

L'immatériel et la répression

Georges VERMELLE

Professeur à l'Université de Tours

RÉSUMÉ. — Le terme « immatériel » laisse traditionnellement indifférente la répression. Le droit pénal considère fondamentalement l'infraction sous l'angle de son élément matériel. Toutefois, les activités partiellement dématérialisées, surtout si elles se développent dans l'ordre international, sont de nature à poser à ce droit de nouvelles questions. Tel est le cas des réseaux modernes de communication, notamment d'Internet. De ce point de vue, repenser le droit pénal n'est peut-être pas nécessaire. Mais penser à la manière de remplir la mission à laquelle il n'était pas préparé paraît inéluctable.

Le thème provoque la réflexion. L'immatériel et la répression se sont rencontrés à la manière d'un filet de pêche et d'un volatile mutant. Si le filet représente la répression, le volatile rappelle l'immatériel. Ce dernier était oiseau, au-dessus du filet. Il est devenu poisson, mais volant, sautant au-dessus du filet. Il se transformera peut-être en oiseau nageant ? Faudra-t-il alors revoir les mailles du filet ? Ou le filet lui-même ?

La métaphore est une présentation pénale du sujet. Une présentation passée, présente et à venir. Hier (pour ne pas dire avant-hier), version biséculaire : l'immatériel survolait la répression. Aujourd'hui : l'immatériel nargue la répression. Demain : l'immatériel transfigurera-t-il la répression ?

Mais de quel immatériel s'agit-il ? Nous traitons de répression, donc d'infraction. D'emblée, l'immatériel se pose, par rapport aux caractéristiques de l'infraction, comme un ailleurs. On souligne, on respecte, on vénère l'élément matériel de l'infraction. À première vue, l'immatériel c'est de l'extra-infractionnel, presque de l'anti-répression.

Encore faut-il qu'il s'agisse d'immatériel pur : la pensée, les songes, l'opinion, les convictions, les sentiments... Immatériel parce qu'exclusivement psychologique, totalement intellectuel, uniquement moral.

Autre chose est la situation simplement dématérialisée, partiellement immatérielle, c'est-à-dire matérialisée à un point ou à un autre. Dans ce cas, l'obstacle au jeu de la répression peut être franchi. L'ordre pénal ne renonce pas à s'emparer de l'immatériel dès lors que la situation dont il n'est qu'un élément connaît, par ailleurs, une manifestation matérielle quelconque : parole, écrit, image, geste, signe... C'est de l'immatériel diversement matérialisé.

C'est bien de cet immatériel relatif dont il est question avec les réseaux électroniques : une activité techniquement dématérialisée. Les réseaux, le réseau, le réseau des réseaux. L'Internet, notamment, principalement. Internet qui donne à cette réflexion sa plus grande portée. Comment traiter, en effet, de la répression et de l'immatériel, avec comme point d'aboutissement la question de savoir s'il faut repenser le droit (pénal), sans consacrer la plus grande partie de son propos aux réseaux de communication, et particulièrement au plus troublant d'entre eux ?

Il faut le souligner d'emblée. L'invention est extraordinaire. Saturé ou non (mais pour combien de temps ?), promis à un grand destin ou objet d'une vogue passagère, subsistant comme Internet ou concurrencé par Intranet, le réseau est une technique merveilleuse, presque magique.

Tout a été dit : encyclopédie mondiale, bibliothèque universelle, communication planétaire, marché international, forum terrestre, les mots ne manquent pas. Un miracle pour tous. Une aubaine pour certains : les marginaux, les déviants, les délinquants, les petits, les grands et les autres. Le monde, hélas, de la répression. On peut être rassurant. Le phénomène est marginal. Mais, néanmoins, pourquoi les malfaiteurs se gêneraient-ils ?

Ce qui peut faire le plus beau peut produire le très laid. L'individu le plus mal inspiré y trouve même des garanties inespérées : l'anonymat, l'immobilité, le public, les victimes et, quelquefois, l'absence de traces. Les vertus de l'électron n'ont pas de propriétaire. La répression, elle-même, ne s'y trompe pas puisqu'elle met en place le bracelet électronique...

Mais quand même. Ces opérations télématiques, ces réseaux d'information ne prennent vie, corps pourrait-on dire, que dans le matériel. Du matériel qui coûte d'ailleurs plus ou moins cher.

La particularité de la situation vient de ce que c'est au moyen de ce matériel qu'un message est transmis. L'immatérialité est là. Elle est entre deux points matérialisés à l'ancienne. On émet et on reçoit avec des outils.

Dans cette vue, il s'agit d'un immatériel très relatif, et la répression a vocation à s'y appliquer. Sauf à dire que cet immatériel n'est pas que cela. Il est aussi, et surtout, mondialisé, globalisé. Le Minitel, à côté, apparaît comme un sémaphore. Il y a de quoi, alors, désarçonner la répression.

Faut-il, pour autant, que la répression ne s'occupe pas de cet immatériel ? Mais comment ? Tels seront les deux axes de cette intervention. Comment l'immatériel peut surprendre la répression (I). Comment la répression peut s'occuper de l'immatériel (II).

I. — COMMENT L'IMMATÉRIEL PEUT SURPRENDRE LA RÉPRESSION

La répression a ses repères. Cet immatériel peut les contourner (A). La répression a sa vision. Cet immatériel peut la brouiller (B).

A. — *Contourner ses repères ?*

La répression connaît deux repères généralement sûrs qui permettent d'appréhender un désordre. Celui-ci est saisi dans sa consistance et par son rattachement.

1. Sa consistance se résume dans la matérialité du fait.

Bien entendu, une situation partiellement dématérialisée peut tomber sous le coup de la répression. Il en va ainsi parce que telle est la volonté de la loi : l'énergie électrique peut être frauduleusement soustraite, le recel est établi par simple entremise et l'omission de porter secours résulte du défaut d'attitude matérielle d'assistance. Dans d'autres hypothèses, les limites de l'infraction sont tracées par le juge : dans l'escroquerie, la remise peut être effectuée par imputation, l'abus de confiance n'exclut pas la détention scripturale et l'on a cherché à faire juger qu'une information pourrait être soustraite ou recelée indépendamment de son support. La répression ne baisse donc pas les bras devant l'incorporel. Et si les dispositions générales ne suffisent pas, certaines manipulations sont pénalisées, au coup par coup, lorsque les besoins s'en font sentir. On crée un délit d'initié, on légifère sur la fraude informatique, on peut multiplier les infractions contre la propriété intellectuelle. La partie incorporelle d'une situation peut donc ne pas échapper à l'incrimination.

Au total, l'immatériel n'est pas absent du monde de l'illicite. Il peut être variablement présent dans les opérations traquées par la norme pénale.

2. Le rattachement du désordre, de son côté, est géographique et personnel.

L'infraction a été commise en tel(s) lieu(x) où elle est localisée. Elle est reprochée à telle(s) personnes(s) à qui elle est imputable.

a. La localisation de l'infraction fait, bien entendu, intervenir le territoire. La loi pénale française s'applique naturellement aux infractions commises, totalement ou partiellement, sur le territoire de la République. Elle peut aussi, de sa propre autorité ou en vertu d'une convention, s'étendre à des faits commis hors de ses frontières. Il s'agit, en particulier, des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, des cas où l'auteur, ou la victime, a la nationalité française, et cela par le jeu d'un système de compétence personnelle, réelle ou universelle.

b. De son côté, l'imputation de l'activité à une personne peut être élaborée. L'infraction doit être imputée à son auteur. Mais une autre personne identifiée peut, plus ou moins exceptionnellement, être inquiétée à raison de son intervention, subjective ou objective, dans la situation. Le procureur est punissable et il existe des règles spéciales de responsabilité en matière de presse. Et puis, s'il faut citer, de ce point de vue, une consécration irremplaçable de l'immatériel, comment ne pas souligner la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales ? De ce point de vue d'ailleurs, le besoin de repenser le droit pénal ne s'est pas fait sentir. L'innovation était en germe depuis des dizaines d'années. Il a suffi d'inventer un article général et de mettre en œuvre un principe de spécialité.

De la sorte, les repères de la répression peuvent être dilatés. Le droit pénal peut s'accommoder d'une modification de chacun de ces trois points. La matérialité ? On peut punir la publicité subliminale ou légiférer sur les sectes et, peut-être, imaginer, à cet égard, un délit de conditionnement excessif de la pensée d'autrui. Localisation ? On sait réprimer la pédophilie d'un Français en Thaïlande ou s'emparer des auteurs d'un complot, ourdi contre la France, par des Tchétchènes en Albanie. Imputation ? L'infraction de stationnement interdit peut être reprochée au titulaire du certificat d'immatriculation de l'automobile et la provocation à la discrimination raciale au Parti des Ordres Nouveaux.

C'est lorsque ces trois repères sont contournés simultanément que la répression vacille. Tel peut être le cas avec une multiliasion électronique et transfrontières, et, en cela, marquée d'immatériel. La situation est largement dématérialisée, imparfaitement localisée et difficilement imputable. Il en faudrait moins pour brouiller la vision de la répression.

B. — *Brouiller sa vision ?*

Jamais, dans l'histoire, la répression n'a été exposée à un tel trouble. C'est vrai de sa cible à son domaine en passant par son rôle et ses sujets.

1. La cible de la répression, c'est l'infraction.

Cette dernière prend les traits de son mode de commission. L'infraction n'est pas aisément détectable. Elle peut n'être matérialisée que par les instruments de transmission du message. Elle est éphémère. Elle peut ne pas laisser de trace. Elle est plurilocalisée, multilocalisée, internationalisée. Avec ces traits nouveaux, l'infraction est en mutation.

2. Le rôle de la répression, c'est la mise en œuvre de la punition des auteurs de désordres par des autorités légitimes. La répression étatique peut ainsi subir une concurrence.

Tel est le cas lorsque le réseau est mis au service de la constatation et du recensement de certains types d'infractions, de l'identification de leurs auteurs et du regroupement des victimes : création d'un site « Violation des règles d'urbanisme à Bécon-les-Bruyères », « Agressions sexuelles dans le Loir et Cher » ou « Victimes des agents d'affaires en matière de cession de fonds de commerce dans la région PACA ». Documents, témoignages, attestations, preuves, dénonciations, vrais ou faux, sincères ou fantaisistes, peuvent s'accumuler. Cette confluence peut s'avérer plus efficace qu'une enquête préliminaire ou plus riche qu'un dossier d'instruction. Une cyberpolice, mais privée. Ni auxiliaire, ni adversaire de l'officielle. Une rivale possible. Il n'est certainement pas à craindre une nouvelle apparition d'un Parquet au petit pied. Tout juste des vocations de shérifs à l'étoile numérique. Le réseau permettrait un retour inattendu de la justice privée ou, encore plus gravement, mais au mauvais sens du terme, populaire.

Concurrence aussi, lorsque tel procès retentissant, médiatique, devient multimédiatique. Le soir même de l'audience, un public mondial peut vivre, grâce au script de la journée et à des acteurs prêtant leur voix aux protagonistes du procès, la totalité des débats en léger différé. Hypertrophie, excroissance, surdimension possible du principe de publicité de la justice. Les portes peuvent s'ouvrir d'une cyberjustice débouchant sur une

cybersentence doublant la décision des autorités qualifiées : sondage portant sur le point de savoir s'il faut ou non exécuter une condamnée à mort au Texas. Le réseau peut défier ou tromper (même au sens d'infidélité) la répression. Le lynchage est réel, même s'il est virtuel.

3. Les sujets de la répression se reconnaissent et se distinguent en auteurs et victimes.

Mais les catégories peuvent ne plus être claires. Ce n'est pas surprenant dans un système d'interactivité. Un message illicite est transmis, reçu, complété, retourné, retransmis. Le réseau banalise et multilatéralise le phénomène de diffusion.

De même, tout progrès, toute nouveauté, toute interdiction d'entrer provoque une curiosité, une tentation. La conscience de commettre une infraction ou de la tenter est diffuse. Qui résisterait au plaisir de pénétrer impunément dans les services du Pentagone, du Kremlin ou de la Banque de France, en demeurant anonyme, chez soi, avec un ordinateur, un modem et un Minitel ? La criminalité devient un jeu. Elle confine au rêve. Elle deviendrait presque belle.

Tout comme la condition de la victime. Elle peut ne plus être, cette victime, celle qui subit le dommage, mais celle qui le recherche. Du moins qui brave l'interdit, pour le plaisir d'entrer dans le mystère. Elle peut devenir ainsi auteur sans l'avoir vraiment voulu. Parce qu'elle a imprimé un document illicite et qu'elle devient coupable par détention. Parce que le réseau permet d'enfreindre les normes pour voir, pour rire, pour rien.

C'est un peu pour ces raisons que l'auteur d'une atteinte dans l'ordre informatique, loin d'être réprouvé, peut être encensé. Le pirate est, sans désespérer, institué vigile puisque la sécurité ne peut être, en désespoir de cause, assurée que par la connaissance et la pratique des techniques d'intrusions. L'expérience de l'illicite fait du pirate un champion de l'inviolabilité.

4. Le domaine de la répression, enfin, est surprenant. Les infractions susceptibles d'être commises par la voie des réseaux sont extraordinairement variées.

Il faut citer, bien entendu, les infractions contre les systèmes informatiques et les banques de données (atteintes aux secrets de tous ordres, même d'État ; cambriolages ; destruction immédiate ou différée des éléments d'un patrimoine informationnel, etc.) ; mais aussi les infractions commises simplement au moyen de ces réseaux : trafics de toute espèce, glorifications répréhensibles, entraînements immoraux, proxénétisme, messages illicites (susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur), diffusion interdite des moyens de se donner la mort, usage frauduleux d'instruments bancaires, trucages trompeurs, contrefaçons, violation de correspondances, diffamation, atteintes à la vie privée, cession illicite d'organes humains, vente de médicaments retirés, périmés ou sans mode d'emploi, blanchiment d'argent par le truchement de circuits financiers, etc. Ce ne sont que des échantillons. La liste est à compléter.

Il faut aussi rappeler qu'un désordre, censuré solennellement par une décision nationale, peut renaître immédiatement pour la satisfaction d'un public mondial. Tel livre interdit par un juge national est immédiatement remis à la disposition d'un public mondial au prix de la communication téléphonique locale. De même, le tout dernier sondage d'opinion, dont la publication est interdite en France, peut être consulté quelques secondes avant de se rendre (ou non) aux urnes.

Au total, l'affiche est singulièrement chargée. Mais il faut nuancer. Il est vrai que la vue du pénaliste est toujours nécessairement noire. On nous dit que le volume des infractions n'est pas alarmant. Et puis, la gravité des activités doit être, souvent, ramenée à une juste proportion : une entrée dans un système informatique peut se révéler irrémédiable ; elle peut tout aussi bien être triviale. Beaucoup d'infractions restent cantonnées au rang de canulars de potache. Peu sont le fait de visiteurs accomplis, intéressés et organisés.

Il reste que les réseaux ont ouvert, au regard de l'illicite, une potentialité inattendue et inquiétante. De la délinquance ludique à la criminalité professionnelle. D'une offre de perversion à l'attaque d'une monnaie.

Alors, même fortifiée d'un code pénal qui s'est affirmé comme celui du troisième millénaire, la répression peut être déboussolée. Dans ces conditions, on est en droit de se demander si elle peut s'occuper de l'immatériel. Et, surtout, comment ?

II. — COMMENT LA RÉPRESSION PEUT S'OCCUPER DE L'IMMATÉRIEL

Contrairement au droit civil, le droit pénal ne vit pas avec des concepts vieux de plus de deux mille ans. Ni de quelques siècles, même si l'on est tenté de penser que les manipulations électroniques sont une forme nouvelle de sorcellerie. La répression doit suivre les transformations, les découvertes, les progrès. Face à ce phénomène nouveau, la répression doit donc se perfectionner ou se transformer. Elle est ainsi confrontée à deux besoins : adaptation (A) ou redéfinition (B).

A. — *Adaptation*

Cela semble difficile si l'on observe que ces activités dématérialisées se manifestent dans un espace nouveau.

1. L'immatérialité (même ramenée à la mesure du message transmis) risque d'épuiser la répression.

La répression traite du passé. L'immatériel est dans le présent. La répression s'occupe du local, même multiple, même extranéisé. L'immatériel est dans le global. Le bouleversement a été soudain. Il ne faut pas faire grief au droit pénal de ne pas y avoir été préparé. Il a toujours marché d'un pas boiteux derrière les progrès techniques. Le code pénal (nouveau) n'a que quatre ans de vie. Il fourmille déjà d'articles gigognes rendus nécessaires par les technologies avancées.

On a promu la communication sans trop se préoccuper de son encadrement. Mais ce n'est pas la première fois que la technique laisse piétiner le droit. Beaucoup de gamins « naviguent sur la toile ». Combien de magistrats espèrent pouvoir rapidement apposer un scellé électronique sur leur procédure ou avoir quelque chance de pourchasser les créateurs, en quelques heures, de dix sociétés défiscalisées du côté des îles Caïmans ?

Mais, au vrai, il n'y a pas de vide juridique. Les ressources du droit pénal sont immenses. Il existe la palette des infractions générales. Certains textes sont plus ou moins spécifiques à la matière : atteintes aux systèmes de traitement informatisé de données,

dispositions relatives aux télécommunications, interceptions de communications télécommunicées, etc. Le code pénal (dans sa lettre nouvelle) a pris soin de généraliser la description des procédés de commission de l'infraction : « le fait, par tout moyen... », « de quelque manière que ce soit... », « quel qu'en soit le mode... ». Les conventions internationales se multiplient.

L'arsenal de fond est complet. Mais cette protection est paralysée. Elle achoppe, en effet, sur le redoutable constat de l'infraction, l'identification fuyante des auteurs, l'imputation des actes et l'extra territorialité de l'activité.

Car le problème n'est ni neuf, ni insoluble, si tous les actes sont commis en France. Ce n'est, en grande partie, qu'une question de perspicacité policière, pour la constatation des faits et l'identification des personnes. C'est aussi un problème de qualification des activités considérées. Il faut préciser la situation pénale de chacun : celle du fournisseur de services, d'information (le créateur du site) ; celle du fournisseur d'accès, simple prestataire technique qui, sauf connaissance de sa part, ne saurait être inquiété dès lors qu'il offre simplement des moyens de mise en ligne ; celle du fournisseur d'hébergement qui peut contrôler l'ensemble des informations diffusées par son intermédiaire ; celle de l'utilisateur. En fait, on retrouvera, *grosso modo*, les notions d'imprimeur, de distributeur et d'afficheur fixées par la vieille loi (modifiée) sur la presse. On pourra poursuivre les diffuseurs de messages répréhensibles et fermer un site comme on ferme un établissement. Mais avec le risque, toutefois, qu'il renaisse immédiatement en plusieurs sites miroirs à l'étranger. C'est déjà évoquer l'impuissance des moyens répressifs.

La situation est, en effet moins limpide lorsque des éléments d'extranéité entrent en jeu. La chasse aux situations transfrontières peut devenir un singulier parcours du combattant, et l'imputation des actes un véritable casse-tête. Le problème vient de ce que ces situations ne se développent pas dans un espace habituel, ni même dans un espace transformé ou élargi, mais dans un espace nouveau.

2. Cet espace nouveau, c'est l'espace informatique.

Il vient s'ajouter aux autres : à l'espace territorial, à l'espace maritime, à l'espace aérien. Il se superpose ainsi à l'espace international en raison de l'immatérialité des liaisons dont il est le lieu et le moyen. C'est dans cet espace que cohabitent, à l'échelon mondial, le droit à l'information, le culte de la communication et la puissance de l'imagination.

Cet espace ne livre pas ses dimensions. Mais il a ses acteurs, ses techniques, son langage, ses bienfaits et ses débordements. Sa particularité est de se jouer des frontières. Il ignore les territoires. Les États ne peuvent pas, individuellement et isolément, exercer, sur lui, leur pleine souveraineté.

Dès lors, l'adaptation ne suffit pas. Il faut s'orienter vers une redéfinition.

B. — *Redéfinition.*

Redéfinition de la répression ? Peut-être. Mais plutôt, et avant tout, définition d'un contrôle de l'immatériel dans lequel le rôle de la répression doit (ou devra) être situé. La réflexion passe au moins par trois voies à emprunter successivement ou simultanément.

D'abord, un souhait : la construction d'un droit pénal approprié. Ensuite, sa condition : la mobilisation des États. L'enjeu, enfin : la mise en œuvre d'une réplique efficace.

1. La construction d'un droit pénal approprié est nécessaire ou le deviendra. Un droit pénal nouveau, au sens de supplémentaire. On n'ose pas ajouter à l'inflation du droit. Mais une spécialisation du droit pénal au milieu électronique n'y suffira pas.

Car ce n'est pas simplement l'existence d'infractions spécifiques qui pose à la répression des problèmes nouveaux. C'est la dimension inattendue que donne le phénomène informatique à toutes les situations et, notamment, aux activités illicites ou susceptibles de le devenir.

Le cadre international lui-même est débordé. Il faut imaginer un droit pénal pour l'espace informatique. Ou un droit pénal de l'espace informatique ? Peut-être.

Alors, il faut en dégager ses fondements, avec au premier plan, les valeurs qu'il doit défendre. À la base, l'ordre public. Chaque société, nationale et internationale, a son ordre public. La société informatique a-t-elle le sien ? S'il faut entendre, par ordre public, l'ensemble des règles impératives qui assurent l'existence et le maintien des conditions d'une communication organisée par réseaux, c'est une pétition de principe. Elles sont à découvrir. Mieux vaut dire alors : détermination des règles impératives qui doivent gouverner cette communication. Mais il faut alors revenir vers les États et mesurer l'ordre public transcendant le droit national, c'est-à-dire constater les limites de l'ordre public international et faire l'inventaire du faible contenu d'un ordre public universel.

Il n'y a pas que le fondement. Il y a aussi le système. Quel serait le domaine d'application de la loi (française, notamment) dans cet espace informatique ? C'est une nouvelle manière de poser la question de la compétence législative. Quelle juridiction devrait être désignée pour connaître de la situation et la sanctionner ? On est sur le terrain de la compétence judiciaire. Et l'on négligera, pour l'immédiat, les questions de nature et d'exécution de la sanction.

L'installation de ce droit n'est pas pour demain. Ce qui est toutefois réconfortant, c'est que dans cet espace où ne s'exerce aucune souveraineté, ou bien où toutes s'exercent, la mobilisation des États n'est pas à exclure.

2. La mobilisation des États est souhaitable. Elle n'est pas inimaginable. Le contrôle des réseaux ne peut s'établir que par la coopération internationale. C'est une certitude. Mais c'est aussi une évidence plate. Quelle entraide ? Avec quels moyens ? Dans quels buts ? Et avec quelles chances de succès ?

De ce point de vue, l'expérience du droit pénal international est à la fois encourageante et épuisante. L'élaboration, certaine, de ce droit, ne se fait qu'au prix d'une réflexion incessante sur l'intérêt des États à maintenir leur souveraineté. Ne faut-il pas craindre, ici, cette même course en forme de saut d'obstacles ?

Peut-être pas ou peut-être moins ? La question des réseaux de communication (et, au premier plan, de leur utilisation intempestive) rappelle un peu, en changeant les données, l'espionnage. L'espionnage consiste à s'introduire et regarder clandestinement chez les autres. On a pu dire, fort justement, que si tout le monde s'entendait pour condamner l'espionnage, chacun avait intérêt à espionner chez les autres.

Les réseaux peuvent permettre d'aller et, quelquefois, d'entrer partout. Une sorte de migration numérique. Et clandestine dans beaucoup de cas. Est-il permis de reprendre autrement la formule ? Tout le monde peut souffrir de cette migration, donc chacun a intérêt à la signaler aux autres.

Il n'est peut-être pas à craindre, ainsi, que les souverainetés demeurent une pesanteur ralentissant ou entravant la montée de la coopération internationale. Au contraire, le besoin d'internationalisation du contrôle peut naître du constat de cet effondrement imprévisible et, plus gravement, imperceptible des souverainetés. Si bien que, dans le domaine des technologies nouvelles, la répression, comprise comme la réaction de l'État à un désordre peut toujours tenir sa place, mais cette place risque d'apparaître comme dérisoire et dépassée.

Il faut revoir la fonction de la répression au profit d'une réplique efficace.

3. La mise en œuvre d'une réplique efficace n'est pas, non plus, une utopie. En toute hypothèse, il faut réviser la notion de répression, c'est-à-dire le traitement étatique du couple infraction-réaction.

L'infraction ? Elle perd sa consistance matérielle. Elle n'est pas précisément localisée. Son imputation n'est pas toujours possible. Le domaine qu'elle connaît est dilué. Elle est partout. Elle est quoi ? On pourrait dire « Elle est », tout simplement. Un peu comme une œuvre d'art virtuelle. Cette œuvre, personne ne pourra jamais la toucher, la palper, l'enfermer. On ne pourra en profiter qu'au prix (à tous les sens du terme) de la connexion.

L'infraction, c'est un peu la même chose. On la commet, on la subit par l'effet de la connexion. Elle n'existe que grâce à (ou à cause de) cette liaison. Dès lors, si l'on ne peut plus la saisir, la caractériser, la retenir comme telle ; si l'on ne peut que la constater, il faut s'en protéger. Ce qui déplace le problème vers le concept de réaction.

Réaction ? Action après. Le sens et l'intérêt de la répression sont réduits. Elle risque de frapper. Mais dans le vide. C'est trop tard ou à côté. On ne peut pas, bien sûr, éliminer la répression. On ne peut pas, non plus, lui faire entièrement crédit. L'urgence est ailleurs.

Elle est à la protection. Un dispositif *a priori*. Une protection, mais à l'échelle de l'invention : mondialisée. Une défense mondiale est nécessaire comme il existe une défense nationale. D'ailleurs, le processus est déjà engagé.

Défense parce que la répression est largement désarmée. On devrait plutôt dire qu'elle a gardé ses armes, mais qu'elles ont été démilitarisées. C'est, dans ces conditions, la répression elle-même qui pourrait devenir virtuelle. C'est pourquoi les victimes potentielles (grandes entreprises et États, notamment) ont déjà paré au plus pressé.

Face à l'exploitation de la puissance de l'informatique et à l'utilisation des réseaux, des dispositifs ont été installés. Il existe ainsi des moteurs de recherche plus ou moins élaborés, des codes d'accès de plus en plus impénétrables, des installations de protection sophistiquées (« murs coupe-feu », par exemple) et, dans les cas les plus dangereux, il reste, en attendant mieux, la solution de débrancher.

Contre quels dommages ? Quels risques ? Les illustrations sont simples : piratages, bombes dites logiques, intrusions, usurpations, manipulations, etc.

Les lois suivent le mouvement. Des dispositions sont prises sur le chiffrement (réglementation du cryptage) ou sur l'obligation de proposer un système de contrôle

d'accès (invitation au filtrage). Le langage est presque celui de l'armée. Il ne faut pas s'en étonner s'agissant de l'Internet, popularisé par les étudiants, mais inventé par les militaires. D'ailleurs, c'est à une sorte de guerre que l'on peut se livrer dans cet espace informatique. Pénétrer dans le système de défense stratégique d'un pays considéré comme ennemi, c'est, tous comptes faits, lui envoyer un missile virtuel.

Restons sur un ton plus civil. Mais aussi sur le mot « défense ». Le terme n'est pas sans rappeler, toutes proportions gardées, les idées qui ont régné chez des auteurs, il y a relativement peu de temps, avec l'espoir de bousculer les conceptions traditionnelles de la justice pénale.

Défense. Défense sociale. Défense sociale nouvelle. École de Défense Sociale... Deux mots sont à extraire de ces doctrines : Défense et École. Il faut y ajouter « mondiale ». École d'une Défense Mondiale.

Il est vrai, s'agissant de cette défense, autant du délinquant que de la société, que l'on a beaucoup disserté sur cette justice en blouses blanches qui détrônerait les juges en robes rouges. Elle avait ses partisans. Elle connaissait aussi ses détracteurs. Peut-on, toutefois, avancer l'idée qu'une réflexion initiale, partagée entre les gouvernants et les scientifiques, puisse être le premier pas d'un ordonnancement plus général ? La loi et le juge s'effaçant devant les grands de ce monde et les petits génies de l'informatique... C'est presque de la provocation.

Et pourtant, souhaiter cette réflexion, ce n'est pas vendre le droit à vil prix, ni l'inviter à se défausser sur d'autres compétences. D'ailleurs, les plus profondes transformations, en matière de technologies les plus avancées, sont des révolutions qui, comme les autres, ont toujours besoin, après, de juristes pour régler, à coup sûr, un autre ordre.

C'est en ce sens qu'il faut prendre l'expression École. Ce n'est plus la question de savoir si le criminel a droit ou non à son châtement. C'est d'imaginer comment penser les nouveaux fondements d'un droit que la technique a désorienté, de discipliner ce que l'on a appelé un « village planétaire », un village qui risque de ne pas avoir, aujourd'hui, de garde-champêtre, c'est-à-dire de lois et de juge.

Les bases de cette École sont, en attendant d'être coordonnées, déjà perceptibles. On voit se dessiner ce mouvement dans toutes ses directions.

Dans sa branche scientifique : par la détermination des procédés techniques de protection, de détection, d'identification, de repérage, de filtrage, et un jour, peut-être, de contre-attaque ou de neutralisation.

Dans sa branche déontologique : on parie sur l'autorégulation associant les acteurs sur le réseau (règles, usages, discipline à respecter) et, de son côté, le succès d'une éthique, déjà pratiquée, n'est pas à écarter.

Dans sa branche politique : l'heure est au temps, au niveau européen, américano-européen et au delà, des réflexions communes, des résolutions, des directives, des chartes, des programmes d'action, etc.

Dans sa branche juridique : des initiatives sont prises, mais le bilan reste maigre. On se rassurera en étant convaincu que l'immatériel aura nécessairement renouvelé la façon de réfléchir au développement du principe d'universalisme, même si ce principe ne devait s'appliquer, par la force des choses, qu'aux valeurs partagées par le plus grand nombre. Il ne faut se faire trop d'illusion sur le découragement de la publicité sur les armes aux USA ou sur la promotion de l'égalité de la femme en Afghanistan. On ne

pourra œuvrer qu'en se référant aux atteintes les plus insupportables. S'en suivra la détermination conventionnelle de ces interdits, l'installation des sanctions, la compétence universelle du juge et l'autorité internationale de l'œuvre répressive ainsi accomplie.

Il faut conclure.

On ne peut pas aller contre l'immatériel. Ce n'est ni totalement un bienfait pour l'humanité, ni fondamentalement une horreur technologique. C'est un fait. Un instrument nouveau. Il faut même renoncer à le soumettre à une surveillance totale. On a dit, à propos d'Internet, « Autant vouloir s'attaquer à toutes les fourmis de la forêt amazonienne ». Et puis, si les voleurs empruntent les réseaux, les gendarmes peuvent aussi le faire. L'interactivité peut d'ailleurs conférer à ce monde informatique une vertu inattendue. L'homme est fiché. Mais le ficheur peut être débusqué. Et fiché à son tour. C'est jeter les bases d'une sorte de consensus d'un autre type dans une nouvelle transparence.

Faut-il alors repenser le droit pénal ? Le laisser en l'état, c'est le poser comme un droit quasi virtuel pour les activités partiellement immatérielles et totalement mondialisées. On peut le rénové. Mais quelle serait aujourd'hui (et demain) l'efficacité d'une rubrique nouvelle dans le code pénal : « Des crimes et délits en matière d'activités dématérialisées » ? Le droit pénal ne doit pas naviguer entre le symbole et l'abdication.

Le droit pénal est certainement condamné à ne jouer, temporairement, qu'un rôle résiduel. En attendant de mieux s'installer dans un nouvel univers qui lui laissera sa véritable place. Sauf à réveiller la procédure pénale qui, de manière moins visible, mais certainement distributrice de plus de prérogatives, pourrait pallier les carences de fond. La police a besoin, pour ses missions, de rapidité, de sécurité et d'efficacité. Consulter, en flagrant délit et à Paris, l'écran ou la mémoire de l'ordinateur d'un suspect, connecté à Miami pour une demande de rançon, ne doit pas être considéré, du point de vue américain, comme un acte nul car constituant une violation de domicile.

Pour l'heure, avant d'être un droit pénal de l'informatique ou déployé dans l'espace informatique, la répression doit, autant que faire se peut, se doter d'une rallonge politico-scientifique. Quitte à faire le froid constat que Beaumarchais avait confié à son théâtre en écrivant « Il faut souffrir ce qu'on ne peut empêcher », ce qui, pour la répression, signifie : peut-on interdire ce qu'on ne peut éviter ?

Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de Tours
50 avenue Jean Portalis - BP 0607
37206 Tours CEDEX 2