"Chronique de droit pénal constitutionnel allemand", RSC Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, 2019, n° 4, 1er mars, pp. 967-980

Marie Nicolas-Greciano, Carl-Friedrich Stuckenberg

▶ **To cite this version:**

Marie Nicolas-Greciano, Carl-Friedrich Stuckenberg. "Chronique de droit pénal constitutionnel allemand", RSC Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, 2019, n° 4, 1er mars, pp. 967-980. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2019, n° 4, pp. 967-980. hal-02019425

HAL Id: hal-02019425
https://uca.hal.science/hal-02019425

Submitted on 8 Oct 2019

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

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

Chronique de droit pénal constitutionnel allemand

Marie Nicolas-Gréciano
Maître de conferences, Université Clermont-Auvergne
Centre Michel de l'Hospital EA 4232

Carl-Friedrich Stuckenberg
Professeur, Université de Bonn

Nombreuses sont les décisions du *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal fédéral constitutionnel) et du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice) qui ont marqué, en 2018, le droit pénal constitutionnel allemand. Certaines problématiques, déjà abordées dans cette chronique, se sont à nouveau retrouvées devant les juridictions supérieures allemandes. Ainsi, le mécanisme de la « condamnation alternative » a fait l'objet d'un examen par la Grande chambre de la Cour fédérale de justice (I). S'agissant des crimes de masse (II), l'affaire Gröning a, elle-aussi, soulevé de nouvelles interrogations dans l'exécution d'une peine d'emprisonnement par une personne âgée de 96 ans. Les crimes de guerre commis par les djihadistes en Syrie ont, quant à eux, été interprétés par le Tribunal fédéral constitutionnel. Enfin, deux problématiques proches de celles rencontrées en droit français intéresseront le lecteur : sur le plan substantiel, le dol éventuel a été apprécié dans le cadre d'accidents de la circulation (III), en droit procédural, c'est la possibilité de perquisitionner un cabinet d'avocats qui a fait l'objet d'un recours (IV).

I- Condamnation alternative : acte II

La question de la validité des condamnations alternatives, évoquée dans la chronique de 2016[1], a finalement été posée à la Grande chambre de la Cour fédérale de justice en 2017[2]. Figure du droit allemand, la condamnation alternative (*gesetzesalternative Wahlfeststellung*) consiste au prononcé, par une juridiction, de la reconnaissance de culpabilité et d'une sanction pénale, au visa de deux incriminations distinctes, sans précision quant au véritable fondement juridique choisi. Dans l'affaire qui a suscité la controverse, un premier prévenu a été condamné à six ans d'emprisonnement pour avoir commis dix-neuf faits de vol (*Diebstahl*) ou recel d'habitude (*gewerbsmäßiger Hehlerei*), le second ayant été condamné à quatre années d'emprisonnement pour dix-huit cas de vol ou recel d'habitude[3]. Selon les conclusions du tribunal régional de Meiningen, il était impossible de déterminer précisément le rôle de chacun des prévenus, tant

1 C. Saas, Th. Weigend, Chronique de droit pénal constitutionnel allemand, RSC 2016. 831.
2 BGH, Beschluss, 8 mai 2017, GSSt 1/17, BGHSt 62, 164-178.
3 M. Jahn NJW 2017, 2843.

le nombre de pièces volées et utilisées dans l'atelier de l'un et dans le garage de l'autre était important[4]. Pour la deuxième chambre pénale de la Cour fédérale de justice, l'évaluation des preuves par les juges du fond n'est pas erronée : le refus d'une condamnation claire pour recel n'était pas juridiquement contestable, dès lors la condamnation alternative pour vol ou recel d'habitude est conforme à ses recommandations. Toutefois, la deuxième chambre pénale souhaitait opérer un revirement de jurisprudence car, d'une part, le principe de la légalité des délits et des peines exige qu'une condamnation claire soit prononcée[5], d'autre part, la condamnation alternative est en contradiction avec la volonté actuelle du législateur allemand dans le domaine des infractions contre les biens où le choix du fondement échappe aux juges. Ainsi, la deuxième chambre a-t-elle saisi la Grande chambre pénale tout en précisant que les quatre autres chambres pénales étaient réticentes à l'abandon de cette jurisprudence relative à la condamnation alternative. Si elle avait renoncé à son renvoi, la décision divergente de la cinquième chambre pénale, rendue le 16 août 2016, l'a conduite à interroger la Grande chambre sur la constitutionnalité de la condamnation alternative pour vol ou recel[6].

Dans la décision du 8 mai 2017, très attendue par la doctrine allemande[7], la Grande chambre n'a pas osé abandonner sa jurisprudence antérieure puisqu'elle a considéré que la condamnation alternative n'était pas contraire à la Constitution[8]. Elle a donc admis la recevabilité de la condamnation alternative, le critère de la comparabilité sur le plan de l'éthique et de la psychologique juridiques (*rechtsethisch und rechtspsychologisch vergleichbar*) étant respecté pour le vol et le recel. Les arguments de la deuxième chambre pénale ont ainsi été rejetés les uns après les autres écartant, pour le moment, tout espoir de revirement jurisprudentiel. En effet, la Grande chambre a estimé que la règle de la condamnation alternative est de nature procédurale, excluant – à juste titre selon une partie de la doctrine[9] – l'application du principe de légalité inscrit à l'article 103 alinéa 2 de la Loi fondamentale[10]. De plus, à ses yeux, le juge n'endosse pas le rôle dévolu au législateur en cas d'ambigüité dans les faits entraînant la condamnation alternative, car dans chaque variante de faits éligibles, une qualification pénale peut être mise en œuvre ; or, celle-ci a été préalablement déterminée par le législateur. La responsabilité pénale, ainsi que la nature et l'étendue de la peine, sont donc décidées par le

4 C.-Fr. Stuckenberg, StV 2017, 811.
5 Art. 103 § 2 de la Loi fondamentale.
6 C.-Fr. Stuckenberg, *loc. cit.*, 812 ; M. Jahn, *loc. cit.*, 2844.
7 C.-Fr. Stuckenberg, *loc. cit.*, 817.
8 BGH, Beschluss, 8 mai 2017.
9 C.-Fr. Stuckenberg, *loc. cit.*, 817.
10 BGH, Beschluss, 8 mai 2017, § 14 ; M. Jahn , *loc. cit.*, 2844.

législateur et non par le juge. La Grande chambre en déduit que l'incertitude quant à la peine encourue par le délinquant – évoquée par la deuxième chambre – n'est pas justifiée : même si le contexte factuel est ambigu, l'auteur sait, de manière prévisible, qu'il ne doit ni voler, ni receler, puisqu'en tout état de cause, il encourt une sanction pénale. Elle estime également que la condamnation alternative ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence garantie à l'article 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), car s'il y a un doute quant à la véritable qualification, il est certain que le prévenu a commis l'une des infractions[11]. La condamnation ne repose donc pas sur un soupçon, mais sur un véritable constat de culpabilité[12]. Dès lors, le fardeau imposé à la personne condamnée, dans le fait qu'il s'agisse de telle infraction « ou » d'une autre, est jugé acceptable par la Grande chambre. La seule limite réside dans le fait que la condamnation alternative doive intervenir uniquement pour des infractions substantiellement équivalentes dans la valeur sociale protégée et l'intention de l'auteur[13]. Des années de pratique donnent à la jurisprudence des contours suffisamment solides pour déterminer, de manière claire et précise, les hypothèses dans lesquelles la condamnation alternative est correctement mise en œuvre ou non[14]. Enfin, l'ambiguïté de la qualification ne cause pas, pour la Grande chambre, de difficultés insurmontables dans la détermination de la peine : les juges du fond doivent comparer les peines applicables pour tous les faits pertinents et examiner la peine qui serait reconnue si l'une ou l'autre des infractions avait été prouvée. Il en résulte qu'une moindre peine sera imposée, ce qui est une solution respectueuse des principes procéduraux.

Une partie de la doctrine allemande approuve cette décision qui permet de sécuriser la jurisprudence constante, de maintenir l'uniformité dans les décisions des chambres pénales et de poursuivre des infractions qui, dans certaines circonstances, sont difficiles à établir. Néanmoins, les auteurs allemands attendent qu'un recours constitutionnel soit, tôt ou tard, effectué afin que le Tribunal fédéral constitutionnel se prononce, lui-aussi, sur la conformité de ces condamnations alternatives au regard de la Loi fondamentale[15].

II- Crimes internationaux et justice pénale

11 BGH, Beschluss, 8 mai 2017, § 22.
12 C.-Fr. Stuckenberg in Kommentar zur StPO, Kleinknecht/Müller/Reitberger, § 261 Rn. 136 ff.; Sander in Löwe/Rosenberg, § 261 Rn. 141 ff.; LK-StGB/Dannecker, Anh. § 1 Rn. 23 ff.; Eser/Hecker in Schönke/Schröder, § 1 Rn. 67; MüKoStGB/Schmitz, Anh. zu § 1 Rn. 13 ff.; Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987.
13 BGHSt 9, 390 [394] = NJW 1957, 71.
14 BGH, Beschluss, 8 mai 2017, § 34.
15 C.-Fr. Stuckenberg, StV 2017, 817.

La justice pénale allemande continue de s'intéresser au traitement des crimes internationaux, qu'il s'agisse de ceux commis au cours de la Seconde guerre mondiale ou de ceux qui, plus proche dans le temps, se sont produits en Syrie. Dans l'affaire Gröning, le Tribunal fédéral constitutionnel s'est penché sur la question de l'exécution d'une peine d'un homme de 96 ans au regard de la dignité humaine (A). Dans l'affaire concernant le retour des djihadistes, la Cour fédérale de justice a été confrontée à l'interprétation des crimes de guerre en droit interne (B).

A- L'affaire Gröning : exécution d'une peine et dignité humaine

L'affaire Gröning, déjà commentée dans cette chronique[16], a soulevé de nouvelles interrogations, cette fois-ci au sujet de l'exécution de la peine prononcée à l'encontre de l'accusé alors âgé de 94 ans au moment de sa condamnation. Pour rappel, Oskar Gröning, membre des SS affecté à Auschwitz entre 1942 et 1944, travaillait au service à la rampe (*Rampendienst*). Revêtu de son uniforme et armé de son pistolet pour dissuader les déportés de toute tentative d'évasion, l'accusé a contribué au processus de sélection visant à séparer les personnes capables de travailler – lesquelles étaient déportées au camp principal – de celles classées « inaptes au travail » qui seraient soumises à la gazéification. Il devait également surveiller les bagages des déportés pour éviter les vols et, surtout, pour leur faire croire qu'ils récupèreraient un jour leurs affaires, préservant ainsi le calme pendant des opérations de tri et de gazage. Puis, l'accusé avait la tâche, en tant que comptable, de garder l'argent pris aux déportés, de le répartir en fonction des différentes devises, de l'enregistrer et de l'envoyer à Berlin au service compétent. Condamné en 2015 par le tribunal régional (*Landgericht*, LG) de Lüneburg à quatre ans d'emprisonnement pour complicité dans l'assassinat de 300 000 personnes, Oskar Gröning n'a pas été immédiatement incarcéré. Au terme de la procédure, il a demandé le sursis à l'exécution de sa peine conformément à l'article 455 alinéa 3 du *Strafprozessordnung* (StPO) pour des raisons de santé psychologique (risque de dépression) et corporelle (maladies liées à son âge). Des expertises médicales réalisées par la suite ont attesté de son aptitude à la détention, conduisant le procureur à solliciter son incarcération. Le 29 novembre 2017, le tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*, OLG) de Celle a décidé que Gröning, alors âgé de 96 ans devait être placé en détention. L'accusé a saisi le *Bundesverfassungsgericht* pour demander la suspension de l'exécution de sa peine.

[16] C. Saas, C.-Fr. Stuckenberg, Chronique de droit pénal constitutionnel allemand, RSC 2017. 607.

Le Tribunal fédéral constitutionnel devait se prononcer sur l'articulation entre la peine d'emprisonnement et le droit fondamental à la vie et à l'intégrité physique, tel qu'il est prévu à l'article 2 § 2 de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, GG). La Haute juridiction a rejeté le recours en précisant que non seulement, il n'existe aucune raison plausible de remettre en question les expertises médicales attestant de l'aptitude du requérant à la détention mais en outre, l'exécution d'une peine de prison d'un individu de 96 ans n'est pas incompatible avec son droit à la vie et à la protection de son intégrité physique garanti par la Loi fondamentale. Dans sa décision du 21 décembre 2017, le Tribunal fédéral constitutionnel relève que l'État a l'obligation d'appliquer la sanction pénale pour protéger les citoyens et maintenir leur confiance dans les institutions, ceci d'autant plus que, dans cette affaire, la culpabilité revêt une gravité élevée[17]. S'ajoute le principe d'égalité qui implique que les personnes reconnues coupables doivent être traitées de la même manière en exécutant leur peine. C'est pourquoi l'État a un intérêt à l'exécution immédiate de la peine. Néanmoins, une exception apparaît en cas d'atteinte au droit à la vie et à l'intégrité physique du condamné[18]. S'opposent ainsi l'intérêt de l'État dans l'exécution de la peine et les droits fondamentaux du condamné[19]. Pour résoudre ce conflit, le Tribunal fédéral constitutionnel recourt au principe de proportionnalité (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)[20] en raisonnant de la sorte : si, dans ces circonstances, le condamné risque de subir une atteinte beaucoup plus grave que celle encourue par l'État en cas de non-exécution de la sanction, l'application de la peine constitue une ingérence dans le droit fondamental de la personne condamnée[21]. Tel serait le cas, si l'état de santé du condamné laissait supposer qu'il allait perdre la vie ou subir de graves dommages en détention. Poursuivant son raisonnement, la Haute juridiction place dans la balance le droit à la dignité du condamné[22] et son droit de retrouver la liberté, tout en précisant que ces garanties ne signifient pas pour autant que l'exécution d'une peine est exclue en raison du grand âge de l'individu. En effet, si des soins médicaux suffisants sont garantis, alors la peine peut continuer à être exécutée. En l'espèce, le Tribunal fédéral constitutionnel constate que des soins ont été prodigués et aucun fait tangible n'indique un danger mortel ou grave pour le condamné qui ne doit effectuer qu'une peine de quatre années d'emprisonnement[23]. Dès lors, aucune violation du principe de proportionnalité ne peut être retenue selon la Haute juridiction.

17 BVerfG, 21 décembre 2017, 2 BvR 2772/17.
18 *Ibidem*, § 9.
19 *Ibid*., § 11 ; J. Bertlings, note sous la decision, jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 3.
20 Art. 20 al. 3 de la Loi fondamentale.
21 Art. 2 al. 2 phr. 1 de la Loi fondamentale.
22 Art. 1 al. 1 de la Loi fondamentale.
23 BVerfG, 21 décembre 2017, § 18.

Cette décision a pour intérêt de préciser les conditions d'application du sursis à exécution d'une peine d'emprisonnement : ainsi, la peine ne sera pas exécutée si le condamné risque de mourir en détention, cette incompatibilité entre l'état de santé et la détention étant souverainement appréciée par l'autorité d'exécution (*Vollstreckungsbehörde*)[24]. Elle apporte également une illustration de la mise en œuvre du principe de proportionnalité, devenu une véritable norme en Allemagne. La violation des garanties ne se présumant pas, les juges du fond doivent examiner *in concreto* le caractère suffisant des soins médicaux prodigués. Surtout, cette décision démontre la volonté de l'État allemand de rendre justice aux victimes des crimes de masse commis pendant la Seconde guerre mondiale. Dans ce sens, le tribunal régional de Francfort avait déjà refusé, lors des procès du premier procès d'Auschwitz (1963-1965), la demande de libération de l'ancien membre des SS Oswald Kaduk 24 années après sa condamnation[25]. Le Ministère public avait déclaré qu'en tant que représentant de l'État, il soutiendrait toujours l'exécution de la peine, notamment parce que les faits reprochés étaient particulièrement horribles et manifestaient la cruauté et la brutalité du condamné. Remettre ce dernier en liberté aurait été insupportable pour les victimes qui ont confiance en la justice, même si la Loi fondamentale oblige à donner à chaque individu une chance de retrouver sa liberté. Il apparaît donc clairement que la gravité particulière de la culpabilité est un critère déterminant dans l'appréciation de la demande en suspension de l'exécution de la peine. Finalement, Oskar Gröning décéda, le 9 mars 2018, sans jamais avoir été incarcéré. Cette affaire exprime toutes les tensions qui peuvent exister en Allemagne sur ce thème délicat : la volonté de juger les criminels nazis s'est, pour certains, réalisée trop tardivement, tandis que d'autres s'interrogent sur la pertinence d'envoyer une personne de 96 ans derrière les barreaux. Aucune solution juridique satisfaisante ne sera finalement apportée à cette affaire rattrapée par le temps.

Une autre affaire récente apporte un éclairage sur le traitement de cette problématique en droit allemand. La Cour fédérale de justice (*BGH*) s'est prononcée, le 25 janvier 2018[26], sur la compatibilité de la peine prononcée avec la faible espérance de vie d'un condamné (*Lebenserwartung*)[27]. Atteint d'un cancer grave ne lui laissant qu'une espérance de vie de deux

[24] L. Meyer-Goßner, B. Schmitt, StPO, 61e éd. 2018, § 455 point 6.
[25] Décision de condamnation : LG Francfort, Beschluss, 20 août 1965 - 4 Ks 2/63, Bl. 390 ; Pour un récit du procès, voir : Fr.-M. Balzer, W. Renz (dir.), *Das Urteil im Frankfurter Auschwitz-Prozess*, (1963-1965), Pahl-Rugenstein Verlag, 2004, 623 p.
[26] BGH, 25 janvier 2018, 3 StR 613/17.
[27] G. Kett-Straub, NStZ 2018, 331.

années tout au plus, le condamné contestait sa peine de trois années d'emprisonnement en vertu de son droit à une dignité inviolable (*unverletzlich*)[28], qui implique de lui laisser une chance réaliste de retrouver la liberté[29]. La principale difficulté juridique consistait à identifier les éléments à prendre en considération pour déterminer la peine idoine. Selon la doctrine allemande, la peine n'a pas uniquement pour fonction de punir les faits *stricto sensu*, mais elle s'étend plus largement au comportement de l'accusé avant et après ces faits, ainsi qu'aux circonstances générales dans lesquelles l'auteur a agi[30]. De plus, le code pénal prévoit expressément qu'en vertu d'une clause sociale (*Sozialklausel*), les juges doivent prendre en considération, au moment de la détermination de la peine, les effets que cette dernière aura sur la vie future du condamné[31]. De même, les circonstances personnelles du condamné, à savoir les facteurs affectant sa personne et ses conditions de vie, doivent être prises en compte par les juges du fond. A ce titre, l'état de santé de l'accusé et son espérance de vie sont des éléments déterminants dans la recherche d'une peine proportionnée. L'ensemble de ces éléments peut conduire à alourdir le quantum de la peine, comme à l'alléger. En règle générale, lorsque l'espérance de vie de l'accusé est réduite, la peine prononcée sera moins sévère que celle sanctionnant des faits similaires commis par une personne en bonne santé, sans que cela affecte le principe selon lequel la peine encourue constitue une réparation équitable de la faute commise. Si, dans la détermination de la peine, le juge dispose d'une liberté pour apprécier les circonstances à prendre en considération et leur impact sur le condamné, il doit toujours respecter le principe d'égalité de traitement entre les accusés placés dans une situation similaire. En l'espèce, l'espérance de vie du condamné est vraisemblablement plus courte que la peine infligée. Selon le *BGH*, cette circonstance doit être prise en considération par les juges du fond, car le principe selon lequel une personne condamnée à une peine d'emprisonnement doit avoir une chance réaliste de recouvrer sa liberté, découlant de la dignité humaine, implique une discussion explicite sur le fait de savoir si la rétribution de la peine envers la société ne pouvait pas être obtenue par le prononcé d'une peine moindre[32]. Partant, la décision du tribunal régional de Duisburg a été annulée[33].

[28] Art. 2 al. 2 et art. 1 al. 1 de la Loi fondamentale.
[29] BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76.
[30] G. Kett-Straub, NStZ 2018, p. 331-333.
[31] § 46 al. 2 phrase 2 StGB.
[32] BGH, 25 janvier 2018, § 3.
[33] LG Duisburg, 21 juillet 2017, 35 Ks 5/17.

Selon la doctrine allemande, les juges du fond auraient au moins dû s'interroger sur la prise en considération de l'état de santé du condamné, même si la peine prononcée n'est pas obligatoirement plus douce (ceci dépendant des circonstances de l'espèce). La jurisprudence constante du Tribunal fédéral constitutionnel depuis 1977[34], selon laquelle chaque prisonnier doit avoir la possibilité de redevenir libre signifie que le condamné doit avoir la certitude, au moment du prononcé de la peine, qu'il pourra, un jour, être remis en liberté[35]. Or, en l'espèce le condamné savait, au moment où la décision de justice a été rendue, qu'il ne lui restait que quelques mois à vivre, de sorte que l'on peut presque certainement prédire qu'il mourra en prison. Cette circonstance personnelle aurait dû conduire les juges du fond à prononcer une peine dans la limite inférieure à celle qui normalement (si l'accusé n'était pas malade) serait considérée comme proportionnelle. Ainsi, la peine aurait apporté une juste rétribution à la société pour la faute commise par le condamné tout en préservant son droit à la dignité. D'autres solutions devraient donc être recherchées pour aménager l'exécution de la peine, soit par l'octroi d'une grâce, soit par la suspension de l'exécution de la peine en raison d'inaptitude[36].

B- <u>Retour des djihadistes : interprétation des crimes de guerre</u>

Le 27 juillet 2017, le *BGH* a rendu une décision importante relative à l'épineux problème juridique du retour d'un citoyen ayant rejoint les rangs de l'État islamique[37]. En l'espèce, l'accusé est arrivé en Syrie dans le courant du mois de mars 2014 et s'est installé dans l'appartement d'un ami situé dans la province d'Idlib. Ce dernier, djihadiste expérimenté, lui a transmis son savoir et fourni un fusil d'assaut. Entre le 8 mars et le 16 avril 2014, un affrontement a opposé, d'un côté, un groupe de combattants djihadistes auquel l'accusé et son ami appartenaient, de l'autre, les forces gouvernementales. Au cours de cette tuerie, les combattants djihadistes ont décapité deux soldats et placé leur tête sur des poteaux métalliques devant une école à Binnish. Quant à l'accusé, il s'est fait photographier, dans une attitude détendue, avec les têtes empalées comme trophées. Ces photographies ont d'ailleurs été publiées sur internet le 16 avril 2014. La cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Frankfurt a déclaré l'accusé coupable de crimes de guerre et l'a condamné à deux ans d'emprisonnement. Débouté, l'accusé a saisi la Cour fédérale de justice.

---

34 BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76 ; BVerfGE 45, 187, 245, 258f.
35 BVerfGE 45, 187.
36 Sur le fondement du § 455 StPO.
37 BGH, 27 juillet 2017, 3 StR 57/17, BGHSt 62, 272 = NJW 2017, 3667.

Le *BGH* devait déterminer la nature (internationale ou non internationale) du conflit auquel l'accusé avait pris part[38]. Il rappelle, avec justesse, qu'un conflit armé international se déroule entre deux États ; or, tel n'est pas le cas en l'espèce[39]. Le conflit armé non international est, quant à lui, caractérisé en cas d'affrontement entre les forces d'un État et des groupes armés organisés, à condition que les combats soient d'une certaine durée et intensité. Ainsi, les troubles internes, les tumultes même violents ne suffisent pas à caractériser un conflit armé. Dans cette affaire, les actes de violence se sont déroulés pendant le printemps 2014 avec pour partie au conflit le groupe terroriste « État islamique », lequel est hiérarchiquement structuré et possède des équipements militaires. En outre, ce groupe contrôle un vaste territoire, forme ses combattants militairement tout en coordonnant des attaques. Dès lors, la cour d'appel a correctement retenu l'existence d'un conflit armé non international au moment de la commission des faits[40].

Quant aux victimes membres des forces armées syriennes, elles ont été capturées et mises hors de combat par le groupe de l'accusé, ce qui les fait entrer dans la catégorie des personnes vulnérables protégées par le droit international humanitaire[41]. En vertu de ce statut, les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, sont interdits[42]. L'une des questions centrales était de savoir si la profanation de cadavre, dans le cadre d'un conflit armé, constitue un crime de guerre en droit allemand. Une partie de la littérature allemande estime que cet acte n'est pas visé par le code de droit pénal international (VStGB)[43] lequel fait uniquement référence aux personnes vivantes. Le principe fondamental d'interdiction du raisonnement par analogie empêcherait donc de retenir l'infraction de crime de guerre en cas de traitement inhumain et dégradant contre une personne décédée[44].

Mais ce n'est pas l'avis des juges allemands, qui estiment devoir être en mesure de poursuivre les crimes prévus par le droit international pénal[45]. Selon eux, le législateur allemand a eu

[38] BGH, 27 juillet 2017, § 11 et s.
[39] L'intervention des forces étrangères comme la Russie est intervenue plus tard, entraînant la qualification de conflit armé international. A. Zimmermann, R. Geiß (dir.), Münchener Kommentar zum StGB, 2ème éd., § 8 VStGB § 96, 101.
[40] Les règles applicables aux conflits internationaux et non-internationaux sont identiques s'agissant de la qualité de la victime.
[41] BGH, 27 juillet 2017, § 13 ; § 8 VI n ° 2 VStGB, lequel reprend la lettre de l'article 6(2)(c) du Statut de Rome ; A. Zimmermann, R. Geiß (dir.), *op. cit.*, § 90 ; G. Werle, Fl. Jeßberger, Völkerstrafrecht, 4ème éd., 2016, § 1189.
[42] § 8 I n° 9 VStGB.
[43] L. Berster, ZIS 2017, 264.
[44] Art. 103 al. 2 de la Loi fondamentale ; S. Bock, N. Bülte, HRRS 2018, 101.
[45] BGH, 27 juillet 2017, § 17.

l'intention d'adopter la définition des crimes contenus dans le Statut de Rome[46], car cet instrument reflète le droit international humanitaire, lequel protège aussi les personnes décédées[47]. En effet, l'article 8 du Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux prohibe implicitement la profanation de cadavres. De même, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a qualifié de traitement inhumain et dégradant la mutilation de cadavre et l'enterrement dans des fosses communes[48]. Quant aux Éléments des crimes (qui définissent les infractions au Statut de Rome), ils punissent les atteintes à la dignité des personnes, y compris (selon une note de bas de page) lorsqu'elles sont décédées[49]. Ainsi, pour les juges allemands, le droit international pénal protège la dignité des êtres humains, y compris lorsqu'ils sont décédés. Enfin, le terme « *Person* » signifie, dans le langage courant « humain » (*Mensch*), qu'il soit vivant ou mort, écartant tout risque de raisonnement par analogie[50]. Partant, il est possible de caractériser l'infraction de crime de guerre pour un traitement inhumain et dégradant commis à l'encontre d'une personne décédée en vertu de l'article 8 paragraphe 1 n° 9 du VStGB.

Poursuivant l'étude des éléments constitutifs de l'infraction, la Cour fédérale de justice relève que le fait de porter atteinte uniquement à une partie du corps humain – en l'occurrence la tête coupée – et non à l'ensemble du corps est indifférent[51]. En droit international pénal, le traitement inhumain n'est pas exclusivement physique, puisque l'abus peut être verbal : il peut s'agir du comportement d'un supérieur hiérarchique visant à dégrader un subordonné, l'exposer au ridicule et au mépris niant ainsi l'humanité de la victime[52]. Tel est également le cas en droit allemand, mais à deux conditions : d'une part, le comportement dégradant doit avoir un lien direct avec la victime – il s'agit bien d'un « traitement » sur elle –, d'autre part le comportement dégradant – interprété objectivement dans le contexte culturel de la victime – doit atteindre un certain seuil de gravité. Pour être qualifié de crime de guerre, le traitement doit être considéré

46 *Ibidem*, § 19.
47 Voir la règle 113 formulée par le CICR et la jurisprudence du TPIY ci-dessous.
48 TPIY, Procureur c. Brdanin, Jugement, 1 septembre 2004, (IT-99-36-T).
49 Art. 8 2) c) ii) Éléments des crimes – atteintes à la dignité de la personne, note de bas de page n° 49. Commentaire allemand de la décision, § 10.
50 BGH, 27 juillet 2017, § 28.
51 *Ibidem*, § 32.
52 Constituent des traitements inhumains et dégradants : les injures, TPIY Procureur c. Kvocka et autres, Jugement, 2 novembre 2001, (IT-98-30 / 1-T), n ° 172 ; danser nu sur la table, TPIY, Procureur c. Brdanin, Jugement, 1er septembre 2004, (IT-99-36-T), n° 1015 ; déshabiller violemment une femme afin qu'elle fasse des exercices de gymnastique devant un groupe de personne ; TPIR, Procureur c. Akayesu, jugement, 2 septembre 1998, (ICTR-96-4-T), n° 688, 694, 697.

comme atroce, c'est-à-dire horrible ou terrifiant[53]. En l'espèce, le fait de se faire photographier à plusieurs reprises avec les têtes empalées sur des poteaux en métal devant une école ne relève pas d'une action physique de l'accusé sur les victimes, mais ce dernier a profité de la situation extrêmement dégradante pour aller encore plus loin en se prenant en photographie avec elles, ce qui – du point de vue de l'observateur objectif – constitue un comportement atroce démontrant une supériorité impitoyable. Dès lors, selon le *BGH*, aucune erreur de droit ne peut être relevée dans cette affaire, le pourvoi en révision est donc écarté.

Cette décision reçoit les critiques d'une partie de la doctrine en raison de l'interprétation extensive de la notion de « personne » à « personne décédée ». Selon le Professeur Kai Ambos, le concept de personne suppose l'existence d'un corps vivant[54]. Or, en substituant la notion d'« humain » à celle de « personne » comme condition d'application de l'infraction de crime de guerre, les juges ont méconnu la portée du texte allemand. De plus, selon lui, le droit international pénal ne peut pas soutenir l'interprétation des juges, car les Éléments des crimes ne sont qu'un instrument d'interprétation et le fait d'inclure la protection due aux morts en note de bas de page révèle l'absence de consensus entre les États en la matière. Si le fait de punir les atteintes à la dignité des morts est parfaitement compréhensible pour l'auteur, le principe de la légalité impose de respecter la lettre des textes allemands et internationaux. Cette opinion n'est pas partagée par le Professeur Werle qui considère que la Cour fédérale de justice a fait une interprétation de la loi (et de la notion de « *Person* ») conforme à l'obligation de conformité de la législation allemande au Statut de Rome. A ses yeux, un système cohérent et complémentaire a donc été établi entre la législation nationale et le droit international humanitaire[55].

III- Appréciation du dol éventuel dans les accidents mortels

Trois affaires appelées « *Raserfälle* » (« les affaires des chauffards ») ont particulièrement attiré l'attention outre-Rhin tant les faits, comme les solutions retenues, ont été spectaculaires. L'histoire est sensiblement identique : de jeunes conducteurs ayant entrepris des courses illégales de voiture en plein centre-ville de Berlin, Francfort et Brême ont percuté des usagers entraînant leur mort. Saisie des condamnations prononcées en première instance, la Cour fédérale de justice a rendu, le 1er mars 2018, trois arrêts importants qui révèlent toutes les

[53] BGH, 27 juillet 2017, § 50.
[54] K. Ambos NJW 2017, 3672 ; dans ce sens également : S. Bock, N. Bülte, *loc. cit*. 101.
[55] G. Werle, A. Epik JZ 2018, 262.

difficultés à distinguer clairement la négligence consciente du dol éventuel en cas d'accident de la circulation mortel[56].

Avant toute chose, il convient d'indiquer que le dol – non défini par le code pénal allemand – implique, selon la jurisprudence et la doctrine, la réunion de deux éléments : i) la connaissance (*Wissen*) du fait que le comportement répond aux caractéristiques objectives de l'infraction, ii) la volonté (*Wollen*) de se comporter ainsi. En droit allemand, le dol peut prendre plusieurs formes avec différents degrés de connaissance et de volonté : le dol direct (*direkter Vorsatz*) lequel a deux variantes : l'intention (*dolus directus* du premier degré) et la prévoyance avec sûreté pratique (*Wissentlichkeit, dolus directus* du second degré), et le dol éventuel (*bedingter Vorsatz*). Or, ce dol éventuel – qui relève des infractions intentionnelles – est parfois très proche de la négligence consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) – caractéristique des infractions non intentionnelles – créant ainsi une controverse relative au degré de volonté requis pour l'une ou l'autre qualification[57]. Les trois décisions rendues en 2018 par la Cour fédérale de justice dans les *Raserfälle* en sont une récente illustration.

Dans les affaires de Francfort et de Brême, les accusés ont été condamnés en première instance pour homicide par imprudence (*fahrlässige Tötung*)[58]. En revanche, l'affaire de Berlin (« *Berliner Raserfall* ») a connu une autre issue. En février 2017, le tribunal régional de Berlin (*Landgericht Berlin*) – équivalent du tribunal de grande instance en France – a pour la première fois condamné à l'emprisonnement à vie deux accusés qui avaient entrepris une course illégale sur le *Kurfürstendamm*, l'une des principales avenues de la capitale, et tué un automobiliste de 69 ans. La juridiction du premier degré a considéré que les conducteurs avaient eu l'intention de tuer entraînant la qualification d'assassinat (*Mord*). Saisie de l'affaire, la Cour fédérale de justice a annulé la condamnation provoquant les critiques du public qui a vu là une indulgence injustifiée[59]. En réalité, la lecture de la décision permet de comprendre qu'elle n'exclue pas la possibilité de prononcer une condamnation pour homicide intentionnel (*vorsätzliche Tötung*),

---

56 BGH Beschluss, 1er mars 2018, 4 StR 399/17 (Tötungsvorsatz bei Autorennen, „Berliner Raserfall") m. Anm. Puppe JR 2018, 323 ; BGH Beschluss, 1er mars 2018, 4 StR 158/17 (Frankfurter Raserfall) ; BGH Beschluss, 1 mars 2018, 4 StR 311/17 (Bremer Raserfall). Egalement commenté par : T. Walter NStZ 2018. 412 ; J. Eisele JZ 2018. 549 ; Chr. Jäger JA 2018. 468.

57 L'homicide involontaire est puni de maximum cinq ans d'emprisonnement, tandis que le meurtre est puni de minimum cinq années d'emprisonnement et de maximum quinze ans.

58 Dans l'affaire de Brême, l'accusé a été condamné à deux ans et neuf mois d'emprisonnement, le retrait de son permis et l'interdiction de le repasser pendant quatre années. BGH, 1er mars 2018, 4 StR 311117, BeckRS 2018, 4216 ; J. Eisele, JuS 2018. 494. Dans l'affaire de Francfort, l'accusé a été condamné à trois ans d'emprisonnement.

59 T. Hörnle, NJW 2018. 1577.

voire assassinat, dans le cas d'un accident de la circulation[60], mais les juges du fond devront correctement caractériser le dol éventuel (*bedingtem Vorsatz*). C'est là le point central de l'affaire. La doctrine allemande porte, elle-aussi, un regard critique sur cette décision – non en raison d'une apparente clémence – mais de la méthode de détermination du dol éventuel retenue par la juridiction de révision. Plus précisément, certains auteurs considèrent que cet élément volitif du dol est superflu et erroné[61].

Dans sa décision, le *BGH* rappelle les éléments caractérisant le dol éventuel : l'accusé doit avoir agi intentionnellement, savoir que la mort est une conséquence possible de son acte et l'accepter comme telle (*sich abfinden*)[62]. Autrement dit, l'accusé raisonne en deux temps : i) il prend conscience du risque (*Risikobewusstsein*), ii) en son for intérieur, il approuve son résultat au « sens juridique » (c'est-à-dire qu'il agit malgré sa connaissance du risque, donc « approuver » ne signifie pas « souhaiter »), révélant ainsi son intention (*Vorsatz*)[63]. En revanche, une négligence délibérée se produit lorsque l'auteur, comptant sur une issue positive, croit sérieusement que le résultat de son acte ne sera pas atteint. Poursuivant son examen de l'appréciation de l'intention par les juges du fond, la Cour fédérale de justice relève, à juste titre, deux contractions[64]. D'une part, les juges du fond ont affirmé qu'au moment d'arriver à l'intersection, juste avant de percuter le véhicule de la victime, les accusés – lancés à plus de 160 km/h alors que la visibilité était mauvaise – ont agi en pleine conscience du résultat, caractérisant ainsi un dol éventuel, mais ils ont également expliqué, sans aucune cohérence, qu'avant la collision le conducteur était totalement incapable de réagir, signe que la maîtrise n'était pas totale. D'autre part, les juges du fond ont considéré que l'accusé se sentait « en sécurité comme dans un char » (*sicher wie in einem Panzer*) tout en s'attendant à des blessures mortelles pour son copilote, marquant une nouvelle contradiction dans leur raisonnement[65].

Le *BGH* reproche également aux juges du fond d'avoir négligé le critère de la mise en danger du conducteur qui s'exposait à un risque propre (*Eigengefährdung*)[66]. Pour la juridiction de révision, l'accusé doit s'inquiéter du fait qu'il risque de se tuer en cas de collusion, si tel n'est pas le cas, c'est peut-être qu'il a agi par négligence et non intentionnellement. Ainsi, l'accusé

60 BGH Beschluss, 1er mars 2018, §§ 31-33.
61 I. Puppe JR 2018. 323.
62 BGH Beschluss, 1er mars 2018, § 17.
63 J. Zopfs DAR 2018. 375.
64 T. Hörnle, *loc. cit.* 1578.
65 BGH Beschluss, 1er mars 2018, § 24.
66 BGH Beschluss, 1er mars 2018, 4 StR 399/17, § 25.

qui se sent en sécurité dans son véhicule et surestime son aptitude à la conduite n'aurait-il pas conscience des risques. Ce critère de la mise en danger personnelle doit, pour la Cour fédérale de justice, être pris en considération pour caractériser davantage une négligence consciente. Cet argument ne convainc pas la doctrine qui met en lumière une contradiction dans le raisonnement de la Haute juridiction. Celle-ci rappelle que l'appréciation de l'intention doit se faire au cas par cas selon la méthode de la présomption de fait, bien connue du droit français, qui consiste à déduire l'intention des faits. Mais, dans le même temps, la Cour fédérale de justice examine la conscience du risque des accusés par rapport à la catégorie abstraite du conducteur normal. Selon la doctrine, dans le milieu des courses automobiles, les conducteurs ont une conscience (accrue) du risque – qui d'ailleurs est recherché par eux –, celle-ci ne peut donc pas être comparée avec la connaissance du risque par le bon père de famille[67]. En effet, quiconque entreprend une course automobile est conscient des dangers qu'une telle activité comporte[68]. Le dol éventuel pourrait alors être caractérisé selon la doctrine. Toute la problématique réside dans la méthode d'évaluation de l'attitude des accusés dans ces circonstances précises. Un auteur estime que les états mentaux (*mentalen Zustände*) des accusés ne pouvaient pas être éclaircis sur la base d'éléments extérieurs appartenant à un groupe général et propose de faire référence à des processus mentaux spécifiques afin d'être au plus proche de l'appréciation du risque par les accusés et de leur environnement social[69].

La juridiction de renvoi – une autre chambre pénale (*Strafkammer*) du tribunal régional de Berlin – devra suivre le raisonnement du *BGH* et évaluer à nouveau les faits. Des indices prouvant que les accusés se sentaient réellement en sécurité, qu'ils ignoraient l'existence d'un risque personnel, voire qu'ils étaient motivés par ce risque, pourraient être constatés. Dès lors, un dol éventuel pourrait être caractérisé et les accusés condamnés pour homicide volontaire, voire assassinat (*Mord*), un danger public ayant été causé[70]. Dans ce sens, la Cour fédérale de justice a annulé la décision du tribunal régional de Francfort qui a condamné le conducteur pour homicide involontaire, alors que celui-ci conduisait sans ceinture, démontrant l'acceptation du risque mortel et donc l'existence d'un dol éventuel. La condamnation pour homicide volontaire ou assassinat serait donc possible en cas d'accident de la circulation. Selon certains auteurs[71],

[67] *Ibidem*, 1579.
[68] E. Hoven, Keine Verharmlosung der Raserei, Die Zeit, 1er mars 2018.
[69] T. Hörnle, *loc. cit.* 1578.
[70] BGH Beschluss, 1er mars 2018, 4 StR 399/17, §§ 31-33. L'assassinat est prévu au § 211 StGB, il est puni par une peine d'emprisonnement à vie.
[71] T. Hörnle, *loc. cit.* 1576 ; E. Hoven, *loc. cit.*

cette décision appelle à une réflexion plus large du législateur qui devrait, peut-être, renoncer à la distinction entre dol éventuel et négligence consciente en créant une division tripartite : infractions négligentes, intentionnelles et irréfléchies (*Leichtfertigkeit, recklessness*)[72], ces dernières conduisant à une peine proportionnée entre cinq ans d'emprisonnement sans aller jusqu'à l'emprisonnement à vie. Il s'agirait là d'une véritable révolution pour le droit pénal général qui n'a pas été modifié depuis des années en Allemagne[73].

IV- Perquisition d'un cabinet d'avocats

L'affaire du scandale du Diesel (*Dieselskandal*) s'est retrouvée devant le Tribunal fédéral constitutionnel pour traiter d'une question procédurale importante, puisqu'il s'agissait de vérifier la constitutionnalité de la perquisition d'un cabinet d'avocats ayant mené une enquête interne chez Volkswagen (VW). Si cette affaire particulièrement médiatique est connue à travers le monde, les trois décisions rendues le 27 juillet 2018[74] ont, jusqu'à présent, été peu évoquées dans le débat public ; pourtant, elles connaîtront sans aucun doute un retentissement important dans la procédure allemande.

Cette affaire a débuté après la décision des États-Unis d'ouvrir une enquête judiciaire pour manipulation d'émissions de gaz d'échappement, conduisant le constructeur allemand à mandater le cabinet d'avocats américain Jones Day (lequel dispose également d'une antenne à Munich) afin de mener une enquête interne[75]. Au cours de celle-ci, le cabinet a enregistré des discussions avec des employés du groupe VW. Par la suite, le parquet de Munich a ouvert une enquête pour soupçons de fraude et publicité illégale, non directement contre Volkswagen, mais contre sa filiale Audi. Il convient, d'ores et déjà de préciser, que celle-ci n'avait pas donné mandat au cabinet d'avocats Jones Day. Le procureur a également sollicité, auprès du tribunal de Munich, la perquisition des bureaux de Jones Day dans la capitale bavaroise, sur le fondement de l'article 103 du StPO[76]. Au cours de cet acte, de nombreux documents, sous formes papier et électronique, contenant les résultats de l'enquête interne ont été découverts et

[72] T. Hörnle, *loc. cit.* 1579.
[73] E. Hoven, *loc. cit.*
[74] Cinq pourvois ont été tranchés dans trois arrêts rendus le même jour : deux pourvois ont été exercés par le cabinet d'avocats Jones Day (2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17), un a été effectué par trois avocats de Jones Day (2 BvR 1562/17) et deux ont été exercés par Volkswagen (2 BvR 1405/17, 2 BvrR 1780/17).
[75] D. Neuhöfer, N. Kindhäuser, jurisPR-Compl 4/2018 Anm. 1, p. 3.
[76] Cette disposition encadre les perquisitions réalisées chez les autres personnes (*Durchsuchung bei anderen Personen*), à la différence du § 102 StPO qui vise les perquisitions réalisées chez les accusés (*Durchsuchung bei Beschuldigten*).

saisis. Le constructeur allemand, le cabinet d'avocats et trois de ses membres ont porté plainte contre le mandat de perquisition et la saisie des documents, mais tous ont été déboutés par le tribunal régional de Munich[77]. Le principal enjeu de cette affaire était de savoir s'il était possible, en vertu du code de procédure pénale, d'accéder, lors d'une perquisition, aux documents d'une enquête interne réalisée par un cabinet d'avocats, mais cette question ne sera pas directement traitée par le Tribunal fédéral constitutionnel qui s'est exclusivement prononcé sur la recevabilité de chacun des recours effectués.

D'abord, c'est le pourvoi du cabinet d'avocats Jones Day, dont la forme juridique est celle d'un *Partnership* en vertu de la loi de l'État de l'Ohio, qui a été déclaré irrecevable[78]. Toute la difficulté résidait dans l'identification de la nationalité de la personne morale car, en droit allemand, les droits fondamentaux ne peuvent pas être invoqués par les personnes morales étrangères en vertu de l'article 19 § 3 de la Loi fondamentale[79]. En l'espèce, la Haute juridiction a rappelé que c'est la théorie du siège (*Sitztheorie*) qui s'applique, sans considération de la nationalité de la personne physique à l'origine de la société. Ce siège est, en principe, déterminé par le centre réel d'activité de la personne morale, mais si cette dernière opère à plusieurs endroits et que son champ d'action s'étend à plusieurs pays, alors son emplacement sera le lieu de son siège social[80]. En l'espèce, le requérant n'a pas pu démontrer que la majorité des décisions de gestion étaient prises dans les bureaux allemands ou dans un cabinet situé au sein d'un État membre de l'Union européenne. Ainsi, aux yeux du Tribunal fédéral constitutionnel, le cabinet d'avocats Jones Day n'est pas une entité juridique nationale. Il n'est donc pas fondé à agir en justice, même si sa filiale munichoise était impliquée[81]. Cette solution pourrait donc créer indirectement une concurrence déloyale entre, d'un côté, les cabinets d'avocats basés en Allemagne – lesquels pourront agir en justice pour demander le bénéfice des droits fondamentaux –, de l'autre, ceux situés en dehors de l'Union européenne, qui perdraient tout intérêt à mener des enquêtes au sein des entreprises allemandes.

Ensuite, le Tribunal fédéral constitutionnel a rejeté le recours exercé par les trois avocats de Jones Day[82] puisqu'ils n'ont pas rapporté la preuve de la violation de leurs droits fondamentaux

77 LG Munich I, Beschluss, 6 juin 2017, 6 Qs 5/17 ; LG Munich I, Beschluss, 7 juin 2017, 6 Qs 9/17.
78 BVerfG, 27 juin 2018, 2 BvR 1287/17, 2BvR 1583/17, §§ 12-14.
79 Le Tribunal fédéral constitutionnel a décidé, le 18 mars 2009, que les personnes morales nationales peuvent invoquer la protection des droits fondamentaux. 2 BvR 1036/08.
80 D. Neuhöfer, N. Kindhäuser, *loc. cit.*
81 *Ibidem*, p. 4.
82 BVerfG, 27 juin 2018, 2 BvR 1562/17.

au cours de la perquisition et de la saisie[83]. Selon la Haute juridiction, l'inviolabilité du domicile prévue à l'article 13 § 1 de la Loi fondamentale ne bénéficie qu'à l'entrepreneur en tant que titulaire du droit de jouissance et non aux employés individuellement. S'agissant des cabinets d'avocat, ce droit fondamental peut uniquement être revendiqué de manière conjointe par les associés ou, dans la mesure où leur capacité juridique est reconnue, par la société en tant que telle[84]. Par ailleurs, les personnes physiques qui utilisent les locaux commerciaux ou des bureaux sans être elles-mêmes propriétaires ou employeurs de la société ne peuvent invoquer ce droit fondamental que si les espaces utilisés servent également de lieux affectés à la vie privée ou personnelle de la personne physique. Les juges constitutionnels ajoutent que le mandat de perquisition ne visait pas la collecte de leurs données personnelles, mais les informations recueillies par le cabinet sur la base de la relation avocat-client avec la société Volkswagen. Pour les juges, le fait que les requérants aient recueilli ces informations dans le cadre de leurs activités professionnelles ne change rien au fait qu'il s'agissait de données relatives à ce mandat. De même, le droit à un procès équitable garanti par les articles 2 § 1 et 20 § 3 de la Loi fondamentale ne peut pas être invoqué par les requérants qui ne sont pas considérés comme des parties à la procédure, puisque leurs droits n'ont pas été atteints.

Enfin, le recours de la société Volkswagen a, lui aussi, été déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt à agir. Le principal argument tient au fait que le constructeur automobile n'est pas accusé (*Beschuldigter*) dans cette affaire ; c'est la société Audi qui fait l'objet de poursuites. Dès lors, il ne peut pas bénéficier de la protection accordée par l'article 97 III du StPO, lequel interdit la saisie (*Beschlagnahmeverbot*) des communications écrites, enregistrements ou tout autre objet établissant une relation professionnelle entre un accusé et son avocat[85]. La Haute juridiction souligne que l'article 160a du StPO (lequel interdit les mesures d'instruction contre un avocat)[86] ne peut pas davantage s'appliquer, puisque l'article 97 du StPO est une disposition spéciale et, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, cette dernière prime par rapport à l'article 160a du StPO[87]. De même, le droit constitutionnel n'exige pas que le client non accusé bénéficie de la même protection que celle accordée au mis en cause. Pour la doctrine, cette interprétation restrictive des juges constitutionnels permet en réalité de limiter le risque élevé d'abus („*hohes Missbrauchspotenzial*") consistant pour certains clients (qui ne font pas

[83] D. Neuhöfer, N. Kindhäuser, *loc. cit.*, p. 4.
[84] BVerfG, 27 juin 2018, 2 BvR 1562/17, § 31.
[85] Les professionnels bénéficiaires de cette garantie sont mentionnés au § 53(1)(3) StPO.
[86] § 160a I phrase 1 StPO.
[87] § 160a V StPO.

encore l'objet d'une procédure) à transférer délibérément des documents dans la sphère de leur avocat, afin d'éviter que ceux-ci soient saisis par les forces de l'ordre[88].

En rejetant l'ensemble de ces pourvois, le Tribunal fédéral constitutionnel autorise indirectement le procureur de Munich, à procéder à l'évaluation des documents obtenus lors de la perquisition de l'antenne munichoise du cabinet d'avocats Jones Day[89]. Certains auteurs regrettent que les juges constitutionnels ne se soient pas prononcés sur des questions essentielles, telles que les conditions d'application de l'article 97 et le moment de son invocation par le suspect[90]. Ce silence témoigne, en réalité, d'une prudence de la part de la Haute juridiction qui lance un appel au législateur afin qu'il règlemente les enquêtes internes et détermine le régime des preuves qui pourraient être trouvées. Cette règlementation devient nécessaire pour renforcer la sécurité juridique dans ce domaine sensible et dissiper toute ambiguïté quant à l'obligation des entreprises de mener des enquêtes internes sur la conformité. En attendant cette réforme, plusieurs solutions s'offrent aux cabinets d'avocats : i) porter une attention particulière aux documents qu'ils décident de partager avec les sociétés de leur groupe, ceux-ci pouvant potentiellement être saisis par les autorités allemandes, ii) confier l'enquête à la structure mandatée par le client, iii) pour les cabinets sans siège national : s'installer en Allemagne afin de bénéficier de la protection des droits fondamentaux, conformément à l'article 19 § 3 de la Loi fondamentale.

88 D. Neuhöfer, N. Kindhäuser, *loc. cit.,* p. 3.

89 En revanche, ces documents obtenus par le procureur de Munich ne pourront pas être utilisés contre Volkswagen dans la procédure ouverte par le procureur de Brunswick, car l'article 97 StPO s'opposerait à l'accès à ces documents. La doctrine allemande estime qu'ici une interdiction complète d'utilisation doit être invoquée par les avocats en vertu de l'article 160a, paragraphe 1, phrase 2 StPO, qui leur confère le droit de refuser de témoigner (*Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgern*) dans le cadre d'une mesure d'instruction. D. Neuhöfer, N. Kindhäuser, *loc. cit.*, p. 5.

90 D. Neuhöfer, N. Kindhäuser, *loc. cit.*, p. 4.