruire-les#n1>> 5.

69 Halpérin, op. cit., n. 64, p. 786.

70 F. Audren, 'L'histoire à contre-courant. Discipline et indisciplinisme dans la section d'histoire du droit (1970–1990)' in *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, eds. X. Dupré de Boulois and M. Kaluszynski (2011) 63.

social historians like E.P. Thompson in their challenge within British law schools to thinking about the relations between law and society. Legal history in French law faculties has generally not disturbed the dominant focus of doctrinal scholarship.

Ultimately the same can be said of the relations of sociology to law within the law faculties. In France, a specialized legal branch of general sociology was introduced into teaching and research by certain lawyers and legal historians in the second half of the twentieth century.⁷¹ The key driver was Jean Carbonnier (1908–2003),⁷² widely known both for his famous textbook on civil law (*Manuel de droit civil*) and as the founding figure of legal sociology. Developed in his *Laboratoire de sociologie du droit* at the University of Paris II and through several influential works,⁷³ his legal sociology called for a move away from the exclusive study of legal texts to the observation and explanation of legal practices as social phenomena; he sought to introduce sociological methods and the empirical study of legal actors and practices.⁷⁴ But this was not an attempt to construct a pure science; his aims were instrumental, indeed utilitarian. Conceived as a subdiscipline of law rather than of general sociology, his legal sociology was aimed at lawyers.⁷⁵ While it had scientific functions, its primary *raison d'être* was practical: it was an applied science existing to support and guide those actually involved in the making of law.⁷⁶ Legislation was the primary product in this process.⁷⁷ The legal sociologist existed to inform the legislator as to the application of the law (or the absence of it) and about the practices and aspirations of those using the law. But, while legal sociology could inform and guide the legislator, it could not substitute for the political act that was legislation.

Carbonnier did not just set the terms of this specialized and applied sociology of legislation; he demonstrated its potential application by providing practical assistance to the Ministry of Justice. Thus he was commissioned to conduct major sociological investigations into key issues and drew up many draft Bills of important reforms in family law. His practical impact

71 A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique, Vol. 1: Où va la sociologie du droit?* (1981) 144–53.

72 J.-F. Niort, 'Jean Carbonnier' in *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e–XX^e siècle)*, eds. P. Arabeyre J. Krynen, and J.-L. Halpérin (2008) 161.

73 J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1969/2001) and J. Carbonnier, *Sociologie juridique* (1972/2004).

74 J. Carbonnier, 'La sociologie juridique et son emploi en législation : communication de Jean Carbonnier à l'Académie des sciences morales et politiques. Communications (23 octobre 1967), Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1968, 91–98' (2007) 57 *L'année sociologique* 393.

75 J. Commaille, 'La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier' (2007) 57 *L'année sociologique* 282.

76 Carbonnier, op. cit. (1972/2004), n. 73, p. 257.

77 Carbonnier, op. cit., n. 74.

and his status as a great scholar of civil law gave credibility to his legal sociology in the law faculties. But, nevertheless, there is not really an active current school of thought built around his legacy: his ‘Centre for Legal Sociology’ still exists but research done there now is essentially doctrinal analysis. The idea of a sociology of legislation has not really been picked up and carried on by the modern generation of law professors. But Carbonnier remains a figure of enormous prestige and his achievement in making known and respectable a sociological approach in the law faculties is a considerable one. In part, his influence may reflect the fact that his thinking was not ideologically suspect.⁷⁸ While Carbonnier envisaged that legal sociology might lead to overt critique of legal dogma, that was not its principal function.⁷⁹ On the contrary he saw the new subdiscipline as *ancilla jurisprudentia*, as a support to the legal order,⁸⁰ and he explicitly warned against the excessive glorification of critique.⁸¹ Those who have adopted the critical voice in law faculties have often been marginalized.

(b) Against orthodoxy: critical legal studies ‘à la française’?

The image of French law faculties that we have drawn so far has emphasized their conservatism: an established orthodoxy built around a doctrinal vision of legal scholarship is reinforced by patterns of socialization and recruitment. But at various points alternative theoretical approaches have emerged to challenge the dominant culture. In some cases, the challenge to academic orthodoxy has been overtly political in claiming allegiance to socialist ideas. Ever since the end of the nineteenth century, there have been lawyers who have sought to develop a socialist perspective on law in France.⁸² But these movements outside the law faculty had little influence within it. Only from the 1970s can one begin to identify a group of legal scholars from within the academy beginning to develop a socialist critique of law.

The social and political context of May and June 1968 was critical to this. A series of social movements, strikes, and demonstrations coalesced to become a major cultural, social, and political challenge to traditional authority. For certain key political and professional actors – including a legal profession and judiciary in the processes of unionization – law and justice

78 D. de Béchillon, ‘A propos de la réception de la sociologie de Jean Carbonnier dans les facultés de droit françaises’ (2007) 57 *L’année sociologique* 547.

79 Carbonnier, op. cit. (1972/2004), n. 73, p. 254.

80 J. Foyer, ‘Présentation d’une communication à l’Académie des sciences morales et politiques de Jean Carbonnier “La sociologie juridique et son emploi en législation”’ (2007) 57 *L’année sociologique* 391.

81 Carbonnier, op. cit. (1972/2004), n. 73, p. 254.

82 C.-M. Herrera (ed.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République* (2003); F. Audren, ‘Le droit au service de l’action. Eléments pour une biographie intellectuelle d’Emmanuel Lévy (1871–1944)’ (2004) 56–57 *Droit et Société* 79.

became part of the terrain of political struggle.⁸³ In the midst of this tumult of radical ideas, new practices and disciplinary alliances emerged. Historians and economists began to pay a new and particular interest to the law while, at the same time, certain legal scholars within the academy began to be converted to Marxist ideologies. At first these were isolated individuals but over time they began to organize collectively.

'*Critique du droit*'⁸⁴ was a group formed in 1978 of law professors and lecturers mainly from strongly unionized faculties in the provinces that were openly committed to the political left. Publishing a manifesto, launching a journal and a book series,⁸⁵ the group had both scientific and pedagogical aims, seeking both to develop an alternative understanding of law and to transform teaching practices in order to promote the transition to socialism.⁸⁶ The project was overtly rooted in a Marxist historically materialist approach in which both state and law were seen as a product of class struggle. Claims of the neutrality of law were manifestations of bourgeois idealism and formalism which served merely to reinforce the dominance of the capitalist mode of production.⁸⁷ Yet, the impact of the group on the academic mainstream was much more limited than that of the various radical and critical strands that developed within the Anglo-American legal academy in the 1970s.⁸⁸ After twelve years, the group stopped meeting and publishing and no longer exists as such. But its traces remain in certain pockets of critical practice to be found in the law faculties where orthodox doctrinal assumptions about legal practice are unpicked and challenged. The nature of the critical approaches adopted varies greatly in different places.

The Centre for Critical Legal Research (*Centre de recherches critiques sur le droit* – CERCRID) at the Jean Monnet University in Saint-Etienne explicitly claims a direct line of descent from 'Critique du droit'.⁸⁹ It remains a rare example of a university research centre essentially made up of

83 L. Israël, 'Un droit de gauche? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970' (2009) 73 *Sociétés contemporaines* 47.

84 M. Miaille, 'Critique 1 – Critique du droit' in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, eds. A.-J. Arnaud et al. (1993, 2nd edn.) 131–3; X. Dupré de Boulois and M. Kaluszynski (eds.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours* (2011).

85 The manifesto was published as *Pour une critique du droit* (1978). See, also, M. Miaille, *Une introduction critique au droit* (1976).

86 Miaille, op. cit., n. 84, p. 132.

87 id.

88 In fact the international connections of the movement tended towards continental Europe and South America rather than the United States or the United Kingdom: id., p. 133.

89 The web-page of the Centre has a history of the movement by its former Director, Antoine Jeammaud, 'Critique du Droit' (2011), at <<https://www.univ-st-etienne.fr/fr/cerclid.html>>.

lawyers which seeks to promote an approach that goes beyond the doctrinal. Unlike the sociologist who addresses legal rules and practices from an external perspective without considering the internal logic underpinning them, research at CERCERID aims to take law seriously. But this is done not simply in order to ask questions about the normative coherence of legal doctrine as a body of rules but, rather, to see legal rules as measurable social phenomena and therefore legitimate objects of sociological analysis.⁹⁰ Thus a lot of empirical studies of courts and judicial activity have been conducted (often based on statistical analysis).

A very different kind of critical approach can be observed at the *Centre de Théorie du Droit* which was created in 1978 by Michel Troper. He argued the need for an epistemological break with dominant legal discourses and the construction of a new legal science.⁹¹ Drawing together strands as diverse as Kelsen, legal realism, and the linguistic turn, Michel Troper's theory of law has little in common politically with the socialist critique of law aside from a shared desire to reveal the ideological assumptions of doctrinal analysis.⁹² Although it cannot be said to have created a distinct school of thought, the Centre provides a training in legal theory and has trained a certain number of researchers who carry on its critical project.

There are other important examples of individual legal scholars and research groupings who are trying to go beyond orthodox doctrinal analysis. Sometimes individual,⁹³ sometimes more collective,⁹⁴ this work often receives recognition for its quality and innovation from fellow scholars. But because they run against the grain of established patterns of recruitment, promotion, and thus socialization within the law faculties, these initiatives struggle to leave an enduring institutional effect on the way law is researched and taught. In the end, most of the socio-legal work done in France is now being done outside the law faculties.

90 A.-J. Arnaud, *Le droit trahi par la sociologie. Une pratique de l'histoire* (1998) 30–2. And see the presentation by A. Jeammaud and E. Serverin of CERCERID (1993/1) 25 *Droit et Société* 335.

91 M. Troper, 'L'idéologie juridique' in *Analyse de l'idéologie*, ed. G. Duprat (1980) 221.

92 For example, see his latest book, M. Troper, *Le droit et la nécessité* (2011).

93 In very different ways, one could cite (amongst others) Christian Atias, Jacques Chevallier, Mireille Delmas-Marty or Alain Supiot.

94 See the issue of *Jurisprudence. Revue critique* (2010) 1 on the teaching of law, or the empirical studies of shifts in penal responses by the criminal justice research group based at Nantes University within the Centre for Law and Social Change (*Droit et Changement Social*): J. Danet (ed.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits* (2013); V. Gautron and J.-N. Retière (eds.), *Les recompositions de la justice pénale délictuelle en France* (issue (2014) 88 *Droit et société*).

2. Beyond the law faculty

We have argued that the institutional structure of French universities has not helped the development of socio-legal studies. The national state framework for defining a discipline marginalizes areas of research like socio-legal studies which have no official section within the CNU. The consequence is that socio-legal research takes place as a series of separate appendages to recognized disciplines like economics, political science or sociology for which law is not a central concern. But the effect of this loss of institutionalized academic legitimacy has been mitigated both by the fact that some of the most influential figures in French social science have given a major role to law within their broader social theories and that, partly in consequence, we are witnessing a flourishing of empirical studies of law and legal practices outside the law faculties.

(a) Constructing socio-legal subdisciplines

The structure of disciplines within the social sciences in French universities was transformed during the twentieth century. After the emergence of sociology at the start of the century came the development of political science and economics after the Second World War. Paradoxically, these last two disciplines actually first developed within the law faculties before shifting their focus away from legal contexts as they developed their own institutional autonomy. This shift to other research areas reflected not only the difficulty of making connections with a highly doctrinal legal science but also the perceived need for the new disciplines to establish a distinct identity.

The economic analysis of law provides a remarkable illustration of the tensions. For legal scholars, economic relations are inevitably constituted by the law and so economics is clearly a related area of knowledge. But French lawyers have been quite reluctant to embrace concepts drawn from economics or to develop economic analysis of legal practices. Thus the field known as economic law actually contains little economic analysis of law.⁹⁵ Such an instrumental view of law generally seems within the law faculties to be in tension with the conceptual categorizing at the heart of the civil law tradition.⁹⁶ Thus, the paradox is that the teaching of political economy has taken place within law faculties for 150 years but the economic analysis of law largely takes place within the economics faculties which developed their own institutional autonomy in the 1960s.⁹⁷ Noticeably the

95 G. Fargeat, 'La notion de droit économique' (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 27.

96 For example, see the general tone of the first part of the *Revue de droit Henri Capitant* (2011) entitled 'Civil Law Perspectives on Law and Economics', at: <http://www.henricapitantlawreview.fr/edito_revue.php?lg=en&id=18&lateral=18>.

97 P. Le Merrer, 'L'affirmation de l'économie comme discipline scientifique: une histoire française particulière' (2011) 11 *Tracés. Revue de sciences humaines* 163.

economists working on economic analysis of law have tended to avoid the analysis of French law, perhaps an indication of the difficulty of cooperating with the law faculties.⁹⁸

Political sciences provide another example of the rather distant relationship between law and other disciplines. After some initial developments at the end of the nineteenth century,⁹⁹ French political sciences then re-emerged within the law faculties as a discipline allied to public law. One might have anticipated that the obvious links between politics and law might have led political scientists very quickly to develop socio-legal studies, but until recently this has not been the case. After the Second World War, political scientists emphasized the search for disciplinary autonomy by creating their own research networks, degree programmes, and distinct teaching institutions. The introduction of a separate version of the competitive exam to become a professor (*concours d'agrégation*) for political science in 1971 was a final recognition of this new independence.¹⁰⁰ It remains true that political science continues to be taught within law faculties, but this is now an institutionally separate discipline with its own section of the CNU.

This disciplinary separation has been accompanied by intellectual autonomy in the definition of research questions and methods. It is not just that the particular agenda for investigation is now very different from that of public law (with particular emphasis on studies of political behaviour and affiliation, elections, and political parties). The new discipline uses inductive methods to study scientifically the reality of the exercise of power in a way that is very different from the traditional deductive search for normative coherence that has been the mark of the civil lawyer.¹⁰¹ For some, this represents not just a break with the world of the legal scholar but a negative re-evaluation of the significance of law by political scientists.¹⁰² Thus, the continuing delivery of political science programmes within law faculties has not until recently led to many interventions by political scientists in the domain of law. But things are changing and although disciplinary splits persist, one can observe the emergence of legal questions in political science research particularly in public policy analysis¹⁰³ and the

98 C. Jamin, 'Economie et droit' in Alland and Rials, op. cit., n. 64, p. 580.

99 P. Favre, *Naissances de la science politique en France: 1870–1914* (1989); P. Favre, 'Histoire de la science politique' in *Traité de science politique: 1. La science politique, science sociale, l'ordre politique*, eds. M. Grawitz and J. Leca (1985) 31.

100 M. Milet, 'L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en 1971' (2001) 4 *Revue d'histoire des sciences humaines* 95.

101 J. Chevallier, 'Science du droit et science du politique' in *Droit et politique*, ed. CURAPP (1993) 252.

102 J. Caillosse, 'Droit et politique: vieilles lunes, nouveaux champs' (1994) 26 *Droit et Société* 132.

103 See, especially, the work of Patrick Le Galès and Pierre Lascombes, for example, their book *Sociologie de l'action publique. Domaines et approches* (2012).

development of European Studies.¹⁰⁴ This trend amongst other disciplines to reach out to law is also evident in relation to sociology.

The marked separation of the intellectual world of legal scholars and sociologists that was obvious from the start of the twentieth century made it difficult to construct sociology of law as a subdiscipline.¹⁰⁵ Despite an illustrious precursor in Durkheim, faced with a legislative sociology already entrenched in the law faculties, not many sociologists sought to construct a specialized branch of sociology devoted to law. The well-known exception was Georges Gurvitch, who developed a theory of social orders in his *Eléments de sociologie juridique* in 1940. But despite the range of his work, his lead was not taken up by other lawyers nor sociologists¹⁰⁶ and was even subject to sharp criticism.¹⁰⁷ It is only more recently that social scientists in France have rediscovered the legal dimensions of the social world.

A key starting point was criminal and penal justice. From the 1970s, the Ministry of Justice began to commission research in the sociology of penal institutions. Developments have been constrained by the dominance of a doctrinal approach to criminal law¹⁰⁸ and the difficulties of constructing a criminology that is genuinely interdisciplinary; the national disciplinary structures of French universities make that just as difficult as they have made the construction of socio-legal studies.¹⁰⁹ But the study of social (particularly legal) responses to criminal activity has nevertheless developed in a number of research centres over the last thirty years.¹¹⁰ And in recent years a variety of theoretical approaches have been used to develop sociological interest in law beyond the realm of criminal and penal justice. These developments were mapped in the late 1990s for the *Journal of Law and*

104 See, for example, A. Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe* (2003).

105 M. Garcia Villegas and A. Lejeune, 'La sociologie du droit en France : De deux sociologies à la création d'un projet pluridisciplinaire?' (2011) 66 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.

106 See the special edition of (1986) 4 *Droit et société* on Gurvitch, especially, J.-G. Belley, 'Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique' (p. 353). More recently, see J.-G. Belley, 'Le "droit social" de Gurvitch: trop beau pour être vrai?' (2014) 88 *Droit et société* 731.

107 F. Soubiran-Paillet, 'Juristes et sociologues français d'après-guerre: une rencontre sans lendemain' (2000) 41 *Genèses: Sciences sociales et histoire* 125.

108 J.-L. Halpérin, 'L'originalité de la doctrine pénaliste depuis la codification napoléonienne' (2010) 53 *Archives de philosophie du droit* 26.

109 R. Colson, 'Criminology à la française. French Academic Exceptionalism' (2013) 53 *Brit. J. of Crim.* 588.

110 For example, CESDIP (Centre for Sociological Research on Law and Criminal Justice Institutions, at <<http://www.cesdip.fr>>) has produced high quality criminological research on penal institutions with a team of sociologists, historians, and political scientists but very few lawyers. The journal *Déviance et société* provides a key outlet for criminological work in French.

Society by André-Jean Arnaud and Pierre Noreau¹¹¹ and the story has been brought up to date recently by Liora Israël.¹¹² Certain key figures, notably Jacques Commaille,¹¹³ have been critical over the last 30 years to the creating and sustaining of institutional frameworks for the sociology of law. A central role has been played by the journal *Droit et société*,¹¹⁴ and to a lesser extent *Droit et cultures*, in developing a pluralist dialogue between sociologists, anthropologists, and legal theorists. What we seem to be witnessing is a shift in emphasis from grand theory to empirical research which corresponds to what Anglo-American scholars might categorize as socio-legal research (as contrasted with sociology of law).

(b) From grand theory to fieldwork

The influence of a number of French grand theorists in Anglo-American humanities and social science faculties has been considerable in recent years. But what has been their influence on socio-legal research in France? In terms of influence on social scientists working on law, the impact has been variable. Deleuze, Baudrillard, and Derrida are rarely cited whereas Foucault, Bourdieu, and Latour have had significant influence. Over and above the theoretical markers they have left on the way law is conceptualized, what they have done collectively is contribute to a renewal in interest in the sociological study of law.

Foucault occupies a particular position in that his analysis of power goes well beyond an analysis of the legal order. Though sometimes associated with a rejection or marginalization of law, it is now recognized that his approach is far from an expulsion of law.¹¹⁵ In the study of the disciplinary technologies of modern governmentality, law is recognized, alongside other non-legal techniques as both, on the one hand, shaping the conduct of populations and, on the other, as a resource for action by individual subjects. Although he had no intention of establishing schools of theory or training disciples, Foucault's theoretical perspectives on law have had a marked influence on the development of French socio-legal research. This is because Foucaultian theoretical tools have been picked up creatively by different researchers and used to rethink major areas of law (for example, François

111 P. Noreau and A.-J. Arnaud, 'The Sociology of Law in France: Trends and Paradigms' (1998) 25 *J. of Law and Society* 257.

112 L. Israël, 'Legalise it! The rising place of law in French sociology' (2013) 9 *International J. of Law in Context* 262.

113 See, for example, J. Commaille, *A quoi nous sert le droit?* (2015).

114 P.-Y. Condé, 'Droit et Société, ou le pluralisme d'une revue de théorie et sciences sociales du droit' (2015) 91 *Droit et société* 687.

115 For French commentaries on the relations between Foucault and the law, see M. Alves da Fonseca, *Michel Foucault et le droit* (2014) and B. Mazabraud, 'Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir' (2010) 42 *Cités* 127. For a recent rethinking in English, see B. Golder and P. Fitzpatrick, *Foucault's Law* (2009).

Ewald's work on the welfare state¹¹⁶ or that of Pierre Lascoumes on criminal law¹¹⁷).

Unlike Foucault, who always came at law at something of a tangent through a more general reflection on power, Pierre Bourdieu set out directly to describe the characteristics of a legal order but to do so within the broader framework of his more general sociological concepts. Thus, he developed concepts like 'juridical labour' by applying his major concepts of habitus and social field to reveal the 'symbolic violence' underpinning doctrinal legal analysis.¹¹⁸ By challenging the concept of an autonomous legal science, he paradoxically rekindled the tensions between lawyers and sociologists while at the same time renewing the interest of the latter in the world of the former.¹¹⁹ Adopting his approach, several French researchers have conducted empirical studies of the world of legal practice, both on the French judiciary¹²⁰ and the international market in private legal practice.¹²¹

Bruno Latour completes our triumvirate of major contemporary French social scientists who have sought to engage with legal practice. Better known originally for his work on science and technology studies (STS) and for a series of ethnographies investigating Western ways of constructing truth, he spent many months immersed in the world of the Conseil d'Etat, the final court of appeal in France on matters of administrative law.¹²² More directly a contribution to the sociology of knowledge than of law, nevertheless, the richness of the work has important implications for socio-legal research. Beyond the particular theoretical interest of the argument, the status of its author and the distinctive empirical nature of its investigation are likely to reinforce other tendencies already enhancing sociological interest in law. Here, one can pick out what has been termed the 'juridicisation' of the political¹²³ as well as rapid shifts in the

116 F. Ewald, *L'Etat providence* (1986).

117 P. Lascoume, 'Foucault et les sciences humaines, un rapport de biais: l'exemple de la sociologie du droit' (1993) 26 *Criminologie* 35.

118 P. Bourdieu, 'La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique' (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3, tr. R. Terdiman, 'The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field' (1987) 38 *Hasting Law J.* 814.

119 See, for example, the introduction by Jacques Commaille of a special issue of *Droit et société* (2004) 56–57 devoted to the place of law in the work of Pierre Bourdieu. Also, see *Norme, règle, habitus et droit chez Bourdieu*, special issue (1996) 32 *Droit et société*.

120 See, for example, A. Bancaud, 'Une constance mobile. La haute magistrature' (1989) 76 *Actes de la recherche en sciences sociales* 30; A. Bancaud, *Une exception ordinaire: La Magistrature en France 1930–1950* (2002).

121 See, particularly, the work of Yves Dezalay, at <<http://www.cessp.cnrs.fr/spip.php?rubrique88>>.

122 B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat* (2002), tr. M. Brillman and A. Pottage, *The Making of Law: an ethnography of the Conseil d'Etat* (2009).

123 J. Commaille, L. Dumoulin, and C. Robert (eds.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques* (2000).

nature of legal regulation.¹²⁴ But it is the form of that interest that is particularly striking: empirical studies and ethnographic research seem suddenly to have overtaken the traditional French sociological orientation towards abstract theory. This may be part of a general evolution (or even erosion) of the traditional role and status of the French intellectual.¹²⁵ But this modern shift in the world of the academy has had the positive effect of generating new lines of development in French socio-legal research. Whether this will in the end affect even the classical figure of the Law Professor remains to be seen.¹²⁶

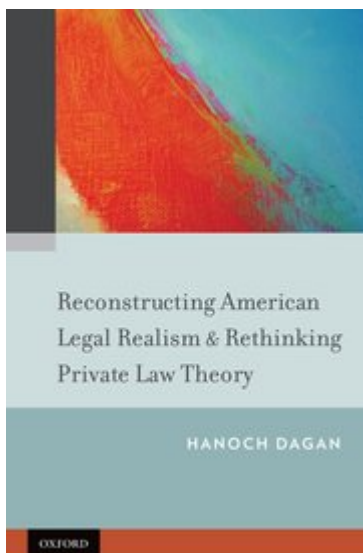
124 Israël, *op. cit.*, n. 112, pp. 269–72.

125 Arnaud, *op. cit.*, n. 90, pp. 49–50. See, generally, S. Hazareesingh, *How the French think* (2015).

126 For an analysis of shifts in French higher education that may lead to change in legal education, see (2013) 83 *Droit et société* 99 and the discussions on the training of lawyers in France in (2015) *Commentaires* (nos. 150, 151, 152).

Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory / Dagan Hanoch

PAR DS · 12/12/2014



Dagan Hanoch, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*, Oxford : Oxford University Press, 2013, 236 p.

Compte rendu par Renaud Colson
(Université de Nantes).

Le volume réunit une série d'articles publiés, depuis le milieu des années 2000, dans divers revues et ouvrages collectifs de droit nord-américain. L'ambition du livre est de ranimer (revive) la tradition théorique du réalisme juridique américain qui a profondément marqué le paysage intellectuel outre-Atlantique, mais dont l'héritage est aujourd'hui malmené. Revendiqué par tous (we are all realists now, p. 4), mais trahi par ceux qui s'en réclament le plus vigoureusement (en particulier le mouvement law and economics et les critical legal studies), ce patrimoine intellectuel en déshérence conserve tout son intérêt pour penser et transformer le droit. C'est du moins le pari de Hanoch Dagan qui se livre à une entreprise de reconstruction du réalisme juridique américain pour la mettre au service d'une compréhension renouvelée du droit privé.

Le premier chapitre, presque un quart du livre, définit « la conception réaliste du droit » (The Realist Conception of Law). C'est en vain que le lecteur cherchera dans ces développements une généalogie intellectuelle du réalisme juridique américain et de ses rejetons contemporains. À la description historique des tours et détours de cette école de pensée, l'ouvrage préfère une reconstruction théorique à travers la relecture charitable de certains de ses auteurs « typiques » (p. 2-3). Sont ainsi revisités les œuvres d'Oliver Wendel Holmes, Benjamin Cardozo, Felix Cohen et Karl Llewellyn, à l'exclusion d'autres figures du

réalisme juridique, tout aussi importantes mais peut-être trop radicales pour supporter l'épreuve de la reconstruction (on pense ici notamment à Jerome Frank dont les thèses subjectivistes ne trouvent pas grâce aux yeux de Hanoch Dagan, p. 25-26). Mobilisant ces ressources choisies, l'auteur réaffirme le credo réaliste : il rappelle l'irréductible indétermination du droit et dénonce la dissimulation des choix normatifs derrière le voile du formalisme juridique (p. 17-24). Il invite à faire le deuil du droit comme science pure portant sur un corpus de règles et de concepts autonomes et suggère de porter le regard sur les pratiques sociales qui garantissent la stabilité de l'ordre juridique. Selon Hanoch Dagan, le droit doit, avant tout, être compris comme un ensemble dynamique d'institutions humaines soumis à une série d'irréductibles tensions entre pouvoir et raison, science et savoir-faire, et tradition et progrès (in the realist conception, law is a going institution – or rather a set of institutions – that embodies three sets of constitutive tensions : between power and reason, science and craft, and tradition and progress, p. 28). C'est dans cet entre-deux, propice à la corruption du droit par les intérêts conservateurs des gardiens du temple juridique, que les réalistes s'efforcent de faire prévaloir un idéal raisonné de justice informé par les données de la science. Le drame de la doctrine américaine contemporaine serait, aux dires de l'auteur, d'avoir renoncé à cette ambition et de s'être abimée dans une lecture fragmentée et unidimensionnelle du phénomène juridique. C'est à la lumière de cette conviction réaliste que doit être lu le plaidoyer de H. Dagan pour un renouveau de la théorie du droit (chapitre 4 : The Character of Legal Theory). Cette discipline dont la spécificité résiderait autant dans son objet – les institutions normatives coercitives (coercive normative institutions) – que dans son projet – la synthèse des multiples discours savants portant sur le droit (synthesizing the other discourses) – est inconfortable puisqu'elle ne peut se concevoir comme science pure. Elle implique un travail de réconciliation entre trois types de discours distincts : l'analyse socio-historique descriptive des institutions, l'évaluation politique des dispositifs normatifs, et la doctrine savante qui contribue à la cohérence interne du droit. C'est à cette difficile réconciliation que Hanoch Dagan s'attache dans la suite de son ouvrage.

Equipé d'une définition du droit suffisamment ouverte pour accueillir faits sociaux et finalités éthiques, et doté d'une grille d'analyse syncrétique l'autorisant à recourir à une grande variété de perspectives, Hanoch Dagan s'invite dans le débat doctrinal américain. Il aborde successivement, dans la seconde partie du livre, une série de questions parmi lesquelles celles de l'autonomie axiologique du droit privé (chapitre 5 : The Limited Autonomy of Private Law) et de sa taxinomie (chapitre 6 : Legal Realism and the Taxonomy of Private Law). Il revisite la distinction, traditionnelle en théorie anglo-américaine, entre recours juridiques et droits subjectifs (chapitre 7 : Remedies and Rights). Enfin, il développe, dans les deux derniers chapitres, une conception pluraliste du droit privé. Contre le monisme méthodologique qui consiste à définir les grandes catégories juridiques (contrat, propriété, responsabilité...) à l'aune d'un principe organisateur unique, Hanoch Dagan suggère une approche plus nuancée, reconnaissant la multiplicité de valeurs animant chacune de ces institutions et recommandant de les approcher dans leurs variations, au plus près du monde vécu, pour pouvoir à la fois les analyser rigoureusement et les faire évoluer vers plus de justice (chapitre 8 : Pluralism and Perfectionism in Private Law), dans le respect de l'état de droit (chapitre 9 : Private Law Pluralism and the Rule of Law).

Hanoch Dagan témoigne, dans sa critique réaliste de la doctrine privatiste, d'une fine connaissance du droit américain, notamment du droit de la propriété. Cette expertise technique lui permet d'articuler brillamment – et cela est suffisamment rare pour être souligné – considérations théoriques abstraites et débats doctrinaux concrets. Le succès de ce dialogue entre des registres de discours qui s'ignorent trop

souvent s'illustre dans la manière dont l'auteur alterne arguments théoriques agrémentés d'exemples doctrinaux d'une part, et raisonnements doctrinaux ancrés dans la théorie du droit d'autre part. Paradoxalement, le succès de l'entreprise amène à s'interroger sur la radicalité de la rupture épistémologique revendiquée par Hanoch Dagan. Dès lors que celui-ci s'émancipe de son activité de description du droit tel qu'il est, pour se livrer à une évaluation des institutions telles qu'elles devraient être (voir spécifiquement p. 47-48), il devient difficile de distinguer son propos de celui de la doctrine la plus classique. Le réalisme promu par Hanoch Dagan ne diffère pas fondamentalement de la dogmatique des nombreux auteurs qui secouent parfois le joug du formalisme juridique pour invoquer l'héritage de la tradition ou les lumières de la science. Faut-il y voir le signe que nous sommes désormais tous réalistes ? Ou doit-on plutôt considérer que Hanoch Dagan nous offre une vision édulcorée du réalisme américain ? Certes, les perspectives doctrinales progressistes que l'auteur dessine lorsqu'il aborde les questions de propriété méritent d'être saluées. Mais force est de constater le conservatisme de sa posture théorique qui – contrairement à celle de certains de ses grands ancêtres réalistes – renonce à pousser trop loin la déconstruction pour mieux célébrer les capacités d'adaptation du common law. Exemple de cette frilosité critique est la manière dont Hanoch Dagan consacre plus de la moitié de ses développements au droit privé per se sans interroger plus avant la pertinence de cette catégorie dont de nombreux auteurs réalistes ont pourtant signalé les limites. La légèreté avec laquelle Hanoch Dagan justifie en une demi page (p. 135) la distinction entre droit public et droit privé apparaît avec d'autant plus d'évidence que l'auteur n'a de cesse, par ailleurs, de nous mettre en garde contre les risques qui caractérisent l'usage acritique de concepts juridiques généraux. Cette faiblesse argumentaire, si elle fragilise la justification de toute une partie de l'ouvrage, n'entame pas l'intérêt de ce livre, riche d'enseignements pour qui s'intéresse à la culture juridique américaine. Elle souligne, en revanche, la difficulté du défi conceptuel que doit relever toute réflexion théorique sur le droit soucieuse d'avoir un impact sur son objet.



Rechercher dans OpenEdition Search

Vous allez être redirigé vers OpenEdition Search

Dans tout OpenEdition

Dans Droit et Société

Compte-rendu de l'ouvrage de J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert, dir., *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques* (LGDJ, 2000), *Sociologie du travail*, 2001, n° 4, 561-562.

Fruit de l'École Thématique du CNRS qui s'est tenue à l'Institut d'Études Politiques de Grenoble en juin 1998, les *Leçons scientifiques* sur *La juridicisation du politique* s'inscrivent dans une vision de la recherche faisant prévaloir la nature du problème à traiter sur le souci de préserver l'intégrité de chacune des sciences sociales susceptibles de l'appréhender (Commaille, p. 247). Propice au désenclavement des savoirs et aux échanges interdisciplinaires, ce positionnement qui se veut résolument subversif (Arnaud, Commaille, p. 9) semble d'emblée pertinent pour rendre compte de l'importance croissante du droit dans la régulation des rapports politiques. Hypothèse de départ du livre, ce mouvement de colonisation juridique relève en effet de plusieurs champs scientifiques et son étude en souffre, victime de cloisonnements disciplinaires peu propices à son approfondissement. Cherchant à dépasser l'obstacle, ce travail collectif vise à offrir, à partir d'un dialogue entre juristes, politologues, historiens et sociologues, de nouveaux éclairages sur les rapports qu'entretiennent droit et politique conçus d'une part comme savoirs constitués et d'autre part comme objets de connaissance.

Dans un premier mouvement destiné à « penser l'articulation juridique/politique », l'ouvrage propose six contributions porteuses d'une interrogation épistémologique sur les « impensés disciplinaires » des différents corpus scientifiques qui modèlent les frontières de cette dichotomie conceptuelle. Insistant sur la surdétermination des savoirs juridique, politique et sociologique par des enjeux de pouvoir extérieurs à la « science pure », Jacques Commaille prône l'adoption d'une posture de « lutte pour une lucidité constamment à retrouver » qu'il illustre par ses travaux de sociologie politique du droit. Jacques Caillousse revient sur le caractère fondateur du droit dans la constitution des sciences du pouvoir et s'interroge sur l'oubli du juridique par les théoriciens des politiques publiques avant d'évoquer les « enrichissements croisés » dont pourraient bénéficier juristes et sociologues. Gilles Pollet et Martine Kaluszynski ouvrent, chacun sous l'angle de sa spécialité (respectivement l'État providence et l'objet pénal), le dossier de la socio-histoire. Selon ces auteurs, celle-ci permet de réinscrire le juridique dans le champ d'une science historique « pluridisciplinaire » sensible aux processus de structuration des interventions publiques et de production normative, et porteuse d'une « politisation » du social. Enfin, Louis Assier-Andrieu tente de situer le positionnement paradoxal - entre « négation et imitation » - de l'anthropologie à l'égard du droit. Selon lui, la science de l'unité de l'homme faute de prendre en compte l'épaisseur historique des institutions juridiques risque d'en importer la dimension prescriptive en proposant un nouveau jusnaturalisme. Dernière étude de cette première partie, l'article de Bastien François en explicite parfaitement l'objet. À travers l'étude de la constitution de la science politique et de son rapport ambigu au travail des juristes savants, l'auteur affirme que la recomposition des savoirs, nécessaire pour mieux appréhender les transformations socio-politiques de la production normative, « ne saurait résider dans le déplacement de frontières disciplinaires mais dans la transformation des impensés disciplinaires en dynamique de recherche ».

Dans un second mouvement qui vise à « expérimenter l'articulation juridique/politique », le livre offre sept contributions attestant de la nécessité d'ouvrir les analyses de l'action politique et de l'intervention publique au processus de construction de la norme juridique. Nonobstant l'hétérogénéité des sujets abordés dans cette deuxième partie, le constat d'irréductibilité de l'enjeu normatif aux jeux stratégiques des acteurs politiques s'y trouve exprimé avec une force particulière. Bruno Jobert prend acte de « nouveaux usages

sociaux de l'arme juridique » et l'explique par le déclin des autorités tutélaires, par l'avènement d'un modèle de bonne gouvernance économique fondé sur un idéal libéral et par « l'actualité » du droit dans les systèmes politiques polycentriques. Plaidant pour une meilleure prise en compte du juridique – distinct des faits et des valeurs - dans l'analyse de la prise de décision politique, Jean-Pierre Gaudin illustre pour sa part cette nécessité en évoquant la centralité du droit dans les « processus d'intéressements » (trouver son intérêt, prendre de l'intérêt) qui conditionnent le déroulement de l'action publique. Selon Philippe Warin, l'étude de la production normative – entre autres en ce qu'elle résulte des échanges argumentés entre destinataires individuels et agents de l'administration – se justifie d'autant plus qu'elle s'est constituée en angle mort de l'analyse des politiques publiques. Analysant finement le processus de délibération précédant la décision collective, Philippe Urfalino interroge, à partir d'une lecture critique de John Elster, le statut sociologique devant être accordé à cette activité profondément ancrée dans le registre du normatif. En amont de cette activité langagière dont surgit la décision politique, Sophie Wahnich identifie des émotions. Analysant quelques discours de la période révolutionnaire (entre juin 1792 et thermidor), elle montre comment à cette époque, le normatif naît d'une articulation entre « l'effraction émotive et sa traduction symbolique dans la production de la loi ». Dans un tout autre domaine, Anne Wyekens montre que le droit est à la fois un instrument (« ressource ») et un objectif (« enjeu ») pour les magistrats impliqués dans la mise en œuvre de la politique judiciaire de la ville. Enfin, Olivier Paye revient, à partir de ses travaux socio-politiques concernant la production législative en Belgique, sur l'intérêt scientifique du juridique tant comme indicateur de processus de décision que comme révélateur de représentations idéologiques.

Si l'on peut regretter l'absence dans la deuxième partie d'une expertise juridique sur les processus d'imprégnation du politique par le droit, il faut néanmoins souligner l'intérêt de cet ouvrage qui réinscrit la question du normatif dans le champ de la science politique et de la sociologie. Ouvrant de nombreuses perspectives de recherche, ce travail collectif pose en outre, en filigrane, la très actuelle question de « savoir ce qui tient à la réalité des changements et ce qui tient aux changements dans la façon d'observer et d'analyser la réalité » (Commaille, p. 245).

Renaud Colson

Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte (1)

**

L'essentiel

Se prononcer *pour* une recherche critique, engagée et ouverte est, à nos yeux, le meilleur atout pour stimuler et épanouir la pensée juridique constructive de demain.

Qu'est-ce que la recherche dans le domaine juridique ? N'existe-t-il qu'une seule conception de la science du droit ? Les débats récents sur le statut d'enseignant-chercheur ont conduit les juristes académiques à s'interroger sur les perspectives et les conditions d'exercice du métier d'universitaire mais aussi, plus spécifiquement, sur l'épanouissement de leurs activités dans le contexte institutionnel et scientifique d'aujourd'hui. Cette démarche inclut à l'évidence les chercheurs en droit *et* sur le droit, et l'ensemble des juristes ayant une réflexion sur leur discipline et leurs pratiques. L'enjeu est de préserver une liberté de pensée et d'initiative à une époque où le combat pour la démocratie est vital.

Les préoccupations des universitaires et chercheurs que nous sommes sont ici similaires à celles des professionnels de la justice et des groupements sociaux conscients de l'importance de mener une lutte juridique contre des tendances autoritaires et ploutocratiques actuelles. Dans ce contexte, il est particulièrement nécessaire de redéfinir ce qu'est la recherche juridique et de rappeler ses exigences, d'interroger nos pratiques d'universitaires, d'enseignants, de chercheurs, de savants.

D'anciennes questions réapparaissent alors : quelles sont les conditions de possibilité d'une science juridique ? La distinction entre droit et science du droit est-elle pertinente ? Est-elle un encombrant fardeau ou un point d'appui pour une émancipation théorique ? A quelles conditions l'activité doctrinale visant à proposer de modifier le droit peut-elle être qualifiée de scientifique ? Peut-on opposer théorie et dogmatique juridique ? Les anciennes oppositions entre les faits et les valeurs, l'être et le devoir-être sont-elles compatibles avec les apports de l'épistémologie contemporaine ? Quelles sont les modalités d'enseignement les plus appropriées pour éveiller l'esprit critique des étudiants ? Quels sont les meilleurs modes d'action institutionnels pour que les juristes français puissent concilier au mieux leurs engagements sociaux et leurs pratiques scientifiques ?

Ces questions appellent des réponses non seulement d'un point de vue théorique, mais encore d'un point de vue institutionnel. Les universitaires et les chercheurs en droit sont évalués *au nom de critères scientifiques* tout au long de leur carrière : pour obtenir un financement au cours ou à l'issue de leur thèse, pour être recrutés sur un poste selon des voies de concours diversifiées, pour se voir attribuer des promotions et des primes, pour bénéficier des moyens matériels et institutionnels nécessaires à la mise en place de programmes relatifs à la formation, à la recherche et aux échanges internationaux.

Le paradoxe est que les membres des entités nationales ou locales d'évaluation (Conseil national des universités, jurys d'agrégations du supérieur, comités de sélection des universités) ne sont pas toujours explicites sur ce qui a une valeur scientifique. Dans certains cas, des travaux sont jugés insuffisants sans motif précis. Dans d'autres cas, ils sont écartés au motif qu'ils ne seraient pas purement scientifiques, ce qui pose problème dès lors qu'il existe une pluralité de conceptions de la science du droit. Il en résulte une impression de vide : les lieux de pouvoir et de décision sont occupés et remplissent leur office, mais le souci de formuler de manière explicite les fondements de la science juridique paraît un exercice hautement périlleux, voire vain. De quoi sans doute alimenter replis nostalgiques pour les uns et lamentations idéologiques pour les autres.

Si l'évaluation ne repose pas sur des critères explicites, il est à craindre qu'elle intervienne selon des logiques qui ne disent pas leur nom. Elle est alors loin d'être sans dangers. Exercée par la puissance publique ou des organismes privés de financement de la recherche, elle s'apparente à une opération de contrôle par laquelle peuvent s'exercer une censure ou, du moins, de lourdes pressions. La liberté académique est ici en cause. Loin d'être un refuge d'universitaires qui voudraient se soustraire à toute évaluation, elle est le principe à partir duquel les conceptions de la science peuvent s'épanouir. Dans cette perspective, il nous semble urgent d'affirmer une conception de la recherche scientifique en droit non hégémonique, rigoureuse, féconde et protectrice des libertés.

Trois valeurs sont à même de résumer cette conception, de donner sens à notre métier et de perpétuer la science juridique dans le contexte qui est le sien aujourd'hui : l'engagement, l'esprit critique, et l'ouverture.

Engagement social et scientifique

A toutes les époques, des juristes ont mis leur intelligence et leur savoir au service d'idéaux. Cette posture apparaît à la fois utile et fructueuse. Il est nécessaire que les juristes comprennent et expliquent les débats sociaux contemporains et qu'ils puissent s'y impliquer.

Les idéaux sont à l'évidence divers : justice sociale pour les uns, ordre et stabilité pour les autres... Les mauvaises langues diront, certes, que les juristes servent plus souvent le pouvoir en place qu'ils ne contribuent à limiter son emprise. Il est vrai que la tentation d'une servilité à l'égard des pouvoirs publics ou privés n'est pas nouvelle. De tous temps, les pouvoirs ont d'ailleurs cherché à asservir le droit et les juristes à leur profit.

Mais il n'y a pas de fatalité à cela. La plus noble tradition est, à nos yeux, celle de l'engagement des juristes pour combattre, par le droit et la pensée juridique, l'exercice autoritaire ou abusif du pouvoir. L'indépendance, garantie par le statut d'enseignant et de chercheur, a pour finalité l'exercice d'une autonomie assumée à l'égard des pouvoirs institutionnels ou financiers.

Cet engagement du juriste dans la société va de pair avec une implication scientifique.

Tous les moyens ne sont pas bons pour servir une cause. Dans leurs travaux scientifiques ou savants, les juristes doivent respecter certaines exigences : exposer de manière explicite leurs sources et objectifs ; ne pas déformer à dessein les opinions d'autrui ; argumenter de manière précise et rigoureuse à partir du droit positif et de leurs connaissances.

Le souci d'un Weber ou d'un Kelsen de séparer la sphère scientifique de celle du politique s'expliquait par la crainte de l'embrigadement des chercheurs. La légitimité de cette inquiétude demeure. Toutefois, comme tout chercheur, le juriste ne peut entièrement se dédoubler, sauf à s'enfermer dans un profond malaise, voire des incohérences. Qui ne voit qu'un physicien contribuant à la mise au point de nouvelles armes le matin ne peut être tout à fait cohérent en prônant le désarmement le soir ? En effet, le juriste incapable de s'interroger sur la valeur politique ou éthique d'un énoncé juridique soumet sa pensée à l'auteur de la norme. Il prend alors le risque de ne plus être qu'une courroie de transmission, aveugle, du pouvoir.

Esprit critique

Les liens entre l'esprit critique et la démarche scientifique sont anciens et féconds. A tel point que la revendication d'une posture dogmatique apparaît pour la plupart des chercheurs comme un repoussoir, ou du moins une affirmation suspecte.

Le travail du juriste comprend la description des règles de droit. Il est possible de décrire sans dogmatisme. Cela fait partie de l'activité de tout juriste. Son travail peut aussi le conduire à mettre en lumière les mécanismes qui déterminent la fabrication, le contenu et la mise en oeuvre du droit ; à dévoiler les causes et les conséquences de différentes interprétations et leur conformité respective aux engagements pris par les auteurs de la règle et/ou aux principes fondamentaux du droit et de la démocratie.

S'il n'appartient pas au juriste de choisir les normes à la place du peuple, il lui revient d'éclairer l'opinion des citoyens sur les avantages ou les inconvénients de telle ou telle norme au regard de leurs objectifs. Lorsqu'il observe des normes potentiellement dangereuses, il doit être en mesure de se comporter en « lanceur d'alerte ».

Ainsi, le fait que le juriste se prononce dans certains cas *de lege ferenda* n'est pas contraire à son activité scientifique. Un chimiste qui écrit un article sur la dangerosité de tel produit chimique et recommande de possibles alternatives à son usage ne perd pas, de ce fait, sa qualité de scientifique. C'est d'ailleurs en tant que scientifique qu'il propose ces modifications. Il en va de même d'un juriste exerçant son esprit critique dans le cadre de ses activités de recherche.

L'esprit critique doit aussi être considéré comme une vertu cardinale dans l'enseignement. Il n'est pas un « plus » qui viendrait s'ajouter, pour les meilleurs étudiants, à la récitation docile du droit positif ou à des analyses formelles de son contenu. L'enseignement du droit doit être compris comme une formation juridique à l'esprit critique. Cela suppose de ne pas ajouter à la connaissance du droit positif une sorte d'autorité morale. L'enseignement du droit doit montrer, exemples à l'appui, que les énoncés peuvent être soumis à la critique juridique.

A cette fin, il convient de mesurer les écarts entre le droit et les pratiques, mais aussi de doter les étudiants de capacités argumentatives pro et contra, afin de leur permettre d'élaborer des argumentations juridiques, à partir des convictions qu'ils ne manqueront pas de se forger. Il s'agit aussi de développer l'imagination juridique des étudiants, de leur donner à voir d'autres manières possibles de faire et penser le droit, de leur donner les moyens de concevoir d'autres règles, d'autres institutions, d'autres théories juridiques. Les aptitudes professionnelles d'un étudiant reposent sur la précision et la pertinence de ses raisonnements juridiques, sur sa capacité à trouver des solutions inédites aux problèmes qui lui sont posés, sur sa lucidité à l'égard des conséquences de ses affirmations. Tels sont les objectifs que doit poursuivre une formation juridique à visée professionnelle.

Chercher à transformer l'étudiant en encyclopédie d'énoncés juridiques est la source d'un appauvrissement intellectuel grave. C'est aussi une formation qui éloigne l'étudiant des nécessités de son futur métier - quel qu'il soit - et de la compréhension de l'environnement dans lequel il l'exercera.

Du reste, le raisonnement juridique est constamment mêlé d'arguments et d'analyses tirés d'autres savoirs. Etudier l'ensemble des ressources argumentatives et s'ouvrir aux droits étrangers est indispensable à la formation des juristes.

Ouverture théorique

L'ouverture théorique se comprend d'abord comme la pleine reconnaissance de la diversité des conceptions de la recherche juridique. Il suffit de consulter des thèses, ouvrages et articles pour prendre la mesure de cette variété. Les approches peuvent être historiques, comparatives, analytiques, empiriques, philosophiques, économiques. Ces différentes perspectives, plus ou moins affirmées selon les travaux, sont complémentaires ; elles sont au demeurant souvent présentes simultanément au sein d'une même contribution. Cette diversité est constitutive de la richesse des sciences juridiques.

Pour la maintenir, il faut lutter contre un double péril menant à l'intolérance. L'un consiste à replier la recherche juridique sur l'exposé des solutions positives en discréditant tout ce qui « ne serait pas du droit », c'est-à-dire tout ce qui ne pourrait (ou ne devrait ?) être utilisé par le législateur, le juge ou l'avocat dans le cadre d'une argumentation doctrinale. L'autre réside dans la prétention à détenir les critères de la science du droit en dévalorisant les autres travaux comme étant « non scientifique ».

Le parcours des grands juristes et théoriciens du droit illustre leur aptitude à penser sur plusieurs fronts en conjuguant les réalités concrètes du droit positif avec la réflexion théorique la plus approfondie. La recherche juridique gagne toujours à s'ouvrir aux réflexions théoriques et méthodologiques des autres sciences. Une recherche n'est pas moins juridique parce qu'elle prend appui sur l'histoire, la

philosophie morale et politique, la sociologie, la linguistique, la psychologie, l'anthropologie, l'épistémologie, la science politique ou administrative... Ceci étant, la théorie juridique est d'autant plus pertinente qu'elle est étayée par une connaissance précise du fonctionnement du droit et de ses techniques. S'il existe une diversité des genres au sein des recherches juridiques, il ne devrait pas exister *a priori* de hiérarchie entre eux.

Quand bien même chacun aurait sa préférence pour une conception de la science du droit, il faut tolérer l'existence des autres et leur rendre justice dans un contexte académique. Cette pluralité des conceptions de la science et des façons de produire un discours scientifique n'est pas un obstacle, c'est une richesse.

Le contexte scientifique international favorise d'ailleurs l'éclosion de cette diversité.

Plus encore, pour ne prendre que l'exemple britannique, les approches traditionnelles rivées sur le texte (*black letter tradition*) sont, pour prétendre à la scientificité, utilement complétées par d'autres, plus ouvertes à l'inscription du droit dans la société (*law in context*). Sur le plan académique, les Etats-Unis sont devenus aussi une culture juridique attractive par le foisonnement des approches nées dans l'immédiat après-guerre (*legal realism, critical legal studies, law and economics, law and gender, law and literature*) dans la dynamique de l'épanouissement des sciences sociales.

Se prononcer pour une recherche critique, engagée et ouverte est, à nos yeux, le meilleur atout pour stimuler et épanouir la pensée juridique constructive de demain.

Mots clés :

ENSEIGNEMENT * Enseignement supérieur * Droit * Recherche juridique

(1) Ce texte a été corédigé par Mathias Audit, *Université de Paris Ouest Nanterre la Défense* ; Pierre Brunet, *Université de Paris Ouest Nanterre la Défense* ; Nicolas Cayrol, *Université de Paris VIII* ; Renaud Colson, *Université de Nantes* ; Horacio Corti, *Universidad de Buenos Aires* ; Véronique Champeil-Desplats, *Université de Paris Ouest Nanterre la Défense* ; Marie-Anne Cohendet, *Université de Paris I* ; Jean Danet, *Université de Nantes* ; Emmanuel Dockès, *Université de Paris Ouest Nanterre la Défense* ; Rafael Encinas de Munagorri, *Université de Nantes* ; Nathalie Ferré, *Université de Paris XIII* ; Stewart Field, *Cardiff Law School* ; Lauréline Fontaine, *Université de Caen* ; Bastien François, *Université de Paris I* ; Virginie Gautron, *Université de Nantes* ; Gilles Gugliemi, *Université de Paris II* ; Jean-Louis Halpérin, *Ecole normale supérieure* ; Charley Hannoun, *Université de Cergy-Pontoise* ; Stéphanie Hennette-Vauchez, *Université Paris-Est Créteil Val de Marne* ; David Hiez, *Université de Luxembourg* ; Liora Israël, *Ecole des hautes études en sciences sociales* ; Emmanuelle Jouannet, *Université de Paris I* ; Olivier Leclerc, *Université de Paris Ouest Nanterre la Défense* ; Jean-Pierre Marguénaud, *Université de Limoges* ; Eric Millard, *Université de Paris Ouest Nanterre la Défense* ; Adalberto Perulli, *Università Ca'Foscari Venice* ; Laurence Ravillon, *Université de Bourgogne* ; Diane Roman, *Université de Tours* ; Hélène Ruiz-Fabri, *Université de Paris I* ; Serge Slama, *Université d'Evry-Val-d'Essonne* ; Jean-Marc Sorel, *Université de Paris I*.

ANNEXE

Programme des colloques et des séminaires organisés

ANNEXE

Programme des colloques et des séminaires organisés

Colloque public à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes

État général des savoirs sur la prohibition des substances psychoactives

Jeudi 10 avril 2003, de 14 h à 18 h 30, entrée libre

Amphi A - Fac de droit - Chemin de la Censive du Tertre - tramway ligne 2 - arrêt Petit Port / Facultés

Si l'on s'en tient au cadre législatif, la politique française en matière d'usage de drogues interdites relève d'un souci d'éradication pure et simple. La loi du 31 décembre 1970 qui fait du consommateur un délinquant et un malade a vu tour à tour chacun de ces pôles mis en valeur mais à aucun moment la sortie de cette dialectique n'a été envisagée par les pouvoirs publics. La multiplication des rapports officiels interrogeant la pertinence des politiques de lutte contre la toxicomanie et la mise en place progressive d'un programme de " réduction des risques " pousse néanmoins à s'interroger sur le bien fondé de la logique prohibitionniste telle qu'elle s'exprime en droit français. Pour approfondir ce questionnement on se propose d'ouvrir un espace de discussion permettant à des acteurs aux prises avec cette réalité institutionnelle de venir débattre de leurs savoirs avec des chercheurs spécialistes de ce sujet.

14 h 00 - Première table ronde : savoirs théoriques et disciplines, modérateur **Serge Karsenty** (sociologue, CNRS - Nantes, membre du collège scientifique de l'Observatoire français des drogues et toxicomanies)

- **Francis Caballero**, professeur de droit à l'Université de Nanterre (Paris X)
- **Igor Charras**, historien, secrétaire général du Groupe d'étude et de recherche sur les normativités
- **Michel Kokoreff**, maître de conférence en sociologie à l'Université de Lille 1
- **Sylvaine Poret**, économiste, École Nationale de la Statistique et de l'Administration Economique

16 h 00 - Pause caféine

16 h 15 - Deuxième table ronde : savoirs pratiques et stratégies, modérateur **Jean Danet** (Maître de conférence à la Faculté de droit de Nantes, ancien président du Syndicat des avocats de France)

- **Anne Coppel**, présidente de l'Association française pour la réduction des risques liés à l'usage de drogues
- **Jean-Pierre Galland**, ancien président du Collectif d'information et de recherche cannabique
- **Etienne Matter**, représentant de l'Association d'auto-support des usagers de drogues
- **Jean-Luc Venisse**, médecin toxicologue, professeur au service hospitalo-universitaire de psychiatrie et de psychologie médicale, Centre hospitalier et universitaire de Nantes
- **André-Michel Ventre**, Secrétaire général du Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale

Témoin : **Didier Jayle**, président de la Mission interministérielle de lutte contre la drogue et les toxicomanies



LES DROGUES ET LE DROIT 1970-2010, L'IMPASSE



Le quarantième anniversaire de la loi du 31 décembre 1970 « relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses » n'a donné lieu à aucune célébration. Ce texte traduit, en droit français, un régime d'interdiction des drogues établi par la communauté internationale il y a un siècle et décliné depuis, de manière plus ou moins rigoureuse, dans tous les Etats. Critiquée par de nombreux intervenants en toxicomanie, cette politique est également dénoncée par une partie de la société civile. Malgré les moyens colossaux investis dans la « guerre à la drogue », la prohibition n'est parvenue à endiguer ni la demande, ni l'offre de produits stupéfiants. Elle est par ailleurs contestée à raison des risques sanitaires qu'elle induit, et de la violence et de la corruption qu'elle génère. Alors qu'une mobilisation citoyenne internationale de grande ampleur est attendue lors de la journée mondiale du cannabis du 7 mai 2011, le laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 3128) vous invite à une conférence-débat dont l'objet est de s'interroger sur les perspectives d'évolution de la législation sur les stupéfiants ouvertes par ce mouvement social. Cette manifestation scientifique sera suivie d'un pique-nique sur les pelouses de la Faculté de droit et des sciences politiques.

INTERVENANTS

FRANCIS CABALLERO

avocat au barreau de Paris, agrégé des Facultés de droit, auteur notamment de *Droit de la drogue*, 2e éd., Dalloz, 2000.

RENAUD COLSON

maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, chercheur au laboratoire Droit et Changement Social – UMR CNRS 3128, auteur de *La prohibition des drogues. Regards croisés sur un interdit juridique*, Presses Universitaires de Rennes, 2005.

RAFAEL ENCINAS DE MUNAGORRI

professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, chercheur au laboratoire Droit et Changement Social – UMR CNRS 3128, auteur de *Introduction générale au droit*, 3e éd., Flammarion, 2011.

SERGE KARSENTY

chercheur honoraire, membre associé au laboratoire Droit et Changement Social - UMR CNRS 3128, ex-membre du Collège scientifique de l'Observatoire français des drogues et toxicomanies.

PEJMAN POURZAND

ATER au Collège de France attaché à la Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit, auteur de *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue. Etude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, LGDJ, 2008.

DOMINIQUE RAIMBOURG

député, ancien avocat au barreau de Nantes.



European
University
Institute

ACADEMY
OF EUROPEAN
LAW

DEPARTMENT
OF LAW

With the support of

JOURNAL OF
LAW AND SOCIETY



EU CRIMINAL LAW MEETS LEGAL DIVERSITY TOWARDS A SOCIO-LEGAL APPROACH TO EU CRIMINAL POLICY

Workshop

Coordinator: Renaud Colson (EUI/University of Nantes)

Organizational Committee: Loïc Azoulay (EUI), Renaud Colson (EUI/University of Nantes), Stewart Field (Cardiff University)

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

6-7 June 2013

SALA CAPPELLA, VILLA SCHIFANOIA
VIA BOCCACCIO 121, 50133 FLORENCE, ITALY

Conference secretariat: tel. +39-055-4685 275 / fax: +39-055-4685 200

Academic contact: Renaud.Colson@eui.eu

Once exclusively subject to the authority of the sovereign state, deliberately excluded from the oversight of the European community, criminal justice has become an area of developing interest to the European Union. The legal corpus founding the EU's Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) has steadily expanded and progress will probably gather momentum now that the Treaty of Lisbon has come into force. Providing an explicit legal basis for the adoption of criminal policy at the European level, the new Treaty by and large aligns the legislative procedure in criminal matters with the standard legislative procedure (Art 82-2 TFEU). It also adopts the principle of mutual recognition of judicial decisions throughout the Union (Art 67-3 TFEU), thus facilitating both harmonization of national criminal procedure and mutual judicial and policing co-operation.

According to article 67-1 (TFEU), the Union "shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for (...) the different legal systems and traditions of the Member States." Article 82-2 (TFEU) adds that the rules of criminal procedure that may be established by the EU should "take into account the differences between the legal traditions and systems of the Member States." However, it is unclear how this verbal recognition of cultural diversity among Member States' legal systems can translate into a guiding principle of EU criminal policy, distinct from the general requirement of subsidiarity and the respect of human rights.

Not much academic attention has been paid to this question. Most research by EU lawyers into criminal law has focused on the principled description of the rapidly changing legal landscape and reflections on the limits that should be imposed on supra-national interventions. Comparative criminologists and socio-legal scholars examining legal transplants and other consequences of globalization in criminal justice are only just beginning to focus on the reciprocal influences between EU law and the diverse legal traditions of Member States.

Each of these academic tribes has much to learn from the other. Comparative research on criminal justice sheds light on the nature of cultural differences in the criminal process in Europe and can therefore explore its implications for the construction of a common Area of Freedom, Security and Justice. On the other hand, scholarship on EU law is in a position to analyse how, if at all, questions of cultural difference between Member States are being constructed, addressed and (possibly) resolved in the development of EU criminal law (for example, in the negotiation of directives and protocols).

"Cross-pollination" between studies of comparative criminal justice and EU criminal law scholarship has not yet developed. But connections between these two separate fields of legal knowledge seem inevitable now that new directives are emerging from the Stockholm Programme. In the light of these developments, which provide a set of test cases of the issues raised by EU criminal policy, the workshop will attempt to promote a dialogue between scholars from diverse disciplinary backgrounds to reflect critically on notions of procedural tradition and legal culture. Sessions will be devoted to (i) the building of a distinct legal culture through EU criminal policy, (ii) the (non)recognition of Member states' legal cultures in the framing and implementation of EU criminal law (top-down perspective), (iii) the (legal and cultural) reception of EU law in national criminal justice systems (bottom-up perspective).

PROGRAMME

6 June 2013, morning and afternoon

08:45

Reception and Opening

- M. Cremona | President of the European University Institute: *Welcome Address*
- R. Colson: *Presentation of the Conference*

09:00 – 11:00

Session I – The Building of a Distinct Legal Culture through EU Criminal Policy (1 – General Perspective)

- S. Field: *Cultural Rubbing Points in Criminal Procedure and a 'Coming Together' in Europe.*
- V. Mitsilegas: *The Development of a Distinct Legal Culture in Europe's AFSJ: The Role of Autonomous Concepts.*
- T. Elholm: *The Symbolic Purpose of Criminal Law in an EU Context.*
- A. Weyembergh: *Is there an EU Criminal Policy?*

11:00 – 11:15 - *Coffee break*

11:15 – 13:15

Session II – The Building of a Distinct Legal Culture through EU Criminal Policy (2 – Case Studies)

- E. Herlin-Karnell: *Balancing Mechanisms in a Multi-Speed AFSJ.*
- J. Jackson: *Cultural Barriers on the Road Providing Suspects with Access to Lawyer.*
- E. Jaeger: *Impact of the Effectiveness Principle on Domestic Criminal Law: The Perspective of EU Migration Law.*
- D. Chilstein: *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests as Expression of a Distinct Legal Culture?*

13:15 – 14:45 – *Lunch*

14:45 – 16:45

Session III – The (Non)Recognition of Member States' Legal Culture in the Framing and Implementation of EU Criminal Law (Top-Down Perspective)

- L. Bachmaier Winter: *EAW and trials in absentia: EU Standards of Human Rights Protection and Domestic Procedural Safeguards in the Melloni Case.*
- H. Satzger: *The Future European Public Prosecutor. Is it Possible to Reach a Fair Compromise between European Necessity and National Resistance on the Basis of a "Model of Complementarity"?*
- J. Öberg: *Legal Diversity, Subsidiarity and the Case for Harmonization of EU Criminal Law.*
- S. Manacorda: *Does Criminal Law have a Special Status in the EU Legal Order?*

7 June 2013, morning

09:30 – 11:30

Session IV – The (Legal and Cultural) Reception of EU Law in National Criminal Justice Systems (Bottom-Up Perspective)

- M. Wade: *Cultures of Discretion and Challenges for any EU Criminal Justice System?*
- E. Baker: *Crimes, Remedies & Videotape: An Unhappy Encounter with EU Law?*
- C. Brants: *The Limits of Harmonisation: Examples from the Netherlands.*
- D. Nelken: *EU Harmonisation and the Italian Debate on Prosecutors' Independence.*

11:30 – 11:45 - *Coffee break*

11:45 – 12:45

Session V – Concluding Discussion and Thoughts about Next Steps

12:45 – 14:00 - *Lunch*

SPEAKERS

- **Estella Baker** | De Montfort University, Leicester (United Kingdom)
- **Lorena Bachmaier Winter** | Universidad Complutense de Madrid (Spain)
- **Chrisje Brants** | Universiteit Utrecht (Netherlands)
- **David Chilstein** | Panthéon Sorbonne – Paris 1 (France)
- **Renaud Colson** | European University Institute (Italy), Université de Nantes (France)
- **Marise Cremona** | European University Institute (Italy)
- **Thomas Elholm** | Syddansk Universitet (Denmark)
- **Stewart Field** | Cardiff University (United Kingdom)
- **Ester Herlin-Karnell** | Vrije Universiteit Amsterdam (Netherlands)
- **John Jackson** | The University of Nottingham (United Kingdom)
- **Edwina Jaeger** | European University Institute (Italy)
- **Stefano Manacorda** | Collège de France, Seconda Università di Napoli (Italy)
- **Valsamis Mitsilegas** | Queen Mary University of London (United Kingdom)
- **David Nelken** | Università degli studi di Macerata (Italy), Oxford University (United Kingdom)
- **Jacob Öberg** | European University Institute (Italy)
- **Helmut Satzger** | Ludwig-Maximilians Universität München (Germany)
- **Marianne Wade** | University of Birmingham (United Kingdom)
- **Anne Weyembergh** | Université Libre de Bruxelles (Belgium)

INFORMATION & REGISTRATION

Conference secretariat: Annick Bulckaen

Email: Annick.Bulckaen@eui.eu

Tel. +39-055-4685 275 / fax: +39-055-4685 200

Academic contact: Renaud Colson

Email: Renaud.Colson@eui.eu



With the support of the
 **OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS**
Global Drug Policy program



DRUG CONTROL POLICY: THE EUROPEAN PERSPECTIVE

International Symposium

Academic Coordinator: Renaud Colson, EUI / University of Nantes

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

17-18 June 2013

Villa La Fonte
Via delle Fontanelle, 10
I-50014 San Domenico di Fiesole, Firenze, ITALIA

The drug control regime established by the international community has not succeeded in curbing either the demand for, or the offer of, narcotics. Despite its meager success, support for repealing drug-prohibition laws remains scarce. Expertise casting doubt on the efficacy of current policies is often overshadowed by impassioned political discourses, and the criminalisation of drug use has discredited any attempt to voice the concern of drug users. Nonetheless, a gradual policy convergence in Europe reveals the emergence of a model favouring public-health strategies over a strictly penal approach to combating drugs.

Moreover, growing trans-national support for legalisation indicates the persistence of an alternative paradigm for drug policy. The impetus for drug policy changes originates from several *loci*: grassroots movements growing ever more trans-national, NGO networks, private foundations and academic research centres among others. These actors develop various strategies to challenge global prohibition ranging from awareness-raising campaigns to cause lawyering, and the proposal of blueprints for drug regulation. As such, they contribute alternative policy directions.

It is unclear, though, to what extent this announces a shift in the way the international community deals with the problem of illicit drugs. Local institutional experiences of drug decriminalisation remain controversial in Europe, and civil society initiatives promoting policy changes in this direction have failed to gather momentum. The symposium will assess these alternative discourses in the light of international drug policy. In order to do so, the meeting will revisit the architecture of the global drug control regime in a European perspective, map out the trans-national actors promoting policy changes in Europe, and evaluate their credibility and impact on European and international institutions.

INFORMATION & REGISTRATION

Attendance to the symposium is free of charge but pre-registration is required to Annick.Bulckaen@eui.eu

Conference secretariat: Annick Bulckaen, Annick.Bulckaen@eui.eu, +39-055-4685 275

Academic contact: Renaud Colson, Renaud.Colson@eui.eu

PROGRAMME

17 June 2013, morning and afternoon

09:00

Reception and Opening

Hans-Wolfgang Micklitz | Head of the Law Department, European University Institute

Welcome speech

Renaud Colson | European University Institute / University of Nantes

Presentation of the Conference

09:30 – 11:00

I – General Framework of International Drug Control

Pino Arlacchi | Former Director-General of the UN Office at Vienna; Former Executive Director of the UN Office for Drug Control and Crime Prevention; MEP; University of Sassari

An Insider's Perspective on the UN Drug Control Strategy

Nancie Prud'homme | University of Essex

Articulation and Tension between the Drug Control Regime and International Human Rights

Christine Guillain | Université Saint-Louis - Bruxelles

The United Nations International Drug Control Treaties: Legal or Political Obstacle to Decriminalization?

Coffee break

11:15 – 12:45

II – Implementation of Drug Control Policies in Europe

Esther Wahlen | European University Institute

Drug Control Policy in Eastern Europe

Franz Trautmann | Trimbos Instituut

Converging and Diverging Trends in European Drug Policies

Laura d'Arrigo | Diplomatic adviser to the chair of the Pompidou Group, Council of Europe (TBC)

European Cooperation and Drug Control Policy

Lunch (speakers only)

14:15 – 15:45

III – Current Trends in European Union Drug Policy

Caroline Chatwin | University of Kent

Drug Policy and European Harmonization

Martin Elvins | University of Dundee

Politics of Expertise and EU Drug Policy

Paola Tardioli-Schiavo | Deputy Head of Anti-Drugs Policy Unit, DG Justice, European Commission

EU Drugs Strategy (2013-2020)

Coffee break

16:00 – 17:30

IV – Social Actors in Drug Policy Reform

Aileen O'Gorman | University College Dublin

Drug Policy Advocacy Organisations in Europe

Kasia Malinowska-Sempruch | Global Drug Policy Program, Open Society Foundations

Agents of Change in Drug Policy: The International Movement for Reform

Ethan Nadelmann | Executive Director of the Drug Policy Alliance (by Skype)

Guiding Drug Law Reform in the USA

Grazia Zuffa | Forum Droghe

The Role of NGOs in Drug Policy Making (The Case of Italy)

18 June 2013, morning

09:30 – 11:00

V – What Models for European Drug Policy?

Ruth Dreifuss | Former President of Switzerland, Former Head of the Federal Department of Home Affairs, Member of the Global Commission on Drug Policy

The Swiss Experience: Some Lessons Learned

Alex Stevens | University of Kent

Towards Progressive Decriminalisation?

Frank Zobel | European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction

Drug Policy Developments in Europe and the International Drug Control System

11:15 – 12:45

VI – The Case of Cannabis

Tom Decorte | Ghent University

On Cannabis Social Clubs

Mario Lap | DrugText Foundation

The Dutch Model

Peter Reuter | University of Maryland

Moving Beyond Stalemate

Lunch (speakers only)

PARTICIPANTS

- **Laurent Appel**, Freelance Journalist; Member of ASUD (Association d'auto-support des usagers de drogues), France
- **Pino Arlacchi**, Former Director-General of the UN Office in Vienna; former Executive Director of the UN Office for Drug Control and Crime Prevention; Member of the European Parliament; Professor, University of Sassari, Italy
- **Laura d'Arrigo**, Diplomatic adviser to the chair of the Pompidou Group, Council of Europe, France (TBC)
- **Caroline Chatwin**, Senior Lecturer, University of Kent, UK
- **Renaud Colson**, Associate Professor, University of Nantes, France ; Marie Curie Fellow, EUI, Italy
- **Tom Decorte**, Professor, Ghent University, Belgium
- **Ruth Dreifuss**, Former President of Switzerland, Former Head of the Federal Department of Home Affairs, Member of the Global Commission on Drug Policy, Switzerland
- **Martin Elvins**, Lecturer, University of Dundee, UK
- **Christine Guillain**, Professor, Université Saint-Louis - Bruxelles, Belgium
- **Mario Lapp**, DrugText Foundation, France
- **Kasia Malinowska-Sempruch**, Director of the Global Drug Policy Program, Open Society Foundations, Poland
- **Gary T. Marx**, Professor Emeritus, Massachusetts Institute of Technology (MIT), USA
- **Therese Murphy**, Professor, The University of Nottingham, UK
- **Ethan Nadelmann**, Executive Director of the Drug Policy Alliance, NY, USA (by Skype)
- **Aileen O'Gorman**, Research Fellow, School of Applied Social Science, University College Dublin, Ireland
- **Nancie Prud'homme**, Projects Director, International Center on Human Rights and Drug Policy, University of Essex, UK
- **Peter Reuter**, Professor, University of Maryland, USA
- **Alex Stevens**, Professor, University of Kent, UK
- **Paola Tardioli-Schiavo**, Deputy Head of Anti-Drugs Policy Unit, DG Justice, European Commission, Belgium
- **Franz Trautmann**, Head Unit International Affairs, Trimbos Instituut / Netherlands Institute of Mental Health and Addiction, Netherlands
- **Esther Wahlen**, Phd Researcher, EUI, Italy
- **Frank Zobel**, Head of Policy Unit, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, Portugal
- **Grazia Zuffa**, Forum Droghe, Italy

Le petit séminaire critique

organisé par Renaud Colson (DCS, UMR 6297)

Séminaire hebdomadaire ouvert à tous, de septembre 2015 à février 2016, chaque jeudi de 13:00 à 14:00, salle 220 de l'UFR de droit et des sciences politiques de l'université de Nantes.

Intervention initiale limitée à 20 minutes ouvrant sur une discussion de 40 minutes. Nourriture, boisson et autres stimulants intellectuels autorisés dans le respect de la réglementation en vigueur. Photos et enregistrements strictement interdits. Echanges soumis à la règle de Chatham House.

Programme 2015/2016

Jeudi 17 septembre - Gilles Dumont

- **La démocratie est-elle dépassée ?**
- Autour de G. Dumont, « Démocratie : vers la fin du privilège ? », *Catholica*, n° 122, 2014.

Jeudi 24 septembre - Carine Bernault

- **Faut-il se débarrasser de l'Hadopi ?**
- Autour de la quadrature du net : <http://www.laquadrature.net/fr/HADOPI>

Jeudi 1^{er} octobre - Renan Le Mestre

- **Le port d'une arme est-il un droit fondamental ?**
- Autour de R. Le Mestre, « *From the netherworld to a realm of normal constitutional law : La transformation jurisprudentielle du droit garanti par le deuxième amendement à la constitution des Etats-Unis de détenir et de porter une arme* », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, n°39 (2014-1), pp. 359-388.

Jeudi 8 octobre - Hélène Péroz

- **Que fait l'institution judiciaire ?**

Jeudi 15 octobre - Goulven Boudic

- **Michel Foucault, fossoyeur de la social-démocratie ?**
- Autour de « Michel Foucault et la social-démocratie : retour sur un rendez-vous manqué » (*working paper*).

Vendredi 23 octobre - Valérie Boré-Eveno

- **Coke en stock : faut-il généraliser la compétence universelle ?**
- Autour de V. Boré-Eveno, « Le cadre juridique international de la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants » (*working paper*).

Jeudi 5 novembre - Serge Karsenty

- **Comment résister à l'assaut du lobby alcoolier sur le Code de la santé publique ?**
- Autour de quelques articles du Code de la santé publique et de quelques amendements parlementaires sur la loi Touraine et sur la loi Macron.

Jeudi 12 novembre – Sylvie Grunvald

- **La défense culturelle doit-elle s'appliquer au crime d'excision ?**
- Autour de S. Grunvald, « La répression des mutilations sexuelles féminines : une mise à distance de principe de la diversité culturelle. Brèves remarques à propos de l'avis de la CNCDH du 28 novembre 2013 », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, pp. 79-88.

Jeudi 19 novembre - Franck Héas

- **La santé peut-elle sauver le droit du travail ?**
- Autour de F. Héas, « De la sécurité à la santé, Les évolutions de la prévention au travail », *Semaine sociale Lamy*, Supplément au n°1655, 2014.

Jeudi 26 novembre - Valérie Pironon

- **Faut-il redouter le règlement des litiges entre Etats et opérateurs privés par voie d'arbitrage ?**
- Autour d'un extrait de l'accord franco-colombien de protection des investissements, en cours de ratification devant le parlement français.

Jeudi 3 décembre - Clémence Ledoux

- **A qui profitent les niches socio-fiscales à destination de l'emploi domestique ?**
- Autour de C. Ledoux, « Dépenses fiscales et allègements de cotisations sociales pour les emplois domestiques : des instruments aveugles aux inégalités? », *Revue Française de Socio-Economie*, 2015, n°15, pp. 261-281.

Jeudi 10 décembre – Derek Wilson

- **Could Scotland be independent?**
- Autour de quelques articles publiés sur le *Scottish Constitutional Futures Forum*.

Lundi 11 janvier - Jean-Christophe Barbato

- **Guillaume Dustan, la CEDH, le fist fucking et Nabilla Benattia. Éléments pour une éthique libérale !**
- Autour de G. Dustan, « Là, je me suis souvenu que je suis aussi juriste », extrait de *Nicolas Pages, J'ai lu*, 2003, pp. 286-291.

Exceptionnellement, cette séance se tiendra de 13 h 30 à 14 h 30.

Jeudi 14 janvier - Virginie Gautron

- **Le stage est-il une punition ?**
- Autour de V. Gautron, P. Raphalen, « Les stages : une nouvelle forme de pénalité? », *Déviance et Société*, 2013, vol. 37/1, pp. 27-50.

Exceptionnellement, cette séance se tiendra salle 228 de l'UFR droit et sciences politiques.

Jeudi 21 janvier - Renaud Epstein

- **Politiques urbaines : Pourquoi les villes font-elles du couper/coller ?**
- Autour de R. Epstein, G. Pinson et V. Béal, « Uploading/Downloading : l'Etat, les villes et les circulations des modèles de politique urbaine » (*working paper*).

Jeudi 28 janvier - Isabelle Després

- **Comment former les avocat(e)s de demain ?**
- Autour des rapports du Conseil national des barreaux sur la réforme de l'accès et de la formation initiale dans les écoles d'avocats.

Jeudi 4 février – Frédéric Martin

- **Concurrence des normes et régulation politique : quelle place pour le droit dans les nouvelles gouvernances ?**
- Autour de F. Martin, « De l'irréductibilité des normes à leur dispositif dans la modernité » (*working paper*) et B. Frydman, « Le pouvoir normatif des agences de notation », in B. Colmant, E. de Callatay [et al.], *Les Agences de notation financière. Entre marchés et États*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 173-183.

Jeudi 25 Février - Renaud Colson

- **Can the decline of French law faculties be stopped?**
- Autour de R. Colson, S. Field, « The strange non-birth of French socio-legal studies », *Journal of Law & Society* (forthcoming in 2016).

La séance de clôture du séminaire se tiendra dans les locaux de l'Institut d'Etude Avancée de l'université Jawaharlal Nehru, à New Delhi : <http://www.jnu.ac.in/JNIAS/>

Le petit séminaire critique

organisé par Renaud Colson, Diana Ruiz Murillo et Kawtar Touijer

Séminaire hebdomadaire ouvert à tous, chaque jeudi de 12:30 à 13:30, salle 220 de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'université de Nantes. Intervention initiale limitée à 20 minutes ouvrant sur une discussion de 40 minutes. Nourriture, boisson et autres stimulants intellectuels autorisés dans le respect de la réglementation en vigueur. Photos et enregistrements strictement interdits. Echanges soumis à la règle de Chatham House.

Programme 2017

Jeudi 14 septembre – Antoinette Hasting-Marchadier

- **La Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes est-elle gouvernable ?**

Jeudi 21 septembre – Jean-Pierre Le Crom

- **Comment recrute-t-on les chercheurs en sciences sociales au CNRS ?**
- Autour de la pétition « Concours CNRS 2017 : la sociologie déclassée, l'autonomie scientifique remise en cause ».

Jeudi 28 septembre – Arnaud Leclerc

- **Qu'est-ce que la démocratie ?**
- Autour de A. Leclerc, « Du mot au concept. La démocratie comme intellectualisation de la dispute sociale », in B. Bruneteau et G. Châton (dir.), *L'aventure démocratique*, PUR, 2017.

Jeudi 5 octobre – Chantal Enguehard

- **Le vote électronique est-il démocratique ?**
- Autour de C. Enguehard, « Vote par internet : failles techniques et recul démocratique », *Jus Politicum*, n° 2 <<http://juspoliticum.com/article/Vote-par-internet-failles-techniques-et-recul-democratique-74.html>>

Mercredi 11 octobre – Mujibur Rehman (Jamia Millia Central University, New Delhi)

- **What are the consequences of the rise of the BJP in Indian politics ?**

Cette séance se tiendra exceptionnellement mercredi, de 14 h à 15 h, salle 339 de la Fac de droit.

Jeudi 12 octobre – Rudy Laher

- **Une réforme de la procédure peut-elle transformer la culture judiciaire ?**
- Autour des nouvelles dispositions du Code de procédure civile québécois sur les procédures civiles d'exécution.

Jeudi 19 octobre – Diana Ruiz Murillo

- **Le droit des marchés publics permet-il de lutter contre la corruption ?**
- Autour du rapport d'Anticor, *Lutter contre la corruption et la fraude dans les marchés publics*, 2015 <<http://www.anticor.org/2015/09/10/marches-publics-alerte-a-la-corruption/>>

Jeudi 26 octobre – Jean-Baptiste Schwart

- **Peut-on se marier avec son beau-père ou sa belle-mère ?**
- Autour de B. et L. c. Royaume-Uni (req. n° 36536/02, CEDH, 2005), Cass. civ. 1^e, 4 déc. 2013, et Cass. civ. 1^e, 8 déc. 2016.

Jeudi 16 novembre – Paul-Anthelme Adèle

- **Faut-il avoir peur de son numéro de sécurité sociale ?**
- Autour de P.-A. Adèle, « The social security number: A small device underpinning big systems », *International Social Security Review*, Vol. 70(1), 2017, 3–17.

Jeudi 23 novembre – Carole Billet

- **Le Brexit permet-il d'envisager la fin des régimes dérogatoires dans l'UE ?**
- Autour de C. Billet, « Opt-out, Opt-in, Opt-back, Exit: les configurations multiples de l'échanges de données dans l'ELSJ », in C. Chevallier Govers (dir.), *L'échange des données dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, éd. Mare et Martin, 2017.

Jeudi 30 novembre – Marine Friant-Perrot

- **Comment doit-on réglementer la publicité alimentaire ?**
- Autour de M. Friant-Perrot, A. Garde, A. Chansay, « Regulating Food Marketing: France as a Disappointing Example », *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 8(2), 2017, 311-326.

Jeudi 7 décembre – Grégoire Bigot

- **Le droit public est-il passible d'une lecture psychanalytique ?**
- Autour de G. Bigot, « Une généalogie de l'Etat ? Notes brèves sur le *Trésor historique de l'Etat en France* au miroir de l'anthropologie dogmatique. » (à paraître dans la *Revue d'histoire des facultés de droit*).

Jeudi 14 décembre – Odile Delfour

- **La haute mer peut-elle être protégée par le droit ?**
- Autour de O. Delfour, « Effectiveness of international environmental law towards the conservation of marine protected areas beyond national jurisdiction » (*working paper*).

Le petit séminaire critique

organisé par Renaud Colson et Sophie Garnier, Droit & Changement Social - UMR CNRS 6297

Séminaire public hebdomadaire, de novembre 2019 à mai 2020, le mardi de 12:30 à 13:30, salle 220 de l'UFR de droit et des sciences politiques de l'université de Nantes.

Intervention initiale de 20 minutes suivie d'une discussion de 40 minutes. Nourriture, boisson et autres stimulants intellectuels autorisés dans le respect du droit. Photos et enregistrements strictement interdits. Echanges soumis à la règle de Chatham House.

Programme 2019/2020

Mardi 5 novembre – Dominique Gaurier

- Comment traduire les 50 livres du Digeste de l'empereur Justinien ?

Mardi 12 novembre – Abdel Halim Boudoukha

- L'exposition vicariante chronique des magistrats à des situations traumatiques est-elle un facteur de dysrégulation émotionnelle ?

Mardi 19 novembre – François Lamarre

- Que contenaient les futurs statuts du pôle 'Sociétés' de Nantes Université ?

Mardi 26 novembre – Emilie Dubourg

- Comment les services pénitentiaires prennent-ils en charge les délinquants ?

Mardi 3 décembre – Mehmet Tuncel

- Que se passe-t-il dans les universités turques ?

Mardi 10 décembre – Caroline Devaux

- Qui écrit le droit du commerce international ?

Mardi 17 décembre – Gaëtan Cliquennois

- La justice européenne des droits de l'homme est-elle privatisable ?

Mardi 14 janvier – Didier Acier

- Quand faut-il prescrire du LSD ?

Mardi 21 janvier – Denis Moreau

- Comment peut-on être catholique ?

Mardi 28 janvier – Araceli Turmo

- La critique spinelliste de la construction communautaire est-elle pertinente ?

Mardi 4 février – Marie Charvet et Gildas Loirand

- Qu'est-il arrivé à Marie Charvet et à Gildas Loirand ?

Mardi 11 février – Blanche Lormeteau

- Quel est l'avenir des contentieux climatiques en France ?

Mardi 18 février – Lauren Blatière

- La Cour de justice de l'Union Européenne protège-t-elle l'Etat de droit ?

Mardi 3 mars – Jean-Jacques Tatoux

- Les sociétés de transport aérien sont-elles responsables ?

Mardi 10 mars – Clémence Ledoux et Sophie Garnier

- Comment faire payer aux personnes âgées leur séjour en EHPAD ?

Mardi 17 mars – Adrien Moreau

- Les grades universitaires sont-ils une marchandise comme les autres ?

Mardi 24 mars – Marie Baudel

- L'Organisation mondiale de la Santé doit-elle revoir sa définition de la santé mentale ?

Mardi 31 mars – Gaëlle Audrain

- Le vague à l'âme des jeunes chercheurs est-il légitime ?

Mardi 7 avril – Paul Véron

- Faut-il s'acharner sur le cas de Vincent Lambert ?

Mardi 28 avril – Marine Friant-Perrot

- Le Nutri-Score sert-il la santé alimentaire ?

Mardi 5 mai – Audrey Lebois

- Est-ce à Google de financer la presse ?

Mardi 12 mai - Renaud Colson

- La science du droit peut-elle contribuer à l'étude de l'effondrement ?

Le petit séminaire critique

organisé par Renaud Colson, Droit & Changement Social - UMR CNRS 6297, Université de Nantes

Séminaire public hebdomadaire, de novembre 2020 à avril 2021, le jeudi de 12:30 à 13:30.
Intervention initiale de 20 minutes. Captation interdite. Echanges soumis à la règle de Chatham House.
En période de confinement, la rencontre est organisée à distance, via la plateforme Zoom.
Lien : <https://univ-nantes-fr.zoom.us/j/82228984050> / ID de réunion : 822 2898 4050
Hors confinement, le séminaire se tient salle 220 de l'UFR droit et sciences politiques de Nantes.

Programme 2020/2021

12 novembre – Muriel Rouyer

- Peut-on prendre la diversité au sérieux dans l'éducation publique ?

19 novembre – Khalid Mouna

- Comment apprend-on le Coran dans le Rif occidental du Maroc ?

26 novembre – Camila Villard Duran

- Le Fonds monétaire international mène-t-il une politique du genre ?

3 décembre – Alhoussemi Diabaté

- La propriété collective a-t-elle sa place dans le droit foncier des pays d'Afrique de l'Ouest ?

Jeudi 10 décembre – Margo Bernelin

- Quelles sont les implications juridiques du web sémantique ?

Jeudi 17 décembre – Vincent Colin

- La topologie donne-t-elle accès à l'esprit des lieux ?

Jeudi 14 janvier – Caroline Devaux

- Qui écrit le droit du commerce international ?

Jeudi 21 janvier – Camila Perruso

- Comment les peuples autochtones participent-ils à la production du droit de l'environnement ?

Jeudi 28 janvier – Augustin Emame

- Peut-on tout dire dans une struggle song ?

Jeudi 4 février – Thérèse Carvalho

- Quel rôle a joué la physio-cratie dans la naissance des droits de l'homme ?

Jeudi 11 février – Rafael Munagorri et Clémence Ledoux

- Le travail domestique réalisé au sein du foyer devrait-il être toujours rémunéré ?

Jeudi 18 février – Eve Meuret-Campfort et Marie Cartier

- Peut-on envisager le travail domestique rémunéré sans misérabilisme ?

11 mars – Audrey Lebois

- Est-ce à Google de financer la presse ?

18 mars – Nicolas Hutten

- La délimitation du domaine public maritime peut-elle se fonder sur le droit naturel ?

24 mars – Marie Baudel

- L'Organisation mondiale de la Santé doit-elle revoir sa définition de la santé mentale ?

1^{er} avril – Frédéric Allaire

- L'Etat doit-il tout prévoir ?

8 avril – Paul Véron

- Quelle est la position du droit dans les controverses entourant l'autisme ?

15 avril – Fanny Garcia

- Un père transgenre ou transsexuel peut-il être une mère ?

Le petit séminaire critique

Organisé par Renaud Colson (DCS) et Olivier Leclerc (CTAD)

Porté par le laboratoire Droit & Changement Social (UMR 6297) et le Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074), le Petit Séminaire Critique (PSC) est un lieu virtuel destiné à promouvoir des échanges scientifiques interdisciplinaires dans un cadre détendu mais néanmoins distingué. Chaque séminaire, qui donne lieu à la circulation préalable d'un document (publication universitaire, working paper, ou toute autre source digne d'intérêt...), dure une heure. La rencontre s'ouvre par un exposé d'une durée de 20 minutes, suivi d'une discussion de 40 minutes menée dans un esprit de controverse bienveillant. Ouvertes à toute personne intéressée, les séances ont lieu exclusivement en distanciel.

La saison 2022 du Petit séminaire critique est intitulée « le droit à l'épreuve du social ». Partant du constat que les méthodes de recherche pratiquées dans les facultés de droit demeurent largement aveugles à la réalité sociale, ce cycle de rencontres portera sur des travaux qui tentent d'établir un pont entre l'étude des institutions et celle du monde vécu. S'y côtoieront des séances portant sur des problématiques épistémologiques et des études de cas avec la double intention de valoriser les recherches socio-juridiques et de favoriser la socialisation des chercheurs en droit autour de nouvelles questions.

Programme 2021/2022

Le droit à l'épreuve du social

8 avril 2022 - Diana Villegas, maîtresse de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'université Panthéon Assas : La mafia est-elle un ordre juridique ?

6 mai 2022 - Emilie Cloatre, professeure de droit à l'université du Kent : La construction juridique des médecines alternatives gagne-t-elle à être pensée à l'aune des STS ?

20 mai 2022 - Vincent-Arnaud Chappe, chargé de recherche au CNRS et membre du Centre d'étude des mouvements sociaux : La lutte contre les discriminations au travail est-elle une gouvernance par les nombres ?

3 juin 2022 - Jean-Louis Halpérin, professeur d'histoire du droit à l'Ecole Normale Supérieure et directeur du Centre de théorie et analyse du droit (CTAD) : Peut-on cartographier le droit ?

1^{er} juillet 2022 - Nathalie Ferré, professeure de droit à l'université Sorbonne Paris Nord, membre de l'Institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux (IRIS) et ancienne présidente du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) : Faut-il séparer activité scientifique et engagement associatif en droit des étrangers ?

13 juillet - Peter Arnds, professeur de littérature comparée à Trinity College Dublin, traducteur et romancier : How does literature impact on biocultural diversity ?