

revue de science criminelle et de droit pénal comparé

n° 1 janvier-mars 1987 trimestrielle nouvelle série

 **sirey**
22, rue soufflot
75005 paris

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayant droits ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

revue de science criminelle et de droit pénal comparé

publiée sous les auspices du
CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ

par la SECTION DE SCIENCE CRIMINELLE de l'INSTITUT
DE DROIT COMPARÉ de l'Université de Paris 2 (UA. n° 166).

avec la collaboration de
l'INSTITUT DE CRIMINOLOGIE de l'Université de Paris 2.

DIRECTEUR

Marc ANCEL, Membre de l'Institut, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation, Président d'honneur du Centre français de droit comparé.

RÉDACTEUR EN CHEF

Mireille DELMAS-MARTY, Professeur à l'Université de Paris-Sud, Codirecteur de la Section de science criminelle de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris 2.

SECRÉTAIRES GÉNÉRAUX

Pierre COUV RAT, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **Danièle MAYER**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre.

SECRÉTAIRE GÉNÉRAL HONORAIRE

Yvonne MARX, Maître de recherche honoraire du C.N.R.S., Directeur adjoint de la Section de science criminelle de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris 2.

COMITÉ DE RÉDACTION

Marc ANCEL, **Mireille DELMAS-MARTY**, **Yvonne MARX**, **Bernard BOULOC**, **Pierre COUV RAT**, **Vincent LAMANDA**, **Danièle MAYER**, **Jacques VÉRIN**.

COMITÉ DE PATRONAGE

M. AYDALOT, Premier Président honoraire à la Cour de cassation. – **P. BOUZAT**, Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, Président d'honneur de l'Association internationale de droit pénal. – **J. IMBERT**, Membre de l'Institut, Président de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. – **L. PETTITI**, Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme. – **J. ROBERT**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Président du Centre français de droit comparé. – **M. ROLLAND**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **S. ROZÉS**, Premier Président de la Cour de cassation, Président de la Société internationale de défense sociale. – **R. SCHMELCK**, Premier Président honoraire de la Cour de cassation. – **G. STEFANI**, Professeur honoraire de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. – **G. VEDEL**, Doyen honoraire de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Membre du Conseil constitutionnel.

COMITÉ DE DIRECTION

P. ARPAILLANGE, Procureur général près la Cour de cassation, Président du Centre de recherches de politique criminelle. – **A. BRAUNSCHWEIG**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **J. CHAZAL**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **R. COMBALDIEU**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **R. GASSIN**, Professeur à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Directeur honoraire de l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence. – **J. LARGUIER**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Grenoble. – **J. LÉAUTÉ**, Professeur émérite de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris ; Directeur honoraire de l'Institut de criminologie de l'Université de Paris 2. – **R. LEGEAIS**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Ancien Président de l'Université de Poitiers. – **G. LEVASSEUR**, Professeur honoraire de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. – **Cl. LOMBOIS**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Recteur honoraire de l'Académie d'Aix-Marseille. – **R. MERLE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Toulouse. – **P. MONGIN**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **J. PINATEL**, Inspecteur général de l'Administration honoraire, Président honoraire de la Société internationale de criminologie. – **D. TALLON**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Directeur de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris 2. – **A. VITU**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Nancy.

SECRÉTAIRES DE RÉDACTION

Josette FITZGERALD, Assistante à la Section de science criminelle de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris 2. – **Ginette MONGIN**, Ingénieur au C.N.R.S. – **Monique ROBICHON**, Ingénieur au C.N.R.S. – **Jacqueline SACOTTE**, Chargée de recherche au C.N.R.S.

**LE CINQUANTENAIRE
DE LA FONDATION
DE LA REVUE
DE SCIENCE CRIMINELLE
ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ**
(Paris, 21-22 mai 1986)

Comme nous l'avons signalé dans notre dernier numéro (1986, p. 783) notre *Revue* a commémoré le cinquantième anniversaire de sa fondation (rappelons que son premier numéro est daté de janvier-mars 1936) par une séance solennelle commémorative suivie d'un Colloque scientifique portant sur « Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe ». Nos lecteurs trouveront ci-après le compte rendu complet de la séance commémorative et des travaux du Colloque.

SÉANCE COMMÉMORATIVE

Cette séance solennelle a eu lieu le mercredi 21 mai 1986 à 10 h. dans la Grande Chambre de la Cour de cassation sous la présidence de Mme Simone Rozès, Premier Président de la Cour de cassation, devant une assistance nombreuse où figuraient la plupart des plus hautes personnalités de la Magistrature, du Barreau, de l'Université et des grandes Administrations concernées par les problèmes de droit pénal, de science pénitentiaire et de politique criminelle. Nous reproduisons ici le texte intégral des interventions qui ont marqué cette réunion.

Allocution de Mme Simone Rozès

*Premier Président de la Cour de cassation,
Président de la Société de législation comparée
et de la Société internationale de défense sociale.*

Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs,

C'est un grand privilège pour moi que de vous accueillir à la Cour de cassation pour commémorer le cinquantenaire de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*.

Célébrer un anniversaire donne lieu, en général, à une réunion de parents et d'amis. Les collaborateurs, les correspondants, les abonnés, français ou étrangers, de la *Revue* forment une grande famille, dans la double acception de cette expression : une vaste famille, par la multiplicité et la diversité de ses membres ; une famille prestigieuse, par la qualité remarquable de ceux qui la composent. Beaucoup sont aujourd'hui présents. Cette assemblée nombreuse constitue le plus beau des cadeaux d'anniversaire.

Fêter cinquante ans d'existence, c'est fournir l'occasion de rappeler le passé, permettre aux plus jeunes de le découvrir, aux plus anciens de retrouver, non sans émotion parfois, le temps perdu.

Nous sommes en 1935. D'une part, la peine de mort et l'emprisonnement sont les pièces maîtresses de l'arsenal répressif. L'image de la sanction destinée, avant tout, à faire expier le coupable en le châtiât durement, s'estompe cependant. L'idée que la punition ne doit intervenir que dans la mesure où elle est utile à la protection de la collectivité chemine. Certains commencent même à l'ériger en principe dérivant des droits de l'homme.

D'autre part, le courant de pensée inspiré de la philosophie d'Auguste Comte n'a réussi à imposer ni sa vision déterministe de l'être humain, ni sa conception d'un système de défense sociale fondé sur le caractère plus ou moins dangereux des délinquants. Mais, des controverses passionnées qui ont opposé l'Ecole positiviste italienne à l'Ecole française du milieu social, se sont dégagées deux évidences : premièrement, il existe, dans l'homme lui-même et dans la société où il évolue, des éléments qui peuvent favoriser le passage à l'acte ; deuxièmement, la réaction sociale doit consister tout autant, sinon davantage, à prévenir le crime qu'à le réprimer.

Et pourtant, en dépit de cette évolution des esprits, malgré le vif intérêt que suscite, alors, l'étude du phénomène criminel, bien que des initiatives fleurissent

un peu partout dans l'hexagone, la voix de la France se fait entendre moins souvent et moins fort, qu'il s'agisse d'exposer de nouvelles théories, de présenter les dernières découvertes de la recherche ou de définir une politique criminelle moderne. L'Italie, l'Allemagne, le Grande-Bretagne, notamment et, déjà, les nations d'outre-Atlantique s'expriment avec plus d'originalité et de vigueur.

En cette année 1935, des Français lucides prennent heureusement conscience qu'il importe de vaincre l'impression d'isolement et d'anémie que donnent nos spécialistes. La nécessité leur en paraît d'autant plus impérieuse qu'ils ont la prémonition du développement futur de la criminalité. Selon la formule des professeurs Huguency et Donnedieu de Vabres, « le crime, par son intensité, par la variété et l'ampleur angoissante de ses formes, fixe tous les regards ».

Ces éminents criminalistes constatent qu'il nous manque une doctrine qui puisse rassembler les efforts déployés dans les secteurs de l'enfance délinquante, de l'administration pénitentiaire, de la médecine légale, de la psychiatrie, de la psychologie, de la sociologie. Il faut, se disent-ils, qu'une publication dégage et diffuse cette doctrine. Ainsi va naître la *Revue de science criminelle*. Ses concepteurs entendaient préserver, à travers elle, chez nos juristes et, plus particulièrement chez nos praticiens, la tradition classique et humaniste, tout en la renouvelant au contact des courants législatifs, jurisprudentiels et doctrinaux qui parcourent le monde. C'est pourquoi, à côté de la chronique des lois, de l'exposé des décisions judiciaires récentes, de l'examen des questions pratiques qui se posent aux parquets, ils ont fait une place aux données nouvelles des sciences criminelles qu'ils voulaient vulgariser. C'est toute l'originalité de leur création qui est venue combler un vide. La *Revue de science criminelle* n'a, en effet, pris la place de personne. Elle n'a empiété ni sur le rôle traditionnel des recueils de jurisprudence, ni sur celui des deux grands périodiques spécialisés de l'époque, la *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, fondée en 1877, qui demeurait l'organe d'une société savante, et la *Revue internationale de droit pénal*, instituée en 1924, dont le titre manifestait nettement la vocation universaliste.

Mais les professeurs Huguency et Donnedieu de Vabres n'auraient pu réaliser leur ambitieux projet sans le concours d'hommes et de femmes exceptionnels qui feront de la jeune revue une véritable institution. Ici, le nom du président Marc Ancel vient naturellement sur les lèvres. Il est indissociable de ces cinquante années que nous commémorons.

Monsieur le Président, vous êtes, avec Mlle Marx, dont l'action à vos côtés pour être discrète n'en a pas été moins considérable, un des quatre privilégiés à avoir tenu la *Revue* sur les fonts baptismaux, à avoir guidé ses premiers pas et à avoir suivi ses pérégrinations jusqu'à son âge mûr. Ce que la *Revue* a apporté à son temps se confond, très largement, avec ce que vous-même avez apporté à la revue. Nous vous en sommes tous redevables. Je sais que vous êtes aussi constant à refuser les louanges qu'attentif à les mériter. Je vais donc m'efforcer de ne pas heurter votre modestie en soulignant l'importance de votre contribution.

Vous avez su donner à la *Revue de science criminelle* un ton et un rayonnement qui la font toujours bénéficier auprès des milieux scientifiques internationaux

d'une faveur méritée. Le ton, d'abord. C'est celui qui caractérise les écrits de l'auteur du célèbre traité *La défense sociale nouvelle*. Il émane d'un ensemble où se mêlent la clarté du style, l'objectivité du propos, l'habileté à se mouvoir dans les disciplines les plus variées, une culture encyclopédique, une curiosité toujours en éveil et, auréolant le tout, un respect vigilant et exigeant de l'homme. N'oublions pas que, durant la dernière guerre, la *Revue* est restée silencieuse, parce que vous vous êtes refusé à solliciter des Allemands l'autorisation nécessaire à sa publication. L'orientation de départ était bonne. Grâce à vous, le cap n'a cessé d'être tenu sans parti pris, ni reniement. Vous avez su être un guide éclairé pour vos lecteurs. Vous les avez amenés à la criminologie, sans jamais remettre en cause l'utilité du droit pénal.

Le rayonnement, ensuite. Vous avez tissé des liens étroits avec les institutions internationales auxquelles vous avez participé, — je pense au Conseil de l'Europe, à l'Organisation des Nations Unies — de même qu'avec tous les organismes qui comptent sur cette planète dans le domaine de la prévention du crime et du traitement des délinquants. Ces rapports, ces échanges se sont révélés des plus fructueux. Ils n'ont pas manqué de contribuer, à l'intérieur comme à l'extérieur de nos frontières, au prestige du périodique de la rue Saint-Guillaume.

Mais ce n'est pas tout. Vous êtes encore un animateur et un administrateur hors pair. Il n'est pas facile de veiller, tout à la fois, à la sélection et à la répartition des articles, à l'annonce des principaux congrès et manifestations diverses, au compte rendu de leurs travaux, aux commentaires et aux critiques des livres qui viennent de paraître, à la traduction fidèle de textes étrangers en dépit de la technicité du vocabulaire, à la régularité des chroniques, à l'équilibre des numéros, à la périodicité des parutions. En tant que rédacteur en chef et, maintenant, directeur de la *Revue*, vous avez toujours maîtrisé cette tâche à la perfection, en donnant, certes, beaucoup de votre temps et en y employant cette ténacité emprunte d'une exquise courtoisie qui vous a permis de surmonter bien des obstacles.

Vous me pardonnerez sans doute cher Monsieur le Président ces quelques éloges, car vous savez que je ne pouvais taire ces compliments.

A cinquante ans, la *Revue de science criminelle* ne donne aucun signe de fatigue. En conservant sa forme originelle et ses caractéristiques essentielles, elle a renouvelé sa présentation. Récemment, sous l'impulsion de son rédacteur en chef, Mme le Professeur Mireille Delmas-Marty, de nouvelles chroniques ont vu le jour. L'informatique, grâce à votre éditeur, va progressivement aider à la composition des fascicules. La *Revue* a de longues et belles années devant elle. Elle sait s'adapter constamment au mouvement de la vie. C'est, peut-être, la leçon qu'elle a tirée de l'examen permanent de la politique criminelle dont les inflexions suivent principalement les évolutions de la criminalité et de la société. Mais n'anticipons pas sur le colloque qui va suivre cette séance commémorative et qui a précisément pour thème « des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe ». Je ne voudrais pas, par un propos trop long, en retarder l'ouverture.

Aussi, vais-je sans plus attendre, céder la parole à M. Le Calvez, représentant M. Jean Imbert, membre de l'Institut, Président de l'Université de droit,

d'économie et de sciences sociales de Paris, qui s'est trouvé brutalement empêché d'assister à cette réunion.

Allocution de M. Jacques Le Calvez*

Maître de Conférences, Vice-Président de l'Université de Paris 2

Madame Le Premier Président, Monsieur Le Procureur Général, Mmes et MM. Les Professeurs, Mmes et MM. Les Hauts Magistrats, Monsieur Le Directeur, Mesdames et Messieurs,

Temporairement indisponible de manière imprévue, M. Le Président Jean Imbert qui devait ouvrir ces deux journées a demandé à son Vice-Président de le remplacer et de vous présenter ses excuses pour son absence.

La célébration du cinquantenaire d'une revue est, traditionnellement, l'occasion d'un rappel de sa genèse, de l'évocation de ses joies et de ses peines, du souvenir de ceux qui, parmi ses fondateurs et auteurs, ont disparu. Je souhaite que vous me pardonniez de ne pas suivre cette tradition, persuadé que vous comprendrez les raisons de ma démarche.

Au moment où je l'ai abordée, la *Revue de science criminelle* avait atteint depuis longtemps une complète maturité pour avoir dépassé l'âge de la majorité civile de l'époque et, par conséquent, celui de la majorité pénale.

C'est donc en tant que lecteur de la *Revue de science criminelle* que je puis en parler et je ne puis parler que de cette *Revue* telle que je l'ai connue. A cet égard je limiterai mon propos à trois observations.

Tout d'abord, un constat de vitalité. Une revue qui — hormis l'interruption d'une période troublée gravement — poursuit ses publications pendant un demi-siècle démontre par là-même sa capacité à s'adapter au renouvellement de la science à laquelle elle est consacrée.

Tel est le cas de la *Revue de science criminelle* : une idée, lancée au détour d'une contribution, peut être reprise dans un article qui l'approfondit puis susciter la réflexion au point de faire, ensuite, l'objet d'une rubrique permanente ; tout simplement parce que les pensées ont évolué et qu'il a été pris acte de cette évolution.

Ceci ne signifie pas, évidemment, que la curiosité et l'intérêt qui accompagnent la réception d'une nouvelle livraison rendent caducs les volumes plus anciens. Ils constituent, en effet, une inestimable source de référence et conservent, malgré le déroulement des années, une valeur scientifique indiscutable. Le

* Le texte reproduit constitue un résumé de cette allocution.

pénaliste sait quelles richesses ont été, ainsi, mises à jour pour le plus grand profit de tous.

Ensuite, un témoignage de la gratitude des pénalistes. Bien loin d'être le lieu d'une juxtaposition d'articles et de contributions, la *Revue de science criminelle* résulte du travail d'une équipe et de la continuité dans le travail de cette équipe. Comme toute équipe, elle a eu son animateur et son coordinateur et je souhaite rendre un respectueux hommage à M. Le Président Marc Ancel, son Directeur. Sa volonté, ses efforts persistants et infatigables ont très largement déterminé la poursuite et le succès de cette difficile entreprise ainsi que son rayonnement international : *Revue de science criminelle* mais aussi de *droit pénal comparé*, elle a su recueillir l'estime et susciter l'admiration des pénalistes à travers le monde ; elle a su les accueillir dans ses colonnes pour que de fructueux échanges interviennent à propos d'expériences et de réflexions qui, sans elle, n'auraient pu se confronter.

Notre reconnaissance doit également s'adresser à l'Institut de droit comparé de l'Université Paris 2 et à sa Section de science criminelle qui lui ont permis de se développer.

Enfin, un regard vers l'avenir pour constater que le thème de ces deux journées d'études permettra à une réflexion sur une difficile question d'actualité de s'esquisser, puis de s'approfondir.

Face à certains périls qui menacent nos sociétés, tel le terrorisme, il est indispensable d'élaborer une politique criminelle cohérente qui respecte des valeurs essentielles. C'est, me semble-t-il, la ligne directrice retenue pour les travaux qui occuperont ces deux jours. Les résultats de ces journées sont attendus avec impatience car ils souligneront l'intérêt d'une recherche commune.

Allocution de M. Denis Tallon

*Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris,
Directeur de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris 2.*

Si vous ouvrez la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vous lisez sur la première page que cette revue est publiée par la Section de science criminelle de l'Institut de droit comparé. C'est en tant que directeur de cet Institut que j'ai aujourd'hui le privilège de prendre ici la parole.

J'exercerai ce privilège — sans excès — pour expliquer et justifier cette filiation. Elle a un caractère historique. Si la *Revue* vient d'atteindre ses cinquante ans, l'Institut, lui, en a cinq de plus puisqu'il a été créé en 1931 au sein de ce qui était alors la Faculté de droit de Paris, par Henri Levy-Ullman.

La publication de la *Revue* fut donc l'une de ses premières réalisations. En effet, aux deux sections initialement prévues, de droit privé et de droit public, s'ajoute très vite la section de science criminelle, sous l'impulsion de deux grands pénalistes de la Faculté, Henri Donnedieu de Vabres et Louis Hugué. Et l'un des deux secrétaires généraux de l'Institut est — faut-il s'en étonner — M. Marc Ancel. Celui-ci fut au berceau de la *Revue* ; il y a assuré tout au long de ces cinquante années la permanence et la continuité.

C'est donc autour de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* — j'insiste sur l'adjectif — que s'est constituée et développée la section de science criminelle de l'Institut, avec la double vocation qui est celle de l'Institut, l'enseignement et la recherche (à ce titre, je rappelle que l'Institut est une unité associée du C.N.R.S.).

Le droit pénal tient une place non négligeable — et en expansion — dans l'enseignement. Au cours traditionnel de droit pénal comparé, assuré par notre ami Raymond Legeais, s'est ajouté depuis l'an dernier, sous l'impulsion de Mireille Delmas-Marty, l'accueil des étudiants du D.E.A. de Politique criminelle et droits de l'homme des Universités Paris X et Paris XI (et bientôt, je l'espère, d'autres universités), pour l'initiation à la recherche. Une quinzaine d'étudiants peuvent ainsi participer au vaste programme de recherche de la section dont les principaux thèmes sont actuellement le rôle et place de la peine privative de liberté dans le système pénal, la diversification des réponses au phénomène criminel (infraction et déviance ; contribution du droit comparé à la « mise en compatibilité » des systèmes juridiques des sanctions, interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme par les instances européennes). Et la *Revue de science criminelle* se situe au centre même de ces recherches. Elle en est le soutien nécessaire.

A vrai dire, certains pourraient s'interroger sur la légitimité de cette filiation, sur le bien-fondé de ce lien entre le droit pénal et le droit comparé. Il suffit — encore — d'ouvrir la *Revue de science criminelle* pour constater la dimension nécessairement comparative du droit pénal. Plus que toute autre discipline, et à l'instar du droit constitutionnel, elle ne peut s'enfermer dans un cadre étroitement national. C'était déjà vrai il y a cinquante ans, cela l'est encore plus aujourd'hui. Le bouillonnement actuel des idées, le flux et le reflux des doctrines et des tendances ne peuvent être analysés que dans une dimension internationale. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la série d'articles sur le droit constitutionnel et le droit pénal parus dans les deux derniers numéros de la *Revue*.

Apparaît ainsi un autre avantage de cette « collaboration » du droit pénal et du droit comparé. S'il importe ici comme ailleurs de dépasser les frontières nationales, il convient aussi de dépasser les frontières des disciplines. La coexistence, au sein de l'Institut de droit comparé, d'équipes de recherches orientées vers des branches diverses du droit permet de développer une interdisciplinarité autre que purement verbale ; elle sera renforcée dans l'avenir.

L'Institut de droit comparé est fier de sa *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Elle est le signe tangible d'une cohabitation paisible et efficace de plus de cinquante ans — voilà qui peut faire rêver certains... Le directeur actuel de l'Institut, pour sa part, souhaite qu'elle dure longtemps encore.

Allocution de M. Marc Ancel

*Membre de l'Institut, Directeur de la Revue,
Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation,
Président d'honneur du Centre français de droit comparé*

En qualité de Directeur de la *Revue*, M. Marc Ancel se devait de prendre la parole en cette séance commémorative, où il a surtout rappelé les conditions de la constitution et les premiers développements de cette publication, toute nouvelle en 1936. Son allocution a consisté essentiellement dans un résumé des *Souvenirs personnels* sur le même sujet publié dans le dernier numéro (oct.-déc. 1986). Il n'y a donc pas lieu de reproduire ici le texte de son allocution. Signalons seulement l'importance donnée par le directeur de la *Revue* à deux éléments énoncés dans son titre même : *Revue de science criminelle*, elle a toujours entendu être non seulement l'organe normal de l'Ecole française de droit pénal mais un point de rencontre entre ce « droit pénal » et les sciences criminologiques qui en sont désormais inséparables ; et elle a toujours entendu aborder et étudier la science criminelle dans sa dimension comparative, en établissant en même temps des relations régulières, d'une part avec les criminalistes et les centres d'études spécialisés des principaux pays et d'autre part, avec les grandes organisations internationales, l'Organisation des Nations Unies et le Conseil de l'Europe, ainsi que les grandes associations scientifiques adonnées à l'étude des problèmes criminels. La Section de science criminelle, constituée par le Professeur Henri Donnedieu de Vabres pour assurer la publication de la *Revue*, a développé en ce sens son activité et plus encore depuis la création, au sein du Centre français de droit comparé, du Centre de recherches de politique criminelle qui a jumelé son action (et sa publication annuelle, les *Archives de politique criminelle*) avec l'activité et le développement de la Section de droit pénal de l'Institut de droit comparé. Ainsi la *Revue* est restée fidèle à la volonté dynamique de son fondateur principal, Henri Donnedieu de Vabres.

Allocution de M. Giuliano Vassalli

*Professeur de droit pénal à l'Université de Rome,
Président de la Commission de législation du Sénat italien.*

Madame le Premier Président, Monsieur le Procureur Général, Cher Président Ancel, Chers Amis de la Section de droit pénal et de science criminelle de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Mesdames et Messieurs, je voudrais tout d'abord exprimer mes plus vifs remerciements pour avoir été choisi comme orateur de langue non française à participer au 50^e anniversaire de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, dans ce cadre si solennel de la Cour de cassation. Je profite donc de cette opportunité pour rappeler la gratitude des pénalistes étrangers envers ceux qui fondèrent, dirigèrent et construisirent jour après jour cette *Revue* qui, aujourd'hui plus que jamais, rend des services inestimables à la culture pénale de toutes les nations.

Il y a quelques jours, je feuilletais, dans la bibliothèque de l'Institut de droit pénal de l'Université de Rome, les années de la *Revue* : seulement celles de la nouvelle série, c'est-à-dire de 1948 à nos jours, le matériel publié entre 1936 et 1947 n'étant malheureusement plus à la disposition de cette bibliothèque. Je me suis donc limité à revivre cette période plus ancienne, si je puis dire, à travers le souvenir de deux grands amis qui m'ont précédé lors des deux séances commémoratives de 1956 à 1961 : Paul Cornil et Luis Jimenez de Asúa. Deux éminents personnages de la science pénitentiaire et du droit pénal qui, malheureusement, nous ont quittés, mais qui m'honorèrent jusqu'au dernier moment de leur confiance et de leur amitié. Qu'il me soit permis de leur rendre hommage, convaincu que leur présence spirituelle est aujourd'hui parmi nous.

Parlant des premières années de la *Revue*, il me semble tout naturel de m'adresser à l'un de ses fondateurs, Marc Ancel, avec qui j'ai l'honneur d'être lié d'amitié depuis 1946 : quarantenaire que nous célébrons aussi en ce jour, Cher Président Ancel, en souvenir de nos premières réunions internationales, au sortir de la seconde guerre mondiale, plein de l'espoir de contribuer à la création d'un monde meilleur.

M. Ancel me rappelait justement que la fondation de la *Revue* représenta un fait très significatif pour la culture juridique française. Il s'agissait en effet de la première revue française spécialisée en la matière après la crise des années 1929-30, exception faite de la *Revue pénitentiaire* et de la *Revue internationale de droit pénal*, créée en 1924 mais entièrement consacrée au droit pénal international. En Belgique existait déjà depuis trente ans la *Revue belge de droit*

pénal et de criminologie. En Allemagne, parmi tant d'autres, dominait depuis soixante ans la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. En Italie, la *Rivista italiana di diritto penale*, assez récente à l'époque, venait en tête d'une pléthore de revues pénales, et ce surtout en raison d'une certaine indépendance politique. En Suisse enfin existait la *Revue pénale suisse*, devenue bilingue plus récemment. Parmi toutes ces revues, seule la première la *Revue belge*, était exclusivement de langue française. La France devait donc avoir sa propre revue pénale. Ainsi naquit la *Revue de science criminelle* dont les raisons plus profondes nous ont été illustrées tout à l'heure par Madame Rozès. Mais, liée au vaste mouvement culturel et réformateur qui caractérisa le début des années 30, elle se voulut tout de suite une revue de droit pénal comparé. Dans cette perspective, il est inutile de rappeler le rôle primordial joué par Marc Ancel et deux des plus anciens cofondateurs, Henri Donnedieu de Vabres et Louis Hugueney.

Qu'il me soit permis en cette occasion de rappeler que j'ai eu le privilège de connaître ces deux grands maîtres de nos matières. J'eus plusieurs fois la chance de rencontrer Louis Hugueney, même s'il préférerait Paris aux congrès internationaux ; et je me souviens qu'en avril 1964, il me fit l'honneur de venir à la commémoration que je fus appelé à faire pour le bicentenaire de l'ouvrage *Des délits et des peines* de Cesare Beccaria, cérémonie qui se déroula à la Salle des Actes de la Faculté de la Place du Panthéon. Son œuvre, dont la plupart d'entre vous se souviennent certainement, fut l'objet d'une publication de la *Revue de science criminelle* en 1970, Marc Ancel et François Clerc ayant fait revivre ainsi cette extraordinaire modestie, ce sérieux et cette cordialité, ce sens du devoir, cette finesse juridique et cette lucidité didactique qui caractérisèrent Louis Hugueney. Avec Henri Donnedieu de Vabres (lui aussi de la génération de mon père), la rencontre, à Bruxelles en 1947 à l'occasion du Congrès international de droit pénal, fut fugace mais riche. Pour ceux de ma génération, Henri Donnedieu de Vabres n'était pas seulement l'éminent professeur de droit pénal qui avait fait partie du tribunal de Nuremberg ou le principal promoteur des études de droit pénal international et de législation pénale comparée. Il était aussi l'auteur de l'ouvrage intitulé *La politique criminelle des Etats autoritaires*, édité par la Librairie du Recueil Sirey en 1938 et regroupant les neuf conférences tenues à l'Université de Damas l'année précédente. Lorsque j'étais encore jeune auteur, je fis une recension détaillée de ce livre — ainsi que d'autres œuvres du même auteur — dans la revue italienne *La Giustizia Penale*. Après une critique profonde mais objective de ces systèmes, ce grand maître traçait, dans les dernières pages, les grandes lignes d'un renouveau du système pénal des Etats libéraux, parmi lesquels s'inscrivait la France. Un renouveau qu'il n'était pas possible de trouver sur le chemin parcouru par ces pays (qui, du point de vue pénal, présentait peu de nouveautés), mais dont le besoin aigu se faisait toutefois sentir. Lors de la chute de deux de ces pays totalitaires, le thème était encore extrêmement actuel alors que, à l'époque, l'empreinte libérale du droit pénal reprenait toute sa valeur et sa signification universelles et que les problèmes de la construction d'une politique criminelle rationnelle et moderne se posaient avec une urgence particulière. Et, dans le fond, cette tâche fut à l'époque entreprise et réalisée avec ténacité par le troisième cofondateur de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Marc Ancel, avec la *Défense sociale*

nouvelle, expression d'une politique criminelle fondamentalement humaniste, mais fruit aussi de l'expérience pratique de systèmes pénaux dépassés et des dures réalités de la guerre et de l'après-guerre dans le domaine de la criminalité.

Mais je me rends compte que je suis enclin à parler des hommes, des amis et des maîtres, alors que je devrais parler de la *Revue*. Celle-ci a été, et est encore, faite par des hommes, par ses fondateurs avant tout, et par ce groupe vraiment extraordinaire dont Marc Ancel — tout d'abord simple rédacteur-en-chef (jusqu'en 1962) puis directeur/rédacteur-en-chef — sut s'entourer dès le début. En feuilletant ces années, on peut constater l'existence d'un Comité de direction créé en 1953 et d'un Comité de patronage créé en 1970. Dans l'un comme dans l'autre, on peut trouver des noms extraordinaires remontant à un passé riche d'enthousiasme et de promesses ; promesses qui ne sont pas restées dans cet état mais ont été, d'année en année, maintenues. Dans le Comité de direction — le noyau le plus actif — nous trouvons durant les premières années les noms prestigieux de Bouzat, Carrive, Maurice Garçon et Louis Hugueney (qui, avec Henri Donnedieu de Vabres, avaient été les premiers directeurs) et puis Légal, Rousselet, Vouin. S'y ajoutent peu à peu les noms de tant d'amis, dont je salue la présence parmi nous ce matin, Levasseur, Pinatel, Stéfani, Zambeaux, Léauté, Mongin, Rolland, Combaldieu, André Vitu, Roger Merle et tant d'autres. Une équipe extraordinaire, fruit du dévouement de ses membres, de la volonté, de la capacité d'organisation, parfois de l'abnégation de Marc Ancel, à l'époque encore Conseiller à la Cour de Paris. Et en effet, comme nous le savons tous, il ne s'agissait pas de noms cités seulement pour orner la couverture de la *Revue*. Il suffit de penser aux longues années au cours desquelles la jurisprudence en matière de droit pénal fut examinée par des maîtres tels que Joseph Magnol (décédé en 1951 peu de temps avant Henri Donnedieu de Vabres) et que le Doyen Légal, la jurisprudence sur les crimes et délits contre les personnes, par Louis Hugueney et puis par Vitu et Levasseur, celle sur les crimes et délits contre les biens par Pierre Bouzat que je me permets de saluer aussi ce matin, et encore celle sur la procédure pénale par Maurice Patin (jusqu'en 1962), reprise par Jean Robert.

Et voilà que des noms nous sommes passés aux choses. La *Chronique de jurisprudence*, que j'ai mentionnée plus haut, a été dès le début et est encore une réussite totale. La plupart de nos revues italiennes sont écrasées, étouffées par la jurisprudence, nonobstant le fait que nos codes sont, par rapport au code français de 1810, plus riches en formulations légales, ce qui devrait alléger et non alourdir la tâche des juges. Certaines finissent par devenir des revues réservées aux seuls avocats. D'autres doivent, pour laisser la place à une production doctrinale incessante, sacrifier l'espace qui devrait être réservé à la jurisprudence et finissent par ressembler à un recueil de petites monographies. Beaucoup d'entre elles publient un grand nombre de sentences *in extenso* (et, comme l'on sait, les nôtres sont bien plus longues qu'en France) ou bien de longs sommaires présentés par ordre alphabétique selon les infractions ou d'autres problèmes. Au contraire, la *Revue* préfère confier à des maîtres authentiques la tâche de présenter, chaque trimestre, l'essentiel de la jurisprudence par groupes de matières, fournissant ainsi une vue d'ensemble hautement

qualifiée, sans toutefois renoncer à un recueil, souvent riche, d'arrêts de la Cour de cassation et des tribunaux.

Mais, authentique *Revue de science criminelle*, et pas seulement de droit et de procédure pénale, fidèle à son nom, à côté de la Chronique de jurisprudence et de la Chronique législative — rédigées elles aussi par des auteurs de grande valeur — y figurent, dès le départ ou presque, une Chronique de police, une Chronique de défense sociale (consacrée aux problèmes de la prévention et de la politique criminelle), une Chronique pratique d'instruction criminelle, une Chronique pénitentiaire rédigée par Jean Pinatel et une Chronique de criminologie qui était, à l'époque, elle aussi l'œuvre de Jean Pinatel, étendit en 1966 la propre dénomination à celle de Chronique de criminologie et des sciences de l'homme.

Et, à côté de ces Chroniques, les Bulletins des associations criminologiques, les Notes pratiques et la pratique des parquets, les Informations et Variétés, la Revue des ouvrages, articles et notes, les Notes bibliographiques relatives aux revues et ouvrages étrangers, ce qui permettait non seulement de justifier le second titre de la *Revue* (« de droit pénal comparé ») mais aussi de fournir une vue d'ensemble, souvent d'une précision sans égale, du droit des autres pays. Il est impossible ici de tous les mentionner : qu'il me suffise de dire que l'attention de la *Revue* fut constante pour tous les pays du monde ... des pays européens (de l'Ouest comme de l'Est, du Nord comme du Sud) aux deux Amériques, des pays africains ou asiatiques et océaniques. Et ainsi les mérites de la *Revue* furent reconnus non seulement par les lecteurs français — mais aussi par ceux des pays voisins qui y apprirent tant et tant de choses. A ce propos, je crois que nous devons être particulièrement reconnaissants à Yvonne Marx, Secrétaire général de la *Revue de science criminelle* depuis 1957 et fervent serviteur du droit pénal comparé.

Progressivement, du fait de l'augmentation des rencontres et des initiatives internationales, de la facilité croissante des communications, de l'accroissement de l'intérêt général pour les problèmes de la prévention des délits et du traitement des délinquants, la partie « Chroniques » sous ses formes multiples, risqua de prendre le dessus du point de vue du volume. Cependant la *Revue* resta toujours celle qu'elle avait été dès le début : une source non seulement d'informations et de réflexions, mais aussi d'enseignement pour les juristes. On put y lire des écrits d'éminents auteurs étrangers comme Hurwitz, Cornil, Strahl, Andenaes, Graven, Pisapia, Nuvolone et tant d'autres ; et, parmi les Français, d'inoubliables amis comme Paul Amor et Charles Germain. Mais pour ne pas me laisser aller encore une fois à citer des noms, je rappellerai, parmi les contributions les plus importantes de la doctrine française et étrangère, l'étude de Jean Graven sur « Le droit pénal soviétique », encore fondamentale à l'heure actuelle bien qu'elle remonte à la fin des années 40, ainsi que, toujours du même auteur, celle sur « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal » ayant soulevé en 1949 (et pour la première fois) les problèmes complexes moraux et juridiques qui commencèrent alors à troubler le rapport entre science et procès. Citons aussi, en 1949, « L'analogie en droit pénal » de Luis Jimenez de Asúa auquel peut être rattaché un autre ouvrage de Graven sur « L'analogie en droit pénal suisse » de 1954. Et, à propos de la Suisse, rappelons les études de François Clerc sur « L'instruction préparatoire en Suisse » (1952), de Germann

sur « La révision actuelle du code pénal suisse en matière de sanctions » (1958) et encore de Graven sur « La répression de l'homicide en droit pénal suisse » (1966). Ont vu aussi le jour dans la *Revue* certains authentiques classiques de nos disciplines, comme « L'expérience de la sentence indéterminée aux Etats-Unis » de Thorsten Sellin (1951), encore un vieil ami et maître que j'ai la joie de saluer ici ce matin, « L'interdiction de séjour » de Georges Levasseur (1956) et « La confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale » de Roger Merle (1964). Je ne pourrais pas oublier certains écrits très fins de la doctrine pénale et procédurale française, tel celui de Michel Vasseur sur « Les effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'autres disciplines », thème d'actualité en Italie, ou « L'application en jurisprudence de la règle *electa una via* » de Charles Freyria (1951).

Et comment ne pas se rappeler, en repensant à 1951, le dernier ouvrage de Henri Donnedieu de Vabres *Les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international*, sorte de testament spirituel dans lequel ce grand maître tira profit de ses expériences et de ses réflexions pour la construction d'un avenir meilleur pour l'humanité ?

Permettez-moi encore quelques brèves constatations quant au contenu de la *Revue*. Tant le « dosage », si je puis dire, que le *choix* sont exemplaires. Une juste place, par exemple, est consacrée au droit pénal militaire (qui, en Italie, est abordé surtout dans des revues spécialisées), à d'autres thèmes de droit spécial comme la protection pénale du travail, à des études médico-psychologiques et enfin à certaines études historiques telle celle de Jean Graven sur « Le procès de Damp Renart » (1952) et celle de Savey-Casard sur « Les enquêtes de Victor Hugo sur les prisons » (1952). On ne peut qu'être frappé par la finesse avec laquelle furent traités, avant qu'ils ne deviennent d'actualité, les thèmes de droit pénal économique, de la responsabilité pénale des personnes morales, de la responsabilité pénale des dirigeants d'entreprises publiques, des immunités, des détournements d'aéronefs et de l'erreur de droit invincible en droit pénal. Signe non seulement d'un effort digne d'éloges et peut-être sans égal sur le plan du caractère exhaustif des publications, mais aussi d'une présence active et prévoyante de recueil et d'élaboration de données et d'informations. Cinquante ans après sa naissance, la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* nous apparaît comme une synthèse de tout le mouvement de pensée mondial autour des problèmes du délit et de sa prévention, mais aussi au-delà de l'extension croissante de l'information et de la nouveauté de certains problèmes, comme un acte de fidélité à un certain modèle originaire, authentiquement pénal et inséré dans la grande tradition de justice et de légalité propre à la France. En célébrant la *Revue* et en rendant hommage à ses directeurs, rédacteurs et collaborateurs, nous célébrons l'esprit et la science françaises et leur capacité persistante à devenir, avec l'apport — noblement recherché — de compétences étrangères et amies, un débat universel autour duquel tout le reste se meut. Souhaitons à la *Revue*, en progrès permanent et inégalable, à son directeur Marc Ancel, au nouveau rédacteur-en-chef Mme Delmas-Marty, à l'émérite Secrétaire de rédaction et amie de nous tous Yvonne Marx, à toute la rédaction et à ses collaborateurs, un avenir prospère et riche en succès comme par le passé, dans l'intérêt des plus grands idéaux de la science et de l'homme.

Allocution de M. Pierre Arpaillange

*Procureur général près la Cour de cassation,
Président du Centre de recherches de politique criminelle*

Madame le Premier Président, Messieurs les professeurs, Avocats, Magistrats, chercheurs français et étrangers, Mesdames et Messieurs, Monsieur le Président Marc Ancel,

Il y a vingt-cinq ans, vous ou certains d'entre vous, et certains autres qui hélas ne sont plus ... vous étiez, nous étions devrais-je dire, réunis pour célébrer le vingt-cinquième anniversaire de la *Revue de science criminelle* à l'occasion d'un colloque consacré aux infractions involontaires et aux rapports de la science criminelle et du droit comparé. Ce colloque s'était tenu les 17 et 18 novembre 1961. Il y aura vingt-cinq ans dans quelques mois. Marc Ancel est et était le rédacteur en chef de publication, il en est devenu récemment le Directeur. Yvonne Marx est et était secrétaire général. Josette Fitzgerald est et était secrétaire de rédaction.

Pour vous prouver d'emblée la qualité de la *Revue* il y a vingt-cinq ans, je ne résiste pas au plaisir de citer et d'évoquer un instant les membres de son comité de rédaction.

Vous aviez en effet réuni, Monsieur le Rédacteur en chef, une pléiade de noms parmi les plus prestigieux. Hélas, presque tous les membres du Comité de Direction de l'époque ont disparu, puisque sur neuf membres, il n'en reste qu'un, toujours aussi jeune et dynamique, le Doyen Bouzat ; qu'il sache l'amitié et l'estime que nous lui portons.

Les huit autres membres du Comité étaient : Maurice Garçon, de l'Académie française, Avocat à la Cour de Paris, le défenseur des libertés.

Maurice Patin, Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le plus grand pénaliste — mais je ne voudrais blesser personne ...

Jean Brouhot, Président de Chambre à la Cour de cassation, aussi brillant civiliste que pénaliste, homme de caractère en tout cas.

Louis Hugueney, Professeur honoraire à la Faculté de Paris de tradition classique, plein de nuances et d'humanité.

Marcel Rousselet, Premier Président de la Cour d'appel de Paris, Membre de l'Institut, homme de droit et de devoir.

E. F. Carrive, Premier Président honoraire de la Cour de cassation, homme de caractère lui aussi et de dévouement.

Alfred Légal, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier, chef de file des professeurs de droit pénal. Enfin le dernier, Robert Vouin, également professeur, qui était un ami très cher.

C'est avec lui que je collaborais à la *Revue*, puisque nous étions chargés en co-production de la *Chronique législative*. Quel travail !

Nous avons essayé de nous partager les recherches, la rédaction, que sais-je encore ; mais il était rare qu'avant la fin du trimestre Josette Fitzgerald n'ait pas à nous « rappeler à l'ordre » ... Aujourd'hui, nous nous retrouvons pour un cinquantenaire. Un demi-siècle s'est écoulé, et c'est bien davantage que deux fois vingt-cinq ans, je veux dire que cinquante ans de publication — moins l'interruption provoquée par la guerre —, ce qui représente près de deux cents livraisons trimestrielles, et modifie toutes perspectives ; *c'est l'histoire même qui fait irruption dans les pages de la Revue*.

Dans ces milliers de pages que compte maintenant la collection de la *Revue de science criminelle*, un savoir gigantesque sur le crime dans le monde et le traitement du crime s'est construit. Les initiateurs de la *Revue* s'étaient donné certaines tâches précises qui pour eux caractérisaient une véritable mission :

— créer un lieu où pourrait s'élaborer et s'exprimer une doctrine française moderne de la science criminelle, ou sans doute faudrait-il dire « les doctrines » car la *Revue*, par la sagesse de ses animateurs, s'est ouverte à toutes les tendances doctrinales, comme à tous les aspects de ce grand, de cet angoissant problème, je veux dire le crime, dont les conséquences toujours présentes seront au cœur de nos sociétés et au cœur de l'homme ;

— apporter aux juristes, avec la régularité d'un périodique, le compte rendu précis de l'actualité en matière pénale ;

— rendre compte des enseignements du droit comparé et de ses inépuisables richesses.

*

* *

J'ai dit un mot de la *Chronique législative*. Mais cette chronique ne venait qu'en deuxième position. On trouvait en effet tout d'abord des articles de doctrine et de droit comparé puis la *Chronique de jurisprudence* : par Alfred Légal, Louis Huguency, Pierre Bouzat, Jean Robert, et après la *Chronique législative* : la *Chronique pénitentiaire*, par Pierre Cannat, la *Chronique de criminologie*, par Jean Pinatel, la *Chronique de police*, par Jean Susini, la *Chronique d'instruction criminelle*, par Ferdinand Gollety, la *Chronique de défense sociale*, signée souvent de Jacques Vêrin, enfin les informations et les notes bibliographiques.

J'ai tenu à citer ces noms car chacun d'eux, et ceux qu'ils avaient remplacés, et ceux qui les ont suivis (je ne peux tous les citer), ont fait de la *Revue de science criminelle* ce qu'elle est aujourd'hui : une revue d'une qualité exceptionnelle. En les citant j'ai voulu les honorer une fois de plus. Ne perdons jamais la mémoire. Tel est bien, n'est-ce pas, l'objet de ce colloque.

J'ai voulu aussi dire au Président Marc Ancel notre hommage, notre gratitude, notre fidélité. Il restera à jamais celui qui a littéralement « porté » pendant

cinquante ans la *Revue de science criminelle*, avec au départ le Professeur Donnedieu de Vabres et le Professeur Louis Hugueney.

Cette action de cinquante ans, Marc Ancel va la poursuivre avec l'aide de Mirelle Delmas-Marty, nommée rédacteur en chef : déjà la maquette s'est renouvelée ; les chroniques se sont multipliées, certains noms ont changé, beaucoup se sont ajoutés ; l'originalité scientifique a vraiment pris droit de cité. De meilleures mains ne pouvaient prendre en charge notre *Revue*. Les vastes terrains, que voulaient défricher les organisateurs, étaient en 1935 presque vierges. Tout devait être exploré, la science criminelle moderne restait à construire. Et la réussite est indiscutable, exemplaire. Le succès et l'audience internationale dont bénéficie la *Revue* en témoignent suffisamment.

Je voudrais dire la gratitude, dont ceux qui rendent la justice et ceux qui participent aux mouvements d'idée, aux réflexions collectives d'où naissent et mûrissent les projets de loi, doivent témoigner à l'égard de la *Revue*. Tous les grands et moindres problèmes, tous les aspects du droit pénal et de la criminologie ont été abordés, puis repris et le seront de nouveau car en de tels domaines aucune conclusion n'est jamais définitive.

Instrument de travail quotidien, moyen de connaissance, guide et stimulant pour la réflexion, la *Revue* a joué et jouera tous ces rôles à la fois. Quelle fonction capitale, en particulier pour les magistrats qui pour l'application de la loi et de la sanction disposent en fin de compte d'une large autonomie, qui leur permet d'aménager leur pratique. Il est peu d'activité sociale où la pratique exige tant, suscite tant la réflexion, celle-ci, nécessairement, la nourrissant en retour.

Et avant ceux qui élaborent les projets de loi, avant le législateur lui-même, la *Revue* a toujours rassemblé ceux qui suscitent les grandes réformes, les textes innovateurs grâce auxquels notre système judiciaire français, malgré ses faiblesses, se tient à la pointe de la modernité. Il n'est que d'examiner les sujets abordés dans les pages de la *Revue*. Pour ne citer de façon bien évidemment arbitraire que quelques exemples, qu'il s'agisse des infractions économiques, de l'indemnisation des victimes d'infractions, du traitement médical de certains délinquants, de l'application des peines, de la prévention ou des droits de la défense, des articles de doctrine et des textes publiés sous le générique « Etudes et variétés » ont souvent précédé, suscité, peut-être même inspiré les projets soumis au législateur et adoptés par lui. Ainsi la *Revue* a autant fait l'actualité qu'elle en a été le reflet. C'est l'ambition secrète de tout *media* que d'agir sur l'actualité dans son domaine, et non pas seulement d'en rendre compte.

L'apport des études de droit comparé est également considérable. A cet égard, l'importance et la qualité du réseau de ses collaborateurs étrangers a permis à la *Revue* de se constituer en bibliothèque encyclopédique des systèmes de traitement du crime en quelque lieu du monde que ce soit. Aucune nation n'a été négligée qu'elle soit d'Afrique, des Amériques ou des antipodes. Toutes, en effet, ont quelque chose à nous dire sur ce phénomène mondial, protéiforme qu'est le crime, et presque toutes les nations expérimentent leurs institutions pénales, avec l'originalité, parfois les partis pris qu'elles tiennent de leurs traditions et de leur histoire. La connaissance des institutions étrangères, au

même titre que la recherche doctrinale, nous est indispensable. Nous devons tirer parti aussi bien des échecs ou des déviations effrayantes, qui se produisent parfois dans les convulsions de l'histoire, que des réussites : nous ne pouvions ignorer la probation, ou le travail d'intérêt général, ou le système d'indemnisation des victimes. Ainsi les échanges, la recherche, les mises en perspective que permet la *Revue* enrichissent notre vie professionnelle. J'allais dire même, sans exagération, qu'ils la rendent possible.

Dans le domaine qui est le nôtre, si complexe et difficile, qui relève autant du droit que des sciences humaines et médicales, où doivent nous guider autant les impératifs de la protection de la société que ceux de la morale et le souci de la liberté et des droits de l'homme qui sont notre patrimoine commun, où simplement doit nous conduire l'exigence impérieuse de justice, aucune connaissance, aucun savoir ne peuvent être définitivement acquis, aucune notion n'est à jamais établie et aucune discipline ne peut s'isoler sous peine de périr. Si nous disposons, comme quelques autres nations, d'œuvres monumentales qui sont de précieuses architectures, tels le code pénal ou le code de procédure pénale, nous ne pouvons les considérer comme autant d'arches sacrées qui traverseraient les siècles, immuables, et pérennisées dans une absolue perfection. Tout change autour de nous. Nos sociétés, *inquiètes d'un futur toujours étrangement plus proche*, se métamorphosent si rapidement sous nos yeux qu'en vingt ans nous pouvons changer de civilisation. Nous, juristes, scientifiques ou gens de justice, sommes non pas aux marges mais au cœur de ces paysages bouleversés. Et dans nos sociétés mouvantes, nous avons à traiter ce qui est le plus mouvant en leur sein : les transgressions, les crimes que suscitent les passions, les intérêts, les désirs ou la folie. Plus que jamais il nous faut réfléchir, comprendre, expérimenter. Si nous ne pouvons anticiper, en aucun cas nous ne devons prendre de retard.

A cet égard, la *Revue* a joué et ne cessera de jouer un rôle essentiel. Que ses créateurs et tous ses collaborateurs en soient une nouvelle fois remerciés.

Le thème du colloque qui va s'ouvrir est bien digne d'un cinquantenaire : « *Les principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe* ». Je me demande quel sera le thème du colloque de l'an 2036, année où sera célébré le centenaire de la *Revue de science criminelle*. S'il s'agissait des « principes directeurs pour une politique criminelle sans frontière », comme je le souhaiterais ! Mais, hélas, je ne suis sans doute pas assez optimiste pour croire un instant que cette question pourrait recevoir une réponse positive !

Mais ce jour du cinquantième anniversaire doit être un jour heureux. Grâce à vous, Monsieur le Président. Permettez-moi de vous dire, en notre nom à tous, nos remerciements infinis et notre attachement pour ce que vous avez été et ne cessez pas d'être.

TRAVAUX DU COLLOQUE :
Des principes directeurs
de politique criminelle pour l'Europe

I

Rapport introductif

par Mircille DELMAS-MARTY

Professeur à l'Université de Paris XI

Co-directeur de la Section de science criminelle

de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris 2

Rédacteur en chef de la Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

Pourquoi ce thème ?

C'est une longue histoire. L'histoire d'un rêve, d'un choc et ce qu'il en advint.

Le rêve avait été fort bien conté par R. Saleilles en 1902. Il disait : « le droit comparé par le rapprochement des Justices tendra à devenir, dans ses grandes lignes, le droit commun de l'humanité civilisée ... tout en conservant, pour chaque pays, l'indépendance absolue de sa vitalité propre ». Et il ajoutait que si « le droit national, codifié et doctrinal, reste au premier plan », en revanche « comme source d'orientation de son évolution scientifique et judiciaire, se place en première ligne un droit naturel à contenu variable ». Formule étonnante, empruntée d'ailleurs au juriste allemand Stammler.

Cet élan des comparatistes, même la guerre de 14-18 ne l'avait pas vraiment brisé. Saleilles et Stammler n'étaient pas seuls. Ils ont tous rêvé. Encore à la veille de la seconde guerre mondiale. Rappelons qu'en 1938, Donnedieu de Vabres s'attachait à l'étude de la « politique criminelle des Etats autoritaires » (l'Etat nazi en Allemagne, l'Etat fasciste en Italie, l'Etat Stalinien en U.R.S.S.), espérant y trouver des réponses à la crise des Etats libéraux. D'autres comme Edouard Lambert pensaient le droit comparé comme méthode pour découvrir un « droit mondial caché ». D'autres encore imaginaient ce droit mondial naturel qui « s'unirait au droit positif comme l'âme au corps pour le constituer lui-même spécifiquement et progressivement », comme la « pensée idéale de l'artiste est inséparable du marbre, de la couleur ou du son pour constituer l'œuvre d'art elle-même » (Ch. Boucaud, *in Mélanges Lambert*, 1938).

Dans ce climat lyrique, le vrai choc, ce fut la seconde guerre mondiale et de découvrir que le droit lui aussi était mortel ... Des « nations civilisées avaient produit un droit et des pratiques non seulement différents, mais contraires aux

principes fondamentaux affirmés auparavant comme universels. Plus haut avait été le rêve, plus brutal fut le réveil.

Réveil sans aucun doute douloureux pour les juristes. A leur tour, les voilà comme Rimbaud le visionnaire : « rendus au sol, avec un devoir à chercher et la réalité rugueuse à étreindre ». La réalité la plus rugueuse de toutes, celle d'une guerre implacable où les lois de la guerre le cédaient elles-mêmes à la barbarie.

L'élan avait pu paraître brisé. Pourtant, à quarante ans de distance, il semble que le choc ait produit deux effets apparemment contradictoires.

D'abord (le plus visible), un effet de repli. Repli sur un positivisme pur et dur, parfaite illustration d'un droit kelsénien qui se veut théorie pure au risque de rester purement théorique. Et, du même coup, qui réduit le droit comparé à un travail infiniment minutieux, toujours recommencé, de juxtaposition des droits nationaux.

Mais simultanément le choc produisait comme un nouvel élan dont on commence à peine à mesurer les conséquences.

Dans le même temps que le repli, il y eut rebond marqué par la réaffirmation solennelle des droits de l'homme et surtout par leur transformation, particulièrement sensible dans les pays de tradition legaliste.

Ils étaient nés déclaration de principes ; ils deviennent principes de droit. Pour s'intégrer au droit, ils dépendaient du bon vouloir du législateur ; ils vont s'imposer au législateur lui-même, s'appliquer au besoin contre le législateur.

Un exemple récent (C.D.H. 1984, arrêt *Malone*) illustre parfaitement cette véritable mutation dans la fonction des droits de l'homme.

Il s'agissait d'écoutes téléphoniques effectuées par la police britannique dans le cadre d'une instruction pénale. L'ingérence de l'Etat dans la vie privée de l'inculpé était-elle justifiée au sens de l'article 8, § 2, C.E.D.H. qui exige comme première condition que l'ingérence soit prévue par la loi ?

Avec beaucoup de nuances la Cour rappelle que le mot « loi » englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit (elle l'avait d'ailleurs jugé dans l'affaire *Sunday Times* dès 1979). En outre, elle ajoute cette phrase remarquable que le terme « prévu par la loi » « ne se borne pas à renvoyer au droit interne mais concerne aussi la qualité de la loi ». C'est-à-dire une loi qui soit d'abord accessible au citoyen et ensuite énoncée avec suffisamment de précision pour que le citoyen « en s'entourant de conseils éclairés soit à même de prévoir à un degré raisonnable les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ». Accès à la loi, précision, prévisibilité, tels sont les éléments de cette qualité de la loi que se réserve d'apprécier la C.D.H.

On voit que l'évolution ne marque pas la fin du positivisme mais la volonté de « réintroduire la question du droit au sein du positivisme ». Ou, pour reprendre d'autres formules de F. Ewald, de « produire de la conscience juridique », ou encore un « droit du droit », c'est-à-dire la « règle de jugement » qui permet de tracer la limite entre ce qui peut ou ne peut pas être du droit (*L'Etat providence*, Grasset, 1986).

C'est à ce point précis que se place le thème de ces journées.

Un thème qui renoue avec le rêve de Stammmler, de Saleilles et des grands comparatistes du début du siècle, tout en tenant compte de l'histoire : c'est ainsi que nous avons voulu célébrer le Cinquenaire de cette *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*.

Certes, il est difficile en 1986 de parler encore d'un droit naturel à contenu variable. Le droit naturel est peut-être devenu une impossibilité épistémologique : F. Ewald le montre très bien : « la nature est devenue une référence muette et nous avons le sentiment d'une irréductible dispersion quant aux valeurs ». Mais le constat n'affecte en rien la fonction du droit naturel dans l'expérience juridique occidentale. Fonction de réflexivité qui remonte à Aristote et incite à penser encore — mais autrement — le programme de Saleilles :

- le droit national, codifié et doctrinal « reste au premier plan » ;
- en même temps que le droit comparé devient « source d'orientation de l'évolution scientifique et judiciaire ».

Réactualisé, ce programme sous-tend le thème de nos Journées. Entre le repli des droits pénaux nationaux sur un positivisme qui déclenche réformes et contre-réformes des codes pénaux, et le rebond des droits de l'homme dans leur nouvelle fonction de « droit du droit », il y a sans doute place pour l'élaboration, grâce au droit comparé, de « principes directeurs de politique criminelle ». Principes d'abord limités à l'Europe des douze pour des raisons de réalisme (il n'est pas interdit de marier, parfois, le rêve et la réalité). Car l'Europe est déjà une Communauté. Une Communauté qui n'est pas seulement économique mais aussi éthique et culturelle. Peut-être aussi cette « communauté d'inquiétude » dont Gabriel Le Bras disait qu'elle impose aux hommes de créer des institutions « pour éviter le malheur et capter le bonheur ».

Cela posé, j'en viens à l'essentiel de ce propos introductif : pourquoi « principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe » et non « Code pénal ou droit pénal européen » ?

La question est double et je m'efforcerai d'y répondre en deux temps :

- pourquoi des « principes directeurs » qui ne sont ni un code, ni même un ensemble de règles de droit au sens précis et technique du terme ?
- pourquoi « politique criminelle » qui n'est pas synonyme de droit pénal, même si celui-ci est en quelque sorte le noyau dur de celle-là ?

I

1. DES RÈGLES DE DROIT AUX PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT

Si le système des « règles de droit » apparaît, comme le rappelait Hauriou, avec les lois écrites, l'appel à des « principes directeurs », au sens le plus moderne du terme, a sans doute quelque chose à voir avec la naissance de l'informatique.

Mais le bond des uns aux autres s'est trouvé facilité par une notion beaucoup plus ancienne et de source empirique qui traverse l'histoire du droit : celle de standard ou directive. Surtout familière aux juristes anglo-saxons, elle a été étudiée en pays légaliste, notamment, mais non exclusivement, en matière administrative où l'influence du droit écrit est restée beaucoup plus faible.

Des règles de droit aux principes directeurs du droit, le chemin passe sans doute par cette première distinction entre le système des règles de droit et celui des standards et directives.

Deux couples, donc, à étudier.

1. *Des règles aux directives et standards.*

Analysée en France particulièrement par Edouard Lambert et l'école de Lyon, à la suite de travaux sur la jurisprudence de la Cour suprême américaine, systématisée aux Etats-Unis par le Doyen Pound, la méthode des standards et directives a été récemment réactualisée par S. Rials.

Avec des nuances d'un auteur à l'autre, il demeure cette différence essentielle que ces deux « modes d'expression du droit » (formule du Doyen Maury) fondent des logiques d'interprétation judiciaire tout à fait différentes.

Fixées dans la législation, les règles font appel à la déduction de l'interprète. A partir de la règle, le jugement juridique se développe sous la forme d'un syllogisme : règle de droit/affirmation de fait/dispositif ou décision de jugement. Autrement dit, la règle fournit une recette, une formule de solution quasi-automatique.

Tandis que la directive et le standard procèdent autrement. Pas vraiment fixés quelque part, ils sont dégagés au sens plein du terme, parfois de législations différentes, ou même contradictoires. Faisant davantage appel à l'intuition qu'à la déduction, la directive ne fournit pas automatiquement une solution. Elle ne dit pas ce qu'il faut faire ou ne pas faire, ce qui est permis ou défendu. Autrement dit, elle échappe à une logique binaire pour introduire ce que j'appellerai — au sens mathématique du terme — une logique du flou, c'est-à-dire un système de gradation où l'appréciation se fonde non pas sur appartenance/non-appartenance mais sur le degré d'appartenance. Appliquée au droit, la logique du flou permet de dire que telle pratique est plus ou moins conforme à la directive invoquée, la décision finale supposant que soit établi un seuil au-delà duquel la pratique en cause sera jugée non conforme.

On perçoit l'intérêt de cette méthode quand il s'agit de passer d'un travail d'interprétation judiciaire des faits à un travail de mise en cohérence de droits nationaux dont on entend respecter la diversité.

2. *Des directives aux principes directeurs du droit.*

S'agissant d'un tel travail de mise en cohérence des droits nationaux, l'intérêt des principes directeurs, inspirés de la méthode des directives, est de pouvoir coordonner et pas seulement sub-ordonner (cf. M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, éd. Neuchâtel, 1971, p. 84 à 86).

La règle de droit impose toujours une solution unique, c'est-à-dire l'uniformisation, puisqu'elle relève d'une logique binaire. En revanche avec la logique des directives, deux législations nationales différentes peuvent appartenir, à des degrés différents, au même principe. Tant que le seuil de conformité n'est pas franchi, ces différences n'auront pas à être réduites. Conséquence précieuse pour une Europe attachée à la spécificité de ses traditions juridiques nationales.

On entrevoit alors les conditions de possibilité d'une Europe dont l'identité juridique ne serait pas réductrice et uniformisante mais complexe et combinatoire. On pourrait dire, pour transposer la formule de Stammeler et Saleilles, une identité « à contenu variable ».

Précisément les « principes directeurs » rendent possible — et pas seulement statistiquement probable — une telle identité, car ils réintroduisent la volonté là où la diversité seule, en croyant ouvrir les portes à la liberté, favorise d'abord les fantaisies du hasard.

A vrai dire, ces principes directeurs existent déjà. Au sens précis de ce terme qui fait paraître le jeu subtil des logiques juridiques entre règles de droit, directives et principes directeurs.

A la différence des règles de droit, directives et principes directeurs fournissent un principe de jugement dont le mécanisme ne relève pas du syllogisme propre à la règle de droit mais de la logique combinatoire et floue des directives. Avec cette spécificité, des principes directeurs par rapport aux directives, que leur fonction n'est pas de juger un fait mais d'abord de juger la « qualité de la loi » pour reprendre ici la formule de la C.D.H. (arrêt *Malone* précité).

Oui, ils existent déjà et tendent même à se développer, mais de façon plutôt désordonnée, tant en droit interne qu'en droit international.

— *En droit interne*, on peut observer trois manifestations principales. La plus ancienne est, il est vrai, de pratique judiciaire. Elle contient cependant en germe l'idée d'un « droit du droit ». C'est le recours aux principes généraux du droit, pour suppléer une lacune du droit. Parfois même pour infléchir la loi.

Beaucoup plus répandue dans les systèmes de common law et, pour les pays de tradition légaliste, en matière administrative, cette tendance n'est pas totalement exclue de notre jurisprudence judiciaire, même pénale. Un exemple récent : l'arrêt du 17 mai 1984 par lequel la Chambre criminelle déclare recevable en matière d'extradition, au nom des principes généraux du droit, le recours en cassation que la loi de 1927 excluait formellement.

En revanche, la seconde manifestation est limitée aux pays ayant organisé un contrôle de la constitutionnalité des lois. Elle tient à l'utilisation de principes (parfois écrits, parfois eux-mêmes dégagés des principes généraux du droit) pour juger de la constitutionnalité des lois.

Enfin un pays comme l'Italie (dans une certaine mesure aussi le Canada) a récemment introduit la technique des « critères d'orientation à l'intention du législateur » pour suggérer sous la forme de circulaire ministérielle des principes

de différenciation entre infraction pénale et administrative, (circulaire 1983) puis entre délits et contraventions (circulaire 1986)¹.

J'y reviendrai dans la seconde partie.

— *Quant aux droits européens*, on y découvre la véritable consécration des principes directeurs dans leur forme la plus moderne.

D'une part, l'originalité du système de la Convention européenne des droits de l'homme et des protocoles additionnels repose sur cette technique juridique. En effet, des variations s'y trouvent admises dans le degré d'appartenance des pratiques juridiques nationales aux principes posés par la Convention.

Ces variations sont d'ailleurs désignées juridiquement dans la Convention comme « marge nationale d'appréciation ». Selon la jurisprudence de la Cour, cette marge varie elle-même selon les domaines. Elle est, par exemple, particulièrement large quand il s'agit de protection de la morale. Un exemple, l'affaire *Handyside* (C.D.H., 7 déc. 1976) : une condamnation pénale avait été prononcée en Angleterre (alors qu'il y avait eu relaxe en Ecosse) contre l'éditeur d'un petit livre rouge (« Little red schoolbook ») d'initiation sexuelle pour écoliers. Dans sa requête devant la Commission, l'éditeur se plaignait d'une violation de l'article 10 sur la liberté d'expression, le Gouvernement britannique invoquant en réponse la marge nationale d'appréciation prévue au paragraphe 2. Très clairement la Cour affirme « qu'on ne peut dégager des droits internes des divers Etats contractants une notion européenne uniforme de la morale ». Ce qui n'entraîne pas pour autant la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation illimité pour les Etats. Mais le refus de l'uniformisation. Refus auquel répond en écho la C.J.C.E. par un arrêt du 14 décembre 1979. Il s'agissait encore de poursuites pénales en Angleterre, cette fois pour importation de magazines obscènes (infractions aux lois sur les douanes). La Chambre des Lords avait porté l'affaire devant la C.J.C.E. en faisant, pour la première fois, usage de la procédure de la question préjudicielle prévue par l'article 177 du Traité de Rome. La question était de savoir s'il y avait eu violation du principe communautaire de libre circulation à l'intérieur du Marché commun (ces publications d'origine danoise, arrivaient par Rotterdam).

Sans reprendre toute l'argumentation de l'avocat général, qui invoquait expressément la jurisprudence de la C.D.H. (l'affaire *Handyside*), la C.J.C.E. affirme à son tour que malgré le principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté, « chaque Etat membre est en droit d'établir des interdictions d'importation justifiées par des raisons de moralité publique ».

Ici encore la juridiction européenne contrôle les dispositions législatives en cause tout en reconnaissant une marge d'appréciation nationale. Pourtant il ne s'agit ni de la même juridiction ni de l'application des mêmes principes.

C'est qu'en effet le droit communautaire, d'autre part, offre lui aussi des exemples de cette méthode de raisonnement.

1. Voir *Archives de politique criminelle* n° 9 (1987).

A première vue il est d'abord fait des règles de droit contenues dans les Traités. Ceux-ci sont complétés il est vrai par les règlements et directives. Et le tout constitue en matière économique un véritable ordre juridique communautaire dont le contenu est pour partie fixe et pour partie variable. Mais cela ne concerne pas vraiment la politique criminelle.

En revanche, la C.J.C.E. participe à la construction de cette identité européenne à contenu variable dont il est ici question lorsqu'elle dégage des principes généraux qu'elle applique sous le nom de « droits fondamentaux de la Cour européenne ». Droits fondamentaux qui font référence à trois ensembles de normes : d'abord, les normes communautaires lorsqu'elles consacrent directement de tels droits (niveau de vie suffisant, libre circulation, emploi, non-discrimination, etc.), en second lieu, les instruments internationaux de protection des droits de l'homme et notamment la C.E.D.H. ; enfin, les principes constitutionnels fondant l'ordre interne des Etats membres. Etant précisé que l'étude comparée ne tend ni à rechercher le plus petit commun dénominateur, ni à établir une moyenne, mais à déterminer l'ordre juridique national qui apporte le plus haut degré de protection sous réserve de sa compatibilité avec les objectifs communautaires².

Mais alors, si les principes directeurs existent déjà en Europe, pourquoi des Journées d'études sur ce thème ? Précisément parce que le travail de synthèse reste à faire.

Il reste à extraire de ces trois ensembles (principes généraux du droit national, principes consacrés par la C.E.D.H., droits fondamentaux de la C.E.E.) un ensemble unique. Travail évidemment beaucoup trop ambitieux s'il n'était limité à notre champ d'observation : politique criminelle ou droit pénal.

J'en viens à la seconde question.

II

DU DROIT PÉNAL A LA POLITIQUE CRIMINELLE

S'il est vrai que le droit de punir est le signe, peut-être le plus éclatant, de la souveraineté nationale, comment peut-on seulement concevoir des principes directeurs dans un domaine aussi farouchement national ? N'y a-t-il pas antinomie entre le système des principes directeurs et la conception traditionnelle d'un droit de punir monopole de l'Etat ? Cette question préalable posée, apparaît le dépassement, inévitable s'il s'agit de principes pour l'Europe, de la catégorie pénale au profit d'un objet aux contours moins précis nommé politique criminelle.

2. Voir XII^e Congrès de la Fédération internationale pour le droit européen (F.I.D.E.), Paris 24-27 sept. 1986 : « Les principes généraux communs aux Etats membres en tant que source du droit communautaire. Interaction entre droit communautaire et droit national ».

1. *Principes directeurs et droit de punir.*

L'idée que la seule légalité des délits et des peines ne suffit pas à garantir la protection des droits de l'homme se trouve en germe dans la Déclaration de 1789. C'est le principe quelque peu négligé de « nécessité » des délits et des peines : « la loi ne doit interdire que les actions nuisibles à la société » (art. 4) et n'édicter que « des peines strictement et évidemment nécessaires » (art. 5). Fondement possible d'un contrôle de la constitutionnalité des lois pénales.

Mais c'est surtout pour les délits européens que se trouve déjà réglée par l'affirmative la question de la possibilité d'exercer un contrôle sur le droit de punir des Etats. A vrai dire l'idée d'un tel contrôle existe en puissance dès lors qu'est admise la primauté des droits européens sur le droit national, toutes disciplines juridiques confondues. Ainsi l'application des principes communautaires, de libre circulation des personnes et des biens et de non-discrimination peut aboutir à « paralyser » — pour reprendre le mot de la Chambre criminelle — la répression d'infractions pénales incriminées par le droit français (par ex. en droit douanier).

Paralyse totale qui peut aboutir à la dépénalisation, ou paralyse partielle qui, en application du principe de proportionnalité, sera un appel à la modération des sanctions.

Citons, à titre d'exemple, un arrêt de la C.J.C.E. (du 3 juill. 1980), où le raisonnement se fonde sur le principe de libre circulation des personnes : « si les autorités nationales peuvent soumettre le non-respect des dispositions relatives au titre de séjour à des sanctions comparables à celles qui s'appliquent à des infractions nationales de moindre importance, il ne serait cependant pas justifié d'y attacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une atteinte à la libre circulation des travailleurs. Tel serait notamment le cas si cette sanction incluait des peines d'emprisonnement ».

De même, le respect des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme peut-il fonder la condamnation d'un Etat lorsque la seule existence d'une incrimination pénale porte atteinte à un droit protégé, sans se trouver justifiée par un besoin social impérieux. On se souvient de l'affaire *Dudgeon* (C.D.H., 22 oct. 1981) : le droit pénal d'Irlande du nord réprimant les actes homosexuels accomplis en privé par des adultes consentants, de sexe masculin, a été considéré comme une atteinte injustifiée au droit au respect de la vie privée. La condamnation a d'ailleurs été suivie par une ordonnance de dépénalisation.

Mais le système n'aboutit pas seulement à neutraliser le droit de punir des Etats. Il est aussi incitation à punir. Conception peut-être plus discutable car elle manifeste une véritable ingérence positive. Il est vrai que la symétrie n'est qu'apparente car aucune instance européenne ne peut se substituer aux Etats pour créer une incrimination pénale.

Ainsi l'affaire *X... et Y... c. Pays-Bas* a-t-elle donné l'occasion à la C.D.H. d'affirmer, à propos d'un attentat à la pudeur commis contre une handicapée mentale, que la protection du droit civil était « insuffisante ». Son raisonnement est clair : « il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels

de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine » ; puis la référence au droit comparé : « de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question ».

Dans des termes moins nets, la C.J.C.E. contrôle également l'effet utile et la valeur dissuasive et répressive des sanctions et peut être ainsi amenée à juger insuffisante la sanction prévue en droit interne.

Je dis la « sanction », car, précisément, apparaît ici l'inévitable dépassement du droit pénal par les autres systèmes de sanction. Le principe de proportionnalité, comme d'autres principes du droit communautaire, s'applique aussi bien aux sanctions administratives qu'aux sanctions pénales, la qualification pouvant évidemment varier d'un Etat à l'autre.

Dépassement non seulement inévitable mais délibérément consacré par les droits européens.

2. *Principes directeurs et dépassement du droit pénal.*

Le dépassement apparaît sur deux plans.

Au plan national, on commence à prendre conscience d'une véritable impossibilité à penser le droit pénal comme un système totalement autonome et isolé des autres systèmes de sanctions. Notamment les pays qui ont systématiquement choisi la dépénalisation de certaines infractions au profit de sanctions administratives ont, presque nécessairement, élaboré des critères de différenciation. Assez vagues dans la loi allemande de 1975 sur les O. W. I. G. (l'infraction administrative est une « action illicite et répréhensible, consistant dans un fait prévu par une loi ... même si elle est commise sans qu'il puisse en être fait grief à son auteur » (art. 1^{er}).

En revanche la circulaire italienne de novembre 1983 présente de façon très explicite les « critères d'orientations pour le choix entre la sanction pénale et la sanction administrative ».

Assez sophistiqué, le système proposé combine plusieurs principes — principe de proportionnalité et principe de subsidiarité.

S'inspirant de ces deux exemples, le groupe de travail de l'inventaire (C.R.C.P. français) avait également proposé un système à partir de deux séries d'indicateurs de la « proportion » (faute, dommage, valeur protégée) et de l'« effet » (symbolique, pédagogique, instrumental) de la sanction.

Nous reviendrons sans doute sur ces différentes approches lors de la table ronde ... Mais observons dès à présent que le dépassement du droit pénal est surtout consacré par les droits européens.

Les droits européens : j'ai rappelé qu'en droit communautaire, des principes essentiels comme la non-rétroactivité ou la proportionnalité ne se limitaient pas aux sanctions pénales.

Ajoutons surtout que la Convention européenne des droits de l'homme inscrit en quelque sorte le dépassement du droit pénal dans les textes eux-mêmes. Ainsi l'article 5, texte essentiel qui affirme que « toute personne a droit à la

liberté et à la sûreté» énumère les cas limitatifs justifiant, selon les normes légales, une privation de liberté. Parmi ces cas, certains relèvent du droit pénal et évoquent garde à vue, détention provisoire, emprisonnement après condamnation. Mais d'autres relèvent, selon les systèmes juridiques nationaux, d'autres branches de la politique criminelle (détention des mineurs, détention des malades contagieux, d'aliénés, d'alcooliques, de toxicomanes, de vagabonds, procédures d'expulsion des étrangers ...).

Enfin, le dépassement du droit pénal se trouve consacré par la jurisprudence de la Cour dans son interprétation de l'article 6. Ce texte prévoit, on le sait, un certain nombre de garanties de procédure pouvant être invoquées par toute personne à l'occasion, « soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Or, la « matière pénale », au sens de l'article 6, n'est pas seulement la matière qualifiée « droit pénal » par les Etats membres. La Cour considère, en effet, qu'il faut éviter « que chaque gouvernement puisse par sa seule volonté limiter le champ d'application de la Convention en procédant à la répartition entre infractions pénales et non pénales ». Ainsi, l'article 6 a été jugé applicable dans des domaines de la politique criminelle voisins du droit pénal : sanctions prononcées contre des militaires (arrêt *Engel*, 1976), sanctions administratives (arrêt *Ozturk*, 1984), sanctions disciplinaires prononcées contre les détenus dans un établissement pénitentiaire (arrêt *Campbell et Fell*, 1984). Les critères de cette « matière pénale » sont progressivement dégagés par la Commission et la Cour et devront, eux aussi, être pris en compte.

Pour conclure, je voudrais seulement redire l'objectif de ces Journées :

- mieux connaître les ensembles déjà existant de principes nationaux et européens qui concernent la politique criminelle ;
- en dégager un ensemble unique, sorte de matrice de la politique criminelle en Europe qui serait non pas la découverte d'un droit caché mais plutôt la recherche de cette « identité à contenu variable » qui est peut-être l'une des marques de l'esprit démocratique.

Abréviations

- C.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme.
 C.E.D.H. : Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales.
 C.J.C.E. : Cour de justice des communautés européennes.
 C.R.C.P. : Commission de révision du Code pénal français.
 O.W.I.G. : Ordnungswidrigkeiten (infractions aux ordres de l'administration).

II

Les droits nationaux, principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal

Séance du 21 mai 1986, tenue dans la Salle des Conseils de l'Université de Paris 2, sous la présidence de M. Georges Levasseur, professeur honoraire à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.



Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal belge

par Raymond SCREVENs

*Président de la Cour de cassation,
Professeur émérite aux Universités de Bruxelles,
Directeur du Centre national de criminologie*

Pour déterminer les principes constitutionnels et les principes généraux applicables en droit pénal, il faut entendre la notion « droit pénal » dans le sens large. Ce concept comprend le droit pénal et son application, le droit matériel et le droit formel, les règles de fond et les règles de forme.

L'organisation judiciaire révèle comment est conçue l'administration de la justice.

La connaissance de la procédure pénale, ou tout au moins d'une série de principes de procédure pénale, permet une appréciation plus exacte des tendances du droit pénal. C'est la procédure pénale qui donne à celui-ci sa « coloration » et ouvre des perspectives sur la politique criminelle.

I

PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

En Belgique, la Constitution de 1831 contient de nombreux principes essentiels relatifs à l'administration de la justice et notamment de la justice pénale.

1. Le premier principe est celui de la légalité des peines et des incriminations, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Il est consacré par les articles 7, alinéa 2, suivant lequel « nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi », et 9 qui dispose : « nulle peine ne peut être établie ou appliquée qu'en vertu de la loi ».

2. L'article 30 de la Constitution consacre l'existence du *pouvoir* judiciaire, exercé par les cours et tribunaux.

Le pouvoir judiciaire est l'un des trois pouvoirs de l'Etat, au même titre que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

3. Conséquence de l'existence d'un pouvoir judiciaire constitué par les cours et tribunaux : l'indépendance des juges.

L'article 100 de la Constitution dispose à ce sujet :

« Les juges sont nommés à vie ...

Aucun juge ne peut être privé de sa place ou suspendu que par un jugement.

Le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement ».

Suivant l'article 99 qui détermine leur mode de nomination, les juges sont nommés par le Roi.

Les juges de paix, les juges de police et les juges des tribunaux, spécialement du tribunal de première instance, qui comprend les chambres correctionnelles, sont nommés directement. Ils sont choisis librement pour autant qu'ils remplissent les conditions légales, notamment d'âge et de diplôme.

Les présidents et vice-présidents des tribunaux de première instance, les conseillers des cours d'appel et de la Cour de cassation sont nommés sur deux listes doubles présentées l'une par les cours d'appel ou par la Cour de cassation, l'autre par un organe politique (le conseil provincial de la province intéressée pour les cours d'appel et le Sénat pour la Cour de cassation).

L'article 99 précise encore : « Les cours choisissent dans leur sein leurs présidents et vice-présidents », c'est-à-dire les premiers présidents et les présidents de Chambre des cours d'appel, le premier président et le président de la Cour de cassation. De cette façon, l'avancement d'un magistrat du siège d'une cour d'appel ou de la Cour de cassation est soustrait à toute influence extérieure.

Il est regrettable que, lorsque le législateur a créé les tribunaux et les cours du travail et modifié les tribunaux de commerce par la loi du 10 octobre 1967 formant le Code judiciaire, il n'ait pas estimé devoir leur octroyer les garanties d'indépendance supplémentaires que constituent la limitation du choix par l'établissement de deux listes doubles et l'élection des premiers présidents et présidents des cours.

4. Aux termes de l'article 96 de la Constitution : « Les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, et dans ce cas le tribunal le déclare par un jugement. En matière de délits politiques et de presse, le huis clos ne peut être prononcé qu'à l'unanimité ». Cette règle concerne toutes les juridictions de jugement, mais uniquement celles-ci. A celles que prévoit la Constitution, quelques exceptions ont été ajoutées par des lois spéciales. Ces exceptions restent cependant très limitées.

Suivant l'article 9 de la loi du 1^{er} juillet 1964, modifiant la loi de défense sociale du 9 avril 1930, la juridiction de jugement, appelée à statuer sur un

réquisitoire ou une demande d'internement, peut ordonner le huis clos à la demande du prévenu, pour autant que le ministère public ne s'y oppose pas.

La juridiction de jugement peut décider de connaître de la suspension du prononcé en chambre du conseil lorsqu'elle estime que la publicité des débats est de nature à compromettre le reclassement ou à provoquer le déclassement du prévenu (art. 5 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation).

En matière de protection de la jeunesse, deux cas spéciaux ont été introduits : d'une part, le tribunal correctionnel doit juger à huis clos un mineur de 16 à 18 ans poursuivi devant lui notamment pour infraction aux dispositions des lois et règlement sur la police du roulage ; d'autre part, le tribunal de la jeunesse peut se retirer en chambre du conseil pour entendre sur la personnalité du mineur, en l'absence de celui-ci, des experts, des parents, des tuteurs ou des personnes qui ont la garde du mineur (art. 36 *bis* et 57 de la loi du 8 avr. 1965).

5. Les jugements doivent en tout état de cause être prononcés en audience publique (art. 97 de la Constitution). Ce principe, qui ne souffre aucune exception, concerne, comme le précédent, toutes les juridictions de jugement, mais uniquement celles-ci.

6. Suivant le même article 97, les jugements doivent être motivés. Ils doivent indiquer les éléments de fait et de droit qui ont déterminé la conviction du juge. L'ampleur de cette motivation varie évidemment suivant les circonstances.

7. L'article 94 de la Constitution dispose qu'il ne peut être établi de tribunaux extraordinaires ou spéciaux.

8. « Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour délits politiques et de presse ». L'article 98 de la Constitution proclame ainsi la compétence de la cour d'assises tant pour les crimes (dans les limites indiquées plus loin) que pour les délits politiques et de presse. Les Constituants de 1830 ont rendu la cour d'assises compétente pour toutes les infractions politiques ou de presse, qu'il s'agisse de crimes ou de délits, parce qu'ils se méfiaient dans ce domaine des juges professionnels, enclins à partager l'opinion du gouvernement en place, comme cela avait été le cas sous le régime hollandais. Il leur apparut donc nécessaire de soumettre ces affaires au jugement de l'opinion publique, représentée par le jury. Le principe est resté inchangé mais il n'y a plus eu de poursuites en matière politique et de presse depuis de nombreuses années.

Le jury, composé de douze jurés, décide seul de la culpabilité. Il siège avec la cour, présidée par un magistrat de la cour d'appel, assisté de deux juges du tribunal de première instance. S'il estime la culpabilité établie, il statue sur la peine avec les trois membres de la cour.

9. Il faut préciser qu'il n'existe pas de cour constitutionnelle en Belgique.

II

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT RÉSULTANT
D'UNE SÉRIE DE DISPOSITIONS DE LA LÉGISLATION PÉNALE

1. *Présomption d'innocence.*

a) C'est à la partie poursuivante, notamment au ministère public, où à la partie civile, à faire la preuve de tous les éléments de l'infraction. Le prévenu peut se limiter à un rôle purement passif. Il ne doit pas démontrer son innocence.

Le juge a néanmoins un rôle actif dans la recherche des éléments de conviction : il décide de l'audition de témoins ; il pose les questions le premier ; il désigne des experts ou ordonne d'autres devoirs s'il l'estime nécessaire.

Lorsque le prévenu invoque une cause de justification et que son allégation n'est pas dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, la preuve de son inexactitude incombe au ministère public, à la partie poursuivante ou à la partie civile (jurisprudence constante, not. cassation, 22 déc. 1981, *Passim.*, 1982.I.549 ; 1^{er} oct. 1980, *Passim.*, 1981.I.115).

b) Le prévenu comparaît libre à l'audience. S'il est détenu, les menottes lui sont retirées, mais il reste sous surveillance.

2. *Le respect des droits de la défense* prévus par les dispositions internes et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est assuré : l'inculpé a notamment le droit à l'assistance d'un conseil, à se faire assister gratuitement par un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience, à prendre connaissance du dossier dès la fin de l'instruction judiciaire, à être jugé dans un délai raisonnable ...

3. Un juge ne peut connaître d'une cause dans deux fonctions judiciaires différentes (art. 292 du Code judiciaire) ou à des stades différents de la procédure, si sa présence est de nature à donner au prévenu des appréhensions légitimes quant à son impartialité (application de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 octobre 1984, en cause *De Cubber*, 8/1983/64/99).

III

PRINCIPES FIGURANT COMME TELS DANS LE CODE PÉNAL
ET DANS LE CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

1. Division tripartite des infractions en crimes, délits, contraventions, d'après la gravité de la peine prévue par la loi.

La cour d'assises est légalement compétente pour juger les crimes (punissables de réclusion de 5 à 10 ans à la peine de mort), le tribunal correctionnel pour juger les délits (punissables de 8 jours à 5 ans d'emprisonnement et de 26 francs d'amende et plus ou d'une de ces peines) et le tribunal de police pour juger les contraventions (punissables de 1 à 7 jours d'emprisonnement et de 1 à 25 francs d'amende ou d'une de ces peines);

Les juridictions militaires (conseils de guerre, cour militaire) jugent les infractions commises par les militaires.

Toutes ces juridictions peuvent, en règle, admettre des circonstances atténuantes. C'est la peine prononcée par le juge qui détermine finalement la nature de l'infraction.

Une procédure spéciale permet de rendre le tribunal correctionnel compétent pour juger les crimes punissables au maximum de 20 ans de travaux forcés et même d'une peine supérieure (22 ans ou travaux forcés à perpétuité) dans cinq cas précisés par la loi du 5 février 1985 modifiant la loi sur les circonstances atténuantes. C'est la peine prononcée par le juge qui détermine finalement la nature de l'infraction. La même procédure permet au tribunal de police de juger tous les délits. C'est la correctionnalisation des crimes (punissables alors comme les délits, sauf que la peine d'emprisonnement maximum a été portée à 10 ans au lieu de 5 quand les faits sont légalement punissables des travaux forcés de 10 à 20 ans) et la contraventionnalisation des délits (punissables alors des peines prévues pour les contraventions).

On évite ainsi la lourdeur de la procédure d'assises pour beaucoup de crimes et l'opprobre de la comparution en correctionnelle pour les délits les moins graves.

Ces décisions sont prises par la chambre du conseil, chambre du tribunal de première instance qui statue sur les mérites des instructions judiciaires et décide s'il y a lieu à renvoi devant la juridiction de fond ou à non-lieu. La chambre du conseil correctionnalise ou contraventionnalise par admission de circonstances atténuantes du chef de l'inculpé. Elle peut être saisie à cette seule fin, lorsque le procureur du Roi a mené une information judiciaire.

Cette procédure est pratiquement utilisée pour tous les crimes correctionnalisables.

2. Les polices sont chargées de rechercher les infractions et d'identifier leurs auteurs.

3. Il y a un ministère public près de toutes les juridictions pénales.

Organe d'impulsion, le ministère public est habilité tant à poursuivre qu'à ne pas poursuivre, donc à classer sans suite.

Le système belge est celui de l'opportunité des poursuites. Le ministre de la justice a uniquement le pouvoir d'ordonner de poursuivre et, dans ce cas, à l'audience le ministère public reste libre de son attitude, car à ce stade il doit éclairer le tribunal en conscience, en tenant compte de tous les éléments de la cause.

4. Le code d'instruction criminelle prévoit uniquement la mise à l'instruction d'une affaire que le ministère public désire poursuivre.

Mais, en pratique, un pourcentage élevé d'affaires fait l'objet d'une simple information du ministère public.

Le ministère public est toutefois obligé de requérir un juge d'instruction quand il y a lieu de porter atteinte à des droits essentiels de l'individu : mise en détention préventive, visite domiciliaire (hors les cas de flagrant délit ou d'autorisation notamment).

5. En ce qui concerne les juridictions de jugement, il faut souligner spécialement les règles suivantes :

a) Tout inculqué a droit à un jugement contradictoire. Il y a donc des règles pour l'aviser des poursuites et une procédure spéciale s'il a été jugé par défaut.

b) En matière pénale, le double degré de juridiction de fond est de règle. Font exception la cour d'assises, d'une part, la cour d'appel et la cour militaire statuant en matière de privilège de juridiction, d'autre part.

6. L'action civile résultant d'une infraction peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique.

La partie lésée a le droit de mettre l'action publique en mouvement pour y joindre son action civile, en se constituant partie civile devant le juge d'instruction pour les crimes et les délits et en citant directement le prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police.

Les articles 28 à 41 de la loi du 1^{er} août 1985 portant sur des mesures fiscales et autres, dont l'entrée en vigueur doit être fixée par arrêté royal, prévoient une aide de l'Etat aux victimes d'actes intentionnels de violences. A cette fin, il est institué au budget du ministère de la justice un Fonds spécial.

7. Le Code pénal de 1867 ne connaît que des peines. Toutefois la loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930 modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1964 a introduit l'internement de durée indéterminée à l'égard des anormaux mentaux.

La loi de défense sociale prévoit aussi la mise à la disposition du gouvernement à l'égard des récidivistes et des délinquants d'habitude. L'application en est limitée.

8. Actuellement, le juge choisit librement la durée de la peine d'emprisonnement et/ou le montant de l'amende dans les limites légales.

Les règles du concours sont précisées par le Code pénal. Les effets de la récidive sont aussi déterminés légalement ainsi que les règles et les effets de la participation et de la tentative.

9. Des courtes peines privatives de liberté continuent à être prononcées en Belgique. Dans certains cas déterminés administrativement, ces peines ne sont

pas exécutées. Dans d'autres cas devenus de moins en moins nombreux, elles sont exécutées sous la forme d'arrêts de fin de semaine ou de semi-détention (R. SCREVEVS, « Les courtes peines d'emprisonnement et leur exécution en Belgique », in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, p. 2116 à 2132). Aucun détenu ne subissait sa peine sous le régime des arrêts de fin de semaine à la fin du mois d'avril 1986.

Des sanctions de substitution ne sont pas prévues.

IV

REMARQUES FINALES

1. Un avant-projet de Code pénal est à l'étude en Belgique. Il tend notamment à la suppression des courtes peines d'emprisonnement et à leur remplacement par des amendes dont le recouvrement devrait se faire par la voie normale sans possibilité d'emprisonnement subsidiaire.

2. Une modification du droit pénal, si elle contient des réponses efficaces à la lutte contre la criminalité, peut améliorer la politique criminelle.

Mais ce qui importe avant tout, c'est une lutte plus directe contre la délinquance et les délinquants par la découverte accrue des infractions et de leurs auteurs. C'est là que doivent surtout porter les efforts tant nationaux qu'internationaux, ce qui implique de l'imagination et la mise en œuvre de moyens importants.



Les principes constitutionnels généraux et le droit pénal et de procédure pénale en Espagne

par Marino BARBERO SANTOS

Professeur de droit pénal à l'Université de Madrid

Le matin du 27 septembre 1975 furent exécutés, dans des lieux divers du territoire espagnol, les cinq derniers condamnés à mort pendant le précédent régime dictatorial. Avec cette quintuple, concomitante et inhabituelle exécution capitale, la législation répressive, qui avait commencé au début de la guerre civile, atteignait son point culminant dans une tragique apothéose finale.

A cette même date paraissait dans la *Revue de science criminelle* (n° 3-1975), dont nous commémorons aujourd'hui le cinquantenaire, une étude qui constituait une critique sévère de la législation pénale espagnole de l'époque. La critique la plus sévère de la législation pénale réalisée par la doctrine espagnole pendant les presque quarante années qu'a existé le régime franquiste. Son titre était « Postulats politico-criminels du système répressif espagnol en vigueur, propositions pour une réforme »¹. Quelques mois plus tard mourait Francisco Franco ; c'est pourquoi cette étude s'est changée en récapitulation des quatre décennies antérieures de législation pénale et de procédure espagnole, c'est-à-dire en récapitulation d'une époque entière qui finissait.

Avec la proclamation, le 23 novembre 1975, de Juan Carlos de Bourbon comme Roi commença une nouvelle période historique : la conception totalitaire de l'Etat a été remplacée par la conception démocratique. Le processus culmine avec l'entrée en vigueur de la Constitution le 29 décembre 1978.

Comme chacun sait, les changements politiques entraînent inévitablement des transformations juridiques pénales ; aucune partie de l'ordre juridique n'est plus sensible aux variations politiques que le secteur pénal, ce qui est dû au fait que les lois pénales sont plus fortement influencées que les lois non pénales par la reconnaissance des libertés et l'exercice des droits des citoyens².

1. BARBERO SANTOS, « Postulats politico-criminels du système répressif espagnol en vigueur : propositions pour une réforme », in *Revue de science criminelle*, 1975, p. 633 et s.

2. BARBERO SANTOS, *Política y Derecho Penal en España*, Madrid, 1977, p. 17.

Si le changement politique fut profond, les réformes pénales qui ont été entreprises simultanément l'ont été également : l'ensemble de celles qui ont été réalisées jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution mérite un jugement favorable, celles postérieures, pas toutes.

Plutôt que d'en faire une mention concrète, ce que nous avons déjà fait ailleurs³, l'important est d'exposer les principes constitutionnels généraux applicables au droit pénal et de procédure pénale de l'Espagne conformément à l'objet de notre réunion.

Si toute norme nouvelle oblige à effectuer des réajustements entre les différents éléments qui composent le système, dans la recherche de son harmonie, l'entrée en vigueur d'une nouvelle Constitution, surtout si elle s'appuie sur des postulats radicalement différents de ceux qui préexistaient, entraîne une véritable commotion juridique. Ses effets atteignent tous les domaines de l'organisation juridique et particulièrement, pour les raisons déjà données, de l'organisation pénale.

La doctrine constitutionnaliste espagnole autorisée soutient que, parce que la Constitution est un système préceptif qui émane du peuple en tant que titulaire de la souveraineté dans sa fonction constituante, à l'autorité duquel sont soumis non seulement les citoyens, mais aussi les pouvoirs publics (art. 9), celle-ci possède une valeur normative et contraignante directe, sous réserve du monopole de déclaration d'inconstitutionnalité des lois attribué au tribunal constitutionnel⁴.

Néanmoins la majorité des politologues distinguent entre des normes directement applicables et d'autres normes qui ont un simple caractère d'orientation ou d'affirmation politique, c'est-à-dire qui manquent de la structure logique de norme juridique, et pour cela sont seulement contraignantes indirectement ; opinion que nous partageons.

En accord avec celle-ci, il faut faire une distinction entre les préceptes constitutionnels d'application immédiate dans le domaine punitif (substantif, pénitentiaire et de procédure pénale) et ceux qui ont seulement une valeur médiate.

Les premiers concernent les droits fondamentaux et les libertés publiques reconnues dans l'article 14 et dans la section de ce chapitre (art. 15 à 29), autant parce qu'ils lient les pouvoirs publics que parce que tout citoyen peut demander leur protection devant les tribunaux ordinaires et, dans certains cas, par la voie du « recours de *amparo* » devant le Tribunal Constitutionnel (art. 53, 1 et 2)⁵.

3. BARBERO SANTOS, « La reforma penal de la Monarquía Constitucional Española », in *Reforma Política y Derecho*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 299 et s.

4. Dans ce sens, GARCÍA DE ENTERRÍA : « La Constitución como norma jurídica », in *Anuario de Derecho Civil* 1979, p. 308) manifeste : « La première chose qui doit être établie avec une clarté absolue c'est que toute la Constitution a une valeur normative immédiate et directe ». Et il ajoute (p. 312) : « Il est important de préciser que tant le Tribunal constitutionnel (...), que les juges et les tribunaux ordinaires, que tous les sujets publics ou privés, en ce qu'ils sont rattachés à la Constitution, doivent appliquer la totalité des préceptes sans aucune possibilité de distinguer entre des articles d'application directe et d'autres purement programmatiques, qui manqueraient de valeur normative ».

5. Le recours de « *amparo* », institution caractéristique du droit hispano-américain, fut déjà recueilli par la Constitution républicaine de 1931. Ce recours protège face à : 1) des décisions sans valeur de loi du Parlement ou des Assemblées législatives des Communautés autonomes ; 2) des dispositions, des actes juridiques ou d'une simple voie de fait du gouvernement et de l'administration centrale ou

« Le principe d'égalité a, par conséquent, une validité immédiate, prévue dans l'article 14 dans les termes suivants : « Les Espagnols sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour raison de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion ou de n'importe quelle autre condition ou circonstance personnelle ou sociale »⁶.

Le principe de légalité qui est consacré, en termes programmatiques, dans l'article 9-3, et est développé dans les articles 25-1 et 24-1, dans le chapitre des droits et libertés, a aussi une validité immédiate.

Le premier des articles cités, le 9-3, dispose que « la Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie normative, la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions défavorables ou de restriction des droits individuels, la sécurité juridique », etc. Principe concrétisé, dans le domaine pénal, par la prescription de l'article 25-1 : « Personne ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui au moment où elles se sont produites ne constituaient pas un délit, ou une infraction administrative, selon la législation en vigueur à ce moment-là ». Dans le domaine de la procédure le principe de légalité se concrétise dans la reconnaissance du juge naturel et d'un procès public, de la manière suivante : « Toutes les personnes ont droit au juge ordinaire déterminé par la loi, à la défense et à l'assistance d'un avocat, à un procès public sans délations indues et avec toutes les garanties, à utiliser les moyens de preuve pertinents pour leur défense, à ne pas faire de déclaration contre soi-même, à ne pas s'avouer coupable et à la présomption d'innocence ».

Conformément à ce qui est établi par l'article 81 de la Constitution, les lois sur la matière pénale devront être organiques⁷ car elles affectent les droits fondamentaux et les libertés publiques. Le législateur n'a pas toujours respecté cette exigence⁸.

Le principe de légalité, fondement du droit pénal moderne, n'a pas été formulé par la Constitution de façon suffisamment précise. Mais il a été développé par

des Communautés autonomes ; 3) des actes et des omissions d'un organe judiciaire. Comme formalité préliminaire pour recourir en *amparo*, il faut avoir épuisé tous les recours spécifiques pour chaque sorte d'actes. Il ne peut y avoir de recours contre des lois ; la voie pour s'opposer à ces dernières est la déclaration d'anticonstitutionnalité. MURILLO DE LA CUEVA, « La Garantía de la Constitución », in *Cuadernos de Derecho Constitucional*, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1981, p. 426 et s. Voir aussi GARCIA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, 1980. ARROYO ZAPATERO, « Jurisprudencia Constitucional en materia penal », in *Cuadernos de política criminal*, Madrid, 1982 (17), p. 397. En plus des droits et des libertés reconnus dans les articles 14 à 29, le recours de *amparo* est applicable à l'objection de conscience consacrée dans l'article 30.

6. Le principe d'égalité n'est pas atteint par la sentence qui condamne dans un cas identique à un autre où il y a eu absolution ou absence de poursuite, car « tout le monde sait que pas tous les délinquants auteurs du même fait délictueux sont jugés et condamnés » (S.T.C. du 30 mars 1981).

7. Puisque sont des lois organiques, en accord avec cet article, celles qui sont relatives au développement des droits fondamentaux et aux libertés publiques. Les normes pénales, c'est-à-dire celles qui configurent des délits et qui imposent des peines, constituent une matière de réserve absolue de loi organique, dont l'approbation, la modification ou la dérogation exige une majorité absolue du Congrès, dans un vote final sur l'ensemble du projet. Contre cette thèse : RODRIGUEZ DEVESA, « El P. Pereda y las reformas penales », in *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao, 1983, p. 18.

8. Parfois il a non seulement transgressé la réserve de loi organique mais aussi la réserve de loi ordinaire. V. gr., les Décrets-Lois Royaux du 26 janvier 1979 sur la protection de la Sécurité de la collectivité et celui du 23 novembre 1979, qui prorogea l'application de la loi antiterroriste de 1978. V. ARROYO ZAPATERO, art. cit., p. 394.

le Tribunal constitutionnel dans plusieurs manifestations : la non-rétroactivité et la faculté d'interprétation de la loi pénale ; contenu de la règle *ne bis in idem* ; nécessité d'incriminations précises, etc.⁹.

L'abolition de la peine de mort, de la torture et des peines dégradantes, est consacrée dans l'article 15 de manière solennelle, de la façon suivante : « Tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans que, dans aucun des cas, ils puissent être soumis à la torture ou à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants ». Dans le second paragraphe de ce même article 15 se produit, à mon avis, une grave antinomie : l'admission de la peine de mort, exceptionnellement, dans la juridiction militaire. Celui-ci a pour contenu : « La peine de mort est abolie, sauf ce que peuvent disposer les lois pénales militaires par temps de guerre ». Il est indubitable que l'admission, toute limitée qu'elle soit, de la peine de mort dans la juridiction pénale militaire de guerre constitue une grave antinomie, non seulement avec le précepte péremptoire et fondamental : « Tous ont droit à la vie » mais aussi avec l'interdiction taxative des peines ou des traitements inhumains ou dégradants, puisqu'il n'y a rien de plus inhumain ou de plus dégradant que la peine capitale, qui prive l'homme de la vie, essence de l'être humain¹⁰.

En outre, le législateur militaire a fait un usage généreux de cette faculté : le Code pénal militaire, qui entrera en vigueur le 1^{er} juin 1986, prévoit la peine de mort dans plus de trente cas¹¹.

Un autre principe constitutionnel, de caractère général, contraignant d'une manière directe, est celui reconnu dans l'article 25-2, relatif aux buts de la peine et aux mesures. Les peines privatives de liberté et les mesures de sûreté seront orientées vers la rééducation et la réinsertion sociale et ne pourront pas consister en des travaux forcés. But de prévention spéciale qui n'empêche pas que la peine ne soit fondée sur la rétribution juridique¹².

Le même article 25-2 impose aussi la reconnaissance du droit, pour le condamné à une peine de prison, à un travail rémunéré et aux bénéfices de la Sécurité sociale.

9. Marielle de BECHILLON, « Les bases constitutionnelles du droit pénal espagnol », in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1986, p. 10 et s.

10. BARBERO SANTOS, « La pena de muerte en la Constitución », in *Sistema*, Madrid, 1981, p. 31 et s. ; et *La pena de muerte, el caso de un mito*, Buenos Aires, 1985, p. 187 et s.

11. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte y Derecho penal militar de guerra*, à paraître.

12. La Constitution concède à la peine une fonction de resocialisation en harmonie, sans aucun doute, avec les conceptions de la défense sociale moderne. Il ne cesse d'être curieux que Gimbernat ait manifesté dans son exposé, lors du Séminaire hispano-germanique de Bellaterra, qu'il lui semblait raisonnable qu'à un moment où l'idée rétributive est en crise on évite de la consacrer législativement. Ce qui ne signifie pas que dans l'avenir il soit impossible de maintenir que, également dans le droit espagnol, la peine accomplit en plus une fonction rétributive, et que concéder à la peine une fonction préventive et resocialisatrice constitue une base commune minimale d'entente (« El sistema de penas en el futuro Código penal », in *Doctrina penal*, 1979, p. 581). Il semble opportun de rappeler que la fonction resocialisatrice de la peine souffre d'une crise encore plus profonde que celle qui est assignée par le professeur d'Alcala à l'idée rétributive, même dans le cadre de la propre défense sociale. V. BARBERO SANTOS, « La Défense Sociale, trente ans après le programme minimum », in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1985, p. 849. TERRADILLOS BASOCO, « Constitución y ley penal. La imposible convergencia » in *Estudios penales en homenaje al Proesor Luis Jimenez de Asúa* (à paraître).

L'article 13-3 dispose que l'extradition ne sera accordée qu'en exécution d'un traité ou de la loi, conformément au principe de réciprocité, et à l'exclusion des délits politiques ; les délits de terrorisme n'étant pas considérés comme tels.

L'article 45-3, de son côté, détermine, sans en préciser le contenu, que des sanctions pénales seront établies, dans les termes prévus par la loi, pour ceux qui enfreindraient les règles d'usage rationnel des recours naturels.

Le domicile est déclaré inviolable, aucune entrée ou aucun contrôle ne pouvant être réalisés sans le consentement du titulaire ou sans une décision judiciaire, sauf en cas de flagrant délit. De même le secret des communications et spécialement des communications postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf décision judiciaire (art. 18), est garanti¹³.

On reconnaît et on protège le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, l'écrit ou n'importe quel moyen de reproduction (art. 20), droit qui — de même que d'autres droits consacrés dans le même article — ne peut pas être restreint dans son exercice par aucun type de censure préalable¹⁴.

En même temps sont reconnus les droits de réunion pacifique et sans armes, d'association et de se syndiquer librement, etc.

Dans le domaine judiciaire, la Constitution consacre le principe de l'unité juridictionnelle, avec la primauté de la juridiction ordinaire, limitant l'exercice de la juridiction militaire au domaine strictement militaire et dans les cas d'état de siège, et prohibant les tribunaux d'exception (art. 117, 5 et 6)¹⁵.

Dans ce cadre, il est également déterminé que la détention préventive ne pourra durer plus de temps que le strict nécessaire à la réalisation des vérifications tendant à éclaircir les faits. En tout cas dans un délai maximum de 72 heures la personne arrêtée devra être mise en liberté ou mise à la disposition de l'autorité judiciaire. Toute personne arrêtée doit être informée immédiatement, et de manière compréhensible, de son droit et des raisons de son arrestation, sans qu'elle soit obligée de faire des déclarations. La présence d'un avocat est garantie, au cours des procédures policières et judiciaires, dans les termes établis par la loi. Il est assuré qu'une procédure d'« habeas corpus » sera organisée pour produire la mise à disposition judiciaire immédiate de toute personne arrêtée illégalement. De même sera déterminé par une loi le délai maximum d'emprisonnement provisoire (art. 17)¹⁶.

13. En développement du précepte, la loi organique du 15 octobre 1984 a introduit deux nouveaux articles dans le Code pénal : le 192 bis et le 497 bis. V. HIGUERA GUIMERA, *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Código penal español*, Madrid, 1986.

14. BARBERO SANTOS (avec la collaboration de ARROYO y TERRADILLOS), « Libertad de prensa y responsabilidad penal », in *A.E.D.E.* (Publicación de la Asociación de Editores de diarios españoles), Madrid, 1981 (4), p. 8 et s.

15. BERDUGO, GOMEZ DE LA TORRE, « Los estados de alarma, excepción y sitio », in *Revista de política comparada*, 1981 (5), p. 106 et s.

16. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA, « La prisión provisional en el Derecho español » in *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 348. FERNANDEZ ENTRALGO, « La prisión provisional » in *Segundas Jornadas de derecho judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 335 et s.

Indirectement le droit pénal est affecté par les principes découlant du caractère d'Etat social et démocratique de droit (art. 1-1) consacré par la Constitution, ce qui amène à considérer comme fonction de cet Etat la protection des biens juridiques de la communauté, incorporés dans l'ordre constitutionnel.

Si l'acceptation de ces principes constitutionnels dans les nombreuses lois qui les développent a souvent été convenable, elle a été dans certains cas moins heureuse.

Voici quelques exemples : la loi du 12 décembre 1983 sur l'assistance d'un avocat au détenu permet à l'autorité administrative de décréter l'isolement (*incomunicacion*) du détenu, le privant ainsi du droit de faire connaître sa détention à sa famille ou à toute autre personne, ainsi que le lieu de sa détention. Il ne peut désigner librement un avocat, ni s'entretenir en privé avec celui nommé d'office.

La loi du 24 mai 1984, qui règle la procédure d'« habeas corpus », exclut *v. gr.*, du juge naturel les personnes détenues en application de la loi antiterroriste et du Code pénal militaire¹⁷.

La loi du 26 décembre 1984, contre les agissements de bandes armées et d'éléments terroristes, enfreint, à mon sens, divers préceptes constitutionnels : en permettant de prolonger jusqu'à 10 jours la détention policière ; en donnant la faculté à l'autorité administrative de décréter le secret (*incomunicacion*) ; en permettant aux membres des Corps et des Forces de l'Ordre de pénétrer, sans autorisation judiciaire ni consentement de l'intéressé, dans son domicile et de le perquisitionner ; en permettant de contrôler les communications postales, télégraphiques ou téléphoniques, etc.

Le fait que l'on puisse estimer que ces facultés gouvernementales s'appuient sur ce que dispose l'article 55-2 de la Constitution¹⁸ n'empêche pas de les qualifier d'anticonstitutionnelles. Dans la Constitution, conformément à la doctrine publiciste autorisée, il existe des principes de rang différent et l'article 55-2° est de rang inférieur aux articles 18-2 et 3, ou 17-2 et 3, tant parce que ceux-ci permettent de fonder un recours de *amparo* et pas celui-là, qu'à cause des divers pourcentages de votes requis par l'un et l'autre pour pouvoir être modifiés (3/5 et 2/3 respectivement).

Lorsque la Constitution garantit dans l'article 15 que personne ne peut être soumis à la torture ; dans l'article 18-2 et 3 que le domicile est inviolable et qu'aucune entrée ou perquisition ne peut s'y faire sans le consentement du titulaire ou une décision judiciaire — sauf en cas de flagrant délit — et que le

17. Dans le premier cas, le procédé devra se réaliser devant le juge central d'instruction correspondant. Dans le cadre de la juridiction militaire, sera compétent pour connaître de la demande d'*habeas corpus* le juge militaire d'instruction institué dans l'Etat-Major de la région militaire où se produisit l'arrestation.

Le 29 mars 1985 un juge d'instruction de Alcalá de Henares concéda le premier *habeas corpus* à un prisonnier. La généralisation de l'isolement dans le cas d'application de la loi antiterroriste a facilité la torture et les mauvais traitements (Amnistía internacional. Rapport 1985, Fuenlabrada, 1985, p. 270).

18. L'article 55-2 de la Constitution établit que « Une loi organique pourra déterminer la forme et les cas où, d'une façon individuelle et avec l'intervention nécessaire judiciaire et le contrôle adéquat du Parlement, les droits reconnus dans les articles 17-2 et 18-2 et 3 peuvent être suspendus pour des personnes déterminées, en rapport avec les enquêtes correspondant à des agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes.

secret des communications est garanti ; et dans l'article 17-2 et 3 que la détention préventive ne pourra pas durer plus de 72 heures, il est évident que ces préceptes ne peuvent être interprétés dans le sens que la seule chose interdite est la possibilité inimaginable — et délictueuse — que le législateur édicte des dispositions autorisant les mauvais traitements, etc. Ce qui est interdit c'est la promulgation de normes qui favorisent — au lieu de prévenir — la torture, les violations de domicile ou le secret de correspondance¹⁹.

Dans le dilemme, donc, de la contradiction possible entre deux normes constitutionnelles il faut se décider en faveur du précepte qui, à l'intérieur de la propre Constitution, a un rang supérieur, c'est-à-dire, le 15, le 17, le 18.

D'autre part, de nombreuses lois promulguées antérieurement à la Constitution restent en vigueur alors que, à mon avis, elles s'opposent aux principes de celle-ci. Pour n'en citer qu'une : la loi régulatrice des Tribunaux tutélaires de Mineurs²⁰. Il est urgent de promulguer — dans ces cas-là — de nouvelles normes qui s'harmonisent avec ce qui a été statué par la Loi fondamentale.

Quelle peut être la synthèse de cet exposé ?

L'ancien droit pénal et de procédure pénale espagnol antérieur aux années 1975 s'est transformé en une décennie, évidemment, en un autre, plus progressiste, mieux en accord avec les exigences d'une société en transformation profonde et avec les postulats de l'Etat de droit.

Le jugement, toutefois, ne peut être entièrement favorable. Dans certaines de ses manifestations, il mérite même de sévères reproches. En particulier, en ce qui concerne les lois récentes qui montrent qu'en Espagne aussi s'est produit « Die Grosse Wende » « La Svolta Storica » (le grand bouleversement), dont parlent les Allemands et les Italiens, c'est-à-dire, une inflexion profonde dans le développement de l'organisation pénale et procédurale dans laquelle s'équilibraient tous les biens et les valeurs individuels et collectifs méritant d'être juridiquement reconnus et s'intégraient totalement les principes constitutionnels.

De nombreux facteurs, parmi lesquels l'inquiétude causée par la persistance du phénomène terroriste jointe à l'accroissement de certaines manifestations de criminalité violente, ont conduit le législateur à recourir à des procédures relevant de l'idéologie de la « peine exemplaire » et à l'utilisation d'une véritable législation d'urgence ; tandis que, parallèlement, la permissibilité face à d'autres manifestations délictueuses, par exemple la drogue, a conduit en même temps à employer des mesures d'extrême indulgence.

19. GIMBERNAT, « Constitución y Derecho penal », in *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*, Roma, 1982, p. 96-97. BARBERO SANTOS, « El respeto de los derechos humanos : Grandeza y servidumbre de la actividad policial (La situación en España) », in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, 1985, p. 612 et 613.

20. Avant l'entrée en vigueur de la Constitution, je critiquais avec sévérité la législation spéciale des mineurs, précisément parce qu'elle transgressait les droits individuels fondamentaux. Je manifestais que les mesures imposées aux mineurs, bien qu'elles prétendent avoir une finalité correctionnelle ou protectrice, se concrétisent en fin de compte en une grave attaque aux biens juridiques fondamentaux. Cela n'est admissible que si cela est décrété par l'autorité judiciaire, et que l'imposition se réalise sans transgresser les garanties de procédures reconnues pour les adultes dans la juridiction pénale ordinaire. (Delincuencia juvenil : tratamiento, in *Delincuencia juvenil*. Universidad de Santiago de Compostela, 1973, p. 172 et s.).

Fuite *du* droit pénal et fuite *vers* le droit pénal, identique à celle qui caractérise aujourd'hui les autres législations européennes et qui, sur la base de conceptions clairement libérales et démocratiques, doit être fermement répudiée.

Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français

par Danièle MAYER

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

En France, tous les grands principes de droit pénal ont la qualité de principes constitutionnels. En effet, d'une part, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, visée au préambule de la Constitution de 1958, a été intégrée dans le « bloc de constitutionnalité » (décision du Conseil constitutionnel du 16 juill. 1971 ; cf. L. Philip, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *Rev. de science criminelle* 1985.711) et d'autre part le droit répressif a paru aux auteurs de cette déclaration si porteur de dangers potentiels pour les garanties individuelles qu'ils ont tenu à inscrire dans leur déclaration la plupart des grands principes gouvernant ce droit. En outre, à titre complémentaire, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », comme le respect des droits de la défense, ont également un caractère constitutionnel, dans la mesure où ils sont visés dans le préambule de la Constitution de 1958 à travers celui de la Constitution de 1946.

Les principes généraux du droit pénal français sont donc des principes traditionnels. Mais, classiques dans leur existence, ils ont, depuis une dizaine d'années, fait l'objet dans leur application de développements récents dus à l'augmentation d'activité du Conseil constitutionnel (cf. L. Philip, *op. et loc. cit.* et J. Le Calvez, « Les principes constitutionnels en droit pénal », *J.C.P.*, 1985.I.3198). De plus certains d'entre eux ont été parallèlement définis par les tribunaux judiciaires.

On constate en effet que ce sont souvent les mêmes principes de droit pénal, visés aux préambules des Constitutions de 1946 et de 1958, qui ont été développés par le Conseil constitutionnel à titre de principes constitutionnels et par la Cour de cassation à titre de principes généraux du droit (cf. M. Puech, « Les principes généraux du droit, aspect pénal », *Journées de la Société de législation comparée*, 1980.337 et s.). Ils résultent tous de la volonté d'éviter l'arbitraire, d'une part, dans l'élaboration du droit pénal et, d'autre part, dans la mise en œuvre de la procédure pénale. Le cantonnement des interdits et la limitation des sanctions répond au premier de ces deux soucis ; le second

commande la règle selon laquelle l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle de même qu'il impose le respect des droits de la défense. Les développements, dont chacun de ces trois principes a fait l'objet, tantôt uniquement dans la jurisprudence constitutionnelle, tantôt à la fois dans les jurisprudences constitutionnelle et judiciaire, seront examinés successivement.

I. — LE CANTONNEMENT DES INTERDITS ET LA LIMITATION DES SANCTIONS

Le principe de légalité, et son corollaire la non-rétroactivité, sont inscrits à l'article 8 de la Déclaration de 1789. Le principe de légalité a une double fonction : il fonde le pouvoir du législateur d'instituer des interdictions et d'attacher une sanction pénale à la violation de ceux-ci, mais, en même temps, il apporte des limites à ce pouvoir. C'est évidemment ce second aspect qui a donné lieu à une abondante jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

Le choix des incriminations par le législateur reste très libre, puisque, dans une décision des 19 et 20 janv. 1981 rendue à propos de la loi du 2 février 1981 (L. Favoreau et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 3^e éd. 1984, p. 500), le Conseil Constitutionnel a affirmé qu'il n'était pas juge de l'opportunité des incriminations ; il a cependant réservé le cas d'une erreur manifeste de la part du législateur (cf. L. Philip, *op. et loc. cit.* et J. Le Calvez, *op. et loc. cit.*). Il semble qu'une telle erreur pourrait résulter de la violation d'un autre principe fondamental se superposant au principe de légalité. Déjà, dans la décision précitée des 19 et 20 janvier 1981, le Conseil Constitutionnel a vérifié que les incriminations contenues dans la loi qui lui était soumise ne portaient pas atteinte à l'exercice du droit de grève ; et l'on peut imaginer qu'il exerce un jour un contrôle semblable en ce qui concerne le respect de la liberté d'opinion inscrit à l'article 10 de la Déclaration de 1789.

Le choix des incriminations ne doit pas non plus heurter le principe d'égalité devant la loi, de telle sorte que, s'il résultait de ce choix une discrimination qui ne reposerait pas sur un critère objectif, elle serait inconstitutionnelle (pour un examen approfondi de l'application du principe de l'égalité par le Conseil constitutionnel, cf. J. Le Calvez, *op. et loc. cit.*, spéc. nos 5 à 7). Ce principe d'égalité joue également en matière de « désincrimination », puisqu'il concerne aussi bien les lois d'amnistie (cf. L. Philip, *op. et loc. cit.*, spéc. p. 719).

Ainsi, la liberté de déterminer les infractions n'est limitée, quant au fond, que par quelques grands principes, distincts de celui de légalité, dont la fonction serait de rappeler au législateur pénal les règles les plus élémentaires de la démocratie s'il venait à les oublier.

En revanche, quant à la forme, les exigences que le Conseil constitutionnel tire du principe de légalité sont beaucoup plus contraignantes : elles tiennent à l'obligation faite au législateur « de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (décision précitée des 19 et 20 janv. 1981). Comme l'a fait remarquer M. Loïc Philip, « le contrôle du juge constitutionnel porte ici sur la qualité de la rédaction de la loi » (*op. et loc. cit.*,

p. 717). A cet égard, la loi du 2 février 1981 a obtenu « son label de qualité » ; la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises a été moins « chanceuse », puisque, dans une décision du 18 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel son article 207 qui sanctionne le « délit de malversation du syndic » sans en indiquer les éléments constitutifs en termes clairs et précis, bien que cette infraction ait déjà existé dans la législation antérieure et ait donné lieu à une définition de la Cour de cassation (C.C., 18 janv. 1985, *J.O. lois et décrets*, 20 janv. 1985, p. 820).

Enfin, de l'application du principe de légalité à la sanction pénale, le Conseil constitutionnel n'a pour l'instant tiré des conséquences effectives que relatives à l'application de la loi dans le temps : d'une part, dans une décision du 30 décembre 1982 (rapportée par L. Philip, *op. et loc. cit.*, p. 718), il a affirmé que le principe de non-rétroactivité concernait toute sanction ayant un caractère de punition, même si elle est prononcée par une autorité non judiciaire ; d'autre part, il a déduit du caractère strictement nécessaire de la sanction le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce (décision préc. des 19 et 20 janv. 1981). Le Conseil constitutionnel ne fait pas découler d'autres conséquences du caractère nécessaire de la sanction, se refusant à tout contrôle de son opportunité et ne paraissant pas attribuer à la méthode de l'individualisation de la peine un caractère constitutionnel (en ce sens, L. Philip, *op. et loc. cit.*, p. 717).

Ainsi, par le jeu de l'interprétation du principe de légalité, le législateur pénal se voit imposer quelques contraintes précises. Conformément à la répartition des pouvoirs en droit français, ces contraintes ne résultent que du contrôle préventif exercé par le Conseil constitutionnel. D'autres règles constitutionnelles, comme celle de l'article 66, sont de nature à être appliquées non seulement par le Conseil constitutionnel, mais également par les tribunaux de l'ordre judiciaire.

II. — LE CONTRÔLE DU RESPECT DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

L'article 66 de la Constitution de 1958 institue l'autorité judiciaire « gardienne de la liberté individuelle ». Le Conseil constitutionnel s'est employé à ce qu'à ce titre corresponde un rôle effectif. Dans une décision du 12 janvier 1977 (*Les grands arrêts du Conseil constitutionnel*, préc. n° 29), il a déclaré que la fouille des véhicules par les autorités de police, prévue de façon très générale, était inconstitutionnelle en ce qu'elle octroyait à la police des pouvoirs très étendus sans contrôle de l'autorité judiciaire.

En censurant l'article 89 de la loi de finances pour 1984 accordant aux agents des impôts des pouvoirs de perquisition et de saisie, le Conseil constitutionnel a franchi un pas de plus (décision du 29 décembre 1983, *J.C.P.*, 1984.II.20160, note R. Drago et A. Decocq ; *adde* O. Fouquet, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 1983 », *Revue de science crim.*, 1984.473 et s.). En effet, la loi prévoyait l'intervention de l'autorité judiciaire sous la forme d'une autorisation de perquisition ou de saisie accordée par le

président du Tribunal de grande instance ou par un juge d'instruction délégué par lui. Le Conseil constitutionnel a cependant considéré que l'inviolabilité du domicile était insuffisamment garantie, dans la mesure où la loi n'offrait pas au juge de réelles possibilités de contrôler le déroulement des opérations. Cette décision traduit le souci (déjà rencontré à propos du principe de légalité) de faire échapper la règle constitutionnelle au statut des règles purement théoriques. De fait, les manifestations concrètes de l'article 66 de la Constitution sont importantes : non seulement, il impose un contrôle effectif de l'autorité judiciaire sur toutes les opérations de nature à porter atteinte à la liberté individuelle, mais encore il donne au juge judiciaire la possibilité de vérifier *a posteriori* la régularité de ces opérations.

Ce second aspect de l'article 66 a été récemment mis en lumière par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 25 avril 1985 (affaire *Bogdan*, D., 1985.329, concl. Dontewille), elle a énoncé que « conformément aux dispositions combinées de l'article 66 de la Constitution et de l'article 136 du code de procédure pénale » il appartient aux juridictions de l'ordre judiciaire de contrôler la régularité du contrôle d'identité d'un étranger alors qu'un tel contrôle, « accompli d'office, suppose une restriction temporaire des droits individuels de celui qui en est l'objet ». Le fait que la Chambre criminelle fonde sa décision à la fois sur la Constitution et sur le code est révélateur de l'importance des principes généraux en droit pénal. En effet, par la généralité de ses termes, l'article 136 du code de procédure pénale suffisait à justifier à lui seul la décision de la Cour de cassation ; car ce texte, dépassant son domaine originaire qui est celui des mandats, énonce, de façon très générale, que « dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et (que) les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents ». En faisant référence à l'article de la Constitution qui fonde cette disposition, la Chambre criminelle a marqué sa volonté d'utiliser directement les principes généraux de droit pénal.

La combinaison de la Constitution et du Code de procédure pénale ne s'arrête pas là. S'agissant plus précisément des seuls contrôles d'identité, une autre disposition du code de procédure pénale, distincte de l'article 136, prévoit l'appréciation de légalité par les autorités judiciaires, c'est l'article 78-1. Mais ce texte ne concerne que les contrôles prévus par la loi du 10 juin 1983 ; le recours à l'article 66 de la Constitution a ainsi permis d'étendre l'application de l'article 78-1 à une autre forme de vérification, celle qui ne concerne que les étrangers et qui est opérée en vertu du décret de 1946. Le principe constitutionnel de la sauvegarde de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire est appliqué directement par les tribunaux à côté des textes de loi qu'indirectement il fonde. Le principe général du respect des droits de la défense entretient des rapports semblables avec la loi.

III. — LE RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE

Le respect des droits de la défense est un principe général du droit français qui a valeur constitutionnelle en tant que « principe fondamental reconnu par

les lois de la République » (en ce sens, cf. L. Philip, *op. et loc. cit.*, p. 718). Si ce sont donc essentiellement les tribunaux judiciaires qui ont peu à peu donné vie à ce principe (cf., à cet égard, J. Léauté, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *Revue de science crim.*, 1953.47 et s.), le Conseil constitutionnel, de son côté, n'a pas hésité à en faire application.

Au nom des droits de la défense, il a déclaré inconstitutionnelle la disposition qui permettait au président d'un tribunal d'écarter des débats, pour en préserver la sérénité, un avocat qui n'a pas manqué aux obligations de son serment (décision préc. des 19 et 20 janv. 1981). En outre, à deux reprises, il a rappelé le législateur au respect du principe d'égalité des citoyens dans l'accès à la justice (23 juill. 1975 ; D., 1977.J.629, note Hamon et Levasseur et 18 janv. 1985, préc.).

De son côté, la Cour de cassation fait appel aux droits de la défense tantôt pour compléter la loi écrite, tantôt, plus curieusement, pour la combattre. Dans la première fonction, le rôle des droits de la défense est traditionnel. Il est à l'origine du système des nullités substantielles désormais consacré par l'article 172 du code de procédure pénale. Ainsi, dès 1835, la Cour de cassation annulait, malgré l'absence de tout texte, des instructions préparatoires conduites sans audition de l'inculpé (Crim., 12 févr. 1835, s., 1835.1.459).

Beaucoup plus récemment, la Chambre criminelle a utilisé le principe du respect des droits de la défense pour combler les lacunes de la loi en ce qui concerne les débats devant la Chambre d'accusation et les écoutes téléphoniques.

Dans un arrêt du 28 septembre 1983 (D., 1984.156, note Pradel) la Cour de cassation a déduit « des dispositions de l'article 119 du code de procédure pénale et des principes généraux du droit » que, devant la Chambre d'accusation, l'inculpé ou son conseil devait avoir la parole en dernier. La même solution a été apportée dans un cas où la Chambre d'accusation était appelée à donner un avis en matière d'extradition (Crim., 17 mai 1984, D., 1984.J.536, note Jeandidier, *J.C.P.*, 1985.II.20332 note Borricand). Comme on l'a, à juste titre, fait remarquer, « la référence à l'article 199 ne résiste pas à l'examen » (Pradel et Borricand, notes précitées) ; c'est donc exclusivement sur les deux aspects des droits de la défense que sont le principe du contradictoire et la présomption d'innocence que s'appuie la décision précitée.

Pour démontrer la compatibilité des écoutes téléphoniques, telles qu'elles sont admises par la jurisprudence française, avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a, une fois encore, fait appel aux principes généraux du droit ; elle a jugé qu'« il résulte des articles 81 et 151 du code de procédure pénale et des principes généraux de la procédure pénale que (...) les écoutes ordonnées doivent être réalisées sous le contrôle du juge d'instruction, sans que soit mis en œuvre aucun artifice ou stratagème et sans qu'elles puissent avoir pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense » (Crim., 23 juill. 1985, D., 1986.J.61, note P. Chambon et *I.R.* 120, obs. J. Pradel). Comme à nouveau la référence aux textes du code (qui visent de façon très générale les pouvoirs du juge d'instruction) n'est pas très probante, la décision est réellement fondée sur deux manifestations du principe général de respect des droits de la défense, la règle du contradictoire et l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves. Ce

serait excéder le cadre de cette étude que de se demander si ces principes généraux, dégagés par la jurisprudence (cf. Crim., 9 oct. 1980, D., 1981.J.333, note Pradel, *J.C.P.*, 1981.II.19578, note Di Marino, *Revue de science crim.*, 1981.879, obs. Levasseur et 1982.144, obs. J. Robert) suffisent en l'absence de tout texte écrit à justifier les écoutes au regard de la Convention européenne qui exige que l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée soit prévue par la loi. Il suffit ici de remarquer que la Cour de cassation s'est servie des principes généraux du droit pour « construire » une réglementation de la pratique des écoutes dont aucun texte de loi n'affirme la licéité. On pourrait se demander si le vide législatif ne devait pas être interprété comme une condamnation de la pratique des écoutes et si le recours au principe du respect des droits de la défense n'a pas eu finalement pour effet d'aider à tourner la loi ; s'il en était ainsi, ce serait en tout cas par une voie détournée.

Dans d'autres cas, au contraire, la Cour de cassation a mis en œuvre le principe de respect des droits de la défense pour combattre ouvertement la loi.

Plusieurs de ses décisions ont contribué à faire de la nécessité des voies de recours un principe général que l'on peut considérer comme un aspect des droits de la défense et dont le respect s'est imposé à l'encontre de textes législatifs clairs et précis. La Chambre criminelle a d'abord, au nom du principe du double degré de juridiction, admis l'appel de certaines ordonnances du juge d'instruction au-delà de ce qu'autorise l'article 186 du code de procédure pénale (Crim., 24 févr. 1981, D., 1981.J.469, note Malaval, *J.C.P.*, 1981.II.19689, note-Jeandidier). Elle a ensuite reconnu la possibilité de former un pourvoi en cassation contre l'avis de la Chambre d'accusation donné en matière d'extradition, bien que l'article 16 de la loi du 10 mars 1927 s'y oppose (Crim., 17 mai 1984) ; et elle n'a pas été contredite sur ce point par le Conseil d'Etat (cf. F. Julien-Laferrière, *Extradition et dualité de juridiction*, D. 1985, chron. 137 ; *adde* C.E., 8 mars 1985, D., *I.R.* 13, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière). S'il est vrai que cette utilisation des principes généraux du droit *contra legem* est peu orthodoxe (cf. Jeandidier et Borricand, note préc. sous Crim., 17 mai 1984), elle n'en est pas moins révélatrice de la vigueur des principes généraux du droit en matière pénale.

Cette vigueur provient de ce que, depuis quelques années, se sont multipliées en France les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation tendant à définir des principes généraux de nature à assurer le respect des garanties individuelles tant en droit pénal de fond qu'en procédure pénale, mais ce serait une vue partielle de n'y voir qu'un développement quantitatif des principes généraux en droit pénal français. L'évolution est aussi qualitative : la formulation qui est donnée de ces principes perd son caractère théorique et général pour devenir de plus en plus concrète et précise.

Grande-Bretagne : Principes généraux et droit pénal

par David EDWARD

*Salvesen Professor of European Institutions,
Université d'Edimbourg*

« Les lois d'une nation forment la partie la plus instructive de son histoire » (Edward Gibbon, *Décadence et chute de l'Empire Romain*).

« Le droit, le mécanisme du droit, l'application quotidienne du droit aux particuliers et aux conjonctures, est un élément essentiel de la vie d'un pays. Il court partout ; il fait partie de l'ensemble comme l'architecture et l'art et l'apparence du paysage cultivé. Il forme, et exprime, la manière de pensée d'un pays, ses concepts et ses réalités politiques, sa manière d'agir. On le sent dans les couloirs des autorités publiques, on le voit dans le visage du douanier. Tout se tient si les citoyens le veulent ou non, et l'ensemble fait une pièce du monde où nous vivons ».

[Sybille Bedford, *Faces of Justice*, p. 83.]

Je me trouve ici le seul porte-parole de toutes les îles du Nord-Ouest de l'Europe qui comprennent au moins quatre juridictions pénales autonomes — l'Angleterre et Pays de Galles, l'Ecosse, l'Irlande du Nord et la République d'Irlande — sans parler de l'Île de Man et des Îles Normandes. La recherche des principes directeurs de politique criminelle est donc encore plus difficile pour moi. Je crois qu'il serait utile d'identifier d'abord les divergences entre nos systèmes et les vôtres. Partant, j'essayerai de tracer les convergences éventuelles au sein de notre Communauté européenne — une Communauté qui cherche à réaliser l'intégration sans perdre de vue les mérites de la diversité.

Au Royaume-Uni, l'Angleterre, l'Ecosse et l'Irlande du Nord ont un législateur unique mais leurs systèmes pénaux restent distincts et séparés. Pour l'Angleterre et l'Irlande du Nord il y a une cour d'appel suprême en matière pénale à la Chambre des Lords (*House of Lords*) à Londres. Pour l'Ecosse cette voie de recours n'a jamais été ouverte sauf en matière civile, et nous avons de ce fait gardé un système pénal qui est tout à fait différent du système anglo-irlandais. Depuis un peu plus d'une décennie, il y a eu en Irlande du Nord une dérogation

du droit au jury qui n'est appliquée ni en Angleterre ni en Ecosse. Toutefois le droit au jury est beaucoup plus restreint en Ecosse qu'en Angleterre.

Dans la République d'Irlande, comme en Irlande du Nord, il y eut également une dérogation du droit au jury. Sous d'autres rapports, son système reste comparable au système anglais qui l'a inspiré. Mais, depuis sa sécession, la République a adopté une constitution écrite qui énonce certains principes applicables au droit pénal. J'ai l'impression que l'existence d'une constitution écrite mène de plus en plus à une divergence entre le système irlandais et le système anglais.

L'Ile de Man et les Iles Normandes ont gardé leurs propres systèmes, essentiellement coutumiers.

Face à cette diversité, je dois limiter mon intervention aux grandes lignes des systèmes anglais et écossais, mais je dois observer, puisque nous discutons sur l'évolution d'une communauté européenne, que la cohabitation de systèmes pénaux fort différents n'est point incompatible ni avec un marché commun, ni même avec un Etat unitaire en matière de législation.

Si l'on cherche à définir les traits particuliers de notre système, il faut remarquer d'abord que nous n'avons aucune théorie de l'Etat. A certains égards le Royaume-Uni reste une monarchie, limitée (mais pas en tous points) par la théorie de la suprématie du Parlement. Nous n'avons pas non plus une constitution écrite¹. La Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas partie de notre droit interne, liant seul le Royaume-Uni en tant que personne en droit international public. La garantie de la liberté et des droits de l'individu doit être trouvée dans les sauvegardes procédurales développées par la jurisprudence des tribunaux et dans le statut des magistrats. La théorie de la suprématie du Parlement a pour conséquence que toutes ces garanties peuvent, au moins en théorie, être abrogées au gré du Parlement — ce qui donne un intérêt particulier à notre discussion d'aujourd'hui.

Les plus grandes différences entre l'Angleterre et l'Ecosse en matière pénale consistent dans les sources du droit pénal et dans le système de poursuites judiciaires. En Angleterre le droit pénal doit être recherché, pour la plupart, dans un assortiment de lois définissant les violations susceptibles de poursuite judiciaire et de punition. Or la source du droit pénal anglais peut être considérée comme analogue à celle du droit pénal français, malgré l'absence d'un code. C'est-à-dire que la source se trouve dans la volonté explicite du législateur. En Ecosse la source du droit pénal, sauf en matière réglementaire, reste presque entièrement le droit commun dérivé des libellés d'actes d'accusation antérieurs, des allocutions des juges au jury dans les affaires antérieures et des arrêts de la *Court of Criminal Appeal* (qui n'existe que depuis 1926). La doctrine du XIX^e siècle² reste très importante.

1. Sauf selon certains auteurs qui considèrent qu'il en existe dans le Traité d'Union entre l'Angleterre et l'Ecosse de 1707.

2. Surtout les *Commentaries on the Law of Scotland respecting Crimes*, par le Baron Hume (professeur de droit écossais à l'Université d'Edimbourg), 3^e éd., 1844.

Dans les deux pays les cours suprêmes prétendent être compétentes, en tant que *custodes morum* du peuple, à contrôler les actes contraires à l'ordre public à moins qu'aucune loi n'ait remplacé le droit commun³.

En matière de poursuite judiciaire l'Ecosse a eu, depuis des siècles, une institution analogue au Ministère public en la personne du *Lord Advocate* (Avocat de la Reine) et de ses députés. L'Angleterre a plutôt gardé la théorie, et dans une certaine mesure la pratique, que toute poursuite en justice est l'acte d'un particulier. Toutefois l'Angleterre vient d'adopter un système plus proche du système écossais (sans l'avouer directement !). Dans les deux pays les autorités publiques disposent d'un pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non (principe d'opportunité).

Sous d'autres rapports, les systèmes anglais et écossais sont, sinon identiques, du moins très similaires. Nos magistrats sont d'anciens avocats sans formation spécifique pour la magistrature. Toute affaire est jugée en première instance par un juge unique avec ou sans jury. (Comme je l'ai déjà dit, le droit au jury est beaucoup plus restreint en Ecosse qu'en Angleterre).

Nous maintenons une séparation stricte entre la culpabilité et la peine. La maxime « on juge l'homme, pas les faits » serait d'application inconcevable dans notre système. Le « *trial* » (l'audition publique) n'est pas, comme en France, le point culminant d'une procédure progressive, mais un événement unique remplaçant tout ce qui l'a précédé. Son but est la recherche de la preuve plutôt que la recherche de la vérité. Même si la décision éventuelle est une décision entre « coupable » et « non coupable »⁴, le critère de culpabilité n'est pas l'intime conviction mais l'absence de doute raisonnable.

Pendant la première phase de l'audition jusqu'à la décision de culpabilité, le rôle du juge est d'être auditeur. C'est l'avocat du ministère public qui présente les témoins et leur pose les questions, après quoi le défenseur a le droit de « *cross-examination* ». Puis le défenseur a le droit de présenter ses témoins qui seront également susceptibles à « *cross examination* » par l'avocat du ministère public. Ce n'est que très rarement que le juge intervient ou pose des questions, qui doivent l'être en principe en vue de la clarification plutôt que de l'interrogation. L'inculpé a le droit de rester muet ; ni le juge ni le ministère public n'ont le droit de lui poser des questions, sauf s'il s'offre comme témoin.

J'ai dit que nous recherchons plutôt la preuve que la vérité, et les règles de preuve sont très strictes. Rien n'est laissé à la libre appréciation du juge, sauf la peine qui est décidée par le juge seul après la décision de culpabilité et après avoir entendu le défenseur⁵.

Après ce bref survol des traits particuliers des systèmes anglais et écossais, je voudrais attirer l'attention sur deux points qui sont, à mon avis, importants pour notre discussion des principes directeurs d'une politique criminelle. D'abord,

3. Pour l'Angleterre, v. l'arrêt de la Chambre des Lords, *Shaw v. D.P.P.*, [1962] A.C. 220 ; pour l'Ecosse, *Khalig v. H.M. Advocate*, 1984 S.L.T. 137. La Chambre des Lords vient de déclarer qu'une tentative de l'impossible peut être poursuivie : *Regina v. Shivpuri*, [1986] 2 W.L.R. 988.

4. En Ecosse il y a une troisième possibilité — « pas prouvé » (*not proven*) — qui veut dire, selon certains, « non coupable, mais prenez garde de ne pas le répéter » !

5. En Ecosse le ministère public s'abstient absolument de parler de la peine.

malgré l'existence d'un Parlement unique et malgré la théorie de sa suprématie, la diversité des sources du droit pénal et l'autonomie des juridictions rendent beaucoup plus difficile de parler d'une « politique criminelle » au plan national. Deuxième point — n'ayant jamais eu, depuis des siècles, l'expérience d'un régime arbitraire, nous n'avons pas connu la nécessité de rationaliser les garanties offertes par nos méthodes procédurales. Ces garanties sont considérées comme convenues plutôt que prescrites.

C'est ici, à mon avis, qu'il y a un danger. L'absence d'une codification des principes sous-jacents mène à une situation où les juristes et surtout les parlementaires peuvent se contenter de la répétition de « slogans » qui cachent la réalité de la pratique. Les réformes fragmentaires risquent de saper les fondements du système.

Il y a même dix ans, il aurait été inconcevable que notre *Lord Chancellor* (Garde des Sceaux) puisse dire, comme il l'a dit au mois de mai 1986 : « Les institutions, comme les Etats, tombent en décadence et perdent leur vitalité. Quelque chose de pareil, à mon avis, est arrivé à notre système judiciaire. Il faut que les magistrats soient formés d'une manière plus large et plus intensive afin qu'ils puissent jouer un rôle plus vigoureux en assurant la discipline à l'audience, pénalisant les avocats qui cherchent à profiter des délais et dirigeant les avocats vers la clef de l'affaire... Il faut que nous abondonnions peu à peu les procédures orales traditionnelles. Les avocats doivent plaider par écrit afin que le juge puisse lire tous les documents d'avance. Les magistrats et les avocats sont devenus trop prolixes. Le photocopieur a trop augmenté la documentation. Notre système a perdu son autodiscipline ».

En plus, comme tous les pays occidentaux, nous nous trouvons face à certains défis à la cohérence et à la crédibilité d'un système adapté à une façon de vivre moins complexe et moins rapide. Nous reconnaissons tous qu'il y a eu un accroissement sensible d'un nouveau droit pénal réglementaire ou « administratif ». Le développement de la technologie et de la biotechnologie nous a apporté de nouvelles sortes d'actes « contraires à l'ordre public ». Le terrorisme, les stupéfiants et les grands entrepreneurs de la fraude financière se moquent des frontières et des nuances de la jurisprudence traditionnelle.

Pour toutes ces raisons, malgré l'attrait de la diversité, nous sommes tous forcés à un recensement de ce que nous avons en commun. Et c'est ici que je vois l'importance du droit européen parce qu'il donne un cadre concret à la recherche de principes communs.

A cause précisément de la diversité de nos systèmes, le juge européen doit mettre l'accent sur le but, l'objet ou le résultat à atteindre plutôt que sur la méthode. Et cela implique, dans une certaine mesure, ce que je pourrais appeler la « démystification », la « dénationalisation » ou la « désécialisation » du droit. La recherche est dirigée vers la compatibilité des résultats avec un système de normes extérieur aux systèmes nationaux, quelle que soit la méthode adoptée pour arriver au résultat.

Pour arriver à un système de normes communes à nous tous, il faut qu'elles soient dépouillées du jargon spécifique aux systèmes nationaux. Elles doivent

être capables d'être définies d'une manière qui sera compréhensible dans n'importe quelle langue. Mais il faut, en même temps, éviter que la recherche de la simplicité ne devienne le prétexte à la superficialité, à une inattention aux nuances qui peuvent fournir la clef pour sauvegarder la justice dans le cas concret. Il y a un danger à se contenter de créer un nouveau jargon communautaire qui, encore une fois, cachera par les slogans la réalité de la pratique.

Pour cette raison je suis convaincu que le point de départ doit être une comparaison analytique, non pas de nos systèmes, mais des prémisses de nos systèmes. Il faut se demander, par exemple, pourquoi les Français ont adopté un système de procédure pénale aussi différent du système anglais, et quelles sont les valeurs protégées par chacun d'entre eux. Ce n'est que par un examen analytique des prémisses que nous arriverons à dégager les principes communs. Mais il faut en plus que nous tenions compte des influences propres à notre époque parfois difficiles à définir, qui peuvent invalider nos prémisses. Pour cela, nous aurons besoin d'un esprit ouvert aux idées nouvelles et, si j'ose dire, choquantes.

Le droit hellénique : principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal

par Constantin VOUYOUCAS

Professeur de droit pénal à l'Université de Thessalonique (Grèce)

A. — LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS APPLICABLES EN DROIT PÉNAL

En ce qui concerne le fond de notre droit pénal, les dispositions de la Constitution hellénique (en vigueur chez nous depuis l'année 1975), applicables à titre de principes dans son domaine, sont tant d'ordre général que de nature spéciale. Ainsi :

1^o D'après l'article 2 alinéa premier de la Constitution : « Le respect et la protection de la valeur de la personne humaine constituent l'obligation primordiale de l'Etat ». D'une telle manière, on garantit l'existence corporelle, psychique, spirituelle, morale et sociale de l'homme. En conséquence toute atteinte qui y serait portée est prohibée.

En plus, suivant l'article 7, alinéa 2 de la même Constitution : « Les tortures, tout sévice corporel, toute atteinte à la santé ou pression psychologique, ainsi que toute autre atteinte à la dignité humaine sont interdits et punis conformément aux dispositions de la loi ».

L'application du principe du respect de la personnalité de l'homme se trouve notamment exprimée dans la loi 1500 du 21-28 novembre 1984 sur la « répression des tortures », laquelle punit d'une peine de réclusion de 5 à 20 ans le fonctionnaire public ou le militaire compétents pour la poursuite pénale ou l'instruction, l'exécution des peines ou la garde des détenus, etc., s'ils emploient des tortures pendant l'exercice de leurs devoirs à l'encontre d'une personne se trouvant sous leur pouvoir, dans le but d'obtenir de sa part une confession, une déposition, une information, une déclaration à l'égard d'une idéologie politique, de la soumettre à une peine ou bien de provoquer sa peur, etc. Est également puni d'une peine d'emprisonnement de 3 à 5 ans tout acte autre que les tortures constituant une lésion corporelle ou une violation grave de la dignité humaine (comme par exemple l'emploi de détecteur de mensonge, l'isolement prolongé

ou même la violation de la dignité sexuelle) (art. 137-a, C. pén. de 1950, ajouté par ladite loi).

Enfin le législateur répressif doit s'abstenir d'une incrimination excessive, ainsi que de l'institution, dans certains cas, d'une responsabilité sans faute (objective). On pourrait ici mentionner l'article 29 de notre Code pénal, aux termes duquel : lorsque « la loi dispose qu'un acte est passible d'une peine aggravée », s'il « a produit un résultat déterminé, cette peine est imposée seulement lorsque ce résultat peut être attribué à l'imprudence de l'auteur ». Le législateur doit aussi s'abstenir de fixer des sanctions disproportionnées par rapport à la gravité de l'infraction concrète et aux autres actes punissables, dans le but d'assurer une prévention générale efficace moyennant des peines exemplaires.

2° « Les Hellènes sont égaux devant la loi » (art. 4, al. 1^{er} de la Constitution) : « Les hommes et les femmes hellènes ont les mêmes droits et les mêmes obligations » (art. 4, al. 2 de la Constitution) ; « Toutes les personnes se trouvant sur le territoire hellénique jouissent de la protection absolue de leur vie, de leur honneur et de leur liberté sans distinctions de nationalité, de race, de langue, ni de convictions religieuses ou politiques. Des exceptions sont permises dans les cas prévus par le droit international » (art. 5, al. 2, de la Constitution).

Cela signifie que la loi pénale, premièrement, doit protéger les biens juridiques de ceux qui se trouvent sur le territoire national, même des étrangers, et s'appliquer à toutes les infractions commises par eux (principe de territorialité, exprimé à l'art. 5, C. pén.) ; deuxièmement, elle ne peut pas exclure de son champ d'application certaines personnes (ou groupes de personnes), sauf en ce qui concerne les « responsabilités spéciales du Président de la République » (art. 49, Constitution), l'immunité parlementaire (art. 61, Constitution) ou bien l'exterritorialité ; enfin elle ne peut pas moduler les sanctions pénales en fonction de l'identité de ceux qu'elle frappe pour le même acte (aux points de vue objectif et subjectif). Mais, dans le même temps, « nul ne peut refuser de se conformer aux lois, en raison de ses convictions religieuses » (art. 13, al. 4, Constitution). C'est donc dans le domaine étendu de cette disposition que trouve sa justification la disposition constitutionnelle aux termes de laquelle « tout Hellène en état de porter les armes est tenu de contribuer à la défense de la Patrie, suivant les prescriptions des lois » (art. 4, al. 6, Constitution). On pourrait aussi évoquer, comme exemple de l'influence de notre Constitution sur la législation pénale hellénique, la loi 927 de 1979 sur la répression des actes visant les discriminations raciales.

3° Parmi les dispositions spéciales de la Constitution grecque qui concernent immédiatement le fond de notre droit pénal, on pourrait mentionner les suivantes :

a) L'article 7, alinéa 1^{er}, aux termes duquel « il ne peut y avoir de délit et aucune peine ne peut être infligée, sans une loi mise en vigueur avant que l'acte n'ait été commis et qui en détermine les éléments constitutifs. En aucun cas ne peut être infligée une peine plus lourde que celle prévue par la loi au moment où l'acte a été commis ».

Nous nous trouvons ainsi devant l'institution de la légalité des infractions et des sanctions, qui constitue le principe primordial de la Constitution, repris par le premier article de notre Code pénal, aux termes duquel : « une peine quelconque ne peut être prononcée que pour les actes pour lesquels elle avait été expressément prévue par la loi avant leur commission ». Néanmoins l'article suivant dispose que : « 1. — Lorsque plusieurs lois auront été en vigueur entre le moment où l'acte a été commis et celui où le jugement est devenu irrévocable, on appliquera la loi qui contient les dispositions les plus favorables au délinquant. 2. — Si une loi postérieure à la commission de l'acte déclare cet acte non punissable, l'exécution de la peine éventuellement prononcée sera suspendue, ainsi que ses conséquences pénales » (rétroactivité de la loi plus douce).

La lecture comparative du texte constitutionnel et du Code pénal hellénique nous amène à constater la nouveauté du premier qui, dans le but de renforcer la garantie de la liberté individuelle, impose au législateur de procéder à des incriminations complètes et claires, afin d'éviter tout abus de la part du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire.

b) Une autre disposition constitutionnelle, quoique garantissant l'inviolabilité de la conscience religieuse (« toute religion connue est libre » et « les pratiques de son culte s'exercent sans entrave sous la protection des lois »), ne permet pas que l'exercice du culte porte « atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » et interdit également le prosélytisme (art. 13, al. 2).

c) Une troisième disposition de notre Constitution, aux termes de laquelle « la protection de l'environnement naturel et culturel constitue une obligation de l'Etat », impose à celui-ci la tâche de prendre « des mesures spéciales, préventives ou répressives, dans le but de sa conservation » (art. 24, al. 1^{er}, § a).

d) L'article 22, alinéa 3, § a de la Constitution interdit « toute sorte de travail obligatoire ». On ne pourrait, par conséquent, instituer les travaux forcés comme sanction pénale.

Il conviendrait d'ajouter, à l'égard de la peine capitale, que notre Constitution se limite à dire qu'elle « n'est jamais infligée pour des délits politiques à l'exception des délits complexes » (art. 7, al. 3, § b).

Pour en terminer avec l'influence de la Constitution sur le fond du droit pénal, il faudrait noter que l'amnistie ne peut être accordée que pour les délits politiques (et pas pour ceux de droit commun), « exclusivement par décret présidentiel édicté sur proposition du Conseil des Ministres » (art. 47, al. 3 et 4, Constitution), tandis que « le Président de la République a le droit de faire grâce, de commuer ou de réduire les peines prononcées par les tribunaux, ainsi que de supprimer les conséquences légales de toute nature des peines prononcées et purgées » (art. 47, al. 1^{er}).

B. — LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS APPLICABLES EN PROCÉDURE PÉNALE

On pourrait souligner à titre d'introduction que notre Constitution est la source fondamentale de la procédure pénale hellénique, un grand nombre des

principes dominant le procès criminel étant déjà garantis par la charte constitutionnelle et gardant leur force légale, même s'ils ne sont pas encore insérés dans le Code en vigueur depuis l'année 1951 ou incorporés dans une loi pénale spéciale.

1° L'étendue et l'importance générale de l'article 2 alinéa 1^{er} de notre Constitution déjà mentionné touchent également la procédure pénale, en ce sens que le juge répressif ne peut pas infliger de sanctions exagérées, afin d'intimider tous ceux qui voudraient violer la loi pénale, sans prendre suffisamment en considération les dispositions de notre Code pénal sur la détermination des peines par le tribunal.

Cette disposition constitutionnelle doit être combinée avec l'article 7, alinéa 2 de notre Constitution sur les tortures, etc. (déjà exposé). On ne pourrait donc employer le sérum de la vérité, le détecteur de mensonges, etc.

2° Deux autres dispositions constitutionnelles concernent la justice pénale et civile. Il s'agit, premièrement, de l'article 20 alinéa 1^{er}, d'après lequel : « Chacun a le droit de trouver une protection légale auprès des tribunaux et peut exposer devant eux ses points de vue sur ses droits et ses intérêts, conformément aux dispositions de la loi » ; deuxièmement, l'article 8 énonce les principes suivants : « Nul ne peut être soustrait contre son gré au juge qui lui est assigné par la loi. La création de commissions judiciaires et de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénomination que ce soit, est interdite ».

3° Néanmoins l'influence de la Constitution hellénique sur notre procédure pénale est à son apogée dans le domaine des droits de l'homme, « en tant qu'individu et en tant que membre de la société », lesquels, aux termes de l'article 25, alinéa 1^{er} de ladite Constitution, « sont placés sous la garantie de l'Etat dont tous les organes sont obligés d'en assurer le libre exercice ».

Plus spécialement :

a) D'après l'article 5, alinéa 3 de notre Constitution, « nul ne peut être poursuivi, arrêté, emprisonné ou séquestré de toute autre manière que dans les cas et selon les formes déterminées par la loi ».

Est étroitement lié à cette disposition l'article 6 alinéa 1^{er} de la Constitution aux termes duquel : « nul ne peut être arrêté et emprisonné qu'en vertu d'un mandat judiciaire motivé qui doit être notifié au moment de l'arrestation ou de la mise en détention préventive », exceptés les cas de flagrant délit.

En outre, selon l'article 6, alinéa 2, § a) de la Constitution hellénique, « tout individu arrêté en flagrant délit ou en vertu d'un mandat est conduit devant le juge d'instruction compétent au plus tard dans les vingt-quatre heures suivant l'arrestation ou, si l'arrestation a eu lieu hors du siège du juge d'instruction, dans le délai strictement nécessaire pour le transfert de l'individu arrêté ». Ce juge est tenu (art. 6, al. 2 § b), Constitution) « dans les trois jours qui suivent la comparution, soit de mettre l'individu arrêté en liberté, soit de décerner contre lui un mandat d'arrêt ».

Enfin, bien qu'aux termes de l'article 5, alinéa 4, § a) de la Constitution hellénique, « toute mesure administrative individuelle de nature à restreindre le

libre déplacement ou le libre établissement dans le pays, ainsi que la liberté de tout Hellène d'y entrer et d'en sortir » soit interdite, néanmoins « dans des cas exceptionnels de nécessité, et uniquement en vue de la prévention d'actes criminels, de telles mesures peuvent être prises sur décision du Tribunal criminel conformément à la loi » ; et « en cas d'urgence, la décision du tribunal peut intervenir même après la prise de la mesure administrative et au plus tard dans les trois jours qui suivent, faute de quoi la mesure est levée de plein droit ».

En plus notre Constitution consacre une disposition spéciale à la détention préventive, dont la loi « fixe la limite maxima », sans pouvoir « excéder une année pour les crimes et six mois pour les délits ». Mais, aux termes du même article 6, alinéa 4 de ce texte, « dans des cas tout à fait exceptionnels, les limites maxima peuvent être prolongées respectivement de six et trois mois par décision de la Chambre du Conseil compétente ». Ce texte constitutionnel est lié à l'article 28, alinéa 1^{er} de ladite Constitution, d'après lequel : « les règles du droit international généralement acceptées, ainsi que les traités internationaux après leur ratification par voie législative et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacun d'eux, font partie intégrante du droit hellénique interne et ont une valeur supérieure à toute disposition contraire de la loi ». On pourrait mentionner à cet égard la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

C'est donc en vertu de l'article ci-dessus que cette institution est régie par la loi n° 1128/1981, aux termes de laquelle une telle privation de liberté est devenue chez nous en tout cas facultative, même pour les crimes, ayant le caractère d'*ultimum refugium*, au sens que la priorité appartient à la détermination des conditions restrictives de la liberté du prévenu (par exemple sa comparution périodique devant le juge d'instruction, l'interdiction de séjour dans certains lieux ou de se rendre à l'étranger, la caution, etc.).

On doit enfin ajouter que la loi « fixe les conditions dans lesquelles l'Etat, après décision judiciaire, accorde une indemnité aux individus qui sont injustement ou illégalement condamnés, détenus ou privés de toute autre manière de leur liberté personnelle » (art. 7, al. 4, Constitution). Et notre Code de procédure pénale consacre de nombreux articles (533 à 545) à cette question.

b) L'influence de la Constitution hellénique sur notre procédure pénale est également très importante pour ce qui concerne la liberté d'opinion et de la presse. Ainsi, aux termes de l'article 14, alinéa 1^{er}, « chacun peut exprimer et diffuser ses pensées par la parole, par écrit et par voie de la presse », en observant cependant « les lois de l'Etat ». Et bien qu'aux termes de l'article 14, alinéa 3, § a) de ce texte, la saisie de « journaux et autres imprimés, soit avant, soit après leur mise en circulation » soit interdite, son article 14, alinéa 3, § b) l'autorise exceptionnellement, mais seulement après leur publication, « à la suite d'un ordre du procureur », en cas premièrement « d'outrage à la religion chrétienne ou à toute autre religion connue » ; deuxièmement en cas « d'outrage à la personne du Président de la République » ; troisièmement s'il s'agit « d'une publication qui révèle des informations sur la composition, l'équipement et la disposition des forces armées ou sur les fortifications du Pays, ou qui vise au renversement du régime par la force ou enfin qui est dirigée contre l'intégrité

territoriale de l'Etat » ; et quatrième ment lorsqu'il y a « des publications obscènes portant manifestement atteinte à la pudeur publique, dans les cas déterminés par la loi ».

Dans tous ces cas « le procureur doit, dans les vingt-quatre heures qui suivent la saisie, soumettre l'affaire à la Chambre du Conseil ; celle-ci doit, dans les vingt-quatre heures suivantes, statuer sur le maintien ou la levée de la saisie, faute de quoi la saisie est levée de plein droit. Les recours en appel et en cassation contre l'arrêt de la Chambre du Conseil sont ouverts à l'éditeur du journal ou de tout autre imprimé saisi et au procureur » (art. 14, al. 4, Constitution).

La Constitution hellénique procède ensuite à la fixation des peines accessoires, lorsque l'auteur a utilisé la presse comme moyen pour commettre son infraction. Ainsi aux termes de l'article 14, alinéa 6 : « Après trois condamnations au moins dans une période de cinq ans pour délit de presse prévu au § 3 de cet article, le tribunal ordonne, conformément aux prescriptions de la loi, la suspension définitive ou temporaire de l'édition de l'imprimé et, dans des cas graves, il interdit au condamné l'exercice de la profession de journaliste. La suspension ou l'interdiction prennent effet dès que la décision de condamnation est devenue irrévocable ».

Il faudrait enfin noter qu'aux termes de l'article 14, alinéa 7 de notre Constitution : « les délits de presse sont flagrants, et sont jugés ainsi qu'il est prescrit par la loi ».

c) Dans le domaine de la liberté de conscience religieuse on pourrait mentionner l'article 13, alinéa 5 de la Constitution hellénique, d'après lequel : « aucun serment ne peut être imposé qu'en vertu d'une loi qui en détermine aussi la formule ». Et notre Code de procédure pénale impose, en principe, l'audition des témoins sous la foi du serment, dont certaines catégories (par exemple les mineurs, la partie civile, les personnes sans religion, etc.) sont exemptes (art. 218 et s.).

d) Egalement, quoique « le secret des lettres ainsi que de tout autre moyen de libre correspondance ou communication est absolument inviolable » (art. 19, § a), Constitution), la loi « fixe les garanties sous lesquelles l'autorité judiciaire n'est pas tenue à respecter le secret pour des raisons de sécurité nationale ou pour les besoins de l'instruction sur des crimes particulièrement graves » (art. 19, § b), Constitution).

e) On ne peut pas d'ailleurs méconnaître l'importance d'un cas d'empêchement de poursuite pénale prévu par notre Constitution. Il s'agit de la disposition de l'article 10, aux termes duquel : « Toute personne ou plusieurs agissant en commun ont le droit, en se conformant aux lois de l'Etat, d'adresser, par voie écrite, des pétitions aux autorités » ; néanmoins la poursuite du pétitionnaire pour des infractions éventuellement contenues dans la pétition « n'est permise qu'après la décision définitive de l'autorité » à laquelle elle était adressée et « avec son autorisation ».

f) Est aussi très intéressant l'article 9 de la Constitution hellénique, suivant lequel : « Le domicile de chacun est considéré comme un asile ». « Aucune

perquisition domiciliaire ne peut être opérée que dans les cas et sous les formes déterminées par la loi, et toujours en présence de représentants du pouvoir judiciaire ». Les contrevenants « sont punis pour violation de domicile et pour abus d'autorité ; ils sont, en outre, tenus de dédommager entièrement la personne lésée, conformément aux dispositions de la loi ».

g) En outre on ne peut pas ignorer la portée pour le droit de propriété de l'article 7, alinéa 3, § a) de notre Constitution, aux termes duquel « la confiscation totale des biens est interdite ».

h) En terminant mon intervention, je voudrais citer l'article 5, alinéa 2, § c) de la Constitution hellénique, selon lequel est interdite « l'extradition d'un étranger poursuivi pour son action en faveur de la liberté ».

Et maintenant permettez-moi de formuler quelques remarques finales. Je pense donc qu'il serait souhaitable que la Constitution hellénique contienne des dispositions plus claires en matière pénale, afin d'éviter des divergences d'opinions graves sur les questions de la peine capitale, du serment, etc. En plus, le législateur répressif devrait édicter, le plus tôt possible, toutes les lois prévues aux termes de notre Constitution, afin de faire entrer dans la pratique toutes les normes dans le domaine du droit pénal de fond et de forme (par exemple tribunaux militaires, etc.). Enfin, le législateur hellène pourrait, d'une part, reprendre à son compte les résolutions prises au terme des rencontres internationales de droit pénal consacrées aux grands problèmes sociaux soulevés dans ce domaine-ci et devrait, d'autre part, s'adapter aux principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe que, je l'espère, nous allons formuler au sein de notre colloque.

Le droit italien, principes généraux applicables à la « matière pénale »

(y compris certains systèmes de sanctions extrapénales, droit administratif pénal, droits disciplinaires, mesures de défense sociale, etc.)

par Giuliano VASSALLI

*Professeur de droit pénal à l'Université de Rome,
Président de la Commission de législation du Sénat italien*

1. En Italie, lorsque l'on parle de « principes généraux applicables en matière pénale », on pense tout d'abord aux principes énoncés dans la Constitution. En fait, il est nécessaire de considérer que la Constitution de la République, élaborée entre 1946 et 1947 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948 :

a) contient une série de normes concernant le droit pénal général et la procédure pénale ;

b) est une constitution de type rigide à laquelle la loi ordinaire ne peut ni se soustraire ni se substituer ;

c) l'illégitimité constitutionnelle des lois et des autres actes ayant force de loi (décrets-lois, décrets législatifs ou lois-déléguées), lorsqu'elle est déclarée par la Cour constitutionnelle, vaut aussi bien pour les lois successives à la Constitution que pour celles antérieures, à savoir pour les codes pénal et de procédure pénale de 1930 dont les parties les plus importantes sont encore en vigueur et sur lesquelles la Cour constitutionnelle a fortement pesé soit par des sentences d'illégitimité (équivalant dans les faits à une abrogation rétroactive des normes jugées inconstitutionnelles), soit par des sentences interprétatives, soit encore (mais plus rarement) par des sentences additives.

Toutefois, il existe aussi des principes généraux énoncés dans les codes ou dans d'autres lois, dont il faut aussi tenir compte soit car ils sont conformes aux normes constitutionnelles, soit car ils ne sont pas incompatibles avec ces dernières ou relatifs à des domaines non abordés par la Constitution.

2. Pour des raisons de place, nous nous limiterons à rappeler seulement les principes de la Constitution de la République en matière pénale.

Tout d'abord, en droit pénal général, *le principe de légalité* des droits, des peines et des mesures de sûreté énoncé par l'article 25 avec *le principe de non-rétroactivité de la loi pénale défavorable* (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penali*).

Ce principe est ainsi énoncé : « Personne ne peut être puni si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant la commission du fait » (art. 25, al. 2).

« Personne ne peut être soumis à une mesure de sûreté, sauf dans les cas prévus par la loi » (art. 25, al. 3).

Ces principes étaient déjà énoncés à l'article 1 et à l'alinéa 1 de l'article 2 du code pénal pour les infractions et pour les peines, et à l'article 199 pour les mesures de sûreté. La différence est représentée par le fait qu'auparavant l'obligation valait seulement pour le juge et que maintenant elle lie aussi le législateur.

Comme on peut le constater, la formule employée par la Constitution à propos des peines est différente de celle employée pour les mesures de sûreté. Pour ces dernières, le principe de non-rétroactivité n'est pas énoncé expressément, mais seulement celui de légalité, comme cela se produit pour les articles 199-200 et 236 du code pénal. Par conséquent, tandis que l'on ne pourra jamais appliquer une mesure de sûreté pour un fait qui, au moment de sa commission, ne constituait pas une infraction, on pourra au contraire appliquer, à l'égard d'un fait constituant infraction au moment de la commission, une mesure de sûreté prévue par une nouvelle loi.

L'interdiction d'analogie pour les normes pénales défavorables au coupable n'est pas formellement énoncée dans la formule brève mais pregnante de l'article 25 de la Constitution, alors qu'elle l'est dans l'article 1 du code pénal et dans l'article 14 des « dispositions sur la loi en général » introduisant le code civil de 1942 (de même que celui de 1865). Ainsi s'est posé le problème de savoir si l'interdiction d'analogie avait été « constitutionnalisée ». La réponse dominante, presque unanime, est positive étant donné qu'il faut considérer l'article 25 comme une norme « prégnante » qui a reconnu tous les principes de garantie existant en la matière avant la Constitution.

Le principe de légalité et celui de non-rétroactivité ont été récemment énoncés formellement (art. 1 de la loi n° 689 du 24 nov. 1981) pour les sanctions administratives prévues pour des faits non considérés comme des infractions par la loi (délits administratifs à caractère général) et pouvant être appliquées soit par l'autorité administrative à titre principal, soit par l'autorité judiciaire à titre secondaire : « Personne ne peut être soumis à des sanctions administratives, sauf en vertu d'une loi qui soit entrée en vigueur avant la commission de la violation. Les lois qui prévoient des sanctions administratives s'appliquent seulement aux cas et à l'époque considérés ».

Le problème relatif aux « mesures de prévention » (mesures de police appliquées par les tribunaux) créées par la loi n° 1423 du 27 décembre 1956 et disciplinées par de nombreuses lois successives, surtout contre la mafia (1965, 1975, 1982 etc.) est beaucoup plus délicat : surveillance spéciale simple, surveillance spéciale avec interdiction de séjour, surveillance spéciale avec obligation de séjour dans

un lieu déterminé. En fait, les sujets soumis à de telles mesures sont génériquement indiqués comme « personnes dangereuses pour la sécurité ou la morale publique » ou comme « suspectées d'appartenir à des associations de type mafia », et, pour certains (mais non pour la Cour constitutionnelle), ces prévisions semblent s'opposer au principe de détermination, contenu essentiel (à côté de la réserve de loi et de la limitativité) du principe de légalité.

En matière de « mesures de prévention » (et notamment pour les mesures de type patrimonial qui concernent les biens des suspects d'appartenance à la mafia, selon les lois de 1982), le principe de non-rétroactivité des normes défavorables soulève aussi des problèmes.

3. *Le principe de personnalité de la responsabilité pénale.* Il s'agit du second principe important en matière de droit pénal général énoncé par la Constitution de 1948 : « La responsabilité pénale est personnelle » (art. 27, al. 1). Son interprétation est controversée. Une partie de la doctrine et la Cour constitutionnelle retiennent que ce principe empêche la responsabilité pénale pour le fait d'autrui, la responsabilité pénale des personnes morales, les peines collectives. Une autre partie de la doctrine pense au contraire que ce principe consacre aussi le principe de la « responsabilité coupable », rendant ainsi inconstitutionnelles de nombreuses règles du code pénal qui prévoient des cas de responsabilité objective pour le fait propre, y compris celles qui punissent à titre de dol la réalisation (à travers un comportement pénalement prohibé) d'un fait non directement voulu. Dans la jurisprudence ordinaire, c'est aussi la première interprétation, plus restrictive, qui l'emporte. Ainsi, il reste dans la législation italienne des cas de responsabilité pénale objective en relation avec l'événement provoqué par le coupable, surtout en matière de concours d'auteurs (art. 116, c. pén.) ou en matière d'*aberratio delicti* (art. 83 et 586).

4. *La prohibition de la peine de mort et l'humanité de la peine.* Ces deux principes sont consacrés dans l'article 27 (al. 3 et 4) de la Constitution. La peine de mort est admise seulement dans les cas prévus par les lois militaires de guerre. Nonobstant l'atrocité de beaucoup de délits de droit commun, nonobstant l'alarme créée par le terrorisme à partir de 1977, on n'a jamais pensé à un retour en arrière, exception faite d'un mouvement politique d'extrême droite qui demanda la modification de cette norme constitutionnelle afin de disposer, durant l'urgence terroriste, de la loi martiale.

Il faut relier au principe d'humanité de la peine une grande partie des réformes de la législation pénitentiaire entrée en vigueur en 1975 (loi n° 354 du 26 juill. et D.P.R., n° 431 du 26 avr. 1975), les réformes ultérieures actuellement à l'examen devant le Parlement (déjà approuvées par le Sénat) ainsi que la disposition de l'avant-dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, applicable aussi aux personnes en détention préventive et aux termes duquel « toute violence physique et morale sur les personnes soumises à des restrictions de liberté sera punie ».

5. *Le principe de la rééducation du condamné.* L'article 27 alinéa 3 de la Constitution ne déclare pas seulement que « les peines ne peuvent pas consister

en des traitements ne respectant pas l'esprit d'humanité», mais ajoute que celles-ci «doivent tendre à la rééducation du condamné». Il s'agit d'un principe qui fut très discuté à l'époque de l'élaboration de la Constitution, tant du point de vue de sa portée que de ses implications. De toute façon, en Italie, le principe empêche les critiques de l'«idéologie du traitement» d'avoir du succès en matière législative. Il s'est reflété dans de nombreux domaines de la législation pénale. Il n'a pas entraîné l'abolition de la peine de prison à perpétuité (abolition réclamée à plusieurs reprises par des référendums abrogatifs qui n'ont eu aucun succès) mais a permis de modérer la dite peine soit à travers l'admission du condamné à perpétuité à la libération conditionnelle après 28 ans de prison (loi n° 1634 du 23 nov. 1962), soit à travers l'extension au condamné des réductions de peine périodiques pour bonne conduite dans le but d'une libération anticipée (sentence de la Cour constitutionnelle n° 274 du 27 sept. 1983), soit encore à travers la proposition de réforme, déjà approuvée par le Sénat et selon laquelle l'admission du condamné à perpétuité à la libération conditionnelle devrait survenir après 26 ans de peine et la possibilité de profiter de permissions après 10 ans.

En outre, le principe constitutionnel de la rééducation du condamné a imprégné toute la réforme pénitentiaire de 1975 précitée. Cette dernière est basée entièrement sur le «traitement rééducatif» et la rééducation est entendue (et souvent appelée) comme la «réinsertion sociale du coupable» ou comme la «réinsertion du condamné dans la vie sociale». A ce propos, les nombreuses règles du règlement d'exécution de la loi (D.P.R. n° 431 du 26 avr. 1976) sont très intéressantes.

6. *Les prohibitions constitutionnelles d'extradition.* La Constitution italienne de 1948 contient, toujours en matière de droit substantiel, certaines prohibitions traditionnelles d'extradition. L'article 26 établit textuellement : «l'extradition du citoyen peut être accordée seulement lorsqu'elle est expressément prévue par les conventions internationales. En aucun cas elle ne peut être admise pour les délits politiques». Et l'article 10, après avoir établi la règle selon laquelle «l'étranger à qui est défendu dans son pays l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution italienne a droit d'asile sur le territoire de la République», établit dans le dernier alinéa que «l'extradition de l'étranger n'est pas admise en matière de délits politiques».

Par la suite, de nombreuses conventions ont admis l'extradition du citoyen italien pour des délits de droit commun, notamment celles avec les Etats-Unis. Mais pour les délits politiques, des controverses ont vu le jour, si nombreuses qu'il n'est pas possible de les résumer ici. Il suffit de dire que la Convention sur le génocide a dû être approuvée par une loi constitutionnelle et qu'il existe des réserves italiennes à l'assistance judiciaire et à l'extradition pour les délits terroristes¹.

1. «L'Italie déclare qu'elle se réserve le droit de refuser l'extradition, ainsi que l'entraide judiciaire, en ce qui concerne toutes les infractions énumérées à l'article 1 qu'elle considère comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques; dans ce cas, l'Italie s'engage à prendre dûment en considération, lors de

7. *Les principes constitutionnels en matière de procédure pénale.* Ces principes peuvent être ainsi résumés :

a) *inviolabilité de la liberté personnelle*, sauf sur acte motivé de l'autorité judiciaire et dans les cas et selon les modes prévus par la loi : avec la seule exception d'adoption de restriction provisoires de la part de l'autorité de police dans des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence ; devant être communiquées dans les 48 heures à l'autorité judiciaire et dépourvues de tout effet si elles ne sont pas validées par cette dernière dans les 48 heures suivantes ; donc un total de 96 heures (art. 13 de la Constitution).

Ce principe a lui aussi donné lieu à de nombreuses controverses jurisprudentielles. Parmi les restrictions de la liberté personnelle, la Constitution inclut expressément les inspections et perquisitions personnelles.

b) *inviolabilité du domicile* avec interdiction de procéder à des inspections, perquisitions ou saisies en dehors des cas et normes prévues par la loi selon les garanties prescrites pour la protection de la liberté personnelle (article 14).

c) *inviolabilité de la liberté et du secret de la correspondance* et de toute autre forme de communication, sauf en cas d'acte motivé de l'autorité judiciaire avec les garanties établies par la loi. Ce principe doit être lié à la loi n° 98 du 8 avril 1974 en matière d'interceptions téléphoniques — qui a introduit les nouveaux articles 226 bis, 226 ter, 226 quater, 226 quinquies et 226 sexies du Code de procédure pénale —, ainsi qu'à certaines restrictions postérieures établies durant la période terroriste ; il paraît que certaines violations sont toutefois effectuées par les services secrets ou d'autres autorités.

d) *présomption d'innocence de l'accusé jusqu'à la condamnation définitive* (art. 27, al. 2 de la Constitution). Il s'agit plus d'une proclamation théorique que d'un principe effectif. En effet, ce principe n'empêche pas la détention préventive ni les abus en ce domaine. Il n'empêche pas la propagande journalistique contre les accusés de délits graves ou moins graves, au nom du droit de la chronique. Il n'empêche pas d'autres types d'abus ni le jugement négatif de l'opinion publique vis-à-vis des accusés. Il est valable seulement pour le régime pénitentiaire existant pour les accusés détenus (qui est différent de celui existant pour les condamnés), et dans de rares autres secteurs. Par ailleurs, il faut relier à ce principe le point suivant relatif aux limites de durée maximum de la détention préventive (appelée depuis la loi de 1984 « garde conservatoire »).

e) *obligation, faite au législateur, de fixer les limites maxima de la détention préventive* (art. 13, dernier al.). Jusqu'en 1970 on pensait que la Constitution se référait (comme par le passé, avant le code de 1930 qui avait totalement aboli les dites limites) à la phase d'instruction du procès. Avec la sentence du 4 mai 1970, la Cour constitutionnelle a au contraire retenu que l'obligation s'applique aussi aux phases successives. D'où, à partir de 1970, une série de lois en la

l'évaluation du caractère de l'infraction, son caractère de particulière gravité, y compris :

- a) qu'elle a créé un danger collectif pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ;
- b) qu'elle a atteint des personnes étrangères aux mobiles qui l'ont inspirée ;
- c) que des moyens cruels ou perfides ont été utilisés pour sa réalisation.

matière. Compte tenu de la longueur des jugements de 1^{er} et 2^e degré, surtout lorsqu'il y a une centaine d'accusés, cette matière est devenue la plus « tourmentée » de la procédure pénale italienne, avec un remaniement incessant des lois.

f) inviolabilité du principe du juge naturel (art. 25, al. 1 de la Constitution). Il s'agit d'une autre matière qui a donné lieu à de nombreuses controverses et à diverses innovations du Code de procédure pénale.

g) droit à la défense judiciaire durant chaque phase et chaque degré du procès. Dans l'article 24, alinéa 2, la Constitution italienne déclare qu'un tel droit est « inviolable ». Dans ce domaine encore, la Constitution a imposé de nombreuses modifications législatives. Il s'est agi d'un travail extrêmement difficile vers la conquête de libertés toujours plus grandes, surtout pour la défense technique, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un avocat.

Mais il s'agit de conquêtes disputées que la Magistrature a tenté en pratique de limiter, d'annuler ou d'éluder. Actuellement, il existe en la matière un conflit croissant entre avocats et magistrats. C'est aussi l'un des secteurs qui donne lieu à de gros problèmes dans le cadre de la rédaction d'un nouveau Code de procédure pénale qui voudrait s'inspirer davantage des principes du système accusatoire.

h) caractère obligatoire de l'exercice de l'action pénale par le Ministère Public. Il s'agit d'un principe traditionnel du droit italien, en contraste avec celui des pays voisins, mais que, en 1948, on a cru devoir élever au rang de principe constitutionnel (art. 112). La Magistrature a rattaché à ce principe l'indépendance absolue du Ministère Public par rapport au pouvoir exécutif. Cependant, depuis 1944, il existe un contrôle judiciaire de l'exercice de l'action pénale par le Ministère Public (décret législatif du lieutenant n° 288 du 14 sept. 1944) : en effet, la décision de non-lieu pour absence de fondement de la *notitia criminis* doit être demandée par le Ministère Public au juge d'instruction, ce dernier pouvant être de l'avis contraire et ordonner l'ouverture de l'instruction formelle. Cependant, il n'existe pas de contrôles effectifs et efficaces de l'inaction éventuelle du Ministère Public. En réalité le principe est parfois violé, mais donne surtout lieu à de nombreuses injustices en relation avec le choix des procès à qui donner la priorité.

i) obligation de motivation de toutes les mesures juridictionnelles (art. 111, al. 1 de la Constitution), valable aussi en matière pénale. Le Code de procédure pénale précise que les sentences et ordonnances doivent être motivées, mais non les décrets purement ordonnateurs. Bien entendu toutes les mesures restrictives de la liberté personnelle doivent être motivées. Mais très souvent l'obligation est éludée sur la base de motivations apparentes même si spécifiques et nonobstant leur longueur. Parfois la motivation, surtout des sentences, se traduit par un excès d'extension du procès.

j) recevabilité généralisée du recours en cassation pour violation de la loi contre toutes les sentences (quel que soit leur contenu) et contre toutes les mesures concernant la liberté personnelle, prononcées par les organes juridictionnels ordinaires ou spéciaux. Le Ministère Public fait partie de ces dits

organes lorsqu'il a des pouvoirs analogues à ceux du juge (par exemple émission de mandat d'arrêt). Ce principe est lié au précédent vu que le défaut de motivation représente une violation de loi, et précisément de la loi procédurale qui impose la motivation. Cela explique le nombre très élevé de recours en cassation en matière pénale, en Italie, et la longueur des procédures avant que la sentence ne devienne définitive. En outre, en matière pénale, le recours en cassation suspend l'exécution de la sentence de condamnation et cela encourage à former un recours.

k) *responsabilité directe des fonctionnaires (parmi lesquels les magistrats)* selon les lois pénales, civiles et administratives pour les actes basés sur la violation des droits (art. 28 de la Constitution). Ce thème représente l'une des plus graves batailles politiques de l'Italie d'aujourd'hui. En effet la responsabilité civile des magistrats (juges et Ministère Public), réglée actuellement par les articles 55, 56 et 74 du Code de procédure civile, est à l'heure actuelle pratiquement inexistante. Elle est prévue seulement pour « dol, fraude et concussion » et pour certaines omissions. La demande judiciaire est toujours soumise à l'autorisation du Ministre de la Justice. En quarante-quatre ans (le Code de procédure civile date de 1942) il n'y a jamais eu un seul procès pour responsabilité civile du juge. Le parti socialiste, le parti radical et le parti libéral ont récemment promu un référendum abrogatif des dits articles pour les remplacer par un système établissant la responsabilité du magistrat, même pour faute grave. L'Association nationale des Magistrats ainsi que les autres partis (démocrate-chrétien, communiste et républicain) sont contraires à ce référendum. Il s'agit de l'un des nombreux motifs secondaires de la tension existant actuellement en Italie.

l) *prévision selon laquelle la loi doit déterminer « les conditions et les modes pour la réparation des erreurs judiciaires »*. Très peu a été fait dans ce domaine. On a travaillé seulement sur la réparation des erreurs résultant de sentences de révision ayant annulé des sentences définitives de condamnation. Un projet de loi pour la réparation (très limitée) des abus commis en matière de détention préventive est à l'étude devant le Parlement depuis trois ans. Ce thème accroît les polémiques dont nous avons parlé au point précédent, dans le sens où la Magistrature soutient que c'est l'Etat et l'Etat seul qui doit répondre, et de façon congrue, des erreurs judiciaires, et non le juge ou le Ministère Public.

8. *Autres principes fondamentaux non expressément sanctionnés par la Constitution ou bien abordés seulement de façon indirecte.*

Le système de droit pénal général italien retient bien entendu des principes fondamentaux non constitutionnels ou bien découlant de la Constitution de façon seulement indirecte, ces principes n'étant pas partagés par tous. Il serait d'ailleurs impensable, aussi détaillée que puisse être la Constitution, d'affirmer que cette dernière puisse renfermer l'essence de la civilisation pénale d'un pays.

Examinons tout d'abord, de la manière la plus synthétique possible, les principes généraux relatifs aux infractions pénales. Nous verrons ensuite ceux relatifs aux sujets, aux peines et aux mesures de sûreté.

Parmi les principes caractérisant tout droit pénal moderne, on trouve celui de « matérialité » et celui de « subjectivité »². Est nécessaire une conduite externe ou extrêmement décelable (*cogitationis poenam nemo patitur*, selon un ancien brocard ; *nullum crimen sine actione*, selon la formulation proposée, entre autres, par le Professeur Bettiol) ainsi que l'appartenance psychologique du fait à son auteur (lien psychique mais aussi principe de culpabilité : *nullum crimen sine culpa, mens rea* et pas seulement *actus reus*, selon la terminologie anglo-saxonne). Par ailleurs, depuis longtemps, à côté de ces principes traditionnels, une grande partie des pénalistes et de la jurisprudence a tendance à ajouter le principe d'« offensivité ». Avec cette formulation (préférable à celle de principe de « légitimité » car on se réfère ainsi aux infractions de danger et pas seulement à celles de dommage) on entend mettre en évidence que, pour la subsistance de l'élément objectif et matériel de l'infraction, la réalisation *in concreto* des éléments décrits dans les tenants et les aboutissants légaux ne suffit pas ; il faut aussi que le fait soit capable de produire *in concreto* l'offense que la législation entend prévenir. Il est évident que ce principe revêt une importance interprétative et applicative dans les « infractions de simple conduite » car pour les infractions comportant lésion ou danger expressément requis par la loi (par exemple, avec la formule « de façon à mettre en danger la sécurité publique » ou « de façon à porter préjudice » et « de façon à pouvoir entraîner un procès pénal au détriment du calomnié », l'offense fait partie des tenants et aboutissants légaux et fait corps avec la condition requise du caractère typique. Il s'agit justement de savoir, lorsque cela ne se produit pas, si la condition requise de l'« offensivité » est inhérente au caractère typique ou s'il s'agit au contraire d'un élément à part pouvant exister ou non exister. Le Code pénal italien contient, dans l'article 49 relatif à « l'infraction impossible pour inaptitude de l'action », le principe d'« offensivité » en tant que condition requise pour toute infraction ; mais certains auteurs et la jurisprudence dominante réduisent l'importance de cet article et admettent donc les « infractions sans offense » ou « infractions de danger présumé » dans lesquels le législateur entend punir uniquement une conduite déterminée. Un débat particulier existe, par exemple, autour des délits d'attentat, nombreux dans la législation italienne. Le principe d'« offensivité » tend à s'imposer chaque jour davantage ; le législateur devrait pour le moins s'y référer expressément dans la formulation de toute espèce légale pénale.

On admet au contraire les « délits-obstacles » et bien entendu les contraventions.

A propos de ces dernières, il suffit de rappeler (en revenant pour un instant à l'élément subjectif de l'infraction) que celles-ci se différencient des délits non seulement du fait de la peine différente (arrestation ou amende au lieu de prison à vie, réclusion et amende), mais surtout car pour leur existence suffit en général la faute au sens étroit (*négligence*), tandis que les délits par imprudence sont une catégorie qui doit être indiquée par la loi à chaque fois.

2. Ce sont les dénominations préférées du Professeur Mantovani dans son *Diritto penale* (Florence, 1979). En général, la doctrine italienne préfère parler de « principe de culpabilité » plutôt que de principe de subjectivité (selon l'exemple allemand : *Schuldprinzip*) ; cela se produit aussi lorsque l'on ne suit pas une conception « normative » de la culpabilité, mais seulement « psychologique ».

En outre, dans le domaine des contraventions, on ne reconnaît pas la tentative, en cohérence avec leur nature d'infractions de danger : en fait, les précautions prescrites sont instrumentaires pour la sauvegarde d'intérêts déterminés, avec la conséquence qu'une prévision ultérieure de protection ne serait pas justifiée.

Récemment une importante circulaire de la Présidence du Conseil des Ministres (n° 1.1.2/17611/4.6 du 5 févr. 1986) a indiqué à tous les Ministres qui proposent des projets de loi ou préparent des décret-lois les critères de choix entre contraventions et délits (l'Italie, comme l'on sait, ne connaît pas la répartition entre crimes, délits et contraventions) ; et elle a élucidé les dispositions normatives qui représentent les contraventions de la façon suivante :

a) normes à caractère préventivo-conservatoire qui codifient les règles de prudence, de diligence, d'expertise tendant à la protection préventive et indirecte de biens juridiques de première importance comme la vie, l'intégrité physique, la sécurité.

b) normes concernant la réglementation d'activités soumises à un pouvoir administratif, en vue de la poursuite d'un objectif d'intérêt public. Le fait qu'il s'agit d'activité soumise à un pouvoir administratif peut être indiqué par plusieurs indices : la nécessité d'une mesure habilitative de l'administration ou d'une dénonciation à cette dernière ; le fait que la conduite suppose une demande, un ordre ou une prescription de l'administration ; ou bien l'organisation d'un service public auquel la personne privée doit s'adresser ».

Ainsi, nonobstant l'introduction croissante du droit punitif administratif non criminel (cf. *infra*, n° 12), les contraventions pénales n'ont pas complètement disparu. Le droit punitif administratif prévoit comme sanction le seul paiement d'une somme d'argent — sauf certaines peines accessoires telles que le retrait de permis ou d'autorisation, la fermeture d'établissement, etc. — tandis que pour les contraventions pénales est prévue actuellement la peine de l'arrestation et la peine (criminelle) de l'amende lorsqu'elle est accompagnée de celle de l'arrestation. Toutefois la circulaire précitée recommande une utilisation plus prudente des contraventions pénales lorsque la sanction administrative est suffisante dans le cadre de la prévention générale.

9. Autres principes : — en matière de sujets.

On a déjà dit que, jusqu'à présent, le droit pénal italien ne reconnaît pas une responsabilité pénale proprement dite des personnes juridiques. Par ailleurs il reconnaît des formes subsidiaires de responsabilité civile pour les amendes infligées à des subordonnés, administrateurs ou représentants (article 197, C. pén.) ainsi que de nombreuses sanctions accessoires, surtout des interdictions, disséminées dans des lois spéciales et qui, même s'il ne s'agit pas de peines proprement dites, remplissent une fonction répressive et préventive des infractions.

Les personnes physiques sont classées en personnes pleinement imputables, semi-imputables et non imputables. Cette dernière catégorie comprend les mineurs de 14 ans. Pour les mineurs entre 14 et 18 ans, le juge est tenu de vérifier cas par cas l'existence de la maturité ; mais même en cas de maturité reconnue, la peine est toujours diminuée par rapport à celle de l'adulte.

Formellement il n'existe pas une catégorie de jeunes adultes, mais certains avantages pénaux (par exemple, la suspension conditionnelle de la peine) sont prévus pour les délinquants entre 18 et 21 ans (et pour ceux de plus de 70 ans). Il existe aussi pour ces sujets des mesures plus clémentes en matière de détention préventive et de règlement pénitentiaire.

En Italie les cas d'imputabilité présumée sont encore nombreux ; ou mieux de non-imputabilité non considérée comme telle par les lois. Ainsi pour tous les cas où l'infraction a été commise sous l'effet d'alcool ou de stupéfiants, à condition que l'ivresse ne soit ni accidentelle ni chronique. Le système pénal italien est resté en matière d'imputabilité celui du code de 1930. Exception faite des alcoolodépendants et des toxicodépendants (sans référence à leur imputabilité) pour lesquels ont été prévues récemment des mesures prophylactiques visant à favoriser la réhabilitation et la réinsertion (par exemple placement (volontaire) dans des « communautés thérapeutiques » ou des instituts analogues).

Le système pénal italien a conservé aussi les normes du code de 1930 relatives aux sujets « socialement dangereux » c'est-à-dire ceux dont on peut imaginer qu'ils commettront d'autres infractions ; ainsi que les délinquants habituels, les délinquants professionnels et les délinquants par tendance. Ces deux derniers ont d'ailleurs disparus depuis longtemps de la pratique judiciaire. Restent les délinquants habituels car, du reste, n'ont été ni abolis ni déclarés inconstitutionnels les cas de « caractère habituel présumé par la loi » (art. 102). Vice versa, la Cour Constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelles toutes les présomptions concernant les sujets dangereux non-imputables ou semi-imputables. Pour ces sujets, la constatation de la dangerosité devra être réalisée cas par cas et renouvelée au moment où devra commencer l'exécution de la mesure de sûreté (hôpital psychiatrique judiciaire pour les non-imputables, maison de soin et de garde pour les semi-imputables).

Nonobstant les protestations de la doctrine pénale, le système de la « double voie » selon lequel le sujet imputable ou semi-imputable considéré dangereux doit purger aussi bien la peine que la mesure de sûreté est resté inchangé.

10. *Autres principes : — en matière de peines et de mesures de sûreté.*

Nous avons déjà parlé des principes régissant les peines criminelles à propos des principes constitutionnels (*supra*, nos 2,3,4,5). On peut donc ajouter que, à côté de la légalité, de la personnalité, de l'humanisation de la peine et de sa fonction rééducative, sont en vigueur les principes de sa proportionnalité, de son caractère judiciaire (elle peut être prononcée seulement par l'autorité juridictionnelle) et de son caractère inéluctable (*nullum crimen sine pœna*). Toutefois ce dernier principe subit aussi en Italie les dérogations représentées par certaines causes extinctives traditionnelles, existant dans tous les pays : l'oblation administrative pour certaines peines exclusivement pécuniaires, la suspension conditionnelle de la peine, la prescription, les amnisties et les remises de peine, la libération conditionnelle.

Il est intéressant de noter la transformation en cours pour le *sursis* qui, jusqu'à présent en Italie, est sans probation ; ainsi seule l'obligation d'indemnisation (sur le plan civil) de la victime de l'infraction, peut être imposée. L'année

dernière un important projet de loi a été présenté par le Gouvernement devant le Parlement ; avec ce projet, le sursis est totalement re-réglementé du point de vue de la prévention spéciale, avec l'imposition obligatoire, dans tous les cas, de la réparation des conséquences nuisibles de l'infraction, et avec la faculté du juge de subordonner l'octroi à toute une série d'autres conditions tendant à faciliter le contrôle social du délinquant. Mais le Parlement n'a pas encore commencé à examiner ce projet de loi.

Enfin, depuis novembre 1981 (loi n° 689 du 24 novembre 1981) sont en vigueur en Italie les « peines substitutives » : le juge qui doit infliger une peine détentive de courte durée peut la remplacer par la semi-détention, la liberté surveillée ou, dans les cas les moins graves, par une peine pécuniaire. En outre les peines substitutives peuvent aussi être appliquées à la demande de l'accusé (négociation ou *plea-bargaining*) mais toujours dans ces cas de moindre gravité. Une réforme, proposée par le Gouvernement, est en cours pour les peines substitutives et pour la négociation, ainsi que pour les rapports de ces mesures avec la suspension conditionnelle de la peine.

Les mesures de sûreté s'opposent à la peine, surtout pour ce qui est du caractère indéterminé du maximum de la durée. Cela correspond à leur objectif qui est d'être exclusivement des moyens de prévention contre la dangerosité spéciale du sujet qui doit être réexaminée périodiquement mais qui pourrait aussi, dans des hypothèses extrêmes, être jugée comme devant subsister la vie entière. Ce système donne lieu lui aussi à certaines perplexités ; il a parfois été jugé comme le fruit d'une mentalité dépassée.

Tout le domaine des peines détentives et des mesures de sûreté est confié de plus en plus à une magistrature spéciale : « la magistrature de surveillance ».

11. *Autres principes ; — en matière de procès pénal.*

Il n'existe pas dans ce domaine beaucoup d'autres principes écrits, outre ceux dérivant de la Constitution et dont nous avons parlé au point 7.

On ne trouve pas de principes particulièrement contraignants sur le plan de l'utilisation et de l'appréciation des preuves. Tout est confié à l'élaboration jurisprudentielle et aux principes généraux de civilité, outre à la logique.

Cela a causé et cause encore des abus de « l'intime conviction du juge ». La tension en la matière est extrêmement forte après les procès dans le domaine du terrorisme et de la mafia, car très souvent les juges italiens ont appliqué aux matières ordinaires des critères qui avaient eu une certaine valeur et une certaine reconnaissance, ou avaient été tout au moins généralement acceptés par l'opinion publique à l'époque de « l'émergence criminelle ».

Les points suivants sont particulièrement critiqués :

- a) le recours à la détention préventive lorsque cela n'est pas nécessaire (c'est le cas de 75 % des détenus pour lesquels le mandat d'arrêt est facultatif) ;
- b) l'arrestation pour pouvoir chercher les preuves grâce à l'isolement du détenu, sa confession ou ses appels futurs en complicité ;

c) l'utilisation des déclarations des « repentis » comme source unique de preuve, sans autre vérification objective.

Cette tension a eu comme conséquence le fait que, sur le plan législatif, on n'a encore introduit aucune facilité pour les repentis de la criminalité de droit commun (celle pour les repentis du terrorisme est expirée en 1983).

12. *Le droit punitif administratif.*

Nous avons déjà abordé auparavant cette branche du droit. Autrefois les sanctions administratives (à caractère général c'est-à-dire non liées à un rapport disciplinaire) représentaient une branche fragmentaire du droit administratif, même si elle a été soumise à une importante élaboration doctrinale qui voyait en elles l'extériorisation d'un droit subjectif de l'administration. Aujourd'hui — sans que l'on soit pour autant arrivé à une situation semblable à l'*Ordnungsstrafrecht* de la tradition allemande — ces sanctions sont parvenues à un système réglé par des principes propres, déclarés valables autant pour les sanctions qui ont remplacé les peines contraventionnelles, du fait du processus croissant de « dépenalisation » ou « décriminalisation » que pour les sanctions administratives déjà prévues ou de création nouvelle. Ce système est contenu dans le Chapitre I de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 (modifications du système pénal) intitulé « Les sanctions administratives » (art. 1 et 43).

Par ailleurs, bien que la compétence soit attribuée à l'autorité administrative, ce système est modulé principalement sur les principes du droit pénal proprement dit : principe de légalité, nécessité de la capacité de comprendre et de vouloir du sujet (mais toutefois avec responsabilité de celui qui devait surveiller l'incapable), responsabilité pour dol et faute (indifféremment, comme pour les contraventions pénales) et valeur discriminante de l'erreur innocente sur le fait, cause de justification, concours de personnes dans la violation administrative, non-transmissibilité de l'obligation pécuniaire aux héritiers, proportionnalité, etc. Toutefois la solidarité de l'obligation pécuniaire est largement prévue. Sont réglementées de manière spécifique la constatation, les mesures conservatoires, les sanctions administratives accessoires. Opposition peut être faite devant l'autorité juridictionnelle (juge d'instance, au plan civil) contre la disposition de l'autorité administrative.

En outre le système précité ne vaut pas pour les sanctions administratives relatives aux violations financières, qui sont régies pour l'instant par les principes généraux contenus dans la loi n° 4 du 7 janvier 1929.

Une importante circulaire de la Présidence du Conseil des Ministres (19 janv. 1983, publiée dans le supplément de la *Gazzetta Ufficiale*, n° 22 du 23 janv. 1984), adressée aux différents Ministères, établit les critères d'orientation pour le choix entre les sanctions pénales et les sanctions administratives. Il s'agit d'une matière vaste et importante car toute loi spéciale ressent le besoin de munir de sanctions la violation des propres prescriptions.

13. *Les mesures de prévention.*

A côté des mesures de sûreté de type désormais classique (maison de travail et colonie agricole, hôpital psychiatrique judiciaire, maison de soin et de garde, maison de correction pour les mineurs, liberté surveillée, interdictions de séjour et de fréquentation de lieux déterminés, confiscation), le droit italien dispose aussi de « mesures de prévention ». Autrefois ces mesures étaient appelées « mesures de police » et leur application était confiée aux autorités de police, bien que sous la forme de commissions administratives dont faisait partie aussi un magistrat. Aujourd'hui, depuis 1956 (loi n° 1423 du 27 déc. 1956), celles-ci relèvent de la compétence des tribunaux, selon une procédure en Chambre plus rapide que la procédure ordinaire ; et, en pratique, de sections des tribunaux pénaux. Il existe l'appel et le recours en cassation.

Les mesures de prévention sont, comme nous l'avons déjà précisé, outre la sommation du préfet de police, le rapatriement avec feuille de route obligatoire, la surveillance spéciale par la police, l'interdiction de séjour dans une ou plusieurs communes ou provinces, la résidence forcée dans une commune déterminée.

Nonobstant le caractère très générique et indéterminé des conditions requises pour leur application (« dangerosité pour la sécurité ou la moralité publique », « soupçon d'appartenance à des associations de type mafia »), la Cour constitutionnelle les a considérées légitimes. Toutefois, après trente ans de jurisprudence ordinaire, leur réglementation, du point de vue des garanties, s'est rapprochée de plus en plus de celle de l'activité juridictionnelle en matière d'infractions. En particulier le droit à la défense est pleinement garanti.

En septembre 1982, après les terribles délits commis surtout en Sicile, la simple appartenance à des associations de type mafia est devenue un délit. L'article 416 *bis* punit un tel délit de peines détentives très fortes et rend obligatoire le mandat d'arrêt pour les accusés. De nombreuses mesures de prévention sont devenues courantes tant pour les faits ne constituant pas une infraction que pour ceux constituant une infraction.

Toujours dans les lois anti-mafia de septembre 1982 ont été créées et réglementées de nouvelles mesures de prévention à contenu patrimonial et ayant une efficacité particulière, telles que la privation (ou la suspension) de l'administration des biens et la confiscation de biens de provenance illicite.

En outre sont prévues (et largement appliquées) une série de mesures d'interdiction d'activités économiques déterminées ou de liaisons de telles activités avec l'administration.

14. *Le formation professionnelle du juge et sa « collocation » dans la législation.*

En conclusion de ce rapport, il est impossible de passer sous silence le grand état d'insatisfaction qui règne en Italie tant sur le plan de la justice civile (trop lente) que sur celui de la justice pénale (estimée lente, souvent injuste, tout au moins dans les phases initiales du procès et corrompue par un excès de pouvoir de la Magistrature).

Certains de ses défauts découlent sans aucun doute de l'extension de la criminalité et de l'inquiétude de la population. D'autres dépendent de la force des organisations criminelles et de quelque lacune dans le milieu des avocats. Mais ce qui est le plus déplorable est la formation insuffisante du personnel judiciaire et la formation exclusivement bureaucratique de la Magistrature, recrutée sur concours à caractère universitário-institutionnel et soumise à aucun critère de sélection durant toute la carrière, qui est basée sur l'ancienneté. Tout cela semble incompatible avec l'indépendance absolue de la Magistrature par rapport à tout autre type de pouvoir, avec son « auto-gouvernement » par le Conseil supérieur de la Magistrature dont plus des deux tiers sont des juges en robe, avec l'absence de séparation de rôle entre juges et magistrats du Ministère Public, l'indépendance la plus absolue étant elle aussi reconnue à ces derniers.

Sont proposés de nouveaux systèmes de recrutement, de formation et d'avancement et, avant le concours, une école de préparation professionnelle commune pour les magistrats et les avocats, à l'exemple de l'Allemagne fédérale. Mais tout cela est encore loin d'être réalisé...

Principes généraux de la politique criminelle portugaise

par Jorge de FIGUEIREDO DIAS

Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coïmbre (Portugal)

Permettez-moi de commencer en soulignant le rôle essentiel que, tout au long d'un demi-siècle, les pages de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* ont joué en faveur du développement d'un esprit européen dans les domaines de la politique criminelle, du droit et de la procédure pénale, aussi bien que de la criminologie. C'est mon vif désir, de ce fait, de renouveler à la *Revue*, en la personne du Président Ancel, mes remerciements pour l'honneur de l'invitation qui me permet d'être ici, et d'exprimer aux deux les vœux les plus sincères pour que leur action soit encore approfondie dans le futur.

I

Avant de commencer une brève présentation de quelques principes — constitutionnels, légaux et doctrinaux — qui concernent la matière pénale au Portugal et qui possèdent une signification immédiate pour la définition d'une politique criminelle, permettez-moi de souligner quelques points de façon introductive.

1. Nous travaillons aujourd'hui au Portugal, dans le domaine de la politique criminelle, avec la conviction profonde que, à côté de nos collègues européens, nous faisons partie d'une grande ronde et que c'est là que nous devons danser. Si nous n'importons pas, de façon non critique, les principes et les stratégies établis et essayés dans d'autres pays, nous sommes ouverts à ceux-là et nous cherchons à les intégrer dans la tradition juridique et culturelle portugaise ; nous avons de la même façon le plus grand intérêt à faire connaître nos expériences et nos réalisations et à les discuter dans le cadre européen. Nous disposons déjà de presque tous les instruments législatifs indispensables à la définition d'une politique criminelle : en 1983, un nouveau code pénal est entré en vigueur ; en 1979 une nouvelle loi de réforme pénitentiaire a été publiée ; cette année-là aussi une loi-cadre — revue en 1983 — est entrée en vigueur, relative aux

« infractions à l'ordre » ou « réglementaires », qui a mis fin à l'ancienne catégorie des contraventions et l'a remplacée par des « infractions administratives » (*ilícito de mera ordenação social* ; *contra-ordenações*) dessinées sur le modèle allemand des *Ordnungswidrigkeiten* ; et en 1984 une nouvelle loi-cadre de droit pénal, de nature économique et sociale, a été publiée. Au moment présent, le projet d'un nouveau code de procédure pénale (élaboré par une Commission que j'ai eu l'honneur de présider) est en discussion au Parlement portugais. Dans le cas où ce projet sera approuvé, nous pourrions dire que nous aurons la pierre qui manque encore dans l'immeuble renouvelé de la législation pénale portugaise.

2. Nous partons de l'assertion de base que la politique criminelle forme un système (ou sous-système) de contrôle social. Le succès de la tâche de contrôle de la criminalité dépendra donc des efforts de modernisation et d'intégration faits au long de *tout le système de la justice pénale*, conformément à l'idée que ce qui est fait dans un secteur de ce système affecte tout ce qui se passe dans les autres et conditionne à la fin le succès ou l'insuccès de la tâche globale. De ce point de vue la construction de la politique criminelle se présente commandée par des stratégies d'organisation, d'efficacité et de productivité ; en somme elle obéit à une *logique de production* et elle a comme problèmes essentiels de vaincre les « antagonismes fondamentaux » (Kerner) du système et la « lutte de différentes rationalités » (Delmas-Marty) des acteurs, d'obvier à des déficiences d'information et de communication entre les différents sous-systèmes et d'atteindre sa coordination.

Mais la construction d'une politique criminelle est aussi — elle est, en réalité, avant tout — une *tâche juridique et politique* qui, en tant que telle, doit s'interroger sur la façon spécifique de validité de ses exigences. Au fond du système réside donc une *logique de justice*, qui repose sur la dimension axiologique de ses principes et sur le fondement de ceux-ci dans un cadre de valeurs qui intègrent le consensus communautaire et sont reçues ou consacrées par la Constitution démocratique de l'Etat.

3. Selon la Constitution de la République Portugaise (C.R.P., art. 27 et s.), toutes les normes juridiques peuvent être soumises au contrôle de constitutionnalité matérielle, formelle et organique. Ce contrôle peut assumer un caractère préventif, à la demande du Président de la République, ou un caractère *a posteriori*. Le contrôle *a posteriori*, de son côté, peut se traduire par un contrôle abstrait, demandé par des autorités politiques déterminées, ou par un contrôle concret, lequel aura lieu quand un tribunal refuse l'application d'une norme juridique en la considérant inconstitutionnelle, ou quand il applique une norme juridique dont l'inconstitutionnalité a été soulevée pendant la procédure. Jusqu'à 1982 le contrôle de constitutionnalité appartenait à une Commission constitutionnelle et, depuis cette date, il appartient à une Cour constitutionnelle, dont les membres sont désignés par une majorité qualifiée du Parlement. Malgré une certaine contestation, dans l'opinion publique, de la source exclusivement parlementaire de la désignation des juges constitutionnels — comme d'ailleurs cela avait déjà été le cas de la composition et du retrait des membres de la Commission constitutionnelle —, et malgré de petites querelles protocolaires à

propos des relations de la Cour constitutionnelle avec la Cour Suprême de Justice, la jurisprudence constitutionnelle, soit de la Commission, soit de la Cour constitutionnelle, est aujourd'hui déjà vaste et d'une haute valeur, surtout précisément en ce qui concerne la matière pénale.

On doit souligner, d'un autre côté, encore en ce qui concerne le contrôle supérieur des normes juridiques pénales et son application, que le Portugal, au-delà des pays membre des Communautés européennes, a adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme et à ses protocoles additionnels, tout comme aux Pactes internationaux concernant les droits économiques, sociaux et culturels. Le Portugal a fait, de même, les déclarations spécifiques d'acceptation du recours individuel devant la Commission des droits de l'homme et de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme.

II

Ces observations préliminaires faites, j'énoncerai maintenant quelques principes de droit et de procédure pénale les plus importants pour la caractérisation de la politique criminelle portugaise.

1. Le premier, et probablement le plus important principe qui domine la matière pénale, est celui de sa *conformité avec l'idée de l'Etat de droit* ou, dans cette acception, le *principe de légalité*. Expressément prévu par la C.R.P. (art. 29), le principe vaut, dans l'intégralité de sa notion et de sa fonction traditionnelles, comme une vraie *garantie* du citoyen : en exigeant que seule une loi du Parlement, ou autorisée par lui, puisse définir les sanctions pénales et les conditions de leur application, et en interdisant la rétroactivité et le recours à l'analogie en matière d'incrimination. Je souligne, pourtant, que ce principe constitutionnel de légalité dépasse aujourd'hui au Portugal sa dimension traditionnelle dans une double direction : il étend son champ d'application, d'un côté, à la définition des mesures de sûreté et des conditions de leur application ; et il couvre, dans une certaine mesure, la matière même de la procédure pénale : dans la mesure où, là aussi, la compétence législative exclusive appartient au Parlement et où l'on ne peut pas appliquer de façon rétroactive une loi procédurale qui limite les droits de défense de l'inculpé. Il s'agit donc de simples conséquences de cette « attitude de légalité » — et de son nécessaire reflet dans la protection des droits, libertés et garanties des individus — quelques-unes des injonctions établies par la C.R.P. (art. 32) au législateur ordinaire en matière de conformation concrète de la procédure pénale. Nommément les injonctions que la procédure assure toutes les garanties de défense ; que pendant toute la procédure une stricte régularité des preuves soit observée ; que l'inculpé soit présumé innocent jusqu'à ce que le jugement le condamnant ait acquis force de chose jugée (et par conséquent la reconnaissance, en matière de preuves, du principe *in dubio pro reo*) ; que l'inculpé ait le droit de choisir un défenseur et d'être assisté par lui dans tous les actes de la procédure ; et, enfin, le droit de chacun d'être jugé par son juge légal ou naturel.

2. Un autre principe d'importance fondamentale est celui que j'appellerai *principe de congruence* ou *d'analogie substantielle entre l'ordre axiologique constitutionnel et l'ordre légal des biens juridiques* protégés par le droit pénal. Ce principe — qu'on ne trouve que rarement dans les textes juridico-constitutionnels — est expressément consacré par la C.R.P. (art. 18-2) quand elle affirme que les restrictions des droits, libertés et garanties des individus doivent « se limiter au nécessaire pour sauvegarder d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution ». Plusieurs conséquences du plus haut relief politico-criminel découlent de ce principe. Avant tout, étant donné que la « nécessité » est le critère décisif de l'intervention du droit pénal, sa fonction s'épuise dans la protection des biens juridiques — dans la protection, c'est-à-dire, des conditions communautaires essentielles de libre réalisation et développement de la personnalité de chaque homme — et il doit intervenir seulement en tant que l'*ultima ratio* de la politique sociale. De ce *principe de subsidiarité* découle, d'un autre côté, le devoir pour le législateur ordinaire de mener aussi loin que socialement supportable un programme de décriminalisation, sans que, au contraire, une obligation de criminalisation n'en découle — même dans le cas où sont en cause des biens protégés par la Constitution —, si des moyens non criminels de politique sociale peuvent être jugés suffisants. De ce principe découle, en troisième lieu, que le moment initial et décisif de légitimation de la peine ne peut pas se fonder sur une idée de rétribution ou d'expiation de la faute, mais tout simplement sur une idée de prévention générale, comme besoin social de stabilisation — et dans certains cas spéciaux de renforcement — des expectatives de la collectivité mises en cause par la violation de la norme. Une prévention générale, en somme, de nature *positive* et qui en aucune façon ne se mélange avec le contenu de pure « intimidation de la généralité » qui lui était traditionnellement assigné.

3. Un troisième principe de relief politico-criminel incontestable est le *principe de culpabilité* : le principe selon lequel il ne peut y avoir en aucun cas une peine sans culpabilité et la mesure de la peine ne peut pas dépasser celle de la culpabilité. Il n'y a aucune contradiction entre ce principe et l'affirmation précédente selon laquelle le moment initial et décisif de légitimation de la peine réside dans une idée de prévention générale positive. Etant donné que, comme nous l'avons déjà dit, le principe de culpabilité ne va pas chercher son fondement axiologique dans une conception rétributive de la peine, mais plutôt dans le principe de l'*inviolabilité de la dignité humaine*, reconnu aussi comme essentiel par les articles 1, 13-1 et 25-1 de la C.R.P. De ce fait la culpabilité est une condition nécessaire, sinon suffisante, pour l'application des peines. Et c'est cette même circonstance qui permet une incidence et une compréhension correctes de l'idée de la prévention spéciale. Avec ce sens « unilatéral » (Roxin), un droit pénal de culpabilité — qu'il soit ou non considéré comme juridico-constitutionnellement imposé (et pour ma part je le considère ainsi face à la C.R.P.) — surgit comme un instrument politico-criminel indispensable et par rapport auquel, au Portugal et à présent, on n'envisage aucune alternative viable.

4. Si le principe de culpabilité exprime ainsi les exigences que la « pente libérale » de l'idée de l'Etat de droit fait à la politique criminelle, la « pente sociale » conduit à l'acceptation d'un quatrième principe, que je peux désigner comme *principe de socialité*. D'après ce principe — lequel assume ainsi la dignité juridico-constitutionnelle partout où il est en vigueur, comme c'est le cas du Portugal, la clause de l'Etat de droit social —, à l'Etat qui fait usage de son droit de punir il incombe, en revanche, l'obligation d'aide et de solidarité vis-à-vis du condamné, en lui accordant le maximum de conditions afin qu'il puisse prévenir la récidive et poursuivre sa vie sans commettre de nouvelles infractions. Ce n'est que par ceci — mais par *tout* ceci — que se traduit l'exigence de la *socialisation du délinquant*, laquelle n'a donc rien à voir avec un « modèle médical » ou avec une « idéologie du traitement », ou encore avec la négation de n'importe quel « droit à la différence ». Au fond l'exigence de socialisation du délinquant se base, elle aussi, sur le respect absolu de la dignité de l'homme, laquelle constitue, de cette façon, le dénominateur commun des principes de culpabilité et de socialisation. Selon cette acception et avec ces limites nous n'envisageons pas non plus au Portugal et à présent une alternative viable pour un droit pénal socialisateur. Et, à mon avis, c'est précisément de là — et non d'un principe plus ou moins vague d'humanisation de la sanction pénale — que découlent les conséquences que la C.R.P. reconnaît expressément aux articles 24-2 et 30 : que « la peine de mort ne sera en aucun cas applicable » ; que « il ne peut y avoir de peines ou de mesures de sûreté privatives ou restrictives de liberté de caractère perpétuel, ou de durée illimitée ou indéfinie » (sauf en ce qui concerne les mesures de sûreté, les cas de dangerosité fondée sur de graves troubles psychiques et où la thérapeutique en milieu ouvert est impossible, tant que la dangerosité persiste) ; que « les peines ne sont pas transmissibles » ; et finalement qu'« aucune peine n'implique, comme effet nécessaire, la perte de droits civils, professionnels ou politiques ».

5. Cinquièmement, j'énoncerai un principe qui, n'étant qu'une conséquence des maximes ci-dessus mentionnées sur la nécessité de l'intervention du droit pénal, présente dans la législation portugaise un relief tel qu'il permet d'être considéré dans son autonomie : le principe de la *préférence pour la peine non privative de liberté* lorsque — selon l'article 71 du code pénal — « elle paraît suffisante pour promouvoir la récupération sociale du délinquant et satisfaire aux exigences de réprobation et de prévention du crime ». De ce principe résulte l'exigence de préterition de l'application de la peine privative de liberté en faveur des peines de jours-amende, de condamnation conditionnelle, de régime de mise à l'épreuve, d'admonition, de détention pendant des jours libres où en régime de semi-détention, de prestation de travail au profit de la communauté ; préterition qui doit être la règle lorsqu'il s'agit de peines privatives de liberté de courte durée. Il faudrait toutefois souligner que, dans la pratique de la vie judiciaire portugaise, le système de remplacement des peines privatives de liberté par des peines non privatives de liberté s'est arrêté — pendant les trois ans et demi dès l'entrée en vigueur du code pénal — bien loin de l'accomplissement de ses objectifs. A la base de cet insuccès relatif se conjuguent : des difficultés de compréhension, de la part de ceux qui appliquent le droit, des critères juridico et politico-criminels de substitution ; des insuffisances structurelles —

découlant d'un manque de moyens chronique — des services de réintégration sociale ; et, à mon avis essentiellement, d'une attitude inacceptable et injustifiable de méfiance et de résistance de la jurisprudence face au programme politico-criminel qui est à la base du principe de substitution.

6. Les concepts de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité déterminent, dans le cadre de la procédure pénale, le principe que je désignerai par *précarité de la détention préventive*, expressément consigné dans l'article 28 de la C.R.P. De ce principe devrait découler, d'une part, que l'application de la détention préventive peut seulement être justifiée par les précautions que l'affaire impose et jamais par la nature abstraite du délit commis ; et, d'autre part, que la détention ne peut avoir lieu que lorsque les autres mesures de coercition procédurale non privatives de la liberté se montrent inadéquates ou insuffisantes. Cependant la législation portugaise ordinaire admet toujours la catégorie — quant à moi inconstitutionnelle — des délits qui ne peuvent pas être cautionnés : ceux qui *de par leur propre nature* conduisent à l'application de la détention préventive. Celle-ci est la principale raison de l'augmentation spectaculaire, ces dernières années, du pourcentage des détenus préventifs par rapport au total des personnes incarcérées ; circonstance qui pose les plus graves problèmes de surpeuplement (et, par conséquent, de discipline, d'ordre, de sécurité et de capacité socialisatrice) des établissements pénitentiaires. Le Projet de code de procédure pénale essaye de parer à cette situation, en faisant disparaître la catégorie inconstitutionnelle des délits qui ne peuvent pas être cautionnés et en concrétisant intégralement les concepts de légalité, adéquation, proportionnalité et subsidiarité des mesures de coercition procédurale, en particulier de la détention préventive.

7. Le principe le plus important de conformation générale de la procédure pénale est le *principe de la structure accusatoire et contradictoire*, expressément consigné dans l'article 32-5 de la C.R.P. Ce principe n'oblige pas le législateur ordinaire à structurer la procédure pénale selon le modèle de procédure de parties, dispositif et privatiste, caractéristique du droit anglo-américain. Il l'oblige toutefois à deux choses : à la reconnaissance sans réserves du *principe d'accusation*, avec la conséquente distinction matérielle et pas seulement formelle entre l'organe chargé de la mise en accusation et celui chargé du jugement ; et à la reconnaissance de la participation constitutive et tendanciellement égalitaire du ministère public et de l'inculpé dans le développement du procès et dans la déclaration du droit de l'affaire, sans préjudice du caractère officiel et perquisitionnaire de l'activité du juge. En outre la C.R.P. a introduit, dans son article 32-4, l'exigence que toute instruction appartient au juge. Dans un pays, qui n'avait pas la tradition du *juge d'instruction*, on comprend aisément les difficultés découlant de l'introduction de cette exigence et que là réside la raison principale des délais et blocages qui atteignent de nos jours le cours de la procédure pénale au Portugal. Le Projet de code de procédure pénale prétend donner une réponse adéquate à ces problèmes, en faisant toujours précéder l'accusation du ministère public d'une *enquête*, de la compétence de celui-ci ; et en faisant de l'instruction une vérification contradictoire de l'accusation devant le juge, laquelle aura toujours lieu sur demande de l'inculpé ou de la victime.

8. Je dois mentionner enfin un principe qui n'est pas encore envisagé par l'ordre juridique portugais mais qui est consacré dans une large mesure par le Projet de code de procédure pénale et qui peut, à mon avis, avoir une importance décisive pour la définition de la politique criminelle. J'appellerai ce principe, d'une façon globale, *principe de reconnaissance de la diversité de structures d'interaction dans la procédure pénale*. On doit reconnaître comme nécessairement différent le traitement procédural à accorder, d'une part, à la criminalité grave et à la petite criminalité et, d'autre part, aux espaces de consensus et aux espaces de conflit qui, dans le cadre de la procédure pénale, ont lieu entre les différents intervenants (Wolter). On peut bien dire que le traitement de la petite criminalité — une des manifestations typiques de la société moderne — doit privilégier jusqu'à la limite des solutions procédurales de consensus, tandis que celui de la criminalité grave doit, tout autrement, maintenir des solutions entraînant la reconnaissance et la formalisation du conflit. On doit donc accepter, dans les domaines de la petite criminalité et du (possible) consensus procédural, des solutions dominées par des concepts tels que ceux de l'opportunité des poursuites, du classement de l'affaire par accord, de la suspension provisoire du procès avec des injonctions et règles de conduite, de la rapidité et du non-formalisme de la procédure. Le Projet de Code de procédure pénale est, d'une façon modérée mais sans ambiguïté, orienté vers ces objectifs.

III

En m'appêtant à conclure mon exposé, et si j'osais traduire par des mots-clé les aspects essentiels d'une politique criminelle capable d'assumer les défis de l'avenir, j'emploierais les mots suivants : *décriminalisation, diversion ou déjudiciarisation, décentralisation et participation*. Dans l'ordre juridique portugais la décriminalisation possible a été atteinte, bien qu'elle doive encore être approfondie. La diversion convenable et salutaire pourra être obtenue si le Projet de Code de procédure pénale est approuvé. La décentralisation du système de réaction et la participation à ce système des communautés intermédiaires et locales sont, toutefois, très en retard dans un pays qui, malgré le rétablissement de la démocratie, n'est pas encore arrivé à se débarrasser d'une longue et lourde tradition de centralisation et de concentration.

Il ne m'appartient pas d'émettre un jugement à propos de l'éventuel intérêt de l'expérience portugaise pour la définition d'une politique criminelle européenne commune. Mais je suis tout à fait sûr de deux choses. La première est que nos pays constituent de plus en plus cette communauté éthique sans laquelle on ne peut envisager aucune politique commune. La seconde est qu'il faut continuer et approfondir le dialogue, en identifiant avec la plus grande sécurité possible les points sur lesquels nous sommes déjà ou nous sommes en train de nous

mettre d'accord : les points, donc, à partir desquels l'édification d'un système commun peut découler. Si cela arrive, je suis sûr que ce sera surtout dû aux efforts et au savoir de personnes comme celles qui m'écoutent et à la réalisation de réunions comme celle-ci à laquelle j'ai l'honneur de participer.

Principes du nouveau droit pénal allemand en comparaison avec les dispositions générales du projet de loi portant réforme du code pénal français

par Hans-Heinrich JESCHECK

*Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brisgau (R.F.A.),
Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht,
Président de l'Association internationale de droit pénal*

INTRODUCTION

Le 1^{er} janvier 1975 est entrée en vigueur une nouvelle version du Code pénal allemand de 1871. A cette date la *Partie générale* fut complètement refondue. Toutefois ce nouveau texte n'est pas resté sans changement. Des dispositions nouvelles très importantes y ont été ajoutées au cours de la dernière décade. C'est ainsi que la prescription a été abolie pour le crime de l'assassinat. En droit allemand l'assassinat ne se prescrit plus pour pouvoir poursuivre les crimes commis sous le régime nazi non encore venus à la connaissance des autorités. La peine perpétuelle, qui a été maintenue à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle confirmant sa convergence avec la Constitution (*Bundesverfassungsgericht*, vol. 45, p. 187), a été atténuée par l'introduction de la libération conditionnelle qui est maintenant possible après l'exécution de quinze années de cette peine (art. 57 a C. p.). A côté de la libération conditionnelle, la grâce reste toujours permise comme prérogative des présidents des gouvernements des Etats fédéraux. Un événement de grande importance pour la politique criminelle en Allemagne a été l'abolition du placement dans un établissement de thérapie sociale comme mesure de sûreté et sa transformation en une simple modalité de l'exécution de la peine (art. 9 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté de 1976). Cette modification regrettable est due au fait que les Etats fédéraux n'étaient en mesure ni de préparer suffisamment de places dans les établissements de thérapie sociale déjà existants, ni d'en créer suffisamment de nouveaux pour satisfaire au grand nombre de clients qui auraient pu attendre si le règlement sur la thérapie sociale en tant que mesure avait été maintenu entre les mains du juge. La *Partie spéciale* du droit pénal est en train d'être réformée par étapes. Plusieurs secteurs ont été déjà renouvelés

en 1975, d'autres ont été réformés entre-temps. Une partie attend encore d'être refaite. La réforme du droit des « délits-bagatelle » a eu lieu en dehors du Code pénal par l'introduction des « infractions à l'ordre » (infractions administratives) et par les nouvelles voies du classement conditionnel des poursuites dans le Code de procédure pénale (art. 153 et 153-a, C. proc. pén.).

Dans mon rapport j'aimerais vous présenter les principes essentiels de la *Partie générale* les plus importants du Code pénal allemand et les mettre en comparaison avec les dispositions générales régissant le Projet de loi portant réforme du Code pénal français dont j'ai pu utiliser la version de décembre 1985.

I

FONDEMENTS DE LA PUNISSABILITÉ

1. *Principe de culpabilité.*

a) Dans les dispositions concernant les fondements de la punissabilité en général le nouveau Code pénal allemand porte une grande attention au principe de la responsabilité fondée sur la faute personnelle du délinquant ou principe de culpabilité. A la tête des dispositions régissant la fixation de la mesure de la peine, se trouve la fameuse formule : « la culpabilité de l'auteur constitue le fondement de la détermination de la peine » (art. 46, al. 1^{er}, phrase 1, C. pén.). Ce principe fondé sur la Constitution est complété par la règle dans une certaine mesure opposée que les effets à attendre de la punition pour la vie future du délinquant dans la société doivent être pris en considération lors de la détermination de la peine. En étudiant le Projet de loi portant réforme du Code pénal français, vous ne trouverez pas une disposition analogue. Mais sous le titre « *De la personnalisation des peines* » il y a quand même une prescription qui contient des indications allant dans la même direction. Il s'agit de l'article 93 qui prévoit que la juridiction détermine la peine « en tenant compte notamment des circonstances de l'infraction, de la personnalité, de l'état psychique ou neuropsychique du prévenu, de ses mobiles ainsi que de son comportement après l'infraction, particulièrement à l'égard de la victime ».

b) Une autre nouveauté du droit pénal allemand reflétant en particulier le principe de culpabilité est le règlement de l'erreur de droit. L'erreur de droit invincible est devenue une cause de l'exclusion de la culpabilité, l'erreur que le prévenu aurait pu éviter étant une cause de mitigation de la peine. Dans le Projet français nous trouvons maintenant le même principe à l'article 36 qui prévoit l'exclusion de la punissabilité pour celui « qui, à la suite d'une erreur de droit qu'il n'a pas pu éviter, a cru que l'acte accompli par lui n'était pas une infraction ». Evidemment l'erreur de droit que l'auteur aurait pu éviter par plus d'attention peut être prise en considération dans le cadre des possibilités d'accorder au prévenu des circonstances atténuantes. Le nouveau principe du

Projet français revêt une importance théorique et pratique considérable étant donné que le droit en vigueur repose toujours sur la vieille proposition « nul n'est censé ignorer la loi ».

c) Le nouveau droit pénal allemand de même que l'ancien ne contient aucune disposition permettant la punition des personnes morales. La raison théorique en est que la responsabilité pour les actes commis au nom des personnes morales doit être portée par les hommes qui agissent comme leurs représentants ou organes. La possibilité de faire un reproche de culpabilité à une entité juridique est catégoriquement repoussée dans la doctrine allemande par suite du vieil adage du droit pénal commun « *societas delinquere non potest* ». La position du Projet français est tout à fait différente. La responsabilité pénale des personnes morales, à l'exclusion de toute collectivité publique ou de tout groupement de collectivités publiques, est prévue à l'article 33 en cas d'infractions commises pour leur compte et par ses organes. Toutefois ce principe est limité dans le sens que la punissabilité doit être expressément prévue par la disposition appliquée de sorte que la responsabilité pénale des personnes morales peut être retenue dans des proportions raisonnables. Un chapitre particulier traite des peines applicables aux personnes morales. En matière criminelle et correctionnelle les personnes morales encourent des amendes dont le maximum est décuplé et des peines particulières prévues par la loi comme la dissolution ou le placement sous surveillance judiciaire. En matière contraventionnelle aussi, les personnes morales sont menacées d'amendes dont le maximum est décuplé. Ici le principe de l'efficacité précède donc le principe de culpabilité lié à la personne en tant qu'individu.

2. Principe de l'Etat de droit.

a) Le nouveau droit pénal allemand s'est aussi efforcé de consacrer la plus grande attention au respect des règles de l'Etat de droit. Cette tendance s'exprime par exemple dans la réglementation expresse de l'état de nécessité, une fois en tant que fait justificatif (art. 34, C. pén.), une autre fois comme cause d'excuse (art. 35, C. pén.). Les deux articles contiennent chacun des critères différents très détaillés pour décrire la situation que le législateur avait en vue. Le Projet français contient aussi deux articles différents qui régissent la situation de l'état de nécessité justificatif d'une part, et celle d'une excuse absolutoire d'autre part. L'article 35 reprend le fameux article 64 du Code pénal français actuel qui exclut la punissabilité de celui « qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle il n'a pas pu résister ». Cette prescription est parallèle à celle de la nécessité comme excuse absolutoire en droit pénal allemand. D'un autre côté le Projet français prévoit aussi l'état de nécessité comme cause de justification, à l'article 38 qui dispose la non-punissabilité pour celui qui « par une réaction proportionnée accomplit un acte imposé par la nécessité d'éviter un péril imminent menaçant une personne ou un bien ».

b) Pour répondre aux exigences de l'Etat de droit le nouveau droit pénal allemand s'est efforcé de régler les problèmes juridiques des crimes et délits commis par omission. La disposition du nouvel article 13 du Code pénal prévoit que l'infraction peut aussi être commise par celui qui omet de prévenir le

résultat appartenant à la description légale de l'infraction bien qu'il soit tenu par une obligation juridique de veiller à ce que ce résultat ne se produise pas. Le nouvel article ne peut pas résoudre complètement le problème législatif mais il contient au moins deux clarifications importantes : la première est que seulement une obligation juridique suffit pour constituer la position de garant, la seconde que le principe de l'interdiction de l'application du droit pénal par analogie ne constitue pas un obstacle à interpréter le Code pénal dans ce sens en cas d'une omission. Le Projet français, par contre, ne prévoit pas la punissabilité générale de l'omission. Les articles 28 à 31 prévoient seulement la punissabilité de l'auteur, de l'instigateur et du complice. Dans la définition de ces trois manières de participer à l'infraction il n'y a pas le moindre indice qui pourrait mener à l'interprétation que l'omission est punissable de manière générale en droit pénal français. Donc le problème de la définition légale de l'omission ne se pose pas. Il y a seulement quelques cas spéciaux d'omission punissable, par exemple l'omission de porter secours (art. 203 et 204 du Projet).

II

SYSTÈME DES PEINES ET MESURES

1. En droit pénal allemand il n'y a plus qu'une seule peine privative de liberté unique, à l'exception de la peine pour mineurs et des arrêts militaires. Le maximum de cette peine de prison temporaire est de quinze ans, son minimum d'un mois (art. 38 C. pén.). Seulement la peine de remplacement en cas d'impossibilité de recouvrement d'une peine pécuniaire descend jusqu'à un jour de détention correspondant à un jour-amende (art. 43, C. pén.). A côté de la peine privative de liberté unique, le droit pénal allemand ne connaît que l'amende comme peine principale de droit criminel (art. 40, C. pén.). Dans ce domaine la position du Projet français est tout à fait différente. En effet il distingue, comme le droit en vigueur, entre peines criminelles, peines correctionnelles et peines contraventionnelles. Il contient plusieurs peines privatives de liberté, c'est-à-dire la réclusion, la détention et l'emprisonnement. Il connaît l'amende traditionnelle et les jours-amende. Il adopte en outre comme sanction tout à fait nouvelle le travail d'intérêt général qui est prévu aussi bien comme peine principale (art. 45) que comme obligation d'assumer dans le cadre du sursis l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (art. 129).

2. A l'encontre de critiques amères venant aussi bien du monde scientifique que de la pratique pénitentiaire le nouveau Code pénal allemand a maintenu la peine perpétuelle. Il est vrai que la Cour fédérale a reconnu dans une décision très contestée que le caractère absolu de cette peine prévue seulement pour l'assassinat consommé (art. 211, C. pén.) cesse quand il y a des circonstances atténuantes particulièrement pressantes en faveur du délinquant (*Bundesgerichtshof*, vol. 30, p. 105). De cette façon une modification importante de la loi, qui aurait dû être introduite par le législateur, a été adoptée par la juridiction.

Comme cela a déjà été dit, la libération conditionnelle après quinze ans de détention peut être accordée par décision du tribunal de l'exécution des peines (art. 57-a, C. pén.). En effet, à la différence de la libération en cas de peine temporaire, la nouvelle disposition exclut cette mesure en faveur du détenu « lorsque la culpabilité particulièrement grave du condamné commande la continuation de l'exécution de la peine ». De cette façon le règlement de la libération en cas de peine perpétuelle maintient le principe que l'assassinat consommé est considéré comme le crime le plus grave du droit allemand à côté du génocide (art. 220-a, al. 1-1°, C. pén.). Egalement, le Projet français maintient la peine perpétuelle sous forme de réclusion et détention à perpétuité. Le régime de la libération conditionnelle profondément modifié par le Code de procédure pénale est actuellement applicable en principe à toutes les peines privatives de liberté. Evidemment le Projet ne modifie pas cette position du droit pénal actuel.

3. Le nouveau Code pénal allemand a largement ouvert la porte à la suspension de la peine privative de liberté. Le système est érigé en trois degrés : pour les peines inférieures à six mois le sursis est obligatoire en cas de pronostic social favorable au prévenu ; la même chose est prévue pour les peines entre six mois et un an, mais à l'exception du cas où la « défense de l'ordre juridique » commande impérieusement l'exécution de la peine ; pour les peines plus longues allant jusqu'à la limite supérieure de deux ans, l'octroi du sursis est laissé à la discrétion du juge si l'infraction commise et la personnalité du délinquant démontrent qu'il y a des circonstances particulières dans le cas d'espèce (art. 56, C. pén.). Le sursis peut être assorti de conditions de caractère répressif ainsi que de directives à intention sociale, si le condamné a besoin de cette aide pour vivre en liberté sans commettre de nouveau des infractions. La condition sociale la plus importante est le placement du délinquant sous la surveillance et la direction d'un agent de probation (art. 56-d, C. pén.). Le sursis est ordonné dans 65,5 % des cas de condamnation à une peine privative de liberté. Dans le Projet français on trouve à côté du sursis, pour peines d'emprisonnement allant jusqu'à un an, le régime de la semi-liberté qui permet au condamné de continuer une activité considérée comme utile à sa réinsertion en dehors de la prison (art. 99), ainsi que le fractionnement des peines (art. 101) qui permet la division de la peine de sorte que chaque fraction peut descendre jusqu'à la durée de deux jours correspondant à un week-end, règlement qui laisse les autres jours de la semaine libres à l'activité normale du condamné. Le sursis proprement dit est divisé en trois formes : sursis simple, sursis avec mise à l'épreuve et le nouveau sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général. Le sursis est réglé de manière très généreuse parce qu'il peut être accordé aussi en matière criminelle et pour des peines allant jusqu'à l'emprisonnement prononcé pour une durée de cinq ans au plus. Le droit français ne connaît pas d'obligations de caractère répressif, toutes les obligations et instructions imposées au condamné ayant le seul but d'aider l'intéressé à retrouver sa place dans la société.

4. Pour renforcer la lutte contre la courte peine privative de liberté le législateur allemand a introduit une clause de priorité remplaçant en règle générale la peine inférieure à six mois par l'amende toujours sous forme de

jours-amende (art. 47, C. pén.). Selon le règlement nouveau la courte peine est exceptionnellement admise une fois si une peine de prison est indispensable à la « défense de l'ordre juridique », règle qui prend en considération les nécessités absolues de la prévention générale ; la deuxième exception tient compte du besoin de la prévention spéciale. Elle autorise l'application d'une courte peine quand elle est « nécessaire au redressement de l'auteur ». En dépit de la clause de priorité le nombre des courtes peines prononcées annuellement en Allemagne est toujours de 50 000 environ, plus de 80 % de ces peines étant, à vrai dire, suspendues. Eu égard à l'importance de la peine pécuniaire destinée à remplacer la grande majorité des peines privatives de liberté inférieure à six mois et destinées aussi à entrer en compétition avec l'emprisonnement entre six mois et un an, le remaniement de l'amende représentait une tâche primordiale du nouveau droit pénal allemand. Le nouveau modèle des jours-amende introduit suivant le système scandinave a remplacé complètement l'ancien système de l'imposition d'une somme globale. Le minimum est de cinq jours-amende à deux DM chacun, le maximum va jusqu'au chiffre très élevé de 360 jours-amende à 10 000 DM chacun, pour pouvoir frapper aussi les grands profiteurs de la criminalité économique. Le nouveau règlement a facilité l'avance extraordinaire de la peine pécuniaire dans la pratique allemande. Actuellement environ 82 % de toutes les peines prononcées par les tribunaux contre des adultes sont des peines pécuniaires. D'un autre côté aussi le nombre des peines de remplacement est monté de 3 % à 7 % des condamnations à des peines pécuniaires. Ces peines sont exécutées comme de simples peines d'emprisonnement frappant naturellement en majorité les plus pauvres, surtout les chômeurs. Vu cette évolution de l'amende il est, pour des raisons de justice et d'égalité des citoyens devant la loi, encore plus impératif d'offrir au débiteur d'une peine pécuniaire une alternative sous forme de travail d'intérêt général, ce qui a été entre-temps introduit dans tous les Etats fédéraux. Les résultats provisoirement connus de cette innovation d'une grande importance sociale paraissent démontrer que le système fonctionne bien, si les autorités judiciaires et administratives s'en occupent effectivement et moyennant des travailleurs sociaux spécialement désignés par leur organisation.

Comme le droit pénal français en vigueur, le Projet connaît deux sortes de peines pécuniaires, d'une part l'amende imposée sous forme d'une somme globale, d'autre part l'amende prononcée sous forme de jours-amende. En matière correctionnelle les amendes à imposer dans une somme globale sont échelonnées dans six catégories allant d'un maximum de 700 000 FF au premier échelon jusqu'à un maximum de 50 000 FF au sixième échelon (art. 43). Le système des jours-amende correspond à la réglementation des droits scandinaves, qui ont été la source principale du nouveau système. Le nombre des jours-amende est déterminé par les circonstances de l'infraction, le montant de chaque jour-amende par les capacités financières de l'inculpé en tenant compte de ses ressources et de ses charges. Le maximum du montant de chaque jour-amende est beaucoup plus bas qu'en droit allemand. En effet le montant supérieur ne peut excéder 2 000 FF (art. 52, al. 3). Il faut en conclure que le modèle des jours-amende est seulement destiné à répondre à la criminalité de moindre importance.

5. Depuis un demi-siècle déjà le droit pénal allemand suit le système de la double voie des peines et des mesures, mais la réglementation de celui-ci a été sensiblement améliorée par la réforme, et ceci à trois égards (art. 67 et s., C. pén.). D'abord l'ordre à suivre pour l'exécution des deux catégories de sanctions est renversé, de telle sorte que la mesure ait généralement le pas devant la peine et sa durée imputée sur celle-ci. Le tribunal peut encore surseoir à l'exécution de la mesure si la peine prononcée est en même temps assortie du sursis. Enfin l'internement de sûreté, qui n'est pas inclus dans les deux règles précitées, peut être au moins suspendu avec mise à l'épreuve après l'exécution de la peine privative de liberté si le but recherché par l'internement paraît déjà atteint par l'emprisonnement antérieur. Les mesures privatives de liberté sont le placement dans un hôpital psychiatrique pour les auteurs de crimes et délits irresponsables ou à la responsabilité atténuée, le placement dans un établissement de désintoxication pour les délinquants alcooliques ou drogués et le placement en internement de sûreté pour les multi-récidivistes dangereux (art. 61 1^o-3^o, C. pén.). L'importance pratique de ces trois mesures est différente. Le chiffre des placements dans un hôpital psychiatrique se tient à un niveau d'environ 400 cas par an. Le placement dans un établissement de désintoxication a plus que triplé ces dernières années à cause du nombre accru des drogués qui doivent être placés dans de telles institutions pour des raisons médicales et de sécurité publique. L'internement de sûreté a baissé au-dessous de 30 cas par an, probablement à cause d'une opposition silencieuse des juges à une mesure de durée indéterminée qui leur paraît contraire au principe de culpabilité.

A la différence de la législation allemande, mais en conformité avec le droit pénal français actuel, le Projet français ne contient pas des mesures de sûreté privatives de liberté. Certes, les troubles psychiques ayant aboli le discernement du prévenu ou le contrôle de ses actes mènent à l'exculpation complète du prévenu dans le procès pénal (art. 34, al. 1^{er}). Mais le soin d'ordonner son placement dans une institution psychiatrique est laissé aux autorités administratives. Les personnes à responsabilité atténuée, d'autre part, demeurent punissables, le tribunal tenant compte toutefois de cette circonstance lorsqu'il détermine la peine et en fixe le régime (art. 34, al. 2 du Projet). Les drogués et les alcooliques criminels sont classés dans les mêmes catégories, tandis que le soin d'ordonner un traitement de désintoxication est aussi laissé aux autorités compétentes de la santé publique. Le problème du traitement des récidivistes dangereux, d'autre part, est résolu par le droit pénal lui-même. Les peines de la récidive prévues par le Projet sont très élevées et peuvent être portées à une mesure qui est appropriée à suffire aux besoins de la sécurité publique à l'égard de la criminalité d'habitude et professionnelle dangereuse (art. 89 et s. du Projet).

III

TRAITEMENT DES « INFRACTIONS-BAGATELLE ».

Le nouveau droit pénal allemand a adopté le principe du règlement des « infractions-bagatelle » en dehors du Code pénal. Une loi de 1968 sur les infractions à l'ordre a séparé de la justice pénale toute la criminalité-bagatelle en soumettant ces cas innombrables à une sanction sous forme d'amende administrative dans une procédure simplifiée menée par la police ou par d'autres autorités compétentes. Bien que cette loi ait fait ces preuves de manière satisfaisante, il y a là aussi un contre-effet défavorable qui consiste dans l'encombrement des tribunaux de police par la multiplication des moyens de recours exercés contre les amendes administratives imposées par la police. L'autre moyen pour faire face à la criminalité de moindre importance est l'application du principe de l'opportunité du procès pénal qui permet au ministère public de classer provisoirement la poursuite en attendant que le prévenu accomplisse les conditions à lui imposées et qui consistent, dans la plus grande majorité des cas, dans le paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé dans la pratique un peu au-dessous du montant de l'amende qu'il fallait attendre si un jugement formel avait été rendu. Cette procédure formellement prévue dans le nouvel article 153-a du Code de procédure pénale a atteint une importance extraordinaire. Elle est même un instrument employé à régler discrètement le nombre d'affaires venant devant les tribunaux.

Le traitement des « infractions-bagatelle » dans la législation en vigueur en France est tout à fait différent du système allemand et le Projet suit le modèle national traditionnel. Les contraventions ne sont pas transformées en infractions à l'ordre extra-pénales, elles sont, tout au contraire, maintenues à côté des délits et des crimes et elles sont passibles de peines pécuniaires considérables dont l'échelle descend de 10 000 à 250 FF (art. 69). A côté des peines pécuniaires il y a aussi des peines restrictives ou privatives de droits. La plus importante de ces peines est la suspension du permis de conduire pour une durée de cinq ans au plus (art. 44-1°). L'existence des contraventions dans le Projet démontre que la compétence de juger les « infractions-bagatelle » restera aussi aux tribunaux à l'avenir. Evidemment ce système correspond mieux au principe de l'Etat de droit, mais le nombre d'affaires à régler par la juridiction sera de plus en plus important.

CONCLUSION

La comparaison entre le nouveau droit pénal allemand et le Projet portant réforme du Code pénal français démontre d'une part la similitude d'un certain nombre de principes régissant les deux systèmes. Des deux côtés on trouve le

principe de la culpabilité et le respect absolu des règles de l'Etat de droit. Les principes en tête du système des peines et mesures, d'autre part, ne sont que partiellement identiques. Dans le sens de la correspondance des deux droits, on peut mentionner le maintien de la peine perpétuelle, la mise au premier plan de la peine pécuniaire en politique criminelle et l'introduction de l'amende sous forme de jours-amende. Toutefois les différences paraissent encore plus importantes. L'Allemagne maintient le système de la double voie des peines et des mesures, tandis que la France suit le système de la voie unique depuis l'abolition de la tutelle pénale. L'Allemagne a introduit la peine unique, la France maintient la diversité des peines privatives de liberté. L'Allemagne a réalisé le système des jours-amende comme système généralisé de la peine pécuniaire, la France maintient le système de la peine pécuniaire sous forme de somme globale à côté de l'amende sous forme de jours-amende, limitée à la lutte contre la criminalité de moindre importance. Enfin le régime des « infractions-bagatelle » démontre une différence de fond considérable. La France les maintient dans le cadre du Code pénal sous forme de contraventions, l'Allemagne les exclut du Code pénal et les transforme en infractions à l'ordre. En plus, elle introduit le traitement extra-judiciaire des « délits-bagatelle » par une suspension conditionnelle des poursuites ordonnée par le ministère public.

L'influence des principes constitutionnels et de la jurisprudence constitutionnelle sur le droit pénal allemand

par Klaus TIEDEMANN

*Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau (R.F.A.),
Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brisgau*

Depuis l'entrée en vigueur, en 1949, de la Constitution allemande (*Grundgesetz*), et surtout après la mise en œuvre du Tribunal constitutionnel fédéral en 1951, le droit constitutionnel allemand a exercé une influence remarquable sur l'ensemble du droit pénal, y compris la procédure pénale, le droit pénitentiaire et le droit des contraventions administratives (*Ordnungswidrigkeiten*). Cette influence forte, qui est d'une certaine manière comparable à la situation juridique aux Etats-Unis ou en Italie, est surtout due au fait que les principes constitutionnels (tels que celui protecteur de l'Etat de droit) et les droits de l'homme possèdent en droit allemand actuel, contrairement à la Constitution de Weimar (et au système français classique avant la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel) un effet juridique direct et immédiat. Ces principes et ces droits de l'homme sont donc revêtus de la force d'une loi, mais avec un rang supérieur à la loi normale, à savoir un rang de droit constitutionnel. Les principes constitutionnels et les droits de l'homme n'ont donc surtout pas besoin d'être réalisés ou « exécutés » par le législateur, ils sont plutôt, selon une expression américaine, *self-executing*. Et le critère traditionnel de la hiérarchie des normes étatiques fait que chaque loi qui est contraire à ce droit constitutionnel, de rang supérieur, se voit automatiquement frappée de nullité à cause de cette contradiction. La non-compatibilité avec la Constitution peut être constatée en principe par chaque juge pénal. Ce n'est que pour les lois et ordonnances entrées en vigueur après 1949 que le Tribunal de Karlsruhe s'est réservé le droit d'examiner et de prononcer la non-constitutionnalité.

L'influence du droit constitutionnel sur le droit pénal peut à cet égard paraître comme étant de nature négative : la norme pénale contraire à la Constitution se voit, de ce fait, « cassée ». Une influence plutôt positive, et beaucoup plus grande en pratique, et en même temps plus « floue », naît de la tendance légitime de sauvegarder la norme pénale en question (et en danger de se voir « cassée »). C'est le principe de l'interprétation « en conformité avec la Constitution » qui

veut que chaque norme étatique soit interprétée suivant le contenu de la Constitution. Ceci conduit souvent à éviter la nullité de la norme pénale aussi longtemps que celle-ci peut être interprétée dans le sens des principes constitutionnels, même si une partie du contenu de la norme pénale — la partie incompatible avec la Constitution — est de cette manière éliminée ou « coupée »¹.

Les deux méthodes : déclaration de nullité et interprétation restrictive pour maintenir l'existence de la norme pénale, viennent s'ajouter à l'inventaire classique des relations entre droit constitutionnel et droit pénal et qui consistent surtout dans la reconnaissance constitutionnelle, et l'inscription dans le texte de la Constitution, de certains principes tels que l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* et la prohibition de l'utilisation de l'analogie — ou de l'interprétation extensive — en droit pénal (art. 103, al. 2, *Grundgesetz*), le droit à être dûment entendu devant les tribunaux (art. 103, al. 1^{er}, *Grundgesetz*), la garantie du juge naturel (art. 101, al. 1^{er}, *Grundgesetz*) etc. Et l'on pourra ajouter à cette approche plutôt formelle et à la dualité méthodologique mentionnée plus haut, un quatrième point qui se dégage de la jurisprudence récente du Tribunal constitutionnel qui déclare l'Etat obligé de protéger pénalement certaines valeurs mentionnées dans, et protégées par, la Constitution même, telle que la vie prénatale. Voilà encore un effet positif, de protection, après l'effet plutôt négatif des prohibitions dirigées envers le législateur et envers le juge. Le contraste entre ces effets est évident : s'il s'agit d'une part d'un contrôle pour empêcher, ou combattre, l'abondance des émanations de droit pénal, on reproche d'autre part au législateur de ne pas se servir assez de son pouvoir pénal.

Avant de présenter les exemples les plus décisifs de cette jurisprudence constitutionnelle allemande, et des principes les plus importants desquels elle déduit des conséquences pénales, il convient de souligner que le Tribunal de Karlsruhe peut être saisi de plaintes individuelles seulement en vue d'une prétendue violation d'un véritable droit subjectif de rang constitutionnel, donc — *grosso modo* — d'un droit de l'homme. Ceci signifie que les principes constitutionnels proprement dits (comme surtout celui de l'Etat de droit) n'entrent dans cette jurisprudence du Tribunal que par leur qualité de source et de moyen d'interprétation des droits subjectifs. On voit donc se mêler étroitement, en droit allemand, les buts et les principes constitutionnels avec les droits de l'individu de manière qu'une séparation nette des deux sujets soit rendue difficile (au moins en dehors du domaine des plaintes gouvernementales, parlementaires et judiciaires).

1. En ce qui concerne les garanties expresses de certains *principes* de contenu pénal dans la Constitution allemande, l'abolition de la peine de mort (art. 102, *Grundgesetz*) paraît tout à fait clair et ne donne lieu à aucune interprétation. L'on ne retiendra, une fois de plus, l'effet négatif de cette décision du législateur constitutionnel : exclusion de la peine capitale de l'ordre juridique allemand, et ceci en raison des abus multiples de cette peine pendant la période nazie. Mais le Tribunal constitutionnel, en examinant la genèse de l'article 102, va ajouter

1. V. sur cette méthode et leurs fondements TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht* (1969), p. 25 et s.

un effet positif: que chaque condamné a droit à se voir accorder la chance réelle de regagner la vie normale dans la société. D'où un véritable droit à la *resocialisation*, ou réintégration, tiré et du principe de la dignité de l'homme (art. 1^{er}, *Grundgesetz*) et du principe de l'Etat de droit (art. 20, *Grundgesetz*). Et c'est uniquement sous cette condition que la *peine privative de liberté à vie* n'est pas inconstitutionnelle². Le législateur allemand s'est hâté d'en tirer les conséquences en introduisant, en 1981, l'article 57-a dans le Code pénal, qui permet dorénavant la mise à l'épreuve des détenus « perpétuels » après l'écoulement de vingt ans de prison.

L'article 92 *Grundgesetz* a provoqué une jurisprudence encore plus riche. Cet article prévoit le principe (et le droit individuel) que seul le juge (pénal) est compétent pour juger les crimes et délits et pour prononcer des peines, donc pour exercer le pouvoir judiciaire. Le Tribunal constitutionnel fédéral en a déduit que la *transaction* en matière fiscale est inconstitutionnelle parce qu'elle soustrait au juge pénal une affaire pénale³. Le législateur allemand a donc ensuite aboli toutes les formes de transaction, et ceci même dans le domaine des *Ordnungswidrigkeiten* où l'administration prononce la sanction. D'ailleurs cette compétence de l'administration pour « juger » les contraventions administratives a été déclarée conforme à l'article 92 étant donné qu'il y a la possibilité d'un recours devant le juge pénal⁴. Le Tribunal a aussi décidé que cet article laisse, avec l'exception d'un « noyau » classique du droit pénal, au législateur une *liberté de dépénalisation* au profit du réseau administratif⁵.

Moins satisfaisante peut paraître l'interprétation des principes contenus dans l'article 103, alinéa 2, *Grundgesetz* (*nullum crimen sine lege*). A part du principe de non-rétroactivité de la loi pénale et de la prohibition de l'utilisation de l'analogie au détriment de l'inculpé, l'opinion dominante en Allemagne y voit aussi garanti le principe que les infractions doivent être décrites par le législateur de la manière *la plus précise possible*⁶. Le Tribunal constitutionnel, qui est du même avis, n'a cependant, pendant plus de trente ans d'activité, jamais déclaré nulle, voire trop imprécise, une infraction du Code pénal: les infractions « douteuses » ont été sauvées grâce à l'interprétation restrictive — ou grâce à la générosité du Tribunal. Ceci est vrai aussi pour l'*assassinat* qui est en droit pénal allemand (art. 211 Code pénal) caractérisé non par la préméditation du délinquant, mais par sa dangerosité et ses mobiles particulièrement bas. La notion de « perfidie » dont la description légale fut attaquée devant le Tribunal constitutionnel avec l'argument que cette notion obligerait le juge à condamner pour chef d'assassinat à la peine privative de liberté à vie une femme qui, dans une situation désespérée, avait tué son mari tyrannique endormi. Le Tribunal constitutionnel a rejeté l'argument de nullité de l'article 211 du Code pénal, en obligeant le juge pénal à une interprétation restrictive qui fut cependant non fondée sur le principe précité de la légalité, ou de la précision, mais sur celui

2. Collection officielle des arrêts du *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE), vol. 45, p. 187 et s.

3. BVerfGE 22, 73 et s.

4. BVerfGE 8, 201 et s.

5. BVerfGE 27, 28 et s.; v. l'analyse de M. DELMAS-MARTY, D. 1986, p. 32 et s.

6. V. TIEDEMANN, *loc. cit.*, p. 174 et s., 183 et s. avec des références à la jurisprudence constitutionnelle allemande et au droit comparé.

de la *proportionnalité* du pouvoir punitif de l'Etat : en se référant au mouvement de la *Défense sociale nouvelle* et à une vue moderne des buts de la peine, le Tribunal demande que les peines prononcées soient proportionnelles à la gravité du délit et à la faute du délinquant⁷. La Cour de cassation en a déduit que le juge pénal ne serait pas, dans tous les cas d'assassinat, obligé à prononcer la peine privative de liberté à vie comme le prévoit le texte de la loi, mais que le juge pourrait, en dehors d'une interprétation restrictive du crime d'assassinat et surtout de la notion de perfidie, dans des cas exceptionnels prononcer une peine de prison temporaire⁸. On voit donc comment les hauts magistrats en Allemagne se servent des principes constitutionnels pour corriger les décisions du législateur pénal — attitude qui fut fortement critiquée en doctrine.

Les corrections deviennent d'ailleurs plus souples, et plus légitimes, là où le juge pénal introduit le message, ou bien sa compréhension, des principes constitutionnels ou des droits de l'homme dans des *clauses pénales générales* qui sont, par leur nature et par la volonté du législateur même, ouvertes à l'influence directe des valeurs constitutionnelles. Ainsi la clause de justification de l'article 193 du Code pénal permet les injures quand le délinquant défend des intérêts légitimes. Le Tribunal constitutionnel a tiré de la liberté d'expression de l'opinion la conclusion que cette justification se produit aussi à travers la défense des intérêts non individuels, voire ceux de la société⁹.

2. La liberté d'interprétation exercée à la lumière de la Constitution devient encore plus grande, en général, quand il s'agit non de droits et libertés précis et distincts mais des *principes constitutionnels généraux*, et des droits subjectifs généraux, comme la dignité de l'homme (art. 1^{er}, *Grundgesetz*) et le droit au libre développement de la personnalité (art. 2, al. 1^{er}, *Grundgesetz*). Ces droits fondamentaux, en commun avec le principe de l'Etat de droit (art. 20, *Grundgesetz*), ont servi de base pour des décisions vraiment fondamentales dans le processus de l'orientation nouvelle de la dogmatique pénale et de la politique criminelle en Allemagne d'après-guerre. Ainsi, le Tribunal et la Cour de Karlsruhe ont, à plusieurs reprises, souligné que tout crime et délit, mais aussi toute contravention, même administrative, présupposent l'existence, et la preuve complète, d'une *faute du délinquant*¹⁰. L'adage *nulla pœna sine culpa* existe donc en droit pénal allemand sous forme de règle constitutionnelle non écrite. Et c'est sur la même base que la Cour de cassation a construit, dès l'année 1952, sa jurisprudence permanente qui veut que non seulement l'erreur invincible de droit exclut la responsabilité pénale, mais que l'*erreur simple de droit* mérite l'attention du juge qui diminuera la peine selon le degré de la faute du délinquant¹¹. Le législateur allemand a entre-temps consacré cette jurisprudence au sein du Code pénal même (art. 17). Et c'est dans ce même code que le législateur a supprimé les *présomptions* de responsabilité pénale dans les cas de recel et de possession d'outils destinés au vol grave. Donc, les délits purement

7. V. note 2.

8. Collection officielle des arrêts de la *Bundesgerichtshof* (BGHSt), vol. 30, p. 105 et s.

9. BVerfGE 12, 113 et s.

10. BVerfGE 6, 439 et s. ; 20, 323 et s. ; 45, 187 et s.

11. BGHSt 2, 194 et s.

matériels n'existent plus dans le système juridique allemand qui n'a pas échoué ! Tous les *réquisites*, même d'une *Ordnungswidrigkeit*, doivent être prouvés par les organes de poursuite. Et une faute est même exigée, par cette jurisprudence constitutionnelle, pour les sanctions en dehors du système pénal et quasi-pénal toujours quand les sanctions revêtent un caractère au moins partiellement rétributif¹². Le simple changement de dénomination n'est donc pas en mesure de soustraire une matière aux exigences de cette jurisprudence.

3. *En somme*, c'est surtout le principe de « l'Etat de droit » qui forme le réservoir pour une jurisprudence constitutionnelle audacieuse visant à adapter la matière pénale aux finalités et au contenu fondamental de la Constitution allemande. Le plus souvent c'est le principe de la *proportionnalité* qui est en jeu — principe dérivé en droit allemand de celui de l'Etat de droit. La nouvelle partie générale du Code pénal allemand (de l'année 1975) consacre cette jurisprudence dans son article 62 qui exclut toute mesure dont la sévérité serait hors de proportion avec le délit commis (ou à attendre dans le futur). De même, le Code de procédure pénale exige dans ses nouvelles dispositions concernant la détention préventive que le détenu soit libéré quand la détention « est hors de proportion avec l'importance de l'affaire et de la peine ou la mesure à attendre » (art. 112, al. 1^{er}, 120, al. 1^{er}, C. proc. pén.). Pour la politique criminelle, ce principe de proportionnalité se concrétise dans sa forme de principe de *subsidiarité* : que le droit pénal soit l'*ultima ratio* dans le choix des moyens étatiques, le Tribunal constitutionnel l'a soulevé de nouveau dans sa fameuse décision sur l'avortement¹³.

Bien sûr, les grandes formules, telles que la dignité de l'homme, l'Etat de droit, etc., laissent beaucoup de liberté et de discrétion au juge (qui pour sa part laisse une liberté assez grande au législateur). Il s'agit donc, en ce qui concerne l'influence de ces formules sur le droit pénal et sur ses principes, plutôt de l'influence de la totalité de l'ordre, et de la pensée juridique nationale qui est en jeu. Ceci limite, d'une part, la comparaison directe des solutions nationales. D'autre part, cette totalité, cet ensemble, de la pensée juridique nationale se nourrit évidemment de l'histoire commune et donc d'un humus commun de la tradition européenne. Et ainsi s'explique facilement pourquoi, dans beaucoup de nations européennes, les principes constitutionnels ont commencé à influencer fortement les principes du droit pénal, pourquoi l'idée de l'Etat de droit se voit interprétée par des critères de rationalité et d'humanisme, et pourquoi les systèmes quasi pénaux rejoignent les garanties fondamentales du droit pénal et de la procédure pénale.

12. BVerfGE 58, 159 et s.

13. BVerfGE 39, 1 et s.

De quelques principes constitutionnels et généraux applicables en droit suisse de l'exécution de la privation de liberté. Requiem pour des Règles minima défuntes

par P.H. BOLLE

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Traitant de leur système dans une optique comparatiste, les pénalistes helvétiques sont condamnés à l'originalité, surtout s'ils s'aventurent dans un thème confrontant les principes constitutionnels aux règles générales d'application du droit pénal. En effet, outre les structures fédéralistes de leur Etat, et la règle constitutionnelle qui attribue l'essentiel du droit pénal de fond à la Confédération, et aux cantons la procédure et l'organisation judiciaire pénales ainsi que l'exécution des sanctions pénales, le fait que le Tribunal fédéral — la Cour suprême en Suisse — ne peut contrôler la constitutionnalité du droit fédéral contraint les pénalistes suisses à renoncer au schéma habituel qui inspire leurs homologues étrangers dans la présentation de leurs systèmes.

Cet exposé déparera donc. Nous avons dû choisir au sein de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux seuls domaines pénaux dont il peut connaître en tant que cour constitutionnelle (la procédure pénale et le droit de l'exécution des sanctions) un thème suffisamment étroit pour être traité dans les limites qui nous sont imposées. Enfin, l'opportunité nous a amené à limiter nos réflexions au seul domaine carcéral et pénitentiaire où la jurisprudence du Tribunal fédéral, peu commentée par la doctrine, a analysé les Règles minima pour le traitement des détenus, auxquelles elle a donné valeur de principes constitutionnels. Or, ces règles, couchées dans une résolution du Conseil de l'Europe¹, sont en passe d'être abandonnées au profit de nouvelles que le Comité directeur pour les problèmes criminels, puis le Comité des ministres, adopteront cette année encore, précipitant dans les oubliettes de l'histoire du droit ce qui aura constitué un progrès remarquable du régime carcéral et pénitentiaire².

1. Résolution (73) 5, *Ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus*, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 19 janvier 1973, lors de la 217^e réunion des délégués des ministres.

2. C'est fait : par le C.D.P.C., au cours de sa XXXV^e session plénière, le 6 juin 1986, et par le Comité des ministres, lors de la 299^e réunion des délégués des ministres, le 12 septembre 1986.

Celles que les pénologues comme les praticiens ont l'habitude de nommer familièrement les Règles minima se meurent. Bientôt elles auront vécu, et la présente contribution a aussi pour but de leur rendre un dernier hommage. De la sorte nous établirons, à la veille de leur remplacement par un nouvel ensemble, le bilan pour la pratique suisse des Règles minima de 1973 qui, notons-le pour bien en souligner l'importance et l'ancienneté, sont une version améliorée des Règles minima des Nations Unies, de 1955, adoptées par le Conseil économique et social, suite au premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (Genève, 1955)³.

Nous n'analyserons pas toutes les Règles minima : il y en a 94 !, ni même les principales. Le choix serait difficile et de toute façon arbitraire. Nous dégagerons la valeur des Règles minima pour les autorités suisses, fédérales et cantonales, législatives, administratives et judiciaires. Enfin, nous donnerons quelques exemples pratiques tirés de la jurisprudence, que nous commenterons.

I. — VALEUR DES RÈGLES MINIMA (R.M.)

Comme toutes les recommandations ou résolutions du Conseil de l'Europe, l'ensemble des R.M. n'a pas de force obligatoire pour la Suisse ou ses autorités. Il n'a qu'une *valeur morale*, au contraire des conventions, qui ont une valeur contraignante ou juridique pour les Etats qui les ont ratifiées ou qui y ont adhéré. Les R.M. ne constituent qu'une déclaration, des directives et à ce titre, elles ne peuvent servir que de cadre à la limitation des libertés personnelles des détenus, tant pour l'élaboration que pour l'application de cette limitation⁴. Ce n'est qu'en ce sens et à ce titre qu'elles revêtent de l'importance pour les autorités et pour les particuliers. Elles contiennent la base d'une saine application de la privation pénale de liberté, respectueuse de la dignité de l'homme⁵.

Comme tous les instruments et toutes les réalisations du Conseil de l'Europe, les R.M. visent sur le continent l'*harmonisation* des droits et des pratiques nationales, et non leur unification. En cela, elles sont parfaitement conformes à l'article 64 *bis* de la Constitution fédérale et à l'esprit qui règne en Suisse sur l'exécution des peines privatives de liberté. Ces R.M. ont pour l'Europe le même sens que les règles élaborées par les concordats intercantonaux pour l'exécution des sanctions privatives de liberté, et au sein de chacun de ces concordats, pour chacun des cantons qui en sont membres. Les R.M. sont donc des directives pour une saine exécution des sanctions privatives de liberté et elles s'adressent avant tout au législateur et à l'administration, à tous les échelons de l'administration, des chefs d'administration pénitentiaire jusqu'au dernier engagé des gardiens, mais pas exclusivement, nous le verrons, puisqu'elles se réfèrent aussi

3. Résolution 663-C (XXIV) du 31 juillet 1957 ; texte publié dans le Rapport sur le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Publication des Nations Unies, N° de vente 1956.IV.4.

4. Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral suisse (A.T.F.) 99-Ia-262, cf. *infra*, décision n° 3.

5. FURLER, KURT, *Geleitwort, Schweizwische Eidgenessenschaft*, Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen. Europäische Fassung, L.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1975, p. 11.

directement à la dignité humaine et à la liberté personnelle, et qu'elles illustrent donc la façon dont les droits fondamentaux de l'homme doivent être respectés en prison.

Le Tribunal fédéral lui-même a spécifié quel sens il faut donner à la Résolution (73) 5 sur les R.M. Selon lui, les R.M. sont pour les autorités helvétiques, cantonales et fédérales, non un idéal qui serait d'ailleurs en grande partie réalisé, voire dépassé, mais des directives utiles pour l'élaboration de la réglementation et l'exécution de la détention pénale. Le Tribunal fédéral en a consacré la *haute valeur*, et le *respect absolu de leur esprit*, qui doit inspirer les autorités : « Du fait que ces règles, dit-il, comme la Convention européenne des droits de l'homme, se fondent sur des principes juridiques communs aux Etats membres du Conseil de l'Europe, elles doivent être mises sur le même pied que les libertés personnelles et les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ». Le Tribunal fédéral, ajoute-t-il, puisqu'il se cite toujours à la troisième personne, ne peut sans doute s'écarter des règles auxquelles les citoyens donnent valeur de droits fondamentaux de la personne humaine⁶.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral reprenait la jurisprudence bien connue et bien établie selon laquelle le détenu garde en prison son droit d'agir en être humain, c'est-à-dire de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants (abolition des châtiments corporels, de la torture, interdiction des travaux avilissants, exigence de salubrité des lieux de détention, etc.) ; le détenu garde aussi en prison sa liberté personnelle, soit celle de penser, de s'exprimer, d'agir, de se déplacer, sa liberté de religion et de culte, etc. Le Tribunal fédéral précisait donc sa jurisprudence Marie Dubois, selon laquelle le détenu garde en prison la *jouissance* de sa liberté personnelle, même s'il est privé d'une bonne part de l'exercice de cette liberté (comme le soldat, soumis à un rapport de sujétion spéciale par rapport à ses supérieurs)⁷.

Ce faisant, le Tribunal fédéral souligne le sens qu'il faut donner au mot de *traitement*, contenu dans le titre même de la Résolution (73) 5, terme ambigu qui a deux sens :

a) *manière de traiter* quelqu'un : lui éviter les mauvais traitements,

et

b) action tendant à une orientation psychologique et sociale du détenu : resocialisation, traitement psycho-social en prison.

C'est, bien sûr, le premier sens qu'il faut retenir ici, avec pour conséquence que les R.M. s'appliquent à toutes les catégories de détenus, dès le moment de l'incarcération, puis en prison préventive, puis en exécution de peine, ainsi qu'aux détenus malades mentaux.

Il en découle que les R.M. sont, en réalité, des illustrations pratiques des principes fondamentaux, de niveau constitutionnel, de la liberté personnelle, des règles de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention internationale contre la torture. En ce sens, elles doivent être

6. A.T.F., 102-Ia-284, cf. *infra*, décision n° 4.

7. A.T.F., 97-I-45, cf. *infra*, décision n° 1.

respectées par les Etats, donc par les autorités de détention, mais seulement lorsqu'elles sont l'expression de ces principes constitutionnels. En revanche, quand ces règles sont davantage l'expression d'une politique criminelle, leur respect n'est plus aussi impératif.

Faut-il tirer de ce qui précède que l'administration pénitentiaire, la direction des établissements, voire les simples gardiens, peuvent déroger aux R.M. ? De façon générale, la dérogation *en faveur* des détenus est toujours possible (exemples : exécution anticipée de la peine privative de liberté ; pas de séparation absolue entre détenus prévenus et condamnés si les circonstances laissent supposer qu'une telle séparation serait incompatible avec l'intérêt de l'un ou de l'autre détenu, notamment d'un dépressif ; placement en cellule individuelle abandonnée à l'égard d'un détenu en prévention culturellement très isolé). De plus, une dérogation *en défaveur* des détenus est exceptionnellement possible, si les circonstances y conduisent (le manque d'établissements de grande envergure conduit à renoncer à la classification, à la catégorisation des détenus), ou en cas de nécessité absolue (isolement d'un détenu forcené ou d'un terroriste).

De son côté, le détenu peut-il, pour la défense de ses intérêts, invoquer les R.M. auprès de l'administration ou des tribunaux ? La situation est ici plus complexe. Le détenu peut toujours invoquer les R.M. auprès de l'administration qui ne respecterait pas sa dignité d'homme et l'exercice de sa liberté personnelle, car l'application des R.M., en tant qu'elles sont l'expression d'une politique criminelle, « incombe aux autorités politiques de la Confédération et des cantons, compétentes dans le domaine de l'exécution des sanctions privatives de liberté⁸ ». Il s'agit alors du recours administratif.

Qu'en est-il du recours du détenu qui invoquerait la violation des R.M. devant un tribunal ? Un tel recours est possible, directement, si le législateur cantonal a introduit certaines des R.M. telles quelles dans sa législation ou dans sa réglementation. A défaut, un tel recours, fondé directement sur une violation présumée des R.M., est exclu : les R.M. sont une simple recommandation qui n'impose aux Etats que des obligations morales. Il en découle que le détenu qui estime devoir se plaindre devra recourir en invoquant une violation de sa liberté personnelle et de ses droits fondamentaux, et s'il se réfère aux R.M., ce ne sera qu'à titre d'exemple, d'illustrations des violations invoquées. C'est d'ailleurs à ce titre seulement qu'à bon droit le Tribunal fédéral en a traité jusqu'à aujourd'hui.

Je l'ai dit et redit : l'ensemble des R.M. est un instrument du Conseil de l'Europe, et un instrument qui traite des droits fondamentaux et des libertés personnelles. Cela signifie-t-il qu'un détenu pourrait se plaindre de l'irrespect de ces règles, sous forme d'une requête adressée à la Commission européenne des droits de l'homme ? Ce n'est de toute évidence pas le cas. En effet, on ne peut invoquer devant cette Commission que la violation de la Convention européenne des droits de l'homme elle-même, et après avoir épuisé toutes les instances nationales. Ce double obstacle bloque tout espoir pour le détenu.

8. A.T.F., 102-Ia-279, cf. *infra*, décision n° 4.

En résumé, retenons ceci : la Résolution (73) 5 du Conseil de l'Europe se borne à recommander aux autorités carcérales et pénitentiaires de s'en tenir aux principes qu'elle énonce : respecter les R.M., afin d'en favoriser l'adoption et l'application dans leur législation interne et dans leur pratique. Cette recommandation n'a donc pas d'effet contraignant, ce qui signifie qu'on ne peut en principe recourir à un tribunal pour violation de ces R.M.⁹. Cependant, ces règles sont importantes, car elles traduisent dans le domaine carcéral et pénitentiaire une notion de la liberté personnelle et des limites à apporter à l'exercice de cette liberté, notion commune à toute l'Europe et profondément ancrée dans la conception qu'on s'y fait de la démocratie. Dès qu'elles visent la protection d'un droit fondamental (par ex., la règle 31 qui interdit les châtiments corporels ou la règle 33, qui le fait des chaînes et des fers de prisonniers), il est possible de se référer à une de ces règles dans un recours de droit public au Tribunal fédéral, notamment dans le cadre du contrôle abstrait des normes, c'est-à-dire si le recourant attaque des dispositions légales ou réglementaires en dehors de tout cas concret.

II. — IMPACT DES RÈGLES MINIMA

Nous l'avons vu, les R.M. s'adressent non seulement à l'administration qui exécute les sanctions privatives de liberté, mais aussi au législateur chargé d'élaborer les normes régissant ce domaine. Au plan fédéral, leur impact est maigre, ce qui se comprend aisément. Il ne faut tout d'abord pas oublier que l'article 64 *bis* de la Constitution fédérale réserve l'exécution des peines aux cantons ; mais cela n'empêche que le Code pénal suisse contienne des règles formant le cadre du régime de l'exécution de la privation de liberté. Or, ces règles ont été élaborées avant 1937, puis révisées pour la dernière fois avant 1971, soit alors que l'ensemble des R.M. n'avait pas encore vu le jour. Certes, on peut supposer que le législateur de 1971 n'ignorait rien des R.M. des Nations Unies de 1955, mais il n'en demeure pas trace dans les travaux préparatoires.

Cependant, si la Confédération a abandonné aux cantons l'exécution des peines, elle a repris de la main gauche ce qu'elle avait donné de la droite : se basant sur l'article 64 *bis*, alinéa 3, de la Constitution fédérale, elle a adopté en 1966 une loi sur les subventions¹⁰, puis, le 31 décembre 1977, des *Directives concernant la réduction des subventions de construction d'établissements servant à l'exécution des peines et mesures et des maisons d'éducation*, directives qui seront certes lettre morte le 31 décembre 1986, avec l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation, mais directives tout de même qui présentent, pour notre sujet, un certain intérêt : leurs articles 4-2 et 5-2 sont en effet les seules dispositions de droit fédéral qui mentionnent expressément les R.M., dont elles font, en quelque sorte, du droit supplétif. Ces deux dispositions disent ceci :

9. A.T.F., 106-Ia-277, cf. *infra*, décision n° 7.

10. Recueil systématique du droit fédéral : R.S. 341 : *Loi fédérale sur les subventions de la Confédération aux établissements servant à l'exécution des peines et mesures et aux maisons d'éducation* du 6 octobre 1966.

« S'agissant d'apprécier si les installations sont suffisantes » ou : « S'agissant d'apprécier si un établissement dispose d'installations suffisantes du point de vue de l'exploitation », « *les règles minima du Conseil de l'Europe pour le traitement des détenus sont déterminantes* ». Cette référence revêt une importance fondamentale. Les fonctionnaires cantonaux et fédéraux chargés de négocier l'octroi de subventions fédérales connaissent tous fort bien ces R.M., et les autorités fédérales ont fait preuve, jusqu'ici, d'une grande fermeté pour imposer le respect de ces clauses. Sont en jeu, le plus souvent, les dispositions et l'équipement des établissements en éclairage, en air conditionné, en fenêtres pouvant s'ouvrir, en dimensions des cellules, en sanitaires, en installations de douches, en terrains et salles de sport, en possibilités de promenade.

Si l'on se réfère maintenant aux concordats intercantonaux sur l'exécution des peines et mesures privatives de liberté, on constate que leurs textes, eux aussi, sont muets ; peut-être, surtout, parce qu'ils règlent les relations entre cantons, domaine que ne touchent évidemment pas les R.M., mais aussi, surtout, parce que les organes concordataires qui se sont vu conférer le soin d'adopter les réglementations d'exécution relatives à la répartition entre cantons des établissements, donc en définitive la ventilation des détenus en différentes catégories, n'ont pas ressenti le besoin de citer nommément les R.M., alors qu'ils s'en sont manifestement inspirés en adoptant les principes directeurs de cette ventilation. L'absence de toute référence explicite aux R.M. ne signifie donc ni ignorance, ni rejet de leurs principes par les responsables. En réalité, ces R.M. constituent actuellement, et depuis un certain temps, le fondement si naturel de la pratique carcérale et du régime pénitentiaire helvétiques, qu'on ne songe même plus à s'y référer explicitement.

Au plan cantonal enfin, rares sont les lois d'exécution des sanctions privatives de liberté et les règlements de maison qui citent *expressis verbis* les R.M. Le mutisme des autres ne signifie pas que leurs auteurs ont ignoré les R.M. ou s'en sont écartés. Nous en voulons pour preuve les rapports des experts, services et commissions qui les ont élaborés, où les références aux R.M. sont multiples. Les termes mêmes des textes et l'ordre dans lequel les dispositions se suivent montrent combien l'influence des R.M. a été déterminante, même si elle n'a pas toujours été consciente — ce qui est peut-être le plus beau compliment à faire aux R.M., sur leur conception.

III. — BREF SURVOL ET COMMENTAIRE DES DÉCISIONS JOINTES

Nous avons réuni des extraits de huit décisions classées dans l'ordre chronologique. Les sept premières sont des arrêts du Tribunal fédéral. La dernière est une décision de la Commission européenne des droits de l'homme. Toutes n'ont pas le même intérêt ni la même portée. Elles résultent d'un choix et n'ont donc aucune prétention à l'exhaustivité. Notre but était de montrer comment les tribunaux perçoivent les R.M., et l'importance qu'ils leur donnent comme *instrument d'interprétation* des normes du droit public et du droit constitutionnel, plus que du droit pénal. Les décisions du Tribunal fédéral ont

d'ailleurs été provoquées par des recours de droit public, formés soit par des détenus qui avaient eu à souffrir, ou prétendaient avoir eu à souffrir d'un régime carcéral ou pénitentiaire contraire à la garantie de la liberté personnelle (arrêts *X (Marie Dubois)*, *Müller-Gilliers*, *Krause*, et décision de la Commission, ci-dessous), soit par des citoyens qui, sans avoir été détenus, provoquaient le contrôle abstrait des normes (2 arrêts *Minelli* et 2 arrêts *GAP* et *csts*, ci-dessous).

L'A.T.F. 97-I-45, *X (Marie Dubois)*, de 1971 (cf. *infra*, décision n° 1), est le premier qui cite expressément les R.M. Il traite du *travail carcéral et pénitentiaire*, jurisprudence développée et précisée par le second arrêt *GAP* et *csts* (cf. *infra*, décision n° 7). La notion de travail en prison y est bien cernée, et précisées les limites de l'obligation de travailler, pour le détenu, et de l'obligation de le rémunérer, pour l'administration. Le Tribunal fédéral y fait preuve de bon sens et de pondération réaliste.

L'arrêt *Müller-Gilliers* traite de la *liberté d'accès à la presse et à la radio*, thème repris dans le second arrêt *Minelli*, de 1976 (cf. *infra*, décisions nos 2 et 4), qui montre une évolution libérale, due, semble-t-il, au fait que la presse se diversifie et que son accès se libéralise et se généralise dans toutes les couches et tous les milieux de la population ; d'autre part, cette évolution est conséquence du fait que la radio et la télévision font maintenant partie des médias communs à tous, dont la privation serait considérée comme une entrave au processus de resocialisation. Les considérations de tranquillité et de sécurité de l'établissement jouent donc un rôle de plus en plus ténu dans l'organisation de la vie en prison.

Le premier arrêt *Minelli* (cf. *infra*, décision n° 3) aborde surtout deux thèmes : les *promenades* et les *visites et correspondance*. Le thème des promenades est celui sur lequel la jurisprudence du Tribunal fédéral a le plus évolué, et le plus rapidement. On peut même parler d'un véritable revirement de la jurisprudence : après avoir toléré une pratique beaucoup plus restrictive que la règle 20-1 (au moins une heure par jour de promenade en plein air) et la Cour, dans le second arrêt *Minelli*, de 1976, puis dans le premier arrêt *GAP et csts*, de 1980 (cf. *infra*, décision n° 6), a exigé que la règle 20-1 soit dorénavant respectée, et lui donne valeur de minimum pratique absolu. Ici aussi, il faut voir l'origine de ce revirement dans un changement de société : l'importance croissante donnée par la plupart des gens, encouragés par la médecine et la psychologie, aux activités en plein air et aux contacts avec la nature.

Quant aux *visites* et à la *correspondance*, évoquées aussi dans le premier arrêt *GAP et csts*, la jurisprudence a aussi bien évolué. Dès le second arrêt *Minelli* de 1976, la liberté absolue de correspondre accordée aux détenus est de règle, sous réserve de la censure, généralement admise, même pour la correspondance avec le défenseur, et de limitations décidées par le juge pour le prévenu en détention. En ce qui a trait aux visites, le Tribunal fédéral est resté sur la réserve et a tenu compte, ici aussi avec beaucoup de bon sens, des difficultés d'organisation. Le premier arrêt *GAP et csts* fixe les limites que l'administration ne peut franchir. Là encore, les cautions fixées ne semblent pas excessives, même si l'obligation d'ouvrir les parloirs le week-end pour permettre aux travailleurs d'exercer leur droit de visite aux détenus peut poser au personnel des établissements des charges de travail malvenues.

L'arrêt *Krause* (cf. *infra*, décision n° 5) concerne les *soins médicaux* et fait fi de la prétention du détenu d'être soigné en prison par le médecin de son choix. Il est intéressant de constater que le Tribunal fédéral invoque l'égalité de traitement pour motiver sa décision, autant que des raisons utilitaires : puisque les établissements sont contraints de se doter de services médicaux complets, il y a lieu d'y recourir et de les utiliser chaque fois que cela est possible, et sauf exception.

Enfin, deux mots d'explication sur la décision de la Commission européenne des droits de l'homme, de 1982 (cf. *infra*, décision n° 8) qui ne traite pas explicitement des R.M. Si nous avons jugé bon de fournir un résumé de cette décision, c'est parce qu'il forme une illustration spectaculaire de la valeur non contraignante des R.M. : le régime de détention préventive extraordinairement sévère imposé à deux prévenus, terroristes présumés et évidemment très dangereux, viole manifestement toute une brochette de R.M., notamment la surveillance constante par télévision à circuit interne, de jour comme de nuit, avec illumination permanente de la cellule. La Commission, après avoir rappelé qu'un tel régime est à la limite de ce qui peut être toléré, et qu'il doit rester exceptionnel, réservé à des détenus extraordinairement dangereux, n'a pas considéré qu'il constituait une violation des garanties offertes par la Convention européenne des droits de l'homme dont, nous le rappelons, les R.M. sont l'illustration dans le domaine carcéral et pénitentiaire.

Pour le démontrer, nous présentons donc, sous forme d'extraits annotés, ces huit décisions :

1. A.T.F. 97-I-45, X (*Marie Dubois*) c. *Ministère public zurichois*, du 17 février 1971 ; traduit in *Journal des Tribunaux*, 1972.I.4.

Cet arrêt traite de la détention préventive et de l'obligation de s'y occuper ou d'y travailler. C'est le premier arrêt du Tribunal fédéral citant les R.M.

« L'inculpé en détention préventive ne peut pas être limité dans sa liberté personnelle au-delà de ce qu'exigent le but de l'instruction ou le respect d'un ordre raisonnable de l'établissement de détention. Il ne peut donc être astreint à travailler pendant la détention préventive.

Peu importe que l'activité choisie par l'inculpé en détention préventive soit une activité lucrative ou un passe-temps. Les seules restrictions admissibles à l'exercice de cette activité sont celles imposées par l'ordre de l'établissement et le but de l'instruction ...

A l'article 2 chiffre 2 lettre c de la Convention de Genève ... sur le travail forcé obligatoire, du 28 juin 1930, l'assujettissement au travail de l'inculpé en détention préventive est ... prohibé ...

Enfin le chiffre 89 des R.M. pour le traitement des détenus telles qu'elles ont été établies par le Premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants ... prévoit expressément que les inculpés en détention préventive ne peuvent être astreints au travail (ch. 89, R.M. Conseil de l'Europe) ...

Le principe fondamental de la liberté personnelle exige que l'on reconnaisse à la recourante pendant la détention préventive, comme à tout inculpé dans cette situation, le droit de s'occuper comme elle l'entend ...

Il est dès lors sans importance que l'activité choisie par la recourante soit considérée comme une activité lucrative à proprement parler ou comme un simple passe-temps ;

2. A.T.F. 97-I-839, *Müller-Gilliers c. Ministère public et Administration pénitentiaire zurichois*, du 22 septembre 1971.

Cet arrêt traite de la liberté d'accès à la presse et à la radio, garantie aux prévenus en détention.

Le prévenu en détention ne peut prétendre recevoir directement un journal ou une revue de son choix, et utiliser son propre appareil de radio à transistors.

In casu, la direction de l'établissement distribuait chaque semaine, à chaque détenu, un journal auquel elle s'était elle-même abonnée. 144 journaux en trois langues étaient ainsi distribués et circulaient dans l'ensemble de l'établissement. La distribution de journaux supplémentaires au choix des prévenus en détention serait une tâche trop lourde pour le personnel chargé de la surveillance, et un danger trop grave de collusion et de préparation d'évasions. L'article 90 des R.M. des Nations Unies (= règle 90 du Conseil de l'Europe) ne garantit l'exercice du droit de recevoir à ses frais des livres et des journaux que dans une mesure compatible avec le bon ordre et la sécurité de l'établissement. Il en va de même du droit de disposer en cellule de son propre appareil de radio à transistors, qui, comme tous les appareils sur le marché, peuvent capter des émissions non destinées au public, suite à des modifications simples et difficiles à détecter, et être dans la même mesure transformés en émetteurs. D'où :

« L'interdiction, faite aux inculpés en détention préventive dans les prisons de district de Zurich, de recevoir directement un journal de leur choix et d'utiliser leur propre appareil de radio à transistors ne viole pas la garantie de la liberté personnelle » ;

3. A.T.F. 99-Ia-262, *Minelli c. Conseil d'Etat zurichois*, du 4 avril 1973 ; résumé in *Journal des Tribunaux*, 1974.I.656.

Après avoir rappelé la valeur morale des R.M. pour les autorités suisses, le Tribunal fédéral applique les R.M. suivantes :

- R.M. 14, 16, 77.2, 88 : *effets personnels en cellule* : sont autorisés habits, sous-vêtements, articles de toilette, et pour ceux qui travaillent : habits de travail ; en sus : objets qui ont une valeur sentimentale pour les détenus ;
- R.M. 9, 10 (b), 26 (c) : *extinction des lumières* : ne doit pas être contraire à la dignité de l'homme, ni servir une pratique chicanière, mais la tranquillité et le bon ordre de l'établissement ;
- R.M. 77 : *pécule et rétribution* : le pécule doit être ainsi fixé qu'il permette au détenu de se faire une idée claire des prestations qu'il offre et des contreprestations qu'il reçoit de l'établissement, ce qui conduit à une rémunération modeste ;

- R.M. 20.1 : *promenades* : la règle exige au moins une heure par jour en plein-air ; le Tribunal fédéral a jugé suffisant trois fois une demi-heure par semaine, minimum voulu ni pour des raisons de sécurité, ni par le but de la détention, mais uniquement pour des raisons de charge du personnel ;
- R.M. 40 : *bibliothèque* : suffit le droit de commander des livres une fois par semaine ;
- R.M. 37, 92 : *visites* : une visite hebdomadaire d'un quart d'heure, réservée aux proches, à l'employeur ou au tuteur est suffisant ;
- R.M. 37, 93 : *correspondance* : suffisent deux lettres par semaine : compromis raisonnable entre les besoins du détenu et les charges de la surveillance. La censure est admise, y compris celle avec l'avocat, selon le Tribunal fédéral (*contra* : R.M. 93, pour les prévenus) ;
- R.M. 27 à 32 : *sanctions disciplinaires* : dans le cadre général de l'abolition de la torture (art. 3, C.E.D.H.), sont admises les sanctions suivantes : restrictions alimentaires jusqu'à cinq jours (soupe, pain et boisson au lieu du menu habituel), limitation des contacts avec l'extérieur (visites, paquets, correspondance) ou leur suppression, enfin les arrêts, jusqu'à 20 jours, avec privation de télévision, radio, lecture, correspondance, tabac, cadeaux. Ces sanctions doivent être prononcées par écrit. Peuvent être signifiées oralement les limitations ou privations de tabac, de bibliothèque, de journaux, de cadeaux. Pour toute sanction, le détenu doit être attentif à son droit de recours ;
- R.M. 86 : *détention cellulaire individuelle pour les détenus préventifs* : est non seulement autorisée, mais est présentée comme un droit par la R.M.

4. A.T.F. 102-Ia-279, *Minelli c. Conseil d'Etat zurichois*, du 30 juin 1976 ; résumé in *Journal des Tribunaux*, 1977.IV.158.

Le Tribunal fédéral insiste sur la portée des R.M. pour les autorités suisses, avant d'analyser certaines d'entre elles, dans l'optique de la pratique helvétique.

« Dans le cadre de l'examen d'un règlement de prison et de sa compatibilité avec la garantie de la liberté personnelle, la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Commission européenne et de la Cour de Strasbourg doivent également être prises en considération. Quant aux R.M. élaborées pour le traitement des détenus, si elles ne lient pas les Etats membres, elles n'en doivent pas moins être respectées, en tout cas lorsqu'elles sont l'expression de principes fondamentaux auxquels ils adhèrent ».

Le non-respect par l'autorité de détention des R.M. ne peut être attaqué par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral. Cependant, quand ces règles sont l'expression de principes de niveau constitutionnels reconnus en Suisse, la Cour ne s'en écartera pas facilement, ni ne tranchera en les contredisant. Quand, en revanche, ces règles sont davantage l'expression d'une politique criminelle, leur respect n'incombe pas au tribunal constitutionnel, mais aux autorités politiques de la Confédération et des cantons compétentes dans le domaine de l'exécution des sanctions privatives de liberté.

Ensuite, le Tribunal exprime sa volonté « d'assouplir les restrictions (à la liberté) prévues dans toute la mesure compatible avec le but de la détention, les contrôles nécessaires et l'ordre indispensable », sur les points suivants :

- R.M. 14, 16, 43, 77.2, 88 : *effets personnels en cellule* : sont autorisés tous les objets personnels qui ne peuvent servir à des tentatives d'évasion, de suicide ou d'agression contre le personnel, et qui peuvent facilement être contrôlés en cellule. Exemples : montre, alliance, machine à écrire ;
- R.M. 20-1 : *promenades* : l'interdiction de promenade pendant la première semaine de détention est admissible. Mais une demi-heure de promenade tous les trois jours est trop peu. Il faut permettre au moins une demi-heure par jour à l'air libre ; règle qui peut exceptionnellement, à titre transitoire, être assouplie. La surcharge alléguée du personnel n'est plus une excuse, ni le manque de préau fermé ;

— R.M. 90 : *journaux, revues, livres et radio* : pour les détenus préventifs : libre accès et choix, à leurs frais, mais par le truchement de l'administration. Tout excès entraînera limitation. Le livre ou périodique peut être interdit ou retiré si sa possession en détention présente un danger ou est contraire au but de la privation de liberté. Toute cellule, autre que de passage, doit être équipée d'une radio ; sinon, les détenus seront autorisés à détenir leur propre installation, éventuellement plombée ;

- R.M. 37, 93 : *correspondance* : le Tribunal se prononce pour la liberté absolue en exécution de peine, avec censure, si la correspondance est écrite dans une langue accessible. En revanche, restriction à deux lettres par semaine pour le détenu préventif. La correspondance avec le défenseur peut être contrôlée, car la confiance demeure possible lors des entretiens. Il ajoute qu'est incompatible avec la liberté personnelle l'*obligation de rabattre les lits* pendant la journée, mesure chicanière, contraire au droit de tous de se coucher en cellule ; peut être infligée en guise de punition à celui qui ne tient pas sa cellule propre et en ordre.

5. A.T.F. 102-Ia-302, *Krause c. Ministère public zurichois*, 17 août 1976 ; résumé in *Journal des Tribunaux*, 1978.IV.31.

Saisi par une prévenue qui, en détention, s'était vu refuser d'être soignée par un médecin de son choix, dont elle pouvait assumer les frais, le Tribunal fédéral précise la portée des R.M. 22 et s. et 91 :

« La liberté personnelle donne au détenu le droit de recevoir l'assistance médicale qui lui convient. Les détenus doivent être examinés et soignés par un autre médecin que celui de l'établissement lorsque le rapport de confiance entre ce dernier et le patient est rompu, ou qu'il est opportun, du point de vue médical, de faire appel à un spécialiste. En revanche, la garantie de la liberté personnelle ne donne pas aux détenus, de manière générale, le droit de recevoir les soins du médecin de leur choix ».

Les R.M. 21 et suivantes garantissent à tout détenu le droit de séjourner dans un établissement dans lequel fonctionne au moins un médecin praticien, et au détenu malade ou exigeant un traitement médical spécifique, le droit d'être

placé dans un établissement spécialisé ou dans un hôpital civil. Tout détenu peut être traité en prison si l'établissement offre l'équipement apte à garantir le traitement. En sus, le personnel infirmier doit être à disposition.

Outre ces règles générales, la R.M. 91, visant les détenus en prison préventive, leur offre le droit d'être soignés par leur médecin ou dentiste *personnel* (et non de leur choix, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir été entre les mains du praticien en question avant l'incarcération), si une telle intervention est raisonnablement fondée et s'ils sont capables d'en assumer les frais.

In casu, il est permis de s'écarter de cette règle R.M. 91, pour les motifs suivants : la Constitution garantit à *tous* les détenus le droit d'être soignés, et cela sans restriction. Cependant, il serait juridiquement choquant de tirer de ce principe que certains détenus (ceux qui, en détention préventive, disposent de suffisamment de moyens financiers) puissent s'arroger le droit d'être mieux soignés que les autres (principe de l'égalité devant la loi). En sus, puisque les établissements sont contraints de s'équiper et d'offrir à tous les détenus un service médical complet, il n'y a pas de raison, en dehors de circonstances exceptionnelles, de requérir les soins d'un praticien étranger à la maison, ou d'autoriser les détenus à faire appel à un tel praticien.

6. A.T.F. 106-Ia-277, *GAP et csts c. Conseil d'Etat vaudois*, du 30 septembre 1980.

Si le Tribunal fédéral examine librement si la liberté personnelle des détenus est garantie en prison, il s'astreint tout de même à une certaine retenue, car le régime de détention dépend assez étroitement des circonstances locales, c'est-à-dire des moyens — en personnel et en locaux — dont dispose chaque administration pénitentiaire. Dans le domaine du régime de détention, la Convention européenne des droits de l'homme ne donne pas de garanties plus étendues que le principe constitutionnel de la liberté personnelle. Dans la définition de cette liberté, « telle qu'elle est garantie par le droit constitutionnel non écrit de la Confédération, il y a lieu de tenir compte (des R.M.) qui, au même titre que les clauses de la Convention européenne des droits de l'homme, ont leur fondement dans la conception commune que les Etats membres du Conseil de l'Europe se font du droit ». Le Tribunal précise ensuite le sens qu'il faut donner aux R.M. suivantes :

- R.M. 35 : *information à l'arrivée* : l'information doit être écrite (l'insertion du règlement de la maison dans le mobilier de la cellule satisfait à cette exigence) ;
- R.M. 21 et s., 91 : *soins médicaux* : une disposition légale ou réglementaire qui ne prévoit pas expressément la possibilité de recourir, le cas échéant, à un médecin étranger à l'établissement, n'est pas contraire aux R.M. ni au droit constitutionnel des détenus à bénéficier des secours de la médecine. Il suffit que ce texte n'exclue pas la possibilité de consulter un médecin de l'extérieur.
- R.M. 20-1 : *promenades* : « ... chaque détenu ne peut pas exiger de se promener à l'air libre dès le premier jour de sa détention, mais on doit considérer que, dès la seconde semaine de détention, une promenade —

sous la surveillance des gardiens — d'une demi-heure par jour est nécessaire pour maintenir les détenus en bonne santé physique et psychique. C'est le minimum de ce que chaque détenu peut exiger selon le principe constitutionnel de la liberté personnelle et que l'autorité pénitentiaire doit, sous réserve de dispositions transitoires, accorder aux détenus dès la seconde semaine de leur détention » ;

- R.M. 37, 92 : *visites* : le Tribunal a qualifié de très restrictif le régime prévoyant une seule visite d'un quart d'heure par semaine, réservée aux parents du détenu ; « ... un tel régime se trouve à la limite inférieure de ce qui doit être reconnu aux détenus comme possibilité de garder des contacts avec l'extérieur. Tenant compte notamment du fait qu'en cas d'urgence, des visites supplémentaires peuvent exceptionnellement être accordées, comme aussi de ce que la formule « *in der Regel* » autorise une certaine flexibilité dans l'application de ces règles (quant au nombre des visites et à l'étendue du cercle des visiteurs), le Tribunal fédéral n'a pas annulé ces dispositions ... Il a en revanche jugé les règles encore plus restrictives adoptées en droit appenzellois incompatibles avec la garantie constitutionnelle de la liberté personnelle sur deux points particuliers. En effet, il a admis que le tuteur doit pouvoir être autorisé à rendre visite à son pupille qui est en détention préventive : en outre, spécialement lorsque la détention préventive dure plusieurs mois, le détenu devrait pouvoir recevoir la visite de sa femme et de ses enfants pendant plus d'un quart d'heure par semaine ».

Est conforme aux R.M. le règlement qui stipule que les visites, aux heures fixées par l'administration, sont d'une demi-heure au maximum, réservées à trois personnes au plus en même temps, se déroulent en parloir, en présence d'un employé, et qu'elles dépendent du juge pour les prévenus. Il est en revanche abusif pour l'administration de décider qu'elles n'ont lieu qu'entre 14 et 16 heures les mardis et jeudis, jours fériés exclus :

« ... pour les personnes qui travaillent durant la semaine, il est difficile — voire même impossible — de rendre visite à des détenus aux jours et heures fixés par l'administrateur. Dans bien des cas, l'exercice de ce droit de visite est donc rendu parfaitement illusoire du fait de l'horaire adopté, ce qui n'est pas tolérable. Les instructions ... sur ce point doivent donc prévoir certaines dérogations en faveur des travailleurs ou bien autoriser les visites en dehors des jours et heures de travail (le samedi ou le dimanche, par exemple) ».

7. A.T.F. 106-Ia-255, *GAP et csts c. Conseil d'Etat genevois*, du 30 septembre 1980.

Le Tribunal s'exprime abondamment sur le droit au travail des détenus, leur rémunération et leur pécule. Il interprète les R.M. 77 et 89 ainsi :

« En droit privé comme en droit public, le travailleur ou le fonctionnaire n'a ... pas — sauf clause contractuelle contraire ... — une prétention à faire valoir sur une part du produit de son travail — du résultat d'exploitation ou du chiffre d'affaires réalisé par l'employeur — ni même un droit à ses inventions

et autres biens immatériels, lesquels sont acquis à l'employeur ... En contrepartie de son travail, l'ouvrier, l'employé ou le fonctionnaire a, contre son employeur, une créance en paiement du salaire qui est fixé selon le principe de la liberté des conventions, indépendamment du résultat d'exploitation. De même, le prévenu qui travaille en prison ne saurait revendiquer une participation au produit de son travail. Il peut obtenir le paiement d'un pécule, c'est-à-dire d'une somme fixée par jour ou par mois de travail, correspondant en somme au salaire du travailleur ... Le prévenu qui décide de travailler pendant sa détention préventive ... reçoit, conformément au principe énoncé au chapitre 89 de la Résolution (73) 5... une certaine rémunération, mais cette créance contre l'Etat ne jouit en réalité d'aucune garantie constitutionnelle particulière. Pas plus que le traitement des fonctionnaires ... cette créance ne peut être considérée comme un droit acquis bénéficiant de la garantie de la propriété ... Il est vrai que le montant de ce pécule — alloué à tous les détenus, qu'ils soient prévenus ou condamnés — est des plus modiques et il apparaît souhaitable qu'il soit revu ; ... le rendement des détenus travaillant en prison ne peut pas être comparé à celui des ouvriers, des employés ou des fonctionnaires ; de plus, il va de soi qu'une prison n'existe pas dans le but de procurer des gains à l'Etat. Dans ces conditions, il n'est pas possible de parler de « confiscation de la quasi-totalité du produit du travail du prévenu », ni d'émolument prélevé à la charge des prévenus qui travaillent ... Dans la mesure où l'on peut considérer que le prévenu travaillant en prison exerce, à titre professionnel, une activité économique privée tendant à la production d'un gain, on doit admettre qu'il pourrait théoriquement se prévaloir de la garantie constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie. Pourtant il n'a jamais été question, ni en doctrine ni en jurisprudence, d'étendre la notion de commerce et d'industrie au point de reconnaître l'existence pour chacun d'un droit — garanti par la Constitution — à un salaire équitable. D'ailleurs ce ne serait guère compatible avec le principe de la liberté des conventions ... ».

L'obligation de travailler imposée aux seuls détenus condamnés « ne crée pas non plus une inégalité de traitement ... entre les prévenus qui travaillent et ceux qui ne travaillent pas. L'essentiel est, au fond, que les prévenus — à la différence des condamnés — soient libres de travailler ou non pendant leur détention ... ; ils sont donc libres d'accepter ou de refuser les conditions de rémunération — à vrai dire peu favorables — qui sont fixées ».

8. *Décision de la Commission européenne des droits de l'homme, du 16 décembre 1982, sur requête n° 8463/78.*

La Commission était appelée à se prononcer sur la compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme, du régime suivant, imposé à deux terroristes présumés, placés par le juge d'instruction en détention préventive :

1. Les prévenus ne seront en aucun cas mis dans la possibilité d'avoir des contacts directs ou indirects entre eux ;
2. il en sera de même pour les contacts avec l'extérieur ;
3. aucune visite ne sera tolérée sans l'assentiment écrit du juge d'instruction ;

4. le mandataire légitime des prévenus ne pourra leur rendre visite que sur ordre écrit du juge d'instruction. La visite sera faite, sans surveillance, par la chambre spéciale de sécurité, de façon qu'aucun objet ne puisse être transmis ;
5. pas de journaux, pas de radio, ni télévision ;
6. possibilité de lire des livres qui seront détruits après lecture ;
7. visite médicale chaque fois que cela est nécessaire, mais en principe deux fois par semaine. Les prévenus seront pesés régulièrement ;
8. un inventaire de chaque cellule sera fait ;
9. aucun objet dangereux ne sera introduit dans les cellules ;
10. les cellules voisines de celles des deux détenus seront vides ;
11. les cellules des deux détenus seront contrôlées chaque jour, ainsi que les habits ;
12. les deux détenus porteront des vêtements de détenus ;
13. le courrier concernant les deux détenus sera transmis au juge d'instruction par l'intermédiaire du commandement de la police cantonale ;
14. les deux détenus n'auront sur eux ni feu, ni tabac ;
15. il sera permis aux deux détenus de prendre l'air vingt minutes par jour dans une pièce aérée, sous surveillance constante. Ils pourront fumer pendant ce temps ;
16. la sécurité aux alentours des prisons est assurée par les soins de la police cantonale.

Le magistrat ordonnait en sus que l'un des détenus soit placé sous surveillance constante au moyen d'un appareil de télévision à circuit interne, pour éviter toute tentative de suicide.

En conséquence, les requérants furent enfermés séparément dans deux cellules non contiguës de 8,4 m². L'étage n'abritait aucun autre détenu. Les cellules situées au-dessus et en-dessous des leurs avaient été évacuées. Les deux requérants ont été rapidement placés sous le contrôle d'un circuit interne de télévision. Une lampe était allumée en permanence dans leurs cellules. Celles-ci correspondaient en tous points aux autres cellules de la prison du district, à l'exception des fenêtres qui avaient été spécialement aveuglées afin d'empêcher toute vue sur l'extérieur. L'éclairage artificiel devait ainsi suppléer en permanence la lumière du jour.

La promenade, d'abord d'une durée de 20 minutes, puis de 40, avait lieu du lundi au vendredi dans une pièce de 9,5 mètres sur 5 dont une des fenêtres était ouverte. Les requérants ne pouvaient quitter un seul instant leur cellule au cours du week-end. Ils n'avaient ni journaux ou revues, ni radio ou télévision. Leurs montres et agendas leur avaient été retirés. Ils étaient privés de tous contacts entre eux ainsi qu'avec d'autres détenus et ne pouvaient pas recevoir la visite de leurs avocats. Ils se trouvaient dans des conditions de secret absolu.

Ces conditions générales ont reçu par la suite des aménagements consécutifs à divers recours et actions des requérants ou à des interventions de médecins.

Les requérants ont été maintenus en « isolement », quoique avec des aménagements progressifs, pendant dix mois et demi.

A cet égard, la Commission rappela que l'exclusion d'un détenu de la collectivité carcérale ne constitue pas en elle-même une forme de traitement inhumain. Dans de nombreux Etats parties à la Convention existent des régimes de plus grande sécurité à l'égard des détenus dangereux. Destinés à prévenir les risques d'évasion, d'agression ou la perturbation de la collectivité des détenus, ces régimes (isolement strict, « removal of association », dispersion dans des unités particulières très restreintes...) ont comme base la mise à l'écart de la communauté pénitentiaire accompagnée d'un renforcement des contrôles.

Elle déclara par ailleurs que l'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total peut aboutir à une destruction de la personnalité et constituer une forme de traitement qui ne saurait se justifier par les exigences de la sécurité ou toute autre raison. Cependant elle établit une distinction entre ce qui précède et l'interdiction de contacts avec d'autres détenus pour des raisons de sécurité, de discipline ou de protection et elle ne considéra pas que cette forme de ségrégation par rapport à la collectivité pénitentiaire constituait un traitement ou une peine inhumains ou dégradants.

Dans l'appréciation d'un cas donné au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances y compris les conditions particulières, la sévérité de la mesure, sa durée, l'objectif poursuivi et ses effets sur la personne concernée.

En ce qui concerne les *conditions particulières*, la Commission releva que les requérants étaient dangereux ; ils avaient fait usage d'armes à feu lors de leur arrestation, il existait des indices qu'ils avaient, dans le passé, participé à des actions terroristes.

Elle souligna, en outre, la situation générale de l'évolution du terrorisme en automne 1977. En effet, les faits qui faisaient l'objet de la requête avaient été précédés d'événements dramatiques notamment la prise d'otage et le détournement d'un avion à Mogadiscio. Dans ce contexte, la Commission rappela le décès de Gundrun Esslin, Andreas Baader et Jan Raspe. Les circonstances de ce décès avaient fait l'objet de vives controverses et même des allégations avaient été formulées selon lesquelles ces détenus avaient été assassinés.

Il s'ensuit que l'attitude des autorités suisses, en particulier leur souci de surveiller avec une intensité extrême les requérants, devait être analysée comme visant également la protection de la vie et de l'intégrité physique de ces derniers.

Les requérants avaient tout particulièrement mis en avant l'allégation portant sur un prétendu isolement sensoriel doublé d'un isolement acoustique, combiné à un isolement social. Il est vrai que l'étage de la prison dans lequel ont été internés les requérants était vide au moment de leur mise en détention. Les cellules situées au-dessus et en-dessous des leurs avaient été évacuées. Toutefois, dit la Commission, on ne saurait parler, comme l'ont fait les requérants « d'aile morte » de la prison qui les aurait maintenus dans un état d'isolation sonore complète. Elle releva en outre qu'à aucun moment les requérants ne s'étaient trouvés dans des cellules isolées phoniquement. Les cellules qu'ils occupaient

n'étaient pas pourvues d'une isolation sonore spéciale, et correspondaient en tous points aux autres, à l'exception de la fenêtre des cellules des requérants, dont le verre était dépoli.

Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et, en particulier, aux aménagements progressifs des modalités de la détention consentis par les autorités, et vu le comportement des intéressés eux-mêmes refusant certaines possibilités de contact, la Commission en conclut que les requérants n'avaient pas été soumis à un ensemble de souffrances physiques ou morales destinées à les punir, à détruire leur personnalité ou à briser leur résistance, soit à un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

Nous ajouterons qu'à notre avis, les autorités chargées de décider et d'appliquer ce régime, n'avaient pas, *in casu*, respecté les R.M. 10 (a), 20, 37, 39, 40 et 88 à 93.

III

Les droits européens, principes généraux applicables à la « matière » pénale

Séance du 22 mai 1986, tenue au Centre français de droit comparé, sous la présidence de M. Claude Lombois, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale

par Jacques BIANCARELLI*

*Maître des requêtes au Conseil d'Etat
Référéndaire à la Cour de justice des Communautés européennes*

INTRODUCTION

Autant il est évident que les stipulations de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont une incidence très directe sur le droit pénal des Etats parties à la Convention, autant les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal des Etats membres ont été, pendant longtemps, délibérément ignorés ou mal compris.

— En effet, outre que le droit pénal communautaire en est encore à l'état d'ébauches ou de projets, plusieurs raisons militent à l'appui de la thèse selon laquelle le droit communautaire n'aurait que peu d'incidence sur le droit pénal interne.

- En premier lieu, il est fait remarqué que les Communautés n'ont que les compétences d'attribution que leur ont conférées les traités et qu'il s'agit de compétences à caractère économique qui ne recouvrent ni le maintien de l'ordre public ou social ni la sanction des troubles qui lui sont apportés.

- On relève également, en second lieu, que le processus d'élaboration des normes communautaires n'est pas réellement conforme aux traditions démocratiques parlementaires des Etats membres, dès lors qu'en cette matière les compétences sont conférées au Conseil et non au Parlement européen. Or, il est de tradition, dans les ordres juridiques internes, que la matière pénale relève, pour l'essentiel, de la compétence du Parlement.

- Enfin, on allègue de façon classique la « réserve de souveraineté nationale », aux fins de justifier l'exclusion du droit pénal du champ d'application des traités, et notamment de l'article 100 du traité C.E.E. relatif aux directives

* Les opinions émises par l'auteur le sont à titre strictement personnel et ne sauraient en aucun cas engager les juridictions auxquelles il appartient.

d'harmonisation. Il est vrai que le droit pénal touche de près à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public et aux libertés. Il serait donc audacieux, voire inopportun, d'envisager une harmonisation des législations pénales des différents Etats membres qui reposeraient d'ailleurs, le plus souvent, sur des traditions différentes¹.

— Ces considérations théoriques ou politiques semblent confirmées par l'analyse des différentes institutions communautaires.

- C'est ainsi que la Commission des Communautés européennes, par exemple, estimait que le droit pénal « est un sujet qui n'entre pas en tant que tel dans la sphère de compétence de la Communauté mais qui reste du ressort de chaque Etat membre ; à l'heure actuelle, le problème de l'harmonisation du droit pénal des Etats membres, d'une façon générale, n'est pas encore posé » (8^e rapport général sur l'activité des Communautés européennes, mai 1974, p. 87).

- Le Parlement européen admettait lui-même, dans une résolution du 2 février 1977 : qu'« une harmonisation générale du droit pénal des Etats membres de la Communauté européenne constitue une question complexe et délicate et, par conséquent, elle ne saurait être réalisée dans un avenir proche. Mais elle doit rester l'objectif de la Communauté en matière d'infractions au droit communautaire ».

- Le Conseil semble quelque peu empêtré depuis de nombreuses années avec un projet de coopération pénale et avec un projet de traité, qualifié d'« EUROCRIMES », relatif à la protection pénale des intérêts financiers des Communautés et à la poursuite des infractions aux dispositions des traités. Pourtant le problème est d'importance car, en l'absence d'harmonisation des législations pénales, ou d'élaboration d'un véritable droit pénal économique, communautaire, le principe demeure donc selon lequel les Etats membres conservent entière compétence pour édicter les normes d'incrimination et les normes de sanction, aux fins de réprimer les violations de l'ordre juridique communautaire.

Une telle situation n'est pas totalement satisfaisante, dès lors que les normes d'incrimination ou de sanction peuvent varier considérablement d'un Etat membre à l'autre et que pour les mêmes faits, des opérateurs économiques se verront traiter de façon substantiellement différente.

- De même, une lecture rapide de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes pourrait-elle laisser penser que le droit communautaire et le droit pénal interne se situent dans des sphères de compétences qui ne se recoupent pas. Ainsi, dans un arrêt du 2 février 1977, *Amsterdam Bulb* (50/76, Rec., p. 137), la Cour a jugé qu'en l'absence d'une disposition dans la réglementation communautaire prévoyant des sanctions particulières, en cas d'inobservation par des particuliers de ladite réglementation, les Etats membres sont compétents pour choisir les sanctions qui leur semblent appropriées. Dans un arrêt du 11 novembre 1981, *Procédure pénale c/ Casati* (203/80, Rec.,

1. V. sur tous ces points, *Cahiers de droit européen* 1982, p. 398 : « Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers » par M. Raffaello FERNASIER.

p. 2595), elle a jugé qu'en principe la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des Etats membres. Tout récemment une ordonnance de la Cour du 17 octobre 1984, *M. c/ Commission et Conseil* (83 et 84/84), a posé le principe selon lequel les actes des institutions communautaires ne peuvent affecter directement la situation juridique concrète d'un particulier au regard de son droit pénal national.

En outre, en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux, les débuts avaient été bien peu encourageants². Contre divers actes de la C.E.C.A. et de la C.E.E., deux entreprises allemandes des secteurs charbonnier et sidérurgique et des agriculteurs italiens avaient invoqué respectivement, d'une part, la méconnaissance des dispositions de la loi fondamentale allemande garantissant le libre choix de la profession et le droit de propriété et, d'autre part, les principes qui régissent la protection des droits fondamentaux dans les Etats membres. La Cour a écarté cette argumentation en se bornant à relever que « sa mission est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et certainement pas le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des Etats membres ».

— Un revirement notable s'est produit à la fin des années soixante avec les arrêts *Stauder* du 12 novembre 1969 (29/69, Rec., p. 419), *Interhandel* du 17 décembre 1970 (11/70, Rec., p. 1125) et *Nold* du 14 mai 1974 (4/73, Rec., p. 491). L'arrêt *Interhandel* du 17 décembre 1970, précité, a posé les principes essentiels en la matière, en précisant que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté³. A partir de cette décision, la Cour de justice a développé une jurisprudence toujours plus protectrice des droits fondamentaux et faisant fréquemment référence aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

— A partir du début des années 1970, l'on a également pris conscience que la mise en œuvre des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire, à savoir la primauté et l'applicabilité directe, impliquait nécessairement une incidence toujours croissante du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres, même si le droit pénal communautaire, à proprement parler, ne faisait guère de progrès.

Il est apparu notamment que, par le biais des questions préjudicielles et par la voie des recours en manquement, des secteurs entiers de normes nationales

2. Cf. arrêts dans les affaires *Stork* (1/58, Rec. V., p. 42) ; *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr* (38 et 40/59, Rec. VI/2, p. 856) ; *Sgarlata* (40/64, Rec. XI, p. 279).

3. V. à ce sujet COHEN-JONATHAN : « Les droits de l'homme dans les Communautés européennes » dans *Recueil d'Etudes en hommage à Charles Eisenmann*, Paris 1975, p. 399 ; aussi dans *Revue des droits de l'homme*, vol. V, p. 615, p. 635.

V. aussi : Federico MANCINI, « Les droits de l'homme dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *Revue de l'U.J.A.*, 1985.

d'incrimination, souvent très importants, se trouvaient réduits à néant ou fortement affectés du fait de leur incompatibilité avec le droit communautaire.

En effet, le recours préjudiciel en interprétation (article 177 du traité) constitue une voie extrêmement efficace, à l'initiative des juridictions nationales, à l'effet pour ces dernières de pouvoir apprécier la compatibilité d'une législation ou réglementation nationale avec le droit communautaire. C'est d'ailleurs précisément dans le cadre d'un tel recours que la Cour de justice a eu, pour la première fois, à préciser l'incidence du droit communautaire sur le droit pénal : en effet dans son arrêt du 21 mars 1972, *Ministère public italien c/ Sail* (82/71, Rec., p. 119), la Cour a estimé que « si le gouvernement de la République italienne considère les questions (préjudicielles) comme étant irrecevables du fait que les réponses à donner éventuellement par la Cour auraient une incidence sur l'application du droit pénal d'un Etat membre, l'article 177, conçu en termes généraux, ne fait aucune distinction selon le caractère, pénal ou non, de la procédure nationale dans le cadre de laquelle les questions préjudicielles ont été formulées ». La Cour souligne, en effet, que « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets ».

S'agissant de la procédure en manquement, la Cour a précisé en matière pénale les conséquences d'un arrêt en manquement (14 déc. 1982, *Waterkeyn*, 314 à 316/81 et 83/82, Rec., p. 4337) : « Au cas où l'arrêt constate l'incompatibilité avec le traité de certaines dispositions législatives de cet Etat membre, il entraîne, pour les autorités participant à l'exercice du pouvoir législatif, l'obligation de modifier les dispositions en cause de manière à les rendre conformes aux exigences du droit communautaire. Les juridictions de l'Etat concerné ont, de leur côté, l'obligation d'assurer le respect de l'arrêt dans l'exercice de leur mission... Les juridictions de cet Etat sont tenues, en vertu de l'article 171, de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour ».

Ainsi, une condamnation pénale prononcée sur le fondement d'un texte national d'incrimination contraire au droit communautaire serait également incompatible avec ce dernier (16 déc. 1981, *Tymen*, 263/80, Rec., p. 3079; 10 févr. 1982, *Bout*, 21/81, Rec., p. 381).

• La dernière étape se situe au milieu des années 1970 avec les arrêts *Van Duyn*, *Rutili*, *Royer*, *Watson-Belmann* : sous l'effet du développement considérable du principe général de proportionnalité, ce sont les normes internes de sanction qui vont se trouver affectées par le droit communautaire, qu'il s'agisse des réglementations internes adoptées pour sanctionner une violation du droit communautaire, ou des réglementations internes répressives en matière économique ou de libre-circulation des personnes, chaque jour davantage appréhendées par l'ordre juridique communautaire. C'est ainsi que l'arrêt *Casati*, précité, énonce que : « Egalement dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale, le droit communautaire pose des limites en ce qui concerne les mesures de contrôle que ce droit permet aux Etats membres de maintenir dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des personnes. Les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire ; les modalités de contrôle ne doivent pas être conçues

de manière à restreindre la liberté voulue par le traité et il ne faut pas y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à cette liberté ».

Il apparaît ainsi que le droit communautaire, qui pénètre chaque jour davantage les ordres juridiques internes des Etats membres, ne saurait, compte tenu des principes de base qui constituent le fondement même de la construction communautaire, laisser le droit pénal interne en dehors de son champ d'application.

Certains se sont émus de cette situation de fait et ont parlé d'un véritable « impérialisme du droit communautaire » ou d'un envahissement du droit pénal.

Entre les deux positions extrêmes qui consistent soit à nier tout rapport entre le droit communautaire et le droit pénal interne, soit à déplorer une absorption du second par le premier, il existe certainement une position médiane qui consiste à examiner, sans aucun esprit partisan, dans quelle mesure les principes essentiels des traités instituant la Communauté économique européenne ne devraient pas nécessairement conduire la Cour de justice à élaborer une jurisprudence ayant une incidence directe ou indirecte sur le droit pénal des Etats membres, essentiellement en ayant recours aux principes généraux du droit et aux droits fondamentaux.

D'ailleurs, il convient de remarquer que, pour l'essentiel, le droit communautaire répressif applique les principes fondamentaux du droit pénal communs aux Etats membres.

Ce sont ces principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale⁴ qu'il convient de recenser, sans prétendre à l'exhaustivité, en examinant successivement les principes généraux :

- applicables à la procédure pénale ;
- relatifs à la matérialité de l'infraction ;
- ayant trait à la sanction de l'infraction.

I

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET LA PROCÉDURE PÉNALE

1. *Le principe du respect des droits de la défense.*

L'affirmation de ce principe a trouvé un terrain d'élection dans le droit communautaire de la concurrence (v. l'arrêt du 13 juill. 1966, 56-58/64, *Grunding*,

4. La notion de « matière pénale » est ici comprise au sens large et recouvre ce qu'il est convenu d'appeler le « droit administratif pénal », les régimes de sanctions extrapénales, les mesures de défense sociale et le droit disciplinaire.

Rec., p. 491 ; l'arrêt du 15 juill. 1970, 41/69, *Chemiefarma*, Rec., p. 686 ; l'arrêt du 21 févr. 1973, 6/72, *Continental Can*, Rec., p. 215...).

Dans deux arrêts du 7 juin 1983 (100 à 103/80, *Pioneer c/ Commission*, Rec., p. 1825) et du 9 novembre 1983 (322/81, *Michelin c/ Commission*, Rec., p. 3461), la Cour a jugé que « le respect du droit de la défense constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé par la Commission dans ses procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions en application des règles de concurrence du traité. Ce respect exige, entre autres, que l'entreprise intéressée ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction ».

Tout récemment, la Cour de justice a rappelé à deux reprises l'importance qu'elle attache au respect de ce principe.

a) Elle en a fait application dans le contentieux lié à l'institution d'un régime des quotas de production dans le domaine de l'acier. C'est ainsi que l'arrêt du 12 novembre 1985, dans l'affaire 183/83 *Krupp Stahl c/ Commission*, la Cour a rappelé que l'article 36, § 1, du traité C.E.C.A., dispose, qu'avant de prendre une sanction pécuniaire ou de fixer une des astreintes prévues au traité, la Commission doit mettre l'intéressé en mesure de présenter ses observations. La portée de ce principe connaît cependant certaines limites.

En effet, ainsi qu'elle l'avait déjà jugé dans cette même matière, par son arrêt du 16 mai 1984 *Eisen und Metal*, 9/83, « la garantie des droits de la défense est assurée par cet article en donnant à l'intéressé la possibilité de présenter ses moyens. On ne peut toutefois pas exiger que la Commission réponde à ces moyens lorsqu'elle estime que l'instruction de l'affaire a été suffisante. Cela risquerait, en effet, de trop alourdir et prolonger la procédure en constatation d'une infraction ».

b) Le caractère contradictoire de la procédure y compris dans le contentieux disciplinaire (arrêt du 20 juin 1985, dans l'affaire 141/84, *M. De Compte c/ Parlement Européen*, aux conclusions de l'avocat général, *M. Verloren Van Themaat*). M. De Compte avait introduit, contre le Parlement européen, un recours tendant à l'annulation de la sanction disciplinaire qui lui avait été infligée. Parmi les nombreux moyens invoqués, il soutenait que le principe du caractère contradictoire de la procédure et du respect des droits de la défense avait été méconnu du fait que les trois témoins entendus par le conseil de discipline l'avaient été en dehors de sa présence et sans qu'il ait été informé, verbalement ou par écrit, de la date à laquelle il serait procédé à ces auditions.

Sans contredire cette affirmation, le Parlement faisait observer, pour sa part, que le compte rendu des trois auditions avait été enregistré, dactylographié, approuvé par les témoins et transmis au requérant ou à son défenseur. De ce fait, le requérant aurait été en mesure, avant que le conseil de discipline n'ait terminé ses travaux, de prendre connaissance de toutes les auditions et d'exprimer sa position à cet égard.

La Cour a estimé que parmi les principes fondamentaux du droit de la procédure que le conseil de discipline, bien qu'il ne constitue qu'un organe

consultatif, doit respecter, figure le principe du caractère contradictoire de la procédure, rappelé par l'article 6, de l'annexe IX du statut, qui prévoit la possibilité, pour ce conseil, d'ordonner une « enquête contradictoire ». Cette dernière expression doit être interprétée compte tenu de la règle prévalant dans la plupart des ordres juridiques des Etats membres, en ce sens que, lorsque le conseil de discipline décide de procéder à l'audition de témoins, le fonctionnaire incriminé ou son défenseur doit être mis en mesure d'assister à ces auditions et de poser des questions aux témoins.

La possibilité offerte au fonctionnaire de prendre connaissance de la transcription écrite des auditions et de présenter des observations à leur sujet ne suffit pas pour assurer le respect du caractère contradictoire de la procédure. En effet, la Cour a estimé que :

« Le dialogue qui doit pouvoir s'instaurer devant un conseil de discipline entre un témoin et le fonctionnaire incriminé n'a pas la même portée qu'une simple réponse écrite de ce fonctionnaire à un procès-verbal d'audition. En effet, le contre-interrogatoire immédiat du témoin est parfois de nature à mettre en lumière des faits nouveaux et peut aussi amener le témoin à préciser ou à rectifier lui-même une déposition insuffisante ou erronée. Il est donc susceptible de produire, dans l'esprit des membres du conseil de discipline, une impression très différente de celle que laisserait la simple lecture d'un document écrit émanant du fonctionnaire incriminé ».

Il convient de relever que cette application concrète du principe du caractère contradictoire de la procédure constitue, comme la Cour l'a souligné, un principe général commun à la plupart des ordres juridiques des Etats membres. La Cour aurait d'ailleurs pu ajouter qu'il s'agit-là d'un cas visé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose, en son alinéa 3, lettre d), que « tout accusé a droit notamment à... interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ».

On sait, en effet, que la Cour européenne des droits de l'homme a fait une interprétation particulièrement extensive du champ d'application de cette disposition, puisque dans les affaires *Ringensen c/ République d'Autriche*, (16 juill. 1971, série A, n° 14, § 94), *Engel c/ Pays-Bas*, (28 juin 1976, série I, n° 22, § 86 et s.), *Koenig* (28 janv. 1978, série A, vol. 27), et *Le Compte et autres* (23 juin 1981, série A, vol. 43), la Cour européenne des droits de l'homme a étendu le champ d'application de l'article 6 de la convention aux sanctions disciplinaires les plus graves et aux procédures intentées contre des actes administratifs devant des juridictions administratives dans certains contentieux disciplinaires.

Toutefois, une telle interprétation extensive n'est pas sans susciter certaines réticences de la part de plusieurs juridictions des Etats membres (v. not. en ce sens, Conseil d'Etat français, Ass., 11 juill. 1984, *Docteur Subrini, Recueil Lebon*, p. 259). C'est peut-être l'une des raisons qui a conduit la Cour à ne pas faire référence à la convention de sauvegarde, comme elle l'avait fait dans ses arrêts *Rutili* du 28 octobre 1975, (36/75, Rec., p. 1219) et *Kent Kirk* du 10 juillet 1984 (63/83, Rec., p. 2689).

2. La nécessité d'appliquer le principe d'égalité dans l'organisation même de la procédure pénale.

La Cour a rappelé ce principe dans son arrêt du 11 juillet 1985 dans l'affaire 137/84 (*Ministère public c/ Mutsch*, rendu aux conclusions de l'avocat général M. Lenz). Des poursuites pénales ont été engagées en Belgique contre M. Mutsch, ressortissant Luxembourgeois, domicilié dans une commune belge de langue allemande, située dans le ressort du tribunal correctionnel de Verviers. Devant ce tribunal, le prévenu avait demandé à pouvoir bénéficier d'une loi ancienne de 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, en vertu de laquelle lorsque l'inculpé de nationalité belge est domicilié dans une commune de langue allemande située dans le ressort du tribunal correctionnel de Verviers, et en fait la demande, la procédure devant cette juridiction est faite en allemand. Le tribunal a réservé une suite favorable à cette demande et le Ministère public a fait appel de ce jugement au motif que l'inculpé, n'étant pas de nationalité belge, ne pouvait pas bénéficier de cette disposition.

C'est dans ces conditions que la Cour d'appel de Liège, saisie du litige, a posé une question préjudicielle visant à savoir si, en vertu des principes du droit communautaire, tels qu'ils résultent en particulier de l'article 220 du traité C.E.E., le bénéfice d'une législation d'un Etat membre qui a pour objet de favoriser, notamment dans le domaine judiciaire, l'expression linguistique d'un groupe de ressortissants de cet Etat, doit être étendu sans discrimination de nationalité aux ressortissants d'autres Etats membres qui remplissent toutes les conditions posées à l'usage d'une langue déterminée par les membres du groupe de population concerné.

La Cour a entièrement suivi les excellentes conclusions qui lui avaient été présentées par son avocat général et qui montrent bien comment l'article 48 du traité relatif à la libre circulation des travailleurs et les textes pris pour son application ont toujours fait l'objet d'une interprétation particulièrement large (arrêt du 15 oct. 1969, *Ugliolo*, 15/69, Rec., p. 363 ; arrêt du 3 juill. 1974, 9/74, *Casagrande*, Rec., p. 773 ; arrêt du 30 sept. 1975, 32/75, *Cristini*, Rec., p. 1085 ; arrêt du 14 janv. 1982, affaire 65/85 *Reina*, Rec., p. 33...).

C'est ainsi que la Cour a estimé que la faculté d'utiliser sa propre langue dans une procédure devant les juridictions de l'Etat membre de résidence, aux mêmes conditions que les travailleurs nationaux, contribue de manière importante à l'intégration du travailleur migrant et de sa famille dans le milieu du pays d'accueil et donc à la réalisation de l'objectif de la libre circulation des travailleurs. Une telle faculté doit être considérée comme relevant de la notion « d'avantage social » au sens de l'article 7 du règlement 1612/68. Dès lors, la Cour a dit pour droit que « le principe de la libre circulation des travailleurs, tel qu'il résulte de l'article 48 du traité et, en particulier, du règlement n° 1612/68 du Conseil, exige qu'un travailleur ressortissant d'un Etat membre et domicilié dans un autre Etat membre se voit reconnaître le droit de demander qu'une procédure pénale engagée à son égard se déroule dans une langue autre que la langue de procédure normalement utilisée devant la juridiction saisie, si les travailleurs nationaux peuvent, dans les mêmes conditions, bénéficier de ce droit ».

3. *Le principe de la protection du secret professionnel et du secret des affaires.*

Dans une communauté à finalité encore fortement économique et dont l'ordre juridique accorde aux institutions communautaires des pouvoirs d'enquête, de vérification, de contrôle et de sanction, il était nécessaire que les notions de secret d'affaires et de secret professionnel fussent particulièrement sauvegardées et protégées. Tel est l'objet de l'article 214 du traité C.E.E. instituant une obligation de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, de l'article 47, alinéa 2 du traité C.E.C.A., et de l'article 194, § 1^{er}, du traité C.E.E.A. créant une obligation de secret dont le contenu est déterminé, soit par les dispositions internes des Etats membres, soit par des normes établies au niveau communautaire. S'agissant de la sanction venant réprimer une violation de cette obligation, l'article 194 renvoie aux législations nationales applicables en matière de divulgation du secret professionnel.

Nombreuses sont, par ailleurs, les dispositions de droit communautaire dérivé qui ont été prises pour assurer concrètement le respect de ce secret des affaires, notamment le règlement n° 17/62, du 6 février 1962.

La Cour a eu plusieurs fois à connaître des notions de secret d'affaires ou de secret professionnel. Ainsi en est-il des arrêts rendus dans les affaires 41/69 (*Chemiefarma*, Rec. 70, p. 661), 44/69 (*Buchler*, Rec. 70, p. 733), 45/69, (*Boehringer*, Rec. 70, p. 769), 85/76, (*Hoffmann-Laroche*, Rec. 79, p. 461), 209 à 215 et 218/78 (*Van Landewyck*, Rec. 80, p. 3125), 236/81, (*Celanese*, Rec. 82, p. 1183) et, enfin l'arrêt de la Cour rendu le 18 mai 1982 dans l'affaire bien connue dite « protection de la confidentialité, 155/79, (*A.M.S. Europe Ltd*, Rec. 82, p. 1616). Cette dernière affaire posait le problème de la confidentialité que doit revêtir la correspondance entre les avocats et leurs clients. Aussi bien la société requérante que la Commission consultative des barreaux de la Communauté européenne estimaient que le droit au secret des communications entre l'avocat et son client est reconnu en tant que droit fondamental, qu'il est protégé dans tous les Etats membres en vertu d'un principe général commun, bien que la portée de cette protection et les moyens d'y parvenir varient d'un Etat membre à l'autre. Dès lors, ce droit devrait, comme tel, être reconnu et appliqué comme faisant partie du droit communautaire.

La Cour a largement fait droit à ces thèses en déclarant que les articles 11 et 14 du règlement n° 17/62 n'excluent pas la possibilité de reconnaître, sous certaines conditions, le caractère confidentiel de documents professionnels déterminés. « En effet, le droit communautaire issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des Etats membres doit tenir compte des principes et conceptions communs aux droits de ces Etats en ce qui concerne le respect de la confidentialité à l'égard notamment de certaines communications entre les avocats et leurs clients. Cette confidentialité répond, en effet à l'exigence, dont l'importance est reconnue dans l'ensemble des Etats membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser, en toute

liberté à son avocat dont la profession même comporte la tâche de donner de façon indépendante des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin »⁵.

Plus récemment, la Cour de justice a eu à connaître, à trois reprises de la notion de secret professionnel.

a) Par un arrêt du 10 juillet 1985, dans l'affaire 27/84 (*Eisen c/ Commission*, rendu aux conclusions de l'avocat général M. Darmon) elle a eu à statuer sur un recours formé par l'association des entreprises sidérurgiques allemandes qui avait pour objet d'assurer la transparence complète du régime des quotas de production d'acier que la Commission a instauré en 1981 et maintenu depuis lors en vigueur. Selon la requérante, cette transparence devait inclure la publication par la Commission de tous les chiffres concernant les productions et quantités de référence applicables à chacune des entreprises sidérurgiques, les quotas de production et de livraison, ainsi que les adaptations éventuelles de ces quotas attribués à ces mêmes entreprises.

La Commission a déclaré être disposée à rendre publiques les informations demandées, à l'exception toutefois de celles relatives aux adaptations de quotas attribués aux entreprises. Pour ces dernières informations, la Commission considérait, en effet, qu'elle n'avait pas le droit de divulguer des données chiffrées relatives aux entreprises individuelles de petite ou moyenne taille, car il s'agirait d'informations, qui par leur nature, sont couvertes par le secret d'affaire. Leur divulgation, sans l'accord de l'entreprise concernée, serait dès lors susceptible de l'exposer à des actions en dommages et intérêts.

La Cour a relevé, en premier lieu, que la divulgation des informations pertinentes aux entreprises doit permettre d'assurer aussi bien l'égalité d'accès aux sources de production de tous les utilisateurs du marché commun, placés dans des conditions comparables, que la lutte contre les pratiques discriminatoires. Elle a également relevé que cette égalité d'accès doit être assurée et les pratiques discriminatoires évitées par la divulgation des informations pertinentes aux entreprises. Il existe ainsi « un lien de finalité » entre le principe de la publicité et celui de la non-discrimination.

Toutefois, la Cour a estimé, en second lieu, que la Commission est obligée de publier les données susceptibles d'être utiles aux entreprises et si les informations que la Commission a recueillies auprès des entreprises relèvent de cette même obligation de publication, le traité C.E.C.A. prend soin d'assurer, dans son article 47, le respect du secret des affaires qui constitue la protection des intérêts légitimes des entreprises et la contrepartie de l'obligation de livrer des informations à la Commission.

Elle en a déduit « qu'il est nécessaire de mettre en balance les exigences de l'indispensable transparence du marché commun des produits sidérurgiques avec celles de la protection du secret des affaires des entreprises individuelles ; la

5. (Pour une analyse de cet arrêt en doctrine, v. not. *Gazette du Palais*, 1982, n° 4, Doctrine, p. 437, par M. DAMIEN ; la *Vie judiciaire*, 1982, n° 189, p. 10, par Mme CRUT ; *Recueil Dalloz-Sirey* 1982, n° 38, Chron., p. 267 et suivantes, par Mme DELMAS-MARTY ; *Cahiers de droit européen*, 1982, n° 4, p. 391 et suivantes par M. GOFFIN ; *Journal des Tribunaux*, 1983, n° 5236, p. 44, par M. LAMBERT).

recherche d'un tel équilibre ne peut être effectuée que par un examen concret de la situation individuelle des entreprises concernées ».

Ainsi la Commission n'est pas, en principe, en droit de refuser aux entreprises intéressées, la communication des adaptations de quotas accordées à d'autres entreprises, au seul motif qu'une telle communication constituerait, par définition, une violation du secret des affaires. Mais, une limite existe à cette obligation de communication pour les adaptations de quotas qui ne peuvent être octroyées qu'en cas de « difficultés exceptionnelles » de l'entreprise en cause. En effet, la Cour a relevé qu'au vu de la pratique de la Commission, qui n'accorde ces adaptations que dans les seuls cas où ces difficultés exceptionnelles sont d'ordre financier, la publication de l'identité de l'entreprise, de l'adaptation du quota dont elle bénéficie et de la base juridique de cette adaptation, pourrait être de nature à affecter gravement le fonctionnement ou même l'avenir de l'entreprise. C'est donc une annulation partielle de la décision de la Commission qu'a prononcée la Cour dans cette affaire.

b) La Cour de justice a eu une seconde fois à se prononcer sur la portée du secret professionnel, mais dans un cadre totalement différent.

Il s'agit de l'obligation de secret professionnel qui pèse sur les agents des autorités nationales compétentes en matière d'agrément et de surveillance des établissements de crédit.

Dans son arrêt du 11 décembre 1985 (110/84, Commune de Hillegom et M. Hillenius, aux conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn), la Cour a eu en effet à interpréter les dispositions de l'article 12 de la première directive du Conseil, du 12 décembre 1977 (77/780/C.E.E.) visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et notamment, à l'élimination de tout traitement discriminatoire en matière d'établissement et de prestations de services. Son article 12, § 1^{er} précise que : « les Etats membres prévoient que toutes les personnes exerçant ou ayant exercé une activité auprès des autorités compétentes sont tenues au secret professionnel. Ce secret implique que les informations confidentielles qu'elles reçoivent à titre professionnel ne peuvent être divulguées à quelque personne ou autorité que ce soit, qu'en vertu de dispositions législatives ».

La Cour a tout d'abord reconnu que le fonctionnement du contrôle bancaire, fondé sur une surveillance à l'intérieur d'un Etat membre et sur l'échange d'informations entre les autorités compétentes, nécessite effectivement la protection du secret professionnel. En effet, l'absence d'un tel secret serait de nature à compromettre l'échange obligatoire des informations entre autorités compétentes car, dans un tel cas, l'autorité d'un Etat membre ne pourrait pas être sûre que les informations confidentielles qu'elle a confiées à une autorité d'un autre Etat membre conserveront ce caractère confidentiel.

Elle a donc estimé que l'obligation de garder le secret professionnel vise les dépositions faites en qualité de témoin aussi bien dans le cadre d'une procédure civile, que dans le cadre d'une procédure pénale.

En outre, la Cour a relevé que la référence globale aux dispositions législatives de chaque Etat membre démontre que, dans cette première étape d'harmonisation réalisée par la directive, qui n'a pour but que d'éliminer les différences les plus gênantes entre les législations nationales, « les réglementations préexistantes ou subséquentes des Etats membres peuvent faire exception à l'obligation de garder le secret professionnel ». Toutefois, la Cour a jugé utile d'ajouter que s'agissant du « conflit qui peut surgir, entre d'une part l'intérêt de la recherche de la vérité indispensable à l'administration de la justice et, d'autre part, l'intérêt consistant dans le maintien de la confidentialité de certains renseignements, il appartient au juge de trouver l'équilibre entre ces intérêts, si le législateur national n'a pas résolu ce conflit par des dispositions législatives spécifiques. Partant, dans un cas comme celui de l'espèce, où selon l'interprétation donnée par la juridiction nationale, la réglementation nationale revêt un caractère général, il appartient à la juridiction nationale de mettre en balance lesdits intérêts avant de décider si un témoin ayant reçu des informations confidentielles peut ou non invoquer le secret auquel il est tenu ».

On voit donc bien que dans toutes les affaires qui mettent en cause la protection du secret professionnel, du secret des affaires et de la confidentialité de certains documents, la Cour estime toujours qu'elle se trouve confrontée entre deux intérêts légitimes et contradictoires : d'une part, l'intérêt de la recherche de la vérité et de la transparence, indispensable à l'administration communautaire, à l'administration de la justice et au respect du principe de non-discrimination et, d'autre part, l'intérêt légitime qui s'attache au maintien de la confidentialité de certains renseignements.

Chaque fois qu'elle le peut, la Cour assure elle-même la conciliation délicate entre ces intérêts ; lorsqu'elle est saisie, à titre préjudiciel, dans une hypothèse comme celle qui vient d'être décrite, elle estime qu'il appartient au juge national de procéder à une telle conciliation, tout en lui indiquant certains critères ou éléments d'interprétation qui résultent du droit communautaire et des principes fondamentaux.

c) Enfin, la Cour, dans son arrêt du 7 novembre 1985 (*Stanley Georges Adams c/ Commission*, 145/83, rendu aux conclusions de l'avocat général M. Mancini), a eu à connaître une troisième fois du problème du respect de la protection de la confidentialité dans une affaire particulièrement délicate.

Cet arrêt pose le problème de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes en raison de la méconnaissance par les agents de la Commission du principe de la protection du caractère confidentiel des informations reçues de la part d'une personne privée qui dénonce à la Commission des pratiques anti-concurrentielles de certaines entreprises. En l'espèce, le manquement à ce devoir a eu des répercussions graves sur la vie personnelle de M. Adams et la Cour a estimé que la responsabilité des Communautés européennes était engagée à son égard.

4. *Le principe de l'exigence d'une motivation appropriée.*

Ce sont les articles 15 du traité C.E.C.A. et 190 du traité C.E.E. qui imposent aux institutions communautaires une obligation générale de motiver leurs actes.

- Cinq raisons essentielles expliquent ce principe du droit communautaire :
- obliger le Conseil et la Commission à vérifier les bases de leur action ;
 - garantir la protection juridictionnelle de ceux qui y sont soumis en permettant aux parties de vérifier la réalité des faits invoqués et les conséquences juridiques qui y sont attachées ;
 - permettre à la Cour de justice des Communautés européennes d'exercer son contrôle de légalité ;
 - mettre les Etats membres, le Parlement européen et l'opinion publique en mesure de contrôler la manière dont les « organes dynamiques » s'acquittent de leur tâche ;
 - enfin, les motifs peuvent aussi fournir un moyen d'interprétation de l'acte.

En ce sens, l'arrêt du 4 juillet 1963, *République fédérale d'Allemagne c/ Commission*, affaire dite de l'eau-de-vie, 26/62, Rec., p. 143 : « Attendu qu'en imposant à la Commission l'obligation de motiver ses décisions, l'article 190 ne répond pas seulement à un souci formel, mais vise à donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits, à la Cour d'exercer son contrôle et aux Etats membres, comme à tout ressortissant intéressé, de connaître les conditions dans lesquelles la Commission a fait application du traité ».

— La Cour sanctionne fréquemment un manquement à cette obligation qu'elle soulève d'office (arrêt 18/57, *Nold c/ Haute Autorité C.E.C.A.*, Rec., 1959 p. 88).

— C'est l'arrêt *Chemiefarma* (du 15 juillet 1970, 41/69, Rec., p. 692), qui est venu préciser la portée de l'obligation de motivation en matière quasi pénale : « en ce qui concerne plus particulièrement les décisions infligeant une amende, la motivation doit être jugée suffisante dès lors qu'elle fait apparaître de façon claire et cohérente les considérations de fait et de droit sur lesquelles s'appuie la condamnation des intéressés, de manière à permettre tant à ceux-ci qu'à la Cour de connaître les éléments essentiels du raisonnement de la Commission ».

— Enfin, il existe un principe de modulation de la motivation des actes communautaires rappelé par deux décisions récentes :

• L'arrêt *Remia c/ Commission* du 11 juillet 1985 (42/84) est venu préciser qu'en matière de décisions individuelles, si l'article 190 du traité impose à la Commission, lorsqu'elle prend une décision dans le cadre de l'application des règles de la concurrence, de mentionner les éléments de fait dont dépend la justification de la décision et les considérations juridiques qui l'ont amenée à la prendre, cette disposition n'exige pas que la Commission discute tous les points de fait et de droit qui auraient été traités au cours de la procédure administrative. La motivation d'une décision faisant grief doit permettre à la Cour d'exercer son contrôle de légalité et fournir à l'intéressé les indications nécessaires pour savoir si la décision est bien fondée.

• Par contre, l'arrêt du 3 juillet 1985, *Abrias et autres c/ Commission* (3/83) est venu préciser que la portée de l'obligation de motiver dépend de la nature de l'acte en cause. Lorsqu'il s'agit d'un règlement ou d'un acte d'application

générale, la motivation peut se borner à indiquer, d'une part, la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption et d'autre part, les objectifs généraux qu'il se propose d'atteindre. Il existe ainsi une modulation de l'obligation de motivation selon que les institutions communautaires édictent des décisions individuelles ou des règlements de portée générale.

II

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET LA MATÉRIALITÉ DE L'INFRACTION

1. *Le principe nullum crimen nulla poena sine lege* : il a été affirmé par l'arrêt du 25 septembre 1984, *société Könecke et Office fédéral de régulation des marchés agricoles* (affaire 117/83).

a) *Les faits de cette espèce sont simples.*

La société *Könecke* s'était engagée, vis-à-vis de l'organisme d'intervention compétent en République fédérale d'Allemagne, à stocker pendant quatre mois de la viande bovine originaire de la Communauté. En réalité, cette société avait stocké de la viande congelée de bovins qui avait été importée dans la Communauté en provenance de la République populaire de Chine. Toutefois, le non-respect des stipulations du contrat de stockage n'est pas apparu immédiatement et, à l'expiration de la période de stockage, la société a obtenue la libération des cautions qu'elle avait constituées, conformément à la réglementation communautaire, sous la forme d'une garantie bancaire. Ultérieurement, le service de répression des fraudes douanières a constaté la fraude. Les associés et employés responsables de la société *Könecke* ont été condamnés à des peines privatives de liberté et à des amendes. Pour sa part, l'organisme d'intervention a retiré ses décisions portant fixation des aides et libération des cautions. Il a ainsi réclamé la restitution des aides et a déclaré, en outre, les cautions acquises.

La société *Könecke* a formé recours devant le *Verwaltungsgericht* de Francfort-sur-le-Main contre les décisions déclarant les cautions acquises, au motif que la réglementation communautaire ne contenait aucune base d'habilitation permettant le retrait de décisions portant libération de cautions. C'est ainsi que cette juridiction a adressé à la Cour de justice un certain nombre de questions préjudicielles, visant notamment à déterminer si le droit communautaire fournit une base légale suffisante, soit pour retirer une décision libérant une caution, soit pour exiger le paiement d'un montant équivalant à celui de la caution libérée à tort.

b) *Quelle est la nature juridique du régime de cautionnement ?*

Il convient de rappeler, liminairement, que, comme la Cour l'a jugé dans son arrêt du 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft* précité, le régime

de cautionnement institué dans le domaine des importations et des exportations des produits agricoles est destiné à garantir la réalité des importations et exportations pour lesquelles des certificats sont demandés et à éviter tout détournement de trafic. La Cour avait ajouté que l'engagement des opérateurs économiques resterait sans efficacité si son observation n'était pas assurée par des moyens appropriés et, qu'à cet égard, le régime de cautionnement était plus approprié qu'un système d'amendes infligées *a posteriori*. Enfin, toujours dans cet arrêt, la Cour avait jugé que le régime de cautionnement ne saurait être assimilé à une sanction pénale puisqu'il ne constitue que la garantie d'exécution d'un engagement assumé volontairement. Toutefois, il est bien clair, que même s'il ne s'agit pas, *stricto sensu*, d'une sanction pénale, il s'agit à tout le moins d'une quasi-sanction se rattachant au droit répressif économique qui d'ailleurs, concrètement, peut se traduire par la perte de sommes considérables.

c) Dans l'arrêt *Könecke*, la Cour a observé qu'il n'est pas possible d'exiger la reconstitution d'une garantie lorsque le risque pour lequel cette garantie a été constituée s'est déjà réalisé. Dès lors, la caution ne peut pas être récupérée si elle a été libérée à tort après la période de stockage. Il convenait alors de rechercher si, comme la Commission l'avait soutenu, le régime de cautionnement comporte effectivement une obligation de payer une pénalité de caractère contractuel ou administratif, obligation qui serait distincte de l'exigence d'une garantie et qui subsisterait, même après la libération de la caution. C'est à ce stade du raisonnement que l'arrêt dispose : « A cet égard, il y a lieu de souligner qu'une sanction, même de caractère non pénal ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale, claire et non ambiguë ».

Or, l'examen de la réglementation communautaire litigieuse faisait ressortir qu'elle ne comportait aucune disposition expresse visant les hypothèses de libération à tort de cautions. Par suite, une obligation de paiement ne pourrait plus servir à garantir la réalité de l'opération mais constituerait uniquement une sanction de la non-exécution de l'engagement assumé.

Dès lors, la Cour a estimé que même si l'absence d'une telle sanction dans la réglementation communautaire constitue effectivement une lacune, puisque celui qui obtient la libération de la caution par de fausses déclarations évite la perte de cette caution et qu'il peut donc y avoir rupture d'égalité entre les opérateurs économiques, une telle circonstance ne saurait suffire, à elle seule, « à créer une base claire et non ambiguë pour l'imposition d'une sanction ».

Il est donc clair que ce qui a été jugé pour une sanction qui n'est pas véritablement de caractère pénal le serait *a fortiori* pour une véritable sanction pénale : il ne s'agit là que de la traduction du principe général commun à l'ensemble des Etats membres, *nullum crimen nulla poena sine lege*. D'ailleurs, d'une façon générale, la Cour juge que le principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation imposant des charges aux contribuables soit claire et précise afin qu'il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence (arrêt du 9 juillet 1981, *Gondrand*, 169/80, Rec. p. 1931).

2. *Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale.*

Il a été réaffirmé dans l'ordre juridique communautaire par un arrêt du 10 juillet 1984, *Regina contre Kent Kirk* (affaire 63/83).

M. Kirk, qui est tout à la fois capitaine d'un bateau de pêche danois et parlementaire européen, a entrepris le 6 janvier 1983, et la date est importante, d'aller pêcher à l'intérieur de la zone côtière britannique définie à 12 milles. Or, à cette date du 6 janvier 1983, le Royaume-Uni, par le *See Fish Order* de 1982, faisait interdiction aux bateaux de pêche immatriculés au Danemark de pêcher dans toute partie de la zone de pêche britannique située à l'intérieur de la limite des 12 milles. Le bateau de M. Kirk a immédiatement été arraisonné par un navire de la Royal Navy ; M. Kirk a été interpellé le jour même et traduit devant la *Magistrates Court* du North Shield, qui l'a condamné, dès le 7 janvier 1983, à une amende pénale de 30 000 £. Devant la *Crown Court* de Newcastle-upon-Tyne, auprès de laquelle il avait interjeté appel, M. Kirk a fait valoir que le Royaume-Uni n'était pas habilité à mettre en œuvre le *See Fish Order* de 1982, et partant, que l'infraction qui lui était reprochée manquait de base légale. C'est dans ces conditions, que la juridiction britannique a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle, aux fins de déterminer si compte tenu de l'ensemble des dispositions pertinentes du droit communautaire, le Royaume-Uni avait le droit, après le 31 décembre 1982, de mettre en œuvre un arrêté sur la pêche maritime portant interdiction de pêcher aux seuls navires immatriculés au Danemark.

Le contexte juridique dans lequel se situait le litige était assez complexe et peut être résumé comme suit :

L'article 100 de l'acte d'adhésion du Royaume-Uni avait établi une dérogation au principe de non-discrimination pour une période allant jusqu'au 31 décembre 1982 ; de sorte que les Etats membres pouvaient limiter l'exercice de la pêche par les nationaux des autres Etats membres, dans les eaux relevant de leur souveraineté ou de leur juridiction. Selon l'article 103 du même acte d'adhésion, le Conseil devait examiner, avant le 31 décembre 1982, sur proposition de la Commission, le nouveau régime qui devrait suivre celui des dérogations en vigueur jusqu'au 31 décembre 1982. Or, le Conseil des Ministres de la Communauté n'ayant pas réussi à s'accorder sur les dispositions nouvelles proposées par la Commission, cette dernière, par décision du 5 janvier 1983, a approuvé à titre provisoire, jusqu'au 26 janvier 1983, et sous réserve d'un examen ultérieur, l'arrêté sur la pêche britannique qui lui avait été communiqué pour information.

Finalement, ce n'est que le 25 janvier 1983 que le Conseil a réussi à adopter un règlement (n° 170/83) instituant un régime communautaire de conservation et de gestion des ressources de la pêche (*J.O.*, L. 24, p. 1), qui, en son article 6, § 1, autorise rétroactivement, c'est-à-dire à partir du 1^{er} janvier 1983, le maintien du régime dérogatoire de l'article 100 de l'acte d'adhésion de 1972 pour encore dix ans, validant ainsi en apparence la mesure britannique.

Comme on le voit, les faits litigieux en l'espèce se situent exactement dans la période comprise entre le 1^{er} et le 25 janvier 1983 et c'est la raison pour laquelle les dates ont une importance essentielle.

La Cour a constaté, en premier lieu, que les mesures dérogoires à un principe fondamental du droit communautaire, comme celui de la non-discrimination, sont nécessairement de portée limitée, surtout en matière pénale et, qu'en l'espèce, elles étaient limitées à la période de transition expirant le 31 décembre 1982.

Toutefois, la Commission soutenait également que les Etats membres avaient été habilités à adopter des mesures tel que le *See Fish Order* par l'article 6, § 1, du règlement du 25 janvier 1983, dans la mesure où ce règlement autorisait rétroactivement, à partir du 1^{er} janvier 1983, le maintien du régime dérogoire de l'article 100 de l'acte d'adhésion. C'est la réponse à cette argumentation qui est particulièrement intéressante au regard du droit pénal.

En effet, la Cour a rejeté cette thèse de la Commission par les motifs suivants : « il suffit de relever qu'une telle rétroactivité ne peut en tout cas avoir pour effet de justifier *a posteriori* des mesures nationales ayant un caractère pénal et imposant des sanctions pour une action qui, en réalité, n'était pas punissable au moment où elle a été commise. Tel serait le cas si, au moment de l'action donnant lieu à la sanction pénale, la mesure nationale était invalide en raison de son incompatibilité avec le droit communautaire. En effet, le principe de la non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des Etats membres, consacré par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme un principe fondamental qui fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. Il s'ensuit que la rétroactivité, prévue dans la disposition de l'article 6, § 1, du règlement 170/83 précité, ne saurait être entendue comme justifiant *a posteriori* des mesures nationales qui imposaient des sanctions pénales, à l'époque du comportement incriminé, si ces mesures n'étaient pas valides ».

Ainsi, d'une part, le fondement légal des poursuites disparaissait, et d'autre part, et c'est là l'essentiel, la Cour réaffirmait avec force son attachement aux principes fondamentaux de droit pénal communs aux Etats membres et reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il était tout particulièrement nécessaire que la Cour réaffirmât solennellement la portée du principe de non-rétroactivité en droit pénal, et d'une façon plus générale pour toute norme pouvant conduire à l'infliction d'une sanction. En effet, à l'occasion de la mise en œuvre du régime des quotas d'acier pour les entreprises sidérurgiques européennes, régime pouvant se traduire pour ces dernières par des amendes extrêmement élevées, la Cour avait jugé que « si en règle générale le principe de la sécurité juridique s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voit son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication, il peut en être autrement à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée » (arrêts du 16 févr. 1982, *Metalurgica*

Rumi c/ Commission, affaire 258/80, Rec., p. 487, et *Ferriere Padana c/ Commission*, affaire 276/80, Rec., p. 517).

Or, il convient que le droit communautaire interdise avec la même force aux Etats membres et aux Institutions communautaires d'édicter des textes de portée rétroactive, si ces derniers peuvent conduire à infliger des sanctions à des opérateurs économiques.

3. *Le principe selon lequel nul n'est punissable qu'à raison de son fait personnel.*

C'est à ce principe essentiel en droit pénal interne (qui ne souffre que quelques exceptions bien limitées) que la Cour s'est référée implicitement dans son arrêt du 28 juin 1984, entreprise *Nordbutter et Bayerish Milchversorgung et République fédérale d'Allemagne* (affaires jointes 187 et 190/83, Rec., p. 2553).

Cette affaire se situe une fois encore dans le cadre de la politique agricole commune et concerne également le problème des aides indûment versées. Mais, cette fois, le problème était de savoir si peut être mise en jeu la responsabilité d'un tiers, du fait du comportement illégal ou frauduleux des opérateurs économiques qui ont été les bénéficiaires réels de l'aide en question. Bien sûr, là encore, il ne s'agit pas de droit pénal *stricto sensu* mais d'une sanction de caractère économique qui peut, dans les faits, revêtir une importance considérable. Si bien que dans cette affaire comme dans la précédente, même s'il ne s'agit pas d'une véritable mesure pénale ou d'une amende administrative, la mise en jeu de la responsabilité d'un tiers, du fait du comportement des opérateurs économiques bénéficiaires de l'aide doit, elle aussi, être appréciée au regard des principes de rang supérieur du droit communautaire.

En vue d'assurer la résorption des excédents de lait dans la Communauté, des règlements communautaires ont institué un mécanisme d'aides au lait écrémé destiné à l'alimentation des animaux. Pour éviter tout risque de fraude, il a été décidé que cette aide spéciale serait octroyée aux laiteries et non directement aux éleveurs, et uniquement pour les quantités de lait écrémé couvertes par un engagement pris par l'éleveur.

En outre, toute laiterie sollicitant le bénéfice de l'aide spéciale atteste qu'elle renoncera à l'aide spéciale ou qu'elle la remboursera à l'autorité compétente (c'est-à-dire à l'organisme d'intervention), au cas où il serait constaté que l'éleveur n'aurait pas respecté l'un des engagements par lui souscrits.

Or, à la suite de contrôles opérés par les services compétents dans des exploitations agricoles de la République fédérale d'Allemagne, il est apparu que deux laiteries avaient fait bénéficier de l'aide spéciale plusieurs éleveurs qui n'avaient pas respecté leurs engagements et, par voie de conséquence, la réglementation communautaire. Par suite, il a été exigé des laiteries concernées le remboursement de l'intégralité de l'aide spéciale qu'elles avaient perçue au titre du lait écrémé livré aux éleveurs en cause.

Les laiteries concernées se sont pourvues devant le *Verwaltungsgericht* de Francfort-sur-le-Main et cette juridiction, éprouvant de sérieux doutes sur la validité des règles de responsabilité posées par la réglementation communautaire

en cause, au regard des principes généraux de responsabilité et de proportionnalité, a saisi la Cour à titre préjudiciel sur la question de savoir si la disposition litigieuse de la réglementation communautaire était valide « dans la mesure où la laiterie doit assumer des engagements qui ont été pris par les éleveurs, dont elle n'est pas à même de surveiller le respect ».

Il importe de noter, et c'est essentiel, que la Cour de justice ne s'est pas bornée à relever qu'il s'agissait en l'espèce d'une responsabilité civile et non véritablement pénale des laiteries, ce qui aurait exclu l'application du principe selon lequel nul ne peut être sanctionné qu'à raison de son fait personnel. En effet, il est clair que, dans cette hypothèse, on se trouve une fois de plus en face d'un régime de sanction complexe, qui ne peut être assimilé pleinement ni à une sanction pénale, ni à une simple responsabilité civile, ni à une simple sanction administrative. Ce régime doit donc être apprécié au regard des principes généraux du droit communautaire, et notamment, de la proportionnalité et de la sécurité juridique.

La Cour a jugé, après un examen minutieux des relations contractuelles entre les laiteries et les éleveurs que, les principes généraux du droit de la responsabilité, reconnus par le droit communautaire, et notamment le principe de la proportionnalité et celui de la sécurité juridique ne sont pas méconnus par une réglementation qui rend responsable un opérateur économique du fait du comportement d'autres opérateurs économiques, dès lors que, comme en l'espèce, cette responsabilité est, d'une part, librement consentie, et d'autre part, que l'opérateur économique, potentiellement responsable, a la faculté et la possibilité matérielle de contrôler le comportement des autres opérateurs économiques à raison duquel sa responsabilité pourrait être engagée et de se prémunir contre les conséquences financières de leurs éventuels manquements.

Tout laisse donc penser *a contrario* que, si la Cour avait à statuer dans une matière véritablement pénale ou quasi pénale, comme par exemple les règles communautaires relatives à la concurrence, elle ferait pleinement application du principe selon lequel nul n'est punissable qu'à raison de son fait personnel.

4. *Le principe de proportionnalité.*

Dans son arrêt du 24 septembre 1985 (*Man Sugar*, 181/85, rendu aux conclusions de l'avocat général M. Mancini), la Cour a rappelé avec force l'importance reconnue au principe de proportionnalité en droit communautaire, dans une affaire de « droit administratif pénal ». En effet, cette affaire préjudicielle l'a conduite, une nouvelle fois, à examiner si un régime de caution institué par un règlement communautaire était conforme au principe de proportionnalité.

Dans le cadre de l'organisation commune de marché du sucre, les excédents de sucre peuvent être exportés vers les pays tiers à la condition de faire l'objet d'un certificat d'exportation et en bénéficiant de restitutions qui sont financées au moyen de fonds communautaires. La société Man Sugar, avait présenté avec succès plusieurs offres ou soumissions à l'organisme d'intervention britannique, après avoir constitué la caution exigée sous forme de garantie bancaire.

En application des dispositions communautaires, Man Sugar était alors tenue de demander la délivrance de certificats d'exportation avant l'expiration d'un délai bien précis. Or, l'organisme d'intervention a reçu les télex valant demandes de certificats d'exportation avec un peu moins de deux heures de retard, ce retard étant dû à un malencontreux concours de circonstances, provoqué notamment par l'absence de l'employé compétent.

C'est dans ces conditions que l'organisme d'intervention a pris une décision déclarant que la caution de plus de 1 600 000 livres sterling devait rester acquise (trois fois le bénéfice annuel de la société). En outre, la société ne pouvait plus exporter le sucre.

La *Queen's Bench Division* de la *High Court of Justice* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour une question relative à la validité du règlement communautaire en cause pour savoir notamment s'il n'enfreignait pas le principe de proportionnalité.

La Cour, dans la ligne de sa jurisprudence constante, telle qu'elle résulte des arrêts du 20 février 1979 (*Buitoni*, 122/78, Rec., p. 677) et du 23 février 1983 (*Fromençais c/ Forma*, 66/82, Rec., p. 395), a posé pour principe qu'afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier si les moyens qu'elle met en œuvre sont appropriés et nécessaires pour atteindre le but recherché et si les charges imposées aux opérateurs économiques ne dépassent pas ce qui est indispensable aux résultats recherchés (arrêts *Balkan* de 1973 et *Bela-Muehle* de 1977).

A cet égard, lorsqu'une réglementation communautaire établit une distinction entre une obligation principale, dont l'accomplissement est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, et une obligation secondaire, à caractère essentiellement administratif, elle ne peut, sans méconnaître le principe de proportionnalité, sanctionner aussi sévèrement la méconnaissance de l'obligation secondaire et celle de l'obligation principale.

Or, l'examen des différentes dispositions communautaires relatives à la procédure d'adjudication permanente en vue de l'exportation du sucre faisait ressortir que l'obligation d'exportation pesant sur les opérateurs économiques constituait bien l'obligation principale garantie par la constitution initiale d'une caution. Par contre, l'obligation d'obtenir des certificats d'exportation, si elle présente une certaine utilité administrative pour la Commission, ne saurait avoir la même importance que l'obligation d'exporter et ne constitue qu'une obligation secondaire.

La Cour en a déduit que : « la sanction forfaitaire et automatique de la caution qui frappe une violation nettement moins grave que celle du non-accomplissement de l'obligation principale, que la caution elle-même est destinée à garantir, doit être qualifiée de trop rigoureuse par rapport à la fonction de bonne gestion administrative qui peut être reconnue au système des certificats d'exportation... Si, dans un souci de bonne gestion administrative, la Commission était en droit d'instituer un délai aux fins de présenter les demandes de certificats d'exportation, elle aurait dû frapper le non-respect de ce délai par une sanction sensiblement moins lourde pour les opérateurs économiques que celle prévoyant

la perte totale de la caution et mieux adaptée aux effets pratiques d'une telle omission ».

C'est donc pour une méconnaissance du principe de proportionnalité que la Cour a dit pour droit que la disposition contestée était entachée d'invalidité.

Mais la Cour s'est également attachée à faire respecter le principe de proportionnalité (qui, sous des appellations diverses, constitue d'ailleurs un principe général du droit commun aux ordres juridiques nationaux) par les Etats membres eux-mêmes.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Donckerwolcke*, du 15 décembre 1976 (affaire 41/76, Rec. 76, p. 1921), où la Cour était saisie du problème de la compatibilité avec le droit communautaire de mesures nationales de surveillance commerciale comportant, à la charge de l'importateur, l'obligation d'effectuer certaines formalités sous peine d'encourir des sanctions répressives, la Cour a jugé que : « le fait par l'importateur de ne pas respecter l'obligation de déclarer l'origine première d'une marchandise ne saurait donner lieu à l'application de sanctions disproportionnées, compte tenu du caractère purement administratif de l'infraction. A cet égard, serait certainement incompatible avec les dispositions du traité, puisqu'équivalant à une entrave à la libre-circulation des marchandises, la saisie de la marchandise ou toute sanction pécuniaire fixée en fonction de la valeur de celle-ci. De manière générale, toute mesure administrative ou répressive dépassant le cadre de ce qui est strictement nécessaire à l'Etat membre d'importation, en vue d'obtenir des renseignements raisonnablement complets et exacts sur les mouvements de marchandises relevant de mesures de politique commerciale particulières doit être considéré comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée par le traité ».

On ne soulignera jamais assez l'importance que la Cour attache au respect du principe de proportionnalité, particulièrement en matière de politique agricole commune⁶.

5. Le principe de solidarité.

La Cour a eu à en faire application dans son arrêt du 20 juin 1985, (*Queenborough Rolling Mill c/ Commission*, 64/84, rendu aux conclusions de l'avocat général M. Verloren van Themaat). Une société avait introduit un recours tendant à l'annulation de la décision de la Commission lui infligeant une amende pour dépassement de ses quotas de production d'acier.

Elle faisait notamment valoir que les mesures de crise avaient été prises essentiellement pour être appliquées aux entreprises les plus importantes et non aux petits transformateurs et mono-producteurs. En outre, elle n'aurait pu prévoir le système nouveau et complexe de quotas et elle aurait été contrainte de

6. V. en ce sens « la jurisprudence de la Cour de justice en matière agricole », 1958-1977, par M. Gérard DRUESNE, Cinquième Thème, « Le principe de proportionnalité », dans cette *Revue*, n° 224, p. 84 ; rapport de M. NERI sur « Le principe de proportionnalité en droit communautaire agricole » dans *Les actes séminaires sur la jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine de la politique agricole commune*, Bruxelles, Commission des Communautés Européennes.

produire un fort tonnage en septembre 1981 du fait d'engagements contractés avant la réception de la décision fixant son quota.

La Cour a relevé que l'introduction du système de quotas de production a pour objectif de répartir équitablement, entre toutes les entreprises de la Communauté, les sacrifices inévitables qu'entraîne la crise sidérurgique caractérisée par une réduction de la demande et une détérioration des niveaux de prix. Les conséquences de cette crise frappent toutes les entreprises, quelle que soit leur localisation géographique, leur structure, leur niveau de développement ou le taux d'exploitation de leurs capacités de production. Ces constatations se situent dans la ligne directe des précédents arrêts de la Cour en date du 12 décembre 1983 (*Metalurgiki Halyps*, 31, 138 et 204/82, Rec., p. 4193) du 12 juill. 1984, (*Busseni c/ Commission*, 81/83) et du 18 mars 1980 (*Valsabia*, 154/78, Rec., p. 907).

Puis, confirmant son arrêt du 16 février 1982 (*Ferriere Padana c/ Commission*, 276/80, Rec., p. 517) la Cour a ajouté que « le principe de solidarité ne permet pas à la requérante de se prévaloir des contrats de livraison ferme pour justifier un dépassement de quota. En effet, c'est ce même principe de solidarité qui imposait à la Commission, dès lors qu'elle avait décidé l'instauration d'un système général de quotas de ne pas distinguer entre les entreprises intégrées et les transformateurs et mono-producteurs, et de ne pas garantir à chaque entreprise individuelle un minimum de production en fonction de ses propres critères de rentabilité ou de ses commandes reçues ».

Le principe de solidarité s'applique également aux Etats membres, « il inclut à la fois l'obligation exprimée à l'article 5 du traité C.E.E., selon lequel les Etats membres prennent toutes les mesures propres à assurer l'exécution du traité et s'abstiennent des mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité et l'idée que les Etats membres et les entreprises doivent accepter les sacrifices qui sont la contrepartie des avantages qu'ils retirent de leur adhésion à la Communauté »⁷.

Plusieurs arrêts sont venus rappeler ce devoir de coopération loyale et réciproque, notamment l'arrêt *AETR* du 31 mars 1971, (22/79, Rec. 71, p. 263), l'arrêt *Kramer* du 14 juillet 1976, (3, 4 et 6/76, Rec. 76, p. 1279), l'arrêt *Sea Fisheries*, du 4 octobre 1979 (141/78, Rec. 79, p. 2923) et les arrêts relatifs au siège du Parlement Européen. La Cour y fait particulièrement référence, en période de crise économique, où il s'agit de répartir aussi équitablement que possible les contraintes qui résultent de la crise et qui se traduisent par l'élaboration d'une réglementation communautaire parfois difficile à supporter par certains opérateurs économiques. Ainsi en a-t-il été notamment de la réglementation visant à réduire les excédents de la production laitière (cf. : arrêt du 9 juillet 1985, dans l'affaire 179/84 (*Bozetti et Société Invernizzi*)).

7. Comme le souligne M. Mertens de Wilmars dans un article intitulé « Les effets de la crise économique sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes » (« Les Magistratures économiques et la crise », Centre de Recherche et d'information socio-politique, C.R.I.S.P., sous la direction de M. Alexis Jacquemin et Bernard Remiche).

Le principe de solidarité permet ainsi, dans des circonstances particulières, d'apporter certains tempéraments à l'application trop rigide des principes de non-discrimination et de proportionnalité.

III

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET LA SANCTION DES INFRACTIONS : L'OBLIGATION DE PÉNALISATION APPROPRIÉE

1. *Le principe général d'équité en cas de cumul de sanctions communautaires et nationales* (le cas du droit de la concurrence).

L'article 87 du traité C.E.E. attribue compétence au Conseil, statuant à l'unanimité, pour arrêter tous règlements ou directives utiles en vue de l'application des règles de la concurrence figurant aux articles 85 et 86, aux fins notamment d'assurer le respect des interdictions édictées par l'institution d'amendes et d'astreintes. Il s'agit donc là d'un quasi droit pénal économique. Le règlement 17/62 du Conseil, du 6 février 1962 (*J.O.* 13, p. 204) a été pris à cet effet.

Se trouve dès lors posé le problème des rapports entre le droit européen de la concurrence et les dispositions des ordres juridiques internes des Etats membres en cette matière⁸.

— En premier lieu, la Cour rappelle, dans cette matière comme dans d'autres, la primauté du droit communautaire sur le droit interne : par son arrêt du 3 février 1969, *Walt Wilhelm* (14/68, Rec., p. 1), il a été jugé que : « les conflits entre la règle communautaire et les règles nationales en matière d'ententes doivent être résolus par l'application du principe de la primauté de la règle communautaire ; qu'il résulte de ce qui précède que dans le cas où des décisions nationales à l'égard d'une entente s'avèreraient incompatibles avec une décision adoptée par la Commission, à l'issue de la procédure engagée par elle, les autorités nationales sont tenues d'en respecter les effets ».

— L'autonomie du droit communautaire de la concurrence par rapport au droit national de la concurrence a également été rappelée par un arrêt récent du 28 mars 1985, *C.I.C.C.E.* (298/83). Par suite la Commission n'est pas liée par les appréciations portées par les autorités nationales compétentes en matière de concurrence.

— La Cour admet, mais avec des réserves essentielles, le principe de la double incrimination communautaire et nationale. Elle l'a rappelé dans un arrêt du 10 juillet 1980, *Procureur de la République e.a. c/ Giry et Guerlain* (253/78

8. R. KOVAR, « L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le droit pénal des Etats membres », Colloque du 25 octobre 1979 de l'université de Parme, droit communautaire et droit pénal — « La simple barrière, délit de refus de vente et droit européen de la concurrence par MM. Henri Gurérin et André Decocq, *La semaine juridique* 1983, Doctrine, n° 3108.

et 1 à 3/79, Rec., p. 2327), en confirmant l'arrêt *Walt Wilhem*, précité, et en jugeant que : « le droit communautaire et le droit national, en matière de concurrence, considèrent les pratiques restrictives sous des aspects différents ; alors que les articles 85 et 86 les envisagent en raison des entraves qui peuvent en résulter pour le commerce entre les Etats membres, les législations internes, inspirées par des considérations propres à chacune d'elles, considèrent les pratiques restrictives dans ce seul cadre ; il s'ensuit que les autorités nationales peuvent agir également à l'égard de situations susceptibles de faire l'objet d'une décision de la Commission ... ; toutefois ... une application parallèle du droit national de la concurrence ne saurait être admise que pour autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application uniforme dans tout le Marché commun des règles communautaires en matière d'ententes et du plein effet des actes pris en application de ces règles ... Dès lors, le droit communautaire ne fait pas obstacle à l'application des dispositions nationales interdisant le refus de vente, même lorsque les contrats invoqués pour justifier ce refus ont fait l'objet d'un classement de la part de la Commission ».

— La Cour de justice admet enfin la possibilité de cumul de sanctions mais en l'assortissant, là encore, d'une réserve importante. Dans l'arrêt *Walt Wilhem* précité de 1969, la Cour a jugé que : « la possibilité d'un cumul de sanctions ne serait pas de nature à exclure l'admissibilité de deux procédures parallèles poursuivant des fins distinctes ; ... Si cependant, la possibilité d'une double procédure devait conduire à un cumul de sanctions, une exigence générale d'équité, telle qu'elle a trouvé par ailleurs son expression dans la fin de l'alinéa 2 de l'article 90 du traité C.E.C.A., implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction ; en tout cas, tant qu'un règlement n'est pas intervenu en vertu de l'article 87, paragraphe 2, lettre e), on ne saurait trouver dans les principes généraux du droit communautaire le moyen d'éviter une telle possibilité ... ».

2. *L'obligation de pénalisation appropriée en droit communautaire.*

L'ordre juridique communautaire impose deux obligations apparemment contradictoires :

— les Etats membres, en premier lieu, doivent, conformément à l'article 5, alinéa 2, du traité, modérer les sanctions qui excèdent ce qui est strictement nécessaire à l'exercice efficace de leur souveraineté retenue et qui risquent de mettre en péril la réalisation des buts du traité. L'appréciation des autorités nationales sera effectuée sur la base du principe fondamental de l'ordre juridique communautaire qu'est le principe de proportionnalité dont la Cour définit la mesure.

— les Etats membres doivent, en second lieu et à l'inverse, conformément à l'article 5, alinéa 1, du traité, garantir l'effet utile du droit issu et dérivé de ce traité, et par conséquent adapter sinon l'ordonnancement du contentieux national, du moins les sanctions prévues afin de leur donner une indispensable valeur dissuasive et répressive,

A) *Le principe de proportionnalité et la nécessaire modération des sanctions.*

En premier lieu, il convient d'observer, mais cela relève de l'évidence, que les autorités nationales ne peuvent sanctionner la méconnaissance d'une règle incompatible avec le droit communautaire.

En second lieu, comme la Cour l'a jugé dans l'affaire *Sagulo* de 1977, il faut parvenir à une pénalisation appropriée au caractère et au but des prescriptions communautaires qu'il s'agit de sanctionner.

L'application de ce principe est particulièrement intéressant à examiner dans le cadre de la libre circulation des personnes.

Selon une jurisprudence constante, visant essentiellement les libertés d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires sur le territoire des Etats membres dont ils n'ont pas la nationalité, les sanctions définies par les Etats membres ne peuvent constituer une entrave à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, sauf si l'ordre public national est en cause : « parmi les sanctions rattachées à l'inobservation des formalités requises pour la constatation du droit de séjour d'un travailleur protégé par le droit communautaire, l'expulsion serait certainement incompatible avec les dispositions du traité, étant donné qu'une telle mesure constitue la négation du droit même conféré et garanti par le traité. Quant aux autres sanctions, telles que l'amende et l'emprisonnement, si les autorités nationales peuvent soumettre le non-respect des dispositions relatives aux titres de séjour à des sanctions comparables à celles qui s'appliquent à des infractions nationales de moindre importance, il ne serait cependant pas justifié d'y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à la libre circulation des travailleurs. Tel serait notamment le cas si cette sanction incluait des peines d'emprisonnement » (arrêt du 3 juillet 1980, *Regina c/ Dieck*).

Aux fins de donner au juge national tous les éléments utiles à son appréciation, et en fonction de la précision des questions qui lui étaient posées, la Cour a établi une liste des critères d'évaluation de la proportionnalité entre la sanction envisagée et le respect dû aux termes du traité, et ce essentiellement sur la base de l'interprétation des dispositions des directives en vigueur, relatives aux conditions de déplacement et de séjour des travailleurs des Etats membres à l'intérieur de la Communauté.

a) *1^{er} critère* : La proportionnalité de la sanction doit être appréciée en fonction du trouble qu'elle tend à corriger (art. 3, § 3, de la directive 64/221 — définition de l'ordre public).

Tout en reconnaissant que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre, et d'une époque à l'autre » et que les Etats membres restent pour l'essentiel libres de déterminer en vertu de la réserve inscrite à l'article 48, paragraphe 3, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public, la Cour a déclaré que : « dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs, cette notion doit

être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté ».

C'est ainsi que, donnant une définition communautaire de l'ordre public, la Cour a déclaré : « Le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose en tout cas l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue une infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société » (arrêt *Bouchereau* de 1977).

Dans l'arrêt du 13 mars 1984, *Procédure pénale c/ Prantl*, la Cour n'a pas accepté la tautologie qui lui était suggérée par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et selon laquelle une norme pénale devrait être regardée comme justifiée par la réserve de l'ordre public au seul motif, précisément, qu'elle était assortie de sanctions pénales.

b) *Deuxième critère* : La proportionnalité de la sanction doit être appréciée en fonction de la nature de l'infraction commise.

— L'arrêt du 8 avril 1976, *Royer* (48/75, Rec., p. 497), visait le cas d'un proxénète français qui, poursuivi dans son pays pour divers vols à main armée, sans toutefois avoir été condamné de ce chef, était prévenu d'entrée et de séjour illégaux sur le territoire belge où il avait rejoint son épouse exploitant un café-dancing à Liège. Le prévenu s'est vu signifier un arrêté ministériel d'expulsion pris au motif que « son comportement personnel fait juger sa présence dangereuse pour l'ordre public ».

La cour a jugé que si le droit communautaire n'empêche pas les Etats membres de rattacher à la méconnaissance des prescriptions nationales relatives au contrôle des étrangers toutes sanctions appropriées qui seraient nécessaires en vue d'assurer l'efficacité de ces dispositions (attendu 42), la simple omission des formalités légales relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers ne saurait justifier une décision d'éloignement, un tel comportement ne constituant pas en soi une atteinte à l'ordre ou la sécurité publics.

— Dans l'arrêt du 7 juillet 1976, *Watson-Belmann* (118/75, Rec., p. 1185), la Cour a affirmé que les sanctions rattachées à l'inobservation de l'obligation, pour les ressortissants des autres Etats membres, de se présenter aux autorités de l'Etat d'accueil ne doivent pas être disproportionnées à la gravité de celle-ci et ne peuvent pas inclure l'expulsion.

Il convient d'ailleurs de relever que cette obligation de « pénalisation appropriée » par rapport à la gravité de l'infraction, que la Cour de justice fait peser sur les Etats membres, a également été imposée aux institutions communautaires elles-mêmes par un arrêt du 20 juillet 1985, dans l'affaire *Queen Borough Rolling Mill c/ Commission* (64/84). Dans cette affaire la Cour a jugé que le pouvoir de la Commission, découlant de l'article 58 du traité C.E.C.A. et des décisions prises pour son application, d'infliger des amendes d'un montant de 75 Ecus par tonne en cas de dépassement des quotas, n'est pas régi par un automatisme absolu.

La Commission a, au contraire l'obligation de graduer le montant des amendes en fonction des circonstances de la violation ou de la situation exceptionnelle d'une entreprise justifiant l'application d'un taux autre que « le taux règle de 75 Ecus ». La structure de l'entreprise ou sa faible contribution moyenne par tonne d'acier produite peuvent conduire à diminuer ce taux dans le cas où elles fournissent des éléments de nature à établir l'existence d'une circonstance atténuante de la violation commise ou d'une situation exceptionnelle. En outre, l'amende doit être strictement proportionnée aux chefs d'infraction dont l'exactitude a finalement été reconnue. C'est ainsi que dans un arrêt société *Krupp Stahl*, du 12 novembre 1985 (183/83), la Cour a ramené le montant de l'amende de 3,5 millions de D.M. à 1 million de D.M. pour sanctionner la seule tenue d'une comptabilité secrète.

c) 3^e critère : la proportionnalité de la sanction doit être établie en fonction du comportement individuel de la personne qui en fait l'objet (art. 3, § 1 et 2, de la directive 64/221).

— L'arrêt du 26 février 1975, *Bonsignore* (67/74, Rec., p. 297), concernait un ressortissant italien condamné en République fédérale d'Allemagne à une amende pour infraction à la législation sur les armes et déclaré coupable d'homicide par imprudence. Compte tenu cependant des circonstances particulières de cette affaire, Bonsignore ayant causé la mort de son frère par suite d'une manipulation imprudente de l'arme, aucune sanction ne lui a été infligée de ce chef. Les autorités allemandes ont néanmoins ordonné l'expulsion de l'intéressé sur le fondement de la loi sur les étrangers « compte tenu de l'effet dissuasif que devrait avoir dans le milieu d'immigrés, l'expulsion d'un étranger trouvé en possession illégale d'une arme ».

Interprétant l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 64/221 du Conseil, la Cour a affirmé l'exigence qu'une mesure d'expulsion ne peut viser que des menaces à l'ordre et à la sécurité publics qui pourraient être le fait de l'intéressé. La Cour a déclaré que le droit communautaire fait obstacle à des mesures prises à titre de prévention générale ou à des fins étrangères aux besoins de l'ordre public.

— L'arrêt du 27 octobre 1977, *Bouchereau* (30/77, Rec., p. 1999), visait un ressortissant français, exerçant une activité salariée au Royaume-Uni, où il a été déclaré, à deux reprises, coupable de détention illégale de stupéfiants. A la suite de la seconde infraction, la juridiction compétente a proposé l'expulsion de l'intéressé au Secrétaire d'Etat. La Cour a réaffirmé que les mesures d'ordre public doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet et que, conformément à l'article 3, § 2, de la directive 64/221, la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement les motiver. La Cour fait à cet égard référence à la notion d'ordre public mentionnée ci-dessus.

d) Quatrième critère : L'actualité de l'appréciation du comportement.

En cas de changement dans les circonstances de fait, le danger social représenté par la présence d'un étranger doit être apprécié au moment où la décision

d'éloignement ou d'expulsion est envisagée. C'est le problème bien connu de l'expulsion après un long emprisonnement.

L'arrêt du 22 mai 1980, *Santillo* (131/79, Rec., p. 1585), visait un ressortissant italien qui, déclaré coupable au Royaume-Uni de perversité sexuelle, viol, attentat à la pudeur et de voies de fait ayant entraîné des blessures, avait été condamné en 1974 à un emprisonnement de 8 ans. A l'occasion de ce jugement, la juridiction britannique compétente a, selon la procédure prévue, proposé l'expulsion de l'intéressé au Ministre de l'Intérieur. L'arrêté pris à cet égard en 1978 devait prendre effet à l'issue de la peine. La Cour a déclaré que la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver des mesures d'éloignement, le danger social découlant de la présence d'un étranger devant être apprécié au moment même où la décision d'éloignement doit être prise, dans la mesure où les éléments d'appréciation, notamment en ce qui concerne le comportement de l'intéressé, sont susceptibles d'évoluer au cours du temps.

e) *Cinquième critère enfin* : la proportionnalité de la sanction doit être établie en fonction des sanctions infligées aux nationaux pour des comportements similaires (règles du traitement national et principe de non-discrimination — article 7 du traité, articles 8 et 9 de la directive 68/360).

Le principe de l'assimilation trouve toutefois une limite, selon la Cour, lorsque son application conduirait l'Etat membre à prendre, sur le plan interne, une mesure de police disproportionnée.

— L'arrêt du 28 octobre 1975, *Rutili* (36/75, précité) concernait un ressortissant italien auquel les autorités françaises avaient délivré une carte de séjour assortie d'une interdiction de séjour dans les départements français où l'intéressé exerçait des activités de caractères politique et syndical au cours des années 1967 et 1968, au motif que ces activités étaient alors de nature à troubler l'ordre public.

Après avoir souligné l'obligation pour les Etats membres de s'abstenir de toute mesure qui, utilisée à des fins étrangères à l'ordre public, porterait atteinte à l'exercice de droits syndicaux, la Cour a déclaré que des mesures restrictives du droit de séjour limitées à une partie du territoire national ne peuvent être prononcées, par un Etat membre, à l'égard de ressortissants d'autres Etats membres relevant des dispositions du traité, que dans les cas et conditions dans lesquels de telles mesures peuvent être appliquées aux nationaux de l'Etat en cause (attendu 53).

— C'est à l'occasion de l'affaire *Sagulo et autres* (arrêt du 14 juill. 1977, préc.), que la Cour a été amenée à trancher la question de savoir s'il était compatible avec le droit communautaire, et notamment la règle de non-discrimination de l'article 7 du traité, de soumettre les personnes, bénéficiant des dispositions du droit communautaire, aux sanctions relativement lourdes posées par la législation générale relative à la police des étrangers, alors qu'un ressortissant national n'était passible, pour des infractions comparables, que des peines prévues pour les simples contraventions.

Les faits de cette espèce sont simples : des ressortissants italien et français, résidant en République fédérale d'Allemagne, sans titres d'identité valables, et refusant d'accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'une autorisation de séjour, ont été frappés de sanctions pénales comportant respectivement une amende et la détention pour la durée des formalités requises.

Après avoir, d'une part, constaté qu'« on ne peut pas exclure que les pénalités prévues par une législation générale sur la police des étrangers, compte tenu des finalités d'une telle législation, soient inadaptées aux exigences qui se dégagent du droit communautaire », et d'autre part rappelé le rôle du juge national, la Cour a précisé que les infractions commises dans l'espèce au principal n'étaient pas d'une gravité telle qu'elles justifiaient une entrave à la liberté d'entrée et de séjour prévue par le traité (attendu 12).

— Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt du 18 mai 1982 *Adoui et Cornuaille* (115 et 116/81 préc.) qui concernait deux ressortissantes de nationalité française dont le séjour en Belgique n'avait pas été autorisé aux motifs qu'elles étaient serveuses dans un bar suspect du point de vue des mœurs et que leur comportement était jugé contraire à l'ordre public.

Après avoir constaté que le droit communautaire n'impose pas une échelle uniforme de valeurs servant à l'appréciation des comportements susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, la Cour a invité le juge national à se référer aux mesures répressives qui frappent les comportements identiques adoptés par les nationaux.

B) *Le principe de l'effet utile et l'indispensable valeur dissuasive et répressive des sanctions.*

Nous venons d'évoquer la jurisprudence selon laquelle en l'absence de dispositions prises par l'Etat membre en vue de se conformer aux obligations du traité, il appartient au juge national de parvenir à une pénalisation appropriée au caractère et au but de prescriptions communautaires. Une telle pénalisation appropriée peut être plus sévère que celle envisagée par le juge national, ainsi que le montrent les arrêts du 10 avril 1984, *Von Colson c/ Kamann et dame Harz*, respectivement 14 et 79/83, Rec., p. 1891 et p. 1921.

Les juridictions allemandes du travail de Hamm et de Hambourg ont, en vertu de l'article 177, demandé à la Cour quelles sanctions il convenait d'apporter à la violation des obligations contenues dans la directive (76/207 du Conseil, du 9 févr. 1976), relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail (*J.O.*, L. 39, p. 40), lorsque le droit national pris en exécution de cette directive est assorti de sanctions jugées insuffisantes.

Il importe de noter qu'aux termes de l'article 6 de la directive : « Les Etats membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement, de faire valoir ses droits par voie

juridictionnelle après éventuellement le recours à d'autres instances compétentes ». La directive n'a elle-même édicté aucune norme de sanction.

L'affaire *Colson*, 14/83, vise le refus de l'établissement pénitentiaire de Werl, administré par le Land de Nordrhein-Westfalen, d'engager deux assistantes sociales diplômées, compte tenu des risques liés à l'engagement de femmes par une institution de ce genre, réservée à des prisonniers du sexe masculin.

Dans l'affaire *Hartz*, 79/83, c'est une entreprise privée, *Deutsche Tradax*, qui a refusé d'engager une femme à un poste de gestion dans le secteur du négoce en matières premières agricoles. Selon l'entreprise, ce poste impliquait des contacts avec certains pays du Moyen-Orient et comportait des risques, notamment lors de contrôles effectués à bord de navires provenant d'Extrême-Orient.

Considérant que la discrimination commise lors de la procédure de recrutement était établie, les deux juridictions saisies ont estimé devoir ordonner la réparation du préjudice subi sur la base de la loi allemande prise en application de la directive précitée.

En application de ce texte, la seule sanction d'une discrimination commise lors de l'accès à l'emploi serait la réparation de ce qu'on appelle le « préjudice de confiance », c'est-à-dire le préjudice qu'engendre pour le salarié le fait de croire en toute confiance que ce ne sera pas une différence de traitement prohibée qui fera obstacle à l'établissement du rapport de travail, soit des sommes dérisoires de l'ordre de 5 D.M., représentant le remboursement des frais de déplacement.

Estimant que ces sanctions ne suffisaient pas à imposer le respect de la directive, les juridictions allemandes ont demandé à la Cour si une telle discrimination implique une sanction économiquement sensible, par exemple, une indemnisation fixée jusqu'à 6 mois de salaire dans l'emploi sollicité et/ou l'application de sanctions pénales et autres ?

Ces affaires ont relancé le débat sur la définition de la liberté laissée aux Etats membres quant au choix des formes et des moyens propres à assurer l'exécution des directives dans l'ordre interne.

A cet égard, dans les deux arrêts du 10 avril 1984, la Cour constate que si l'article 189, alinéa 3, réserve aux Etats membres la liberté du choix des voies et moyens destinés à assurer la mise en œuvre de la directive, cette liberté laisse cependant entière l'obligation, pour chacun des Etats destinataires, de prendre dans le cadre de son ordre juridique national toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit.

La Cour a constaté que la directive en cause ne prévoit aucune forme déterminée de sanction. Suivant les conclusions de l'Avocat général Mme Simone Rozès, la Cour observe, toutefois, qu'une égalité de chances effective ne peut être établie en dehors d'un système de sanctions approprié. Une telle conséquence résulte non seulement de la finalité même de la directive mais plus particulièrement de son article 6 qui, en ouvrant un droit de recours juridictionnel aux candidats à un emploi ayant fait l'objet d'une discrimination,

reconnaît en leur chef l'existence de droits pouvant être invoqués en justice. Une application complète de la directive implique, par conséquent, que la sanction soit de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace, soit adéquate par rapport au préjudice subi et ait un effet dissuasif réel à l'égard de l'employeur.

Tirant les conséquences de cette interprétation, la Cour a déclaré qu'une législation nationale limitant le droit à réparation des personnes lésées à une indemnisation purement symbolique, comme par exemple le remboursement des frais occasionnés par leur candidature, n'est pas conforme aux exigences d'une transposition efficace de la directive.

Il s'agissait dont, pour la Cour, de donner aux juridictions nationales des indications sur leur propre démarche à suivre, comme elle l'avait fait dans l'arrêt du 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c/ Simmenthal*⁹, en déclarant que : « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à se demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

Dans cette optique, la Cour a déclaré : « Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l'application de la directive, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire ».

Mais ici se pose un problème pour le juge national, qui se trouve confronté au principe *nullum crimen sine lege*.

Quel a été le résultat de cette jurisprudence ? Un arrêt en considération est intervenu quelques mois après l'arrêt de la Cour. Les juridictions allemandes concernées, ayant découvert dans l'éventail législatif à leur disposition des normes d'incrimination appropriées, ont pu allouer plusieurs milliers de D.M. aux requérants, en réparation du préjudice par eux subi.

Cette jurisprudence vient d'être rappelée par un arrêt du 15 mai 1986 (*Johnston*, 222/84), où la Cour avait encore à connaître d'une affaire relative au principe de non-discrimination fondée sur le sexe : « en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive 76/207 sur l'égalité des sexes, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, paragraphe 3, du traité C.E.E. Il appartient donc à l'*Industrial Tribunal* d'interpréter les dispositions du *Sex Discrimination Order* à la lumière des dispositions de la directive, ainsi qu'elles ont été ci-dessus interprétées, afin de donner à celle-ci sa pleine efficacité ».

9. Affaire 106/77, Rec., p. 629, spéc. attendu 24.

CONCLUSION

Pour conclure, il convient de souligner combien, depuis la fin des années 1970, et certainement sous l'impulsion de la Cour de justice, la notion de principes généraux du droit et de droits de l'homme est toujours davantage à l'ordre du jour dans les Communautés européennes.

• Par une déclaration commune du 5 avril 1977, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont adopté une déclaration solennelle formulée comme suit (*J.O. C.E.*, C-103, p. 1) :

« L'assemblée, le conseil et la commission,

considérant que les traités instituant les Communautés européennes se fondent sur le principe du respect du droit ;

considérant que, ainsi que l'a reconnu la Cour de justice, ce droit comprend, outre les règles des traités et du droit communautaire dérivé, les principes généraux du droit et en particulier les droits fondamentaux, principes et droits sur lesquels se fonde le droit constitutionnel des Etats membres ;

considérant en particulier que tous les Etats membres sont parties contractantes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950,

ont adopté la déclaration suivante :

1. L'assemblée, le Conseil, la Commission soulignent l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des conditions des Etats membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
2. Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits ».

• En outre, dans leur « déclaration sur la démocratie », en date des 7 et 8 avril 1978, les chefs de Gouvernement des Etats membres réunies à Copenhague au sein du Conseil européen ont fait la déclaration suivante :

« Les chefs de Gouvernement confirment leur volonté, exprimée dans la déclaration de Copenhague sur l'identité européenne, d'assurer le respect des valeurs d'ordre juridique, politique et moral auxquelles ils sont attachés et de sauvegarder les principes de la démocratie représentative du règlement de la loi, de la justice sociale et du respect des droits de l'homme.

L'application de ces principes implique un régime politique de démocratie pluraliste qui garantit la représentation des opinions dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs et les procédures nécessaires à la protection des droits de l'homme.

...

Ils déclarent solennellement que le respect et le maintien de la démocratie représentative et des droits de l'homme dans chacun des Etats membres constituent des éléments essentiels de l'appartenance aux Communautés européennes ».

- Le problème s'est alors posé de savoir s'il ne convenait pas d'instituer une « passerelle organique » entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme¹⁰.

- En effet, dès 1953, le projet de traité portant statut de la Communauté européenne prévoyait en son article 3 « les dispositions du titre I de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ainsi que celles du protocole additionnel, sont partie intégrante du présent statut ». Or, il n'existe encore aucune « intégration » formelle sous une forme ou une autre, du droit de la Convention dans le droit des Communautés européennes.

- Toutefois, lorsque quelques années plus tard, après l'échec de ces projets, l'on préparait la création d'une Communauté économique et une Communauté européenne de l'énergie atomique, il ne vint plus à l'idée de personne de reprendre, dans les nouveaux traités, des dispositions du même ordre ; le centre de gravité s'était déplacé du plan politique aux plans économique et technique et, à l'époque, on ne distinguait effectivement plus aucune référence directe à la question des droits fondamentaux. Voilà pourquoi les traités signés à Rome le 25 mars 1957 sont muets sur ce problème.

- Mais par la suite, comme le souligne Monsieur l'avocat général Mancini¹¹, un autre facteur est apparu :

« appelons-le l'apparition d'un déficit démocratique dans la gestion de la Communauté. L'époque où il s'agissait de garantir l'autonomie de Bruxelles était en effet lointaine. L'impuissance de l'assemblée de Strasbourg, le pouvoir croissant des bureaucrates installés au sein du *Coreper*, la sujétion purement théorique des exécutifs au contrôle des parlements nationaux, faisaient que la production législative de la Communauté présentait peu d'analogies avec un processus démocratique représentatif. Face aux risques d'un gouvernement de fonctionnaires, la définition précise d'une *higher law* permettant de contrôler leurs actes, est ainsi devenue la priorité essentielle : même au risque d'éveiller le fantasme d'un gouvernement des juges ... Pour apaiser Karlsruhe et contenir les eurocates, on avait en somme besoin d'un ancrage plus rigide ou, si l'on préfère, plus proche d'un catalogue écrit de droits ».

10. V. en ce sens not. : COHEN-JONATHAN, « La problématique de l'adhésion des C.E. à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Teiben*, p. 81, 1984, Editions Pedone ; Colloque de Louvain sur l'adhésion des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant-Vander, 1981 ; Quatrième conférence des juridictions constitutionnelles européennes ; Vienne 1978, P. PESCATORE, « Etat et portée des droits fondamentaux dans le droit des Communautés européennes » ; Colloque de Venise, 1980, *Les Communautés européennes et les droits de l'homme* ; Rapports du Parlement européen du 11 décembre 1980 (Doc. 4649, p. 418) et du 28 octobre 1982 (Doc. I-547/82) ; « Le rattachement des Communautés européennes à la Convention des droits de l'homme », M. SPERDUTI, R.M.C. 1980, p. 170.

11. Art. préc. à la *Revue de l'U.I.A.*

• C'est à ce stade que s'est développée la jurisprudence de la Cour faisant référence aux droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions des Etats membres et aux « indications » que fournissent les « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré ». D'où l'arrêt *Nold* de 1974 sur le droit de propriété et la liberté d'entreprise, l'arrêt *Rutili* de 1975, l'arrêt *Hauer* de 1979, les arrêts *Testa*, *National Panasonic* et *Landewyck* de 1980, et la jurisprudence précitée, faisant toujours davantage référence à la Convention européenne des droits de l'homme et à ses principes tels que le droit à la dignité humaine, le droit au respect de la vie privée, le droit à un procès équitable, la liberté du commerce et de l'industrie, le respect des traditions religieuses (arrêt *Prais* du 27 oct. 1976).

Une telle jurisprudence était en outre conçue pour apaiser certaines craintes relatives à un prétendu « défaut de légitimité » de la Communauté ou, plus précisément, à une « lacune quant aux droits fondamentaux » en droit communautaire. D'où l'ordonnance très discutée de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle allemande du 29 mai 1974 — dite *Solange-Beschluss* — et fût-ce sous une forme moins nette, la réserve figurant dans l'arrêt 183/73 de la Cour constitutionnelle italienne. Les deux décisions renvoient en effet au caractère incomplet de la protection des droits fondamentaux dans le système juridique de la Communauté et réservent, pour cette raison, à leurs juridictions constitutionnelles nationales, un pouvoir de contrôle éventuel et en dernière instance dans leur ressort national propre.

• En outre, nombreux sont ceux qui depuis 1974, date de la ratification de cet instrument par la France, ont soutenu que la Convention européenne des droits de l'homme lie formellement les Communautés européennes et fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire, compte tenu du fait que tous les Etats membres y sont parties contractantes, de l'article 234 du traité de Rome sur la succession des traités et de l'antériorité de la Convention de Rome par rapport au traité de Rome (v. *Pescatore, Reuter*).

• Toutefois, cette thèse est loin d'être évidente, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice elle-même : l'arrêt *Nold* de 1974 ne parle que « d'indications » fournies par la Convention. Dans l'arrêt *Hauer* de 1979, la Cour s'exprime ainsi : « le droit de propriété est garanti dans l'ordre juridique communautaire conformément aux conceptions communes, aux constitutions des Etats membres, reflétées également par le premier protocole joint à la Convention européenne... ». L'arrêt *De Compte* de 1985 est muet sur ce point, alors qu'il aurait pu censurer une violation directe de la Convention.

C'est dire que, comme le souligne fort justement à notre avis M. Cohen-Jonathan : « en vérité, il nous semble que la Cour des Communautés applique les normes de la Convention davantage en tant que reflet des traditions communes aux Etats membres plutôt que comme une obligation communautaire ».

• C'est certainement la raison pour laquelle le débat a été relancé en 1979 par un memorandum de la Commission envisageant « l'adhésion des Commu-

nautés à la Convention européenne des droits de l'homme» (*Bulletin des Communautés*, supplément 2/79). Si la Cour de justice, le Conseil des ministres ou la plupart des Etats membres, à l'exception de la République fédérale d'Allemagne, ont pour l'instant réservé leur réponse, par contre, le Comité des ministres et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, ainsi que le Comité économique et social des Communautés européennes (le 10 déc. 1980), ont accueilli avec satisfaction une telle initiative. Quant au Parlement européen, il devait adopter à l'unanimité, le 28 octobre 1982, un rapport préconisant l'adhésion des Communautés à la Convention confirmant de manière éclatante la volonté du Parlement européen déjà exprimée le 22 avril 1979.

- Le problème n'est pas purement académique : en effet, du fait de son extension croissante, le droit communautaire traite désormais de questions dont on ne pouvait soupçonner initialement qu'elles entreraient un jour dans son champ d'application : le droit à l'enseignement, la liberté de la presse, la libre circulation des données informatisées, les droits reconnus aux travailleurs migrants, la liberté de conscience ou de religion (arrêt *Van Duyn*), l'unité de la vie familiale (arrêt *Diatta* de 1985), la notion de concubinage (arrêt *Reed* de 1986). Comme le relevait le professeur Teitgen dans son intervention au colloque de Louvain : « La législation communautaire ne menace pas seulement nos droits et nos libertés économiques, elle est susceptible d'atteindre indirectement dans les conditions économiques de leur exercice, la généralité de nos libertés civiles, publiques et même politiques. L'expérience l'a révélé ».

Enfin, il ne faut pas oublier que, comme le soulignait, au colloque de Louvain, M. Ehlermann, directeur général du service juridique de la Commission, « à travers les actes d'exécution nationaux, 95 % de l'activité communautaire sont susceptibles, d'ores et déjà, d'être soumis au contrôle des instances de Strasbourg ». D'où un risque d'interférences entre les deux Cours européennes et même, éventuellement, de conflits de jurisprudence, encore que l'hypothèse soit peu vraisemblable.

- C'est dire qu'au delà des problèmes de technique juridique qu'elle soulève, l'adhésion des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme présenterait certains avantages, outre l'impact politique, psychologique et symbolique qu'elle présenterait.

- D'abord, elle permettrait de déterminer plus clairement et de manière autonome l'engagement de la Communauté. Cette dernière n'aurait pas à tenir compte des réserves exprimées par les Etats membres ni du fait que certains d'entre eux n'ont pas ratifié certains protocoles ;

- Ensuite, la Cour pourrait se fonder de façon plus précise et plus ferme sur les droits garantis par la Convention, sans être tenue de procéder à une recherche souvent difficile des traditions constitutionnelles communes correspondantes des Etats membres.

- En outre, la soumission explicite des Communautés à un texte écrit comme la Convention aurait l'avantage de dissiper auprès de certaines juridictions nationales l'inquiétude provoquée par l'existence d'un système purement jurisprudentiel de protection des droits fondamentaux. D'ores et déjà, l'évolution

récente de la Cour de justice a provoqué un changement relatif à l'attitude de la Cour constitutionnelle allemande.

Enfin, comme le souligne, à juste titre, M. Cohen-Jonathan, cette « subordination normative » des Communautés à la Convention, déjà amorcée d'une certaine manière, ne constituerait naturellement pas un obstacle à ce que la Cour de Luxembourg développe une jurisprudence encore plus complète ou plus exigeante à propos des droits fondamentaux. Mais ce qui est important, politiquement et juridiquement, c'est que la Convention demeure le standard sans doute « minimum » mais « vivant » et commun à l'ensemble de l'Europe.

Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme

par L. E. PETTITI

*Juge à la Cour européenne des droits de l'homme,
Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris,
Président de l'Institut de formation en Droits de l'homme du Barreau de Paris*

Le Traité de Rome n'est pas constitutif d'un droit pénal européen. Ses auteurs avaient pour objectif l'établissement d'une unité économique européenne. Les organes de la Commission et du Conseil ont toujours affirmé l'attachement du droit communautaire aux principes fondamentaux du droit pénal, mais en constatant la souveraineté nationale des Etats membres dans le domaine pénal. La Commission de la concurrence C.E.E. refuse toute qualification l'assimilant à un organe de poursuites pénales. La doctrine est restée divisée, malgré les efforts de la Fédération internationale de droit européen et du Président Legros pour faire reconnaître un droit pénal communautaire à partir des décisions de la Cour de justice des Communautés, ou pour proposer, par une révision des traités, l'établissement d'une Convention pénale communautaire.

Au contraire, la Convention européenne des droits de l'homme ayant pour but de constituer la garantie collective sur le plan européen des principes énoncés dans la Déclaration universelle a inclus dans les droits fondamentaux à garantir ceux qui concernent la protection de la liberté individuelle et le respect des règles du procès équitable. Cette garantie collective et internationale ajoute à la garantie nationale.

On peut dire que les articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde sont dans une certaine mesure un Code pénal et un Code de procédure pénale européens, non pour unifier les droits nationaux, mais pour confronter les textes nationaux et les droits garantis et donc leur compatibilité avec la Convention.

Citons les textes des deux articles :

Article 5 :

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de la détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1-c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

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, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou

dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

Il est plus facile en 1986 d'analyser les principes généraux du droit pénal issus de la Convention en raison du grand nombre de décisions rendues par la Commission et la Cour. Dans les premières années d'application de la Convention, les décisions ont été peu nombreuses. Au cours des cinq dernières années la Cour a rendu la moitié des arrêts intervenus depuis 1953. La ratification de la déclaration article 25 ouvrant le recours individuel après 1980 par l'Espagne puis la France a fait entrer dans le champ du droit comparé les traditions judiciaires pénales de ces deux grands Etats.

La multiplication des décisions a aussi permis d'appliquer tous les articles de la Convention et du Protocole n° 1 et donc d'élargir l'horizon des investigations, alors que pendant les premières années les problèmes posés à la Cour concernaient surtout les internements et les détentions. Les domaines du droit civil, du droit administratif, du droit douanier, des nationalisations ont fait l'objet de décisions. La variété du contenu des requêtes s'est enrichie. En outre la Cour européenne retient souvent des violations par la combinaison de deux articles de la Convention, alors que cette violation n'aurait pu être retenue à partir d'un article pris isolément (ainsi combinaison de 8 et 14 dans l'affaire *Abdulasiz*) (cf. Annexe, tableau des arrêts).

Il est donc possible de dégager les principes généraux de droit pénal tels que décrits dans la jurisprudence de la Convention.

Au préalable, il est utile de rappeler les principales analyses opérées par la Cour à partir de l'article 5 dont le but est de protéger la liberté et la sûreté de la personne. Les garanties accordées sont précisées par les paragraphes successifs de l'article 5. Citons en particulier suivant l'analyse des extraits des arrêts établie par M. Marc Eissen (greffier en chef de la Cour européenne) :

« L'article 5, § 3 vaut pour chacune des trois hypothèses du paragraphe 1-c), avec lequel il « forme un tout », mais non en dehors d'elles (*De Wilde, Ooms et Versyp*, 18 juin 1971, série A, n° 12, p. 39, § 71, au sujet de l'internement de « vagabonds » — unanimité).

Premier droit garanti : être « aussitôt » traduit « devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ».

Que faut-il entendre par « juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » ?

Eu égard à la lettre de l'article 5 paragraphe 3, mais aussi au contexte ainsi qu'à l'objet et au but de l'ensemble de l'article, la Cour a déclaré dans son arrêt *Schiesser* du 4 décembre 1979, et confirmé depuis lors, que le « magistrat » en question peut appartenir soit au siège soit au parquet, à condition d'« offrir des garanties appropriées aux fonctions "judiciaires" que la loi lui attribue ».

« La première d'entre elles réside dans l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties (...). Elle n'exclut pas toutes subordination à d'autres juges ou magistrats pourvu qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue.

A cela s'ajoutent (...) une exigence de procédure et une de fond. A la charge du « magistrat », la première comporte l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui (...); la seconde, celle d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement (...).

Second droit protégé : être, « jugé dans un délai raisonnable, ou libéré pendant la procédure », moyennant au besoin des garanties de représentation.

Dès ses deux tout premiers arrêts en la matière (27 juin 1968), la Cour a écarté l'interprétation littérale selon laquelle les autorités judiciaires auraient le choix « entre l'obligation de conduire la procédure jusqu'au jugement dans un délai raisonnable et celle de libérer l'accusé ». Se fondant sur l'intention des Etats contractants, le risque de contradiction avec l'article 6, § 16 et le contexte, elle estime que « c'est (...) la détention provisoire (...) qui ne peut (continuer) au-delà des limites raisonnables » ; « même si la longueur de l'instruction ne prête pas à critique, celle de la détention ne saurait excéder un laps de temps qui soit raisonnable ».

(*Wemhoff*, série A, n° 7, p. 21-22, § 4-5 ; *Neumeister*, série A, n° 8, p. 37, § 4 ; *Stögmüller* 10 nov. 1969, série A, n° 9, p. 40, § 5).

La jurisprudence de la Cour est maintenant bien établie pour définir les termes et périodes à considérer.

Par rapport à l'article 5 les questions concernant la détermination du tribunal indépendant, impartial, des règles de publicité ont fait l'objet de plusieurs décisions, sans difficultés normatives. Les principes généraux du droit pénal sont croqués quand il s'agit des qualifications des personnes (vagabonds, Aff. *De Wilde* — récidivistes — Mafiosi, Aff. *Guzzardi*) des décisions et de leur nature (Aff. *Van Droogenbroeck*) des condamnations (Aff. *Luberti* qui pourrait

être rapprochée en droit pénal français de l'affaire *Saint Auban*). De même les principes généraux sont en cause lorsqu'il s'agit de déterminer « selon les voies légales », « prévu par la loi », « régularité de la privation de liberté », « devant un tribunal ».

L'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971 a précisé : « Il ressort (...) du but et de l'objet de l'article 5, ainsi que des propres termes du paragraphe 4 (...), que pour constituer un (...) "tribunal" un organe doit offrir des garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté (...).

Les modalités de la procédure voulue par la Convention ne doivent (...) pas nécessairement être identiques dans chacun des cas où celle-ci requiert l'intervention d'un tribunal (...). Il faut avoir égard à la nature particulière des circonstances dans lesquelles (la procédure) se déroule ».

Suivait un rappel de la solution adoptée dans l'affaire *Neumeister*, mais la Cour ajoutait :

« il pourrait (...) ne pas en aller de même dans un contexte différent, et par exemple dans une autre hypothèse régie elle aussi par l'article 5 paragraphe 4 » (série A, n° 12, p. 40-42, § 76 et 78).

L'indépendance ne suffit pas ; la procédure entre elle aussi en ligne de compte.

L'affaire *Malone* (écoutes téléphoniques, Royaume-Uni) a donné à la Cour l'occasion de préciser le sens de « prévu par la loi », au sens de la sécurité juridique.

En ce qui concerne l'article 6, les dispositions constituant règles de procédure pénale sont claires. Tout le domaine du procès pénal doit respecter les normes inscrites dans ledit article. On sait qu'il n'en est pas de même pour le domaine du droit privé et du droit administratif et disciplinaire. C'est seulement lorsque des droits et obligations de caractère civil sont reconnus et mis en cause que le dispositif de l'article 6 est applicable aux juridictions qui les concernent.

« Le rapprochement de l'article 5, § 1-a) avec les articles 6, § 2 et 7 par 1² montre qu'aux fins de la Convention il ne saurait y avoir "condamnation" sans l'établissement légal d'une infraction » ; « employer ce terme pour une mesure préventive ou de sûreté ne s'accorderait ni avec le principe de l'interprétation étroite, à observer en la matière (...), ni avec le libellé anglais de l'alinéa car "conviction" implique une déclaration de culpabilité » (*Guzzardi*, 6 nov. 1980, série A, n° 39, § 100⁴ ; v. aussi *De Wilde, Ooms et Versyp*, 18 juin 1971, série A, n° 12, p. 39, § 71).

Peu importe qu'il s'agisse d'une infraction « pénale » ou « disciplinaire » selon le droit interne de l'Etat en cause (*Engel et autres*, 8 juin 1976, série A, n° 22, p. 27, § 68 ; *Guzzardi*, 6 nov. 1980, série A, n° 39, p. 37, § 100).

Il faut en outre que la déclaration de culpabilité s'accompagne sinon de l'infliction d'une véritable peine, du moins d'une autre mesure privative de liberté (*X contre Royaume-Uni*, 5 nov. 1981, série A, n° 46, p. 17, § 39 ; *Van Droogenbroeck*, 24 juin 1982, série A, n° 50, p. 19, § 35).

Quant à l'exigence d'un « tribunal compétent » :

— Il peut s'agir d'une juridiction de première instance, même si sa décision fait l'objet d'un recours qui en suspend l'exécution (du moins d'après l'arrêt *Wemhoff* du 27 juin 1968, série A, n° 7, p. 23-24, § 9⁵).

— La notion de « tribunal » implique non seulement l'indépendance de l'organe compétent, mais aussi « les garanties d'une procédure judiciaire » (jurisprudence constante depuis l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A, n° 12, p. 40-41, § 76 et 78).

Certaines zones des articles 5 et 6 restent imprécises pour la démarcation droit pénal, droit civil et l'application des principes.

La notion « droits de caractère civil » ne coïncide pas avec celle de « droits et libertés reconnus dans la Convention », « même s'il peut y avoir entre elles des chevauchements » (*Golder*, 21 févr. 1975, série A, n° 18, p. 16, § 33-(7)-(a)).

En définitive, « seul compte le caractère du droit (...) en cause ». L'article 6, § 1 trouve à s'appliquer au moins si ce dernier revêt un caractère « privé » ; la Cour a réservé la question de savoir si la notion litigieuse « va au-delà des droits de caractère privé » (*König*, 28 juin 1978, série A, n° 27, p. 30, § 90 *in fine*, et p. 32, § 95, *in fine* ; *Ringeisen*, 16 juill. 1971, série A, n° 13, p. 39, § 94 ; *Le Compte, Leuven et De Meyere*, 23 juin 1981, série A, n° 43, p. 20, § 44, et p. 22, § 48, *in fine*). Même en ce qui concerne les droits « de caractère privé », on chercherait en vain dans sa jurisprudence une ébauche de définition abstraite et générale. Pour le moment, il faut se borner à inventorier les solutions sur lesquelles l'application des principes d'ores et déjà dégagés a débouché *in concreto*.

Application des principes se dégageant de la jurisprudence.

On ne compte guère, jusqu'ici, de solutions négatives. Les arrêts *Neumeister* du 27 juin 1968 (a) et *Matznetter* du 10 novembre (b) 1969 avaient certes dénié au « droit à la liberté » un « caractère civil » (série A, n° 8, p. 43, § 23 et n° 10, p. 35, § 13), mais quatre arrêts ultérieurs émanant, eux, de la Cour plénière et non de chambres ont — à dessein — évité de statuer sur ce point (*De Wilde, Ooms et Versyp*, 18 juin 1971, série A, n° 12, p. 44, § 86 ; *Golder*, 21 févr. 1975, série A, n° 18, p. 16, § 33. *Irlande contre Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, série A, n° 25, p. 89, § 235 ; *Guzzardi*, 6 nov. 1980, série A, n° 39, p. 40, § 108 (8) ;

Les solutions positives apparaissent beaucoup plus nombreuses ; il n'y a pas lieu ici de les énumérer (cf. publication Conseil de l'Europe, art. 6, M. Eissen). Mais il est utile de donner des exemples à la jurisprudence de la Cour quand celle-ci évalue l'application du droit pénal en fonction de la marge d'appréciation des Etats.

L'affaire *Dudgeon*, 22 octobre 1971 (contre Grande-Bretagne) a précisé cette marge d'appréciation : « la nécessité d'un contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun accord et en privé, notamment quand il s'impose — pour citer à nouveau le rapport Wolienden — “de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance

naturelle, juridique ou économique spéciale". De fait, tous les Etats membres du Conseil de l'Europe possèdent une législation en ce domaine, mais le droit nord-irlandais se distingue de celui de la grande majorité d'entre eux en prohibant indécence grave entre hommes et *buggery* de manière générale et en toute circonstance. Une fois reconnue la "nécessité" de légiférer pour prémunir des fractions données de la société, de même que l'éthique de celle-ci dans son ensemble, il s'agit en l'occurrence de rechercher si les dispositions incriminées du droit nord-irlandais et leur application restent dans le cadre de ce que, dans une société démocratique, on peut estimer nécessaire pour atteindre ces objectifs.

Une série de principes à observer pour évaluer la "nécessité", "dans une société démocratique", d'une mesure prise dans un but légitime au regard de la Convention se dégagent de la jurisprudence de la Cour.

En second lieu, il appartient aux autorités nationales de juger les premières, dans chaque cas, de la réalité de pareil besoin ; les Etats contractants gardent donc une marge d'appréciation (*ibidem*). Néanmoins, leur décision reste soumise au contrôle de la Cour (*ibidem*, p. 23, § 49).

Comme l'a montré l'arrêt *Sunday Times* (préc., p. 36, § 59), la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit. Le gouvernement déduit de l'arrêt *Handyside* qu'elle est plus large quand il y va de la protection de la morale. Sans conteste, et la Cour l'a relevé dans cet arrêt (p. 22, § 48), « l'idée » que l'on se fait « des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque », et les « autorités de l'Etat », « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays », « se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences ».

Toutefois l'étendue de la marge d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu. Or la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, des ingérences des pouvoirs publics.

Enfin, avec plusieurs autres articles de la Convention, l'article 8 lie la notion de « nécessité » à celle de « société démocratique ». D'après la jurisprudence de la Cour, pour se révéler « nécessaire » dans une telle société, dont tolérance et esprit d'ouverture constituent deux des caractéristiques, une atteinte à un droit protégé par la Convention doit notamment être proportionnée au but légitime poursuivi (arrêt *Handyside* préc., p. 23, § 49 ; arrêt *Young, James et Webster* précité, p. 25, § 63).

La Cour a également rappelé le rôle protecteur de l'action pénale dans l'affaire *X... c/ Pays-Bas* (26 mars 1985).

Le gouvernement invoque la difficulté, pour le législateur, d'édicter des règles pénales cherchant à préserver le mieux possible l'intégrité physique des handicapés mentaux : aller trop loin dans cette direction risquerait de mener à du paternalisme inacceptable et d'entraîner une ingérence inadmissible de l'Etat dans le droit de l'individu au respect de sa vie sexuelle.

L'article 1401 du code civil, combiné avec l'article 1407, aurait permis de saisir les tribunaux néerlandais, au nom d'Y... :

- d'une action en réparation contre B. pour préjudice matériel ou moral ;
- d'une demande d'injonction à B., afin d'empêcher la répétition du délit ;
- d'une telle action ou demande à l'encontre de la directrice du foyer.

Les requérants jugent ces recours civils inadaptés. L'absence d'une enquête pénale, notamment, rendrait plus malaisée la présentation de la preuve pour ce qui concerne les quatre éléments exigés par l'article 1401 : un acte illicite, une faute, un dommage et un lien de causalité entre l'acte et ce dernier. De plus, pareille procédure serait longue et comporterait des inconvénients d'ordre affectif pour la victime car elle la forcerait à jouer un rôle actif.

La Cour estime insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits du type de celui dont Y a été victime. Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine ; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question ».

*

* *

Un tournant de la jurisprudence de la Cour pour préciser sa doctrine concernant la notion des sanctions a été l'affaire *Oztürk*.

Affaire Oztürk c/ R.F.A. (21 févr. 1984) :

L'article 6 paragraphe 3-e) ne vaut que pour un « accusé ». Il ressort de sa version anglaise (« *charged with a criminal offence* ») et du § 1 de l'article 6 (« accusation en matière pénale ») — texte de base sont les § 2 et 3 représentent des applications particulières (arrêt *Deweert* du 27 févr. 1980, série A, n° 35, p. 30, § 56) — que l'« accusation » visée au § 3-e) doit porter sur une « infraction pénale » (v. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Adolf* du 26 mars 1982, série A, n° 49, p. 15, § 30).

D'après le droit allemand, le manquement commis par M. Oztürk ne s'analysait pas en une infraction pénale (*Straftat*) mais en une « contravention administrative » (*Ordnungswidrigkeit*). La question se pose de savoir si cette qualification est décisive au regard de la Convention.

La Cour a rencontré un problème analogue dans l'affaire *Engel et autres*, mentionnée d'ailleurs par les comparants. A la vérité, celle-ci concernait des sanctions infligées à des appelés du contingent et considérées comme disciplinaires par la législation néerlandaise ; dans son arrêt, rendu le 8 juin 1976, la Cour a pris soin de préciser qu'elle se limitait au domaine du service militaire (série A, n° 22, p. 34, § 82). Elle n'en estime pas moins que les principes se dégageant dudit arrêt (*ibidem*, p. 33-35, § 80-82) entrent aussi en ligne de compte, *mutatis mutandis*, dans la présente affaire.

La Convention n'empêche pas les Etats, dans l'accomplissement de leur rôle de gardiens de l'intérêt public, d'établir ou maintenir une distinction entre différents types d'infractions définis par le droit interne et d'en fixer le tracé,

mais il ne s'ensuit pas que la qualification ainsi adoptée soit déterminante aux fins de la Convention.

Le législateur qui soustrait certains comportements à la catégorie des infractions pénales du droit interne peut servir à la fois l'intérêt de l'individu (v. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Engel et autres*, précité, *ibidem*, p. 33, § 80) et les impératifs d'une bonne administration de la justice, notamment dans la mesure où il décharge les autorités judiciaires de la poursuite et de la répression de manquements, nombreux mais de peu d'importance, à des règles de la circulation routière. La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la « décriminalisation » existant — sous des formes fort diverses — dans les Etats membres du Conseil de l'Europe ; le gouvernement a raison d'y insister. Toutefois, si les Etats contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'« administrative » plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention.

Ayant ainsi réaffirmé l'« autonomie » de la notion de « matière pénale » telle que la conçoit l'article 6, la Cour doit rechercher si la « contravention administrative » commise par le requérant relève ou non de ladite « matière ». A cette fin, elle retient les critères adoptés dans son arrêt *Engel* précité (*ibidem*, p. 34-35, § 82) : il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat défendeur ; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit des Etats contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé.

En droit allemand, le fait reproché à M. Oztürk — méconnaissance de l'article 1^{er}, § 2 du règlement relatif à la circulation routière — revêtait le caractère d'une « contravention administrative » (art. 49, § 1^{er}, n° 1 dudit règlement). Il tombait sous le coup non du droit pénal, mais de l'article 17 de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz* et de l'article 24, § 2 de la loi sur la circulation routière (§ 11 ci-dessus). La législation de 1968-1975 marque une étape importante dans le processus de « décriminalisation » des infractions légères en République fédérale. Si la doctrine allemande ne semble pas unanime à considérer que le droit des « contraventions administratives » n'appartient plus en réalité au droit pénal, les travaux préparatoires de la loi de 1968-1975 n'en confirment pas moins clairement que cette dernière a soustrait à la loi pénale les infractions dont il s'agit (*Deutscher Bundestag, Drucksache V/1269* et, parmi d'autres, l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 juillet 1969, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 27, p. 18-36).

Si donc la Cour accepte sur ce point l'argumentation du gouvernement, elle n'oublie pas pour autant qu'il n'existe pas de cloison étanche entre le droit pénal allemand et le droit des « contraventions administratives », notamment en cas de connexité (§ 20 ci-dessus) ; elle ne perd pas non plus de vue que les dispositions du droit commun régissant la procédure pénale s'appliquent par

analogie à la procédure engagée pour une telle infraction (§ 21 ci-dessus) et en particulier à sa phase judiciaire éventuelle.

De toute manière, les indications que fournit le droit interne de l'Etat défendeur n'ont qu'une valeur relative. Le deuxième des critères énoncés plus haut — la nature même de l'infraction, considérée aussi en rapport avec celle de la sanction correspondante — représente un élément d'appréciation de plus grand poids.

On peut considérer qu'un droit européen des sanctions tend à se dégager des notions définies par la jurisprudence de la Cour européenne ; pour la Cour les qualifications du droit interne concernent les incriminations, les saisines, les compétences juridictionnelles doivent être considérées en fonction des principes généraux du droit pénal européen. C'est la situation *in concreto* qui doit être examinée et retenue ; c'est la réalité et l'effectivité de la sanction et de ses conséquences qui doivent être les critères prioritaires de l'appréciation.

Ainsi l'Etat ne peut soustraire sa législation aux rigueurs des articles 5 et 6 en modifiant la qualification de l'incrimination et de la juridiction pour abaisser le niveau des garanties de protection de la liberté contre les mesures arbitraires, et celui des garanties procédurales.

La sémantique juridique ne peut servir à « masquer » la réalité d'une détention. Les formules « retenue, placement, hébergement » utilisées pour cacher l'enfermement ne peuvent éluder le contrôle de l'article 5. Dans ce domaine, l'administration des Douanes, la Direction de camps du type de l'ancien camp d'Arenc, ont à se référer à la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne. De même en matière d'expulsion, la « conduite », « l'accompagnement » de l'expulsé par la police ne doit pas être transformable en séquestration. L'affaire *Van Droogenbroek* (24 juin 1982) est typique pour apprécier la « détention ».

La Cour rappelle que l'étendue de l'obligation assumée par les Etats contractants en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 « n'est pas forcément identique en toute circonstance, ni pour chaque sorte de privation de liberté » (arrêt *X... c/ Royaume-Uni*, précité, série A, n° 46, p. 22, § 52). Elle n'oublie pas qu'en l'occurrence l'internement litigieux tombait sous le coup du seul alinéa *a*) du § 1 et non, comme dans l'affaire *Winterwerp* et l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp*, de l'alinéa *e*) ni, comme dans l'affaire *X... c/ Royaume-Uni* (*ibidem*, p. 17-18, § 39), de ces deux alinéas combinés.

« Néanmoins, la nature et le but d'un type donné de « détention » importent plus ici que sa place dans la systématique de la Convention. Or la mise des récidivistes et délinquants d'habitude à la disposition du gouvernement répond à des finalités spécifiques. Dans la doctrine de la Cour de cassation, bien qu'assimilée à une peine, elle vise, en même temps qu'à protéger la société, à fournir à l'exécutif l'occasion d'essayer d'amender les intéressés (§ 40 ci-dessus). Sauf dans le cas de la récidive de crime sur crime (art. 22 de la loi), la juridiction qui la prononce doit motiver sa décision (art. 24) ; il lui faut en particulier indiquer « de façon concrète et précise » pourquoi elle estime que le prévenu, en état de récidive légale, présente « une tendance persistante à la délinquance », au sens de l'article 23 de la loi (Cour de cassation, 3 janv. 1962, *Pasicrisie*,

1962.I, p. 526 ; § 9 ci-dessus). En pratique, elle ouvre au ministre de la justice « un crédit de privation de liberté (...) dont la durée effective » — « de zéro jour à dix ans » — frappe par son « indétermination relative » et varie, en principe, selon les besoins du traitement et les impératifs de la défense sociale (§ 64 du rapport de la Commission et décision finale du 5 juill. 1979 sur la recevabilité de la requête). L'internement que peut entraîner la mise à la disposition du gouvernement se produit uniquement « s'il y a lieu » (art. 25 de la loi), expression synonyme, d'après la Cour de cassation, de « lorsque la protection de la société l'exige » (4 avr. 1978, *Pasicrisie*, 1978.I, p. 861).

« Tendances persistantes à la délinquance » ou « dangerosité sociale » : notions contingentes par essence, qui amènent à suivre le condamné dans l'évolution de sa personnalité comme de son comportement, afin d'adapter son statut à un changement, favorable ou défavorable, des circonstances. Le législateur belge l'a reconnu jusqu'à un certain point en ménageant la possibilité d'une mainlevée, par la cour d'appel, des effets du jugement ou arrêt initial (art. 26 de la loi, § 23 ci-dessus), le gouvernement en créant la Commission pour récidivistes et en associant des « médecins anthropologues » aux décisions ministérielles (§ 21-22 ci-dessus).

Il faut dès lors se demander si la logique même du système belge n'exige pas un contrôle judiciaire ultérieur, à intervalles raisonnables, de la justification de la privation de liberté. Considérer cette justification comme acquise, une fois pour toutes, au moment de la condamnation équivaldrait en quelque sorte à présumer que la détention n'apportera aucun résultat utile.

Sans doute la Cour de cassation de Belgique a-t-elle écarté cette thèse, par un arrêt du 4 avril 1978, au profit de la doctrine du « contrôle incorporé » (*Pasicrisie*, 1978.I, p. 862, et § 44 ci-dessus). Telle que l'entend l'article 5, § 4, la « légalité » d'une « arrestation ou détention » s'apprécie pourtant sous l'angle non du seul droit interne, mais aussi du texte de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5, § 1 (v. *mutatis mutandis*, l'arrêt *X... contre Royaume-Uni*, précité, série A, n° 46, p. 25, § 57, à combiner avec l'arrêt *Winterwerp* préc., série A, n° 33, p. 17, § 39, et p. 19-20, § 45).

Or « une détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière » (*lawfull*) au regard du § 1, indépendamment de sa compatibilité avec le droit interne (v. parmi d'autres, l'arrêt *X... contre Royaume-Uni*, préc., série A, n° 46, p. 19, § 43). Là se situe la limite à ne pas franchir dans l'exercice du large pouvoir discrétionnaire dont le ministre de la Justice jouit pour exécuter ou mettre en œuvre la décision judiciaire initiale. Cette nécessité se trouve encore accrue par la gravité de l'enjeu, le risque d'une perte de liberté qui peut atteindre dix ans (art. 23 de la loi), voire davantage (art. 22). Un tel internement ne cadrerait plus avec la Convention s'il cessait de se fonder sur des motifs plausibles et conformes aux finalités de la loi de défense sociale ; sous l'angle de l'article 5, il acquerrait un caractère « illégal » ou « irrégulier ». Partant, l'intéressé doit pouvoir saisir un « tribunal » compétent pour statuer sur l'existence ou l'absence de pareil manquement ; il doit en avoir la faculté pendant sa « détention » — un certain temps après le début de celle-ci, puis à des intervalles raisonnables (v. *mutatis*

mutandis, l'arrêt *X... contre Royaume-Uni*, préc., série A, n° 46, p. 22-23, § 52)» — ainsi qu'au moment d'un réinternement éventuel s'il se trouvait en liberté.

Un chapitre nouveau est ouvert par la Convention européenne au regard du droit pénal en ce qui concerne le régime des preuves. Pour respecter la présomption d'innocence, l'égalité des armes, le principe du contradictoire, il faut réviser nos notions de présomptions et de preuves irréfragables, d'interdiction de rapporter la preuve contraire (droit fiscal).

Il faut aussi s'inspirer dans le procès pénal de la *cross examination* du droit anglo-saxon. Déjà en droit civil nous souffrons, en droit français, d'un délaissement de la notion et du régime de preuves.

L'affaire *Lingens* va donner l'occasion à la Cour européenne de statuer sur le régime des preuves en matière de loi de la presse et de diffamations. Faut-il exiger du journaliste la preuve de la vérité (loi autrichienne) ou la preuve de la bonne foi (loi française).

Les principes généraux du droit communautaire sont bien connus : égalité de traitement, de proportionnalité, de sécurité juridique et de confidentialité, concepts connus également dans la majorité des Etats membres de la Cour européenne économique. Toutefois la Cour de justice fait une appréciation différenciée de ces principes selon la nature juridique de l'acte, la saisine en interprétation ou en appréciation de validité. La Cour européenne des droits de l'homme applique de façon plus réduite sécurité juridique et confiance légitime et de façon plus soutenue l'égalité de traitement et la proportionnalité.

Pour le droit de la Convention européenne les principes sont également ceux de sécurité juridique, de confiance légitime, de proportionnalité.

La Cour européenne des droits de l'homme à partir de l'article 14 a une conception plus large de l'égalité de traitement car elle retient le principe de non-discrimination dans le sens et la portée de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Pactes des Nations Unies (cf. arrêt *Abdulaziz*).

La Cour européenne des droits de l'homme a souvent fait application du principe de sécurité juridique soit pour répondre à l'exigence « prévue par la loi », soit pour apprécier la règle de l'épuisement des voies de recours.

On peut dire que dans la sphère Cour européenne des droits de l'homme le principe de proportionnalité revêt un caractère plus philosophique et plus ample. Il est l'expression d'une conception politique et humaniste de la démocratie. Les prochains arrêts *Glaserapp et Kosiek* (accès à la fonction publique) *Lingens* (liberté d'expression du journaliste) donneront lieu à des applications de ce principe au regard de ce qui est acceptable dans la société démocratique contemporaine. Les affaires françaises *Dobbertin* (Rapport de la Commission), *Bozzano* (portée devant la Cour européenne) apporteront l'éclairage et la projection de la Convention sur les pratiques administratives et pénales françaises. Quelles que soient les décisions, elles seront salutaires. Les juges français seront renforcés dans l'accomplissement de leur mission en pouvant confronter la loi nationale à la norme européenne. L'expérience allemande et italienne des rapports entre juridictions et Cour constitutionnelle est positive.

La grande étape pour le droit constitutionnel français sera de se doter d'une Cour constitutionnelle garantie du respect des droits fondamentaux.

La jurisprudence de la Cour ajoute les principes généraux d'effectivité et de raisonnable. La « raisonnable » intervient surtout pour apprécier les délais des procédures et la « marge d'appréciation » des Etats au titre des § 2 des articles 8, 9, 10, 11 ; et Protocole n° 1 pour les mesures de probation et de défense sociale (*Van Droogenbroeck*). L'effectivité est surtout considérée au regard de l'exercice de la défense, de l'organisation de l'aide judiciaire (*A.H. Artuo, Att Airey*). L'intervention de l'avocat est nécessaire au regard de l'article 6, elle doit être de surcroît effective.

La norme de proportionnalité n'est pas traitée de même façon dans les deux systèmes. Pour la Cour de justice CEE, l'utilisation en matière financière est quantitative (P.A.C.). Pour les actes émanant des Etats membres l'application est plutôt extensive s'agissant de libre circulation des marchandises. Pour la libre circulation des personnes la Cour fait une large application tenant compte des droits fondamentaux. La Cour de justice CEE applique aussi une notion quantitative de la proportionnalité s'agissant de la mesure des sanctions pénales d'un Etat membre (*A. Rivoira c/Douanes-France*).

Pour la Cour européenne des droits de l'homme la proportionnalité est un principe majeur qui domine une grande partie de la jurisprudence. Proportionnalité entre le but poursuivi par l'Etat même s'il est légitime par rapport aux conséquences qui en résultent, le tout étant apprécié par rapport à ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

Il en résulte que la doctrine sur la marge d'appréciation des Etats à laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a fréquemment recours pour examiner les limitations, dérogations prévues aux § 2 des articles 8 à 11, est de grande importance et qu'elle assume un rôle plus accentué que dans la jurisprudence de la Cour européenne économique.

Toutefois la Cour n'utilise pas la règle de proportionnalité quantitativement quand il s'agit d'apprécier les sanctions pénales dans leur quantum. La Cour européenne n'est pas cour d'appel, ni de cassation, ni de révision. La Cour tient compte aussi des obligations positives s'imposant à l'Etat. La « proportionnalité » est également utilisée pour l'application du Protocole n° 1 (expropriations *Sporrong-Jamis-Nationalisations Litghow*).

La marge d'appréciation conçue au sens positif comme au sens négatif a donné lieu à des décisions importantes pour les articles 8 (*Dudgeon*), 10 (*Handyside, Sunday Times*). On a pu parler d'une marge d'appréciation à deux vitesses suivant la nature des droits protégés.

La confrontation droit communautaire-droit européen de la Convention des droits de l'homme, dans le domaine des principes généraux du droit pénal, fait regretter que le projet *Memorandum* d'adhésion de la Communauté européenne à la Convention n'ait pas abouti.

Les communautés européennes demeurent sans lien de droit avec la Convention européenne du 4 novembre 1950, bien que leurs Etats membres soient, pour ce qui concerne chacun d'eux, signataires de cette Convention. D'où cette situation

paradoxe : les dispositions applicables à chaque Etat ne le sont pas à leur communauté. « De cette situation juridiquement inconfortable, la Cour de Justice des Communautés a tiré, dès ses premiers arrêts, la nécessité pour elle, « sous peine de déni de justice », de s'inspirer des règles reconnues par la législation, la doctrine et la jurisprudence des pays membres.

« L'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice a permis d'assurer, dans l'ordre communautaire, la protection des droits fondamentaux de la personne et d'incorporer les objectifs de la Convention à ceux de la Communauté elle-même. Or cette jurisprudence, loin d'être restée extérieure aux autres institutions communautaires, a été confirmée et consacrée par elles aux termes de leur solennelle Déclaration commune du 5 avril 1977. Il n'est pas sans importance en effet que par cette Déclaration, qui vise explicitement la Convention européenne du 4 novembre 1950, le Parlement européen et le Conseil des ministres aient, après la Cour de justice, engagé leur autorité pour reconnaître à cette Convention valeur expresse de référence dans le cadre communautaire » (R. Lecourt.). L'adhésion de la Commission de la Cour européenne économique à la Convention européenne des droits de l'homme aurait mis fin aux contradictions des deux systèmes.

Certes les obstacles pratiques judiciaires seraient nombreux en raison de la disparité des législations des 12 d'une part et des autres 9 Etats membres. L'obstacle de la procédure serait aussi important s'agissant de deux ordres juridiques différents, mais non insurmontable. En attendant les décisions politiques qui relanceraient le *Memorandum*, on peut prévoir des mesures de coopération préconisées par MM. R. Lecourt, Wiarda, Ganshof, Van der Meersch.

Les rencontres des deux Cours contribuent aussi à une tentative d'harmonisation. Le système des avis consultatifs demandés par les Etats, souvent utilisé devant la Cour inter-américaine des droits de l'homme, pourrait être mis en application et même étendu aux deux Commissions (Cour européenne économique et Cour européenne des droits de l'homme).

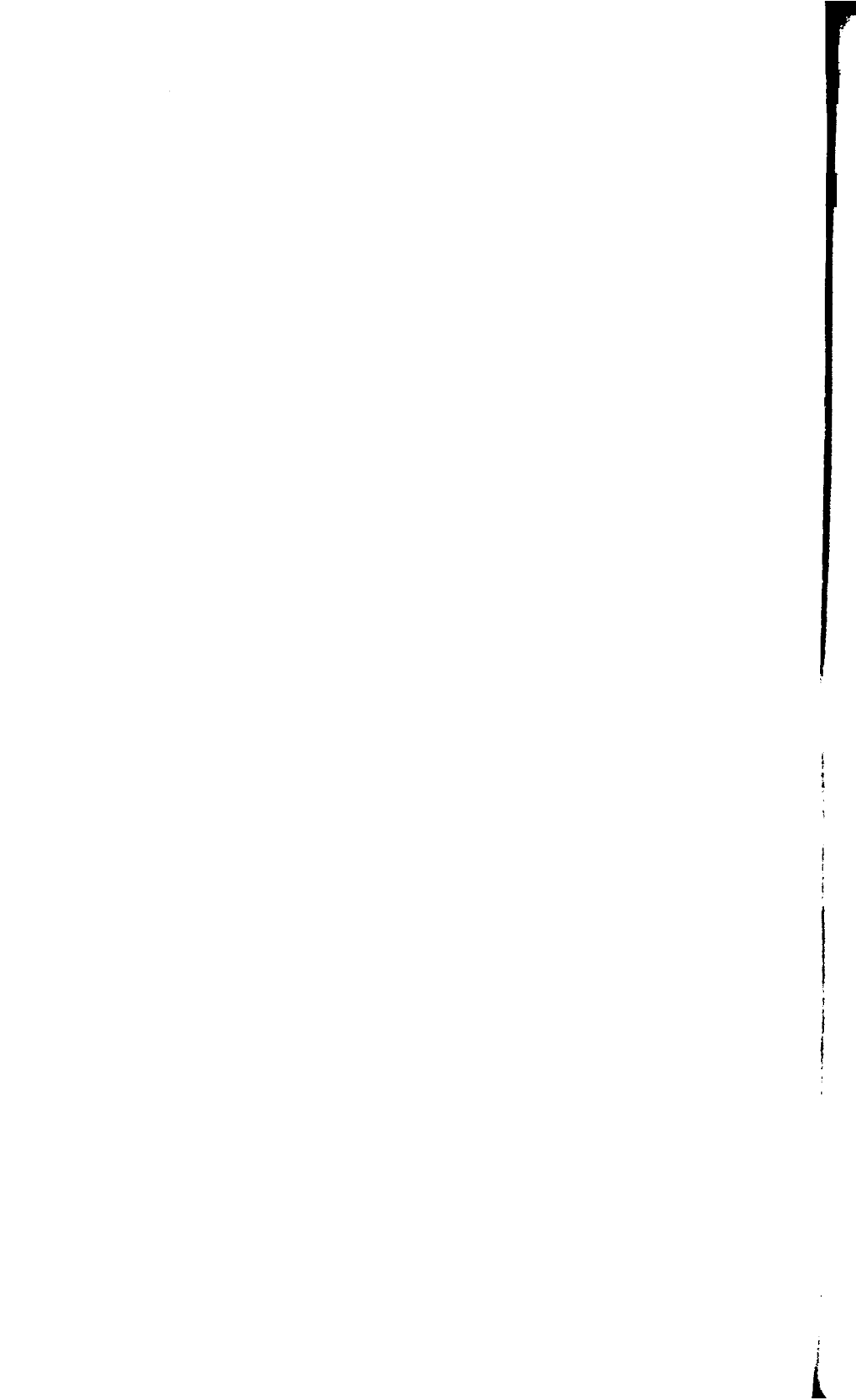
Pour imposer aux Etats le respect des principes fondamentaux partie intégrante des principes généraux du droit, les mécanismes sont effectivement différents. Le recours en manquement d'Etat de la Commission contre l'Etat constitue un moyen de pression qui fait défaut à la Commission européenne des droits de l'homme. Le recours préjudiciel en interprétation (art. 117, T.R.) n'existe pas dans le système Cour européenne des droits de l'homme. La Conférence de Vienne du Conseil de l'Europe 1985 et le Congrès de Neuchâtel 1985 ont préconisé l'incorporation dans un Protocole additionnel d'un tel recours. Des améliorations institutionnelles sont souhaitables et possibles.

Mais le plus important pour l'avenir européen est de parvenir pour le domaine pénal dans l'Europe des 12 et l'Europe des 21 à une harmonisation du droit des sanctions, préparant à une codification européenne. Ceci imposera aux Etats la volonté de surpasser les nationalismes législatifs, de concevoir une véritable politique criminelle après une réflexion approfondie sur le droit de punir, dans la nouvelle dimension qu'enseigne la criminologie contemporaine.

Les organes Commission et Cour européenne des droits de l'homme restent très vigilants ; grâce à leur interprétation dynamique et évolutive de la Convention, ils peuvent s'adapter aux nouvelles situations et faire face aux Etats qui après trente ans restent encore très réticents à reconnaître leurs manquements. En combinant les notions d'effet utile de la sanction au sens de la Cour de justice CEE et de raisonnable dans l'application de la sanction, les organes européens peuvent accomplir de grands progrès.

La tâche reste immense car les administrations qui appliquent des sanctions de nature quasi pénale sont réticentes à vouloir respecter les règles du procès équitable. Le droit régalien règne encore en Europe.

C'est donc par un effort d'inspiration philosophique qu'il faudra former les législateurs et les praticiens pour parvenir non à un nivellement européen du droit pénal par l'unification de la répression, mais bien au contraire à la prééminence du droit, à la sublimation du droit pénal pour que celui-ci soit conforme à l'idéal démocratique et au respect de la dignité de l'homme.



IV

Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale

Texte adopté à la suite de la Table ronde tenue le 22 mai 1986, sous la présidence de M. Roger Merle, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Toulouse.

1. — PRÉAMBULE

La multiplication, l'importance et l'interdépendance des relations internationales et des réseaux de communication qu'elles engendrent, rendent nécessaire une approche plus complète de la réalité juridique européenne, non pas sous une forme globalisante (qui présuppose l'existence et la mise en œuvre de schémas simplificateurs), mais au moyen d'outils tenant compte de l'objectif proposé, des contradictions à considérer et des obstacles à éviter.

1.1. *L'objectif proposé.*

La mise en compatibilité des systèmes juridiques européens définissant des incriminations et déterminant des sanctions en matière pénale, et non l'harmonisation des règles de procédure (car les articles 5 et 6 de la C.E.D.H. et leur interprétation par les instances européennes constituent déjà un remarquable instrument d'harmonisation en ce domaine).

De nature « métadécisionnelle, ces principes directeurs auraient une double fonction, régulatrice et coordinatrice : la fonction régulatrice met à la disposition des acteurs les moyens d'expression, de réalisation de leur volonté ; la fonction coordinatrice permet de prendre en compte les interactions des acteurs entre eux et des acteurs sur leur environnement.

1.2. *Les contradictions à considérer.*

- demande de répression accrue *et* affirmation des droits de l'homme ;
- complexité des réseaux de régulation (répression et prévention) *et* souci de cohérence ;
- diversité des pratiques juridiques nationales (législatives, judiciaires, policières, administratives) *et* recherche d'une identité juridique européenne.

1.3. *Les obstacles à éviter* (au plan national et européen).

- l'élaboration d'un droit conjoncturel qui serve d'alibi ;
- le saupoudrage bureaucratique et la sur-réglementation ;
- le réductionnisme et la rigidité des codes et décalogues traditionnels.

En définitive, la diversité comme élément de la réalité cachant un ordre nouveau plus complexe, tel est bien le facteur que les juristes doivent intégrer désormais dans leur réflexion, s'ils veulent poursuivre une mission de paix sociale — aux côtés du philosophe et de l'artiste — en donnant à l'homme politique les moyens de son action. C'est pourquoi, recherchant pour l'Europe cet ordre qui inclut la diversité et peut-être la contradiction, ils sont amenés à proposer les principes suivants.

2. — PRINCIPES DIRECTEURS

Les principes énoncés ici constituent un simple schéma dont la mise en œuvre devrait obéir aux deux règles logiques suivantes :

- logique pratique, car chaque principe devrait être développé de manière à prendre en compte les exigences propres à chaque type de décision (celle du législateur, des instances de police — justice — application des peines, de l'administration ...) ;
- logique combinatoire, car aucun de ces principes ne devrait être utilisé isolément, l'ensemble se combinant pour fonctionner comme instrument d'aide à la décision pour permettre une modélisation des interactions sociales selon une méthode simplificatrice mais non réductrice.

Cela posé, il était nécessaire de rechercher « l'arc-en-ciel » des valeurs communes à la société européenne, qui devraient inspirer les principes directeurs afin d'assurer leur qualité et leur fiabilité comme instrument d'action sur une réalité européenne particulièrement complexe et mobile.

La table ronde et les réflexions qui ont suivi ont permis de dégager les cinq principes suivants.

2.1. *Principe de subsidiarité.*

Souvent invoquée mais rarement appliquée, la subsidiarité de la sanction pénale devrait inspirer les choix du législateur en présence de solutions alternatives, guider l'interprétation jurisprudentielle et orienter la décision de renvoi (police, parquet).

2.2. *Principe d'utilité.*

Il marque la nécessité de prendre en compte, par delà d'éventuels effets négatifs à ne pas négliger, *l'effet utile*, c'est-à-dire à la fois l'effectivité et l'efficacité, dans deux perspectives indissociables :

- effet de l'incrimination
 - protection des valeurs {individuels et « superindividuels »
 - réparation des dommages {ou collectifs}
 - réprobation des fautes (intentionnelles, d'imprudence ...)
- effet de la sanction (en distinguant sanction prévue, prononcée, exécutée)
 - cohésion (effet symbolique)
 - apprentissage (effet pédagogique)
 - défense sociale (effet instrumental de dissuasion, traitement, mise à l'écart).

2.3. *Principe de proportionnalité.*

Ce principe est envisagé dans une perspective de justice et d'équité, tout en tenant compte des limites éventuelles qui relèvent de la marge nationale d'appréciation.

La proportionnalité suppose la comparaison de deux échelles de gravité :

- échelle de gravité des incriminations (valeur, dommage, faute — cf. 2-2) :
- échelle de gravité des sanctions (nature, mesure, conséquences, caractère coercitif ou consensuel).

2.4. *Principe d'individualisation.*

Il concerne seulement la sanction prononcée et la sanction exécutée et marque la prise en compte de la personnalité du condamné avant et après condamnation (perspective d'une sanction évolutive).

2.5. *Principe d'humanisation.*

Il impose de respecter la dignité de la personne humaine, qu'il s'agisse des conditions nécessaires à l'application d'une sanction (pas de peine sans faute, pas de présomption de faute contre l'accusé ...); de la sanction encourue (exclusion de la peine de mort et des châtiments corporels ...) ou des modalités de la sanction exécutée (règles minima pour le traitement des détenus ...). Etant rappelé que ce respect doit être assuré à toute personne impliquée.

*

* *

La séance de clôture de ces Journées s'est tenue sous la présidence de M. Pierre Bouzat, Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, Président de l'Institut supérieur international des sciences criminelles.

CHRONIQUES

A. Chronique de jurisprudence

I. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

par André VITU

*Professeur à la Faculté de droit
et des sciences économiques de Nancy*

1. *L'amnistie par mesure individuelle et les pouvoirs du Président de la République.*

Institution apparue à la fin du XIX^e siècle, la grâce amnistiante encore appelée amnistie par mesure individuelle par les textes récents (bien que les deux choses ne soient peut-être pas totalement identiques, comme le donne à penser J. Monteil, *La grâce en droit français moderne*, 1959, n° 207), est une donnée constante des lois d'amnistie contemporaine. La dernière en date, la loi du 4 août 1981, ne s'écarte pas de cette ligne, puisqu'elle y consacre un long article 11 (certaines lois précédentes sont encore plus prolixes : v. la loi du 16 avril 1946, art. 4, 5 et 6 ; celle du 16 août 1947, art. 15 à 20 ; celle encore du 5 janv. 1951, art. 6 à 11). L'avantage de cette technique hybride de pardon est connu : par ce biais, le législateur veut étendre les effets puissants de l'amnistie à certaines personnes qui ont obtenu ou obtiendront, pour les condamnations qui les ont frappées ou les frapperont, un décret de grâce dans un délai déterminé par la loi et généralement bref (six mois dans un décret-loi du 11 juillet 1939 ; plus généralement un an). De cette façon, l'anonymat et l'automatisme de l'amnistie font place à la technique individualisatrice de la grâce ; en revanche, l'efficacité réduite du décret de grâce classique est remplacée par l'effacement complet de l'infraction et de la condamnation, apporté par l'amnistie.

L'autorité qui l'accorde a changé au fil du temps. Dans les textes qui se sont succédé jusques et y compris la loi du 26 décembre 1931 (art. 6), la grâce amnistiante était octroyée par le Président de la République, puisqu'on liait le bénéfice de cette mesure à l'obtention

d'un décret de grâce du chef de l'Etat (ainsi, la loi de 1931 parle expressément d'un « décret de grâce ». La terminologie allait changer avec la loi du 13 juillet 1933 (art. 3) et l'on voit apparaître l'expression « admission, par décret, au bénéfice de l'amnistie », qui persiste jusque dans l'actuelle loi de 1981. Cette modification, apparemment mineure, allait révéler toute son importance, d'abord avec la Constitution de 1946, qui confiait le pouvoir réglementaire au président du Conseil, puis avec celle de 1958, qui maintient ce pouvoir entre les mains du Premier ministre. En conséquence, à partir de 1947, les amnisties par décret ne furent plus l'œuvre du Président de la République, comme autrefois, mais du chef du Gouvernement. Mais voici qu'à nouveau les choses se sont modifiées, à partir de 1964, puisque les lois votées depuis cette date ont expressément rendu au Président de la République le pouvoir d'user de la grâce amnistiant (« Le Président de la République peut admettre par décret au bénéfice de l'amnistie des personnes... », lit-on, par exemple, dans la loi de 1981).

Le changement d'attribution opéré à partir de 1946 avait des effets de tout premier plan : un décret signé par le Premier ministre, comme autrefois par le président du Conseil, peut être attaqué pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (C.E., 10 fév. 1950, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 90 ; 24 nov. 1961, *Rev. dr. public*, 1962.339, concl. Heumann, *Actualité juridique* 1962.18, note Galabert et Gento ; 22 nov. 1963, *Rev. dr. public*, 1964.692, concl. Henry, D., 1964.61, note Cl. Debbasch) ; d'autre part sa légalité peut être appréciée par les juridictions répressives, quand on invoque devant elles le décret pour faire échec à l'exercice de l'action publique (Crim., 14 nov. 1963, *Bull. crim.*, n° 322, D., 1964.265, note Cl. D.).

Qu'en est-il depuis 1964 ? Le retour de la décision individualisatrice qu'est la grâce amnistiant entre les mains du Président de la République a-t-il maintenu le Conseil d'Etat dans son droit de statuer sur les recours en excès de pouvoir formés contre les décrets accordant l'amnistie ? La haute juridiction administrative ne l'a pas pensé. Dans un arrêt *Legrand*, rendu le 31 janvier 1986 (D., 1986.468, note J. Y. Plouvin), le Conseil d'Etat rejette le recours pour excès de pouvoir porté devant lui contre un décret par lequel, en application de l'article 11 de la loi du 4 août 1981, le Président de la République avait accordé à un solliciteur le bénéfice de l'amnistie. Par cet arrêt, la juridiction administrative rattache les décrets portant amnistie aux décrets de grâce « classiques », ceux par lesquels le chef de l'Etat octroie des dispenses, des réductions ou des commutations de peine à des condamnés, et pour lesquels, déjà, elle considérait n'avoir aucune compétence pour accueillir et juger des recours pour excès de pouvoir (C.E., 16 mai 1890, *de Continguy*, S., 1892.3.106 ; 30 juin 1893, *Gugel*, S., 1895.3.41, note M. Hauriou ; 28 mars 1947, *Gombert*, S., 1947.3.89, concl. Celier, *Rev. dr. public*, 1948.95, note M. Waline, *cette Revue*, 1948.75, obs. J. Magnol). Cependant, dans le cas *Legrand*, l'arrêt rendu présente des particularités de fait et de droit qui invitent à lui accorder quelque attention ; l'exposé des données de l'affaire en fera ressortir l'originalité.

Pour diverses fautes professionnelles, un sieur T... avait été radié le 30 mai 1983, de l'Ordre des géomètres-experts. Désireux de se faire réintégrer dans cette profession qui venait de le rejeter, T... avait utilisé cumulativement les deux voies qui s'offraient devant lui. Il s'étaient d'abord pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat contre la décision qui venait de le frapper. Il avait d'autre part essayé de faire jouer à son profit les dispositions de la loi d'amnistie du 4 août 1981, les faits qu'il avait commis étant antérieurs à la date-butoir du 22 mai 1981 qui servait de frontière au domaine d'application de cette loi dans le temps.

Mais, sur ce second terrain, les choses étaient plus compliquées car, en son article 13 (al. 3), la loi de 1981 exclut de ses prévisions les fautes « passibles » (*sic*) de sanctions disciplinaires ou professionnelles, lorsqu'elles constituent des manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur, ce qui était le cas de T... Pourtant, même sur ce terrain, une porte restait ouverte : solliciter du Président de la République un décret de grâce l'admettant au bénéfice de l'amnistie (même alinéa 3), et à la condition d'agir dans l'année de la publication de la loi de 1981 ou (ce qui était seul praticable pour T..., vu la date de son exclusion de la profession) dans l'année de la décision définitive. C'est pourquoi, sans attendre que le Conseil d'Etat eût statué sur son recours (celui-ci devait rendre son arrêt le 7 décembre 1984 seulement), T... avait fait les démarches nécessaires

et avait vu ses efforts couronnés de succès : le Président de la République lui accordait le bénéfice de l'amnistie par un décret daté du 10 mai 1984.

L'histoire aurait pu s'arrêter là et la présente chronique n'aurait jamais vu le jour si un sieur Legrand, arguant d'un prétendu détournement de pouvoir, n'avait intenté un recours en annulation du décret devant le Conseil d'Etat. Le requérant avait-il un intérêt suffisant à agir ? Appartenait-il à une catégorie de personnes nettement déterminées pour être admises à attaquer les actes les concernant, ainsi que l'exige la jurisprudence de la haute juridiction administrative depuis, notamment, le célèbre arrêt *Casanova* (C.E., 29 mars 1901, *Rec. Cons. d'Etat* 333, S., 1901.3.73, note M. Hauriou ; M. Long, P. Weil et G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8^e éd., p. 35 et s.) ? Peut-être était-ce le cas, s'il était lui-même géomètre-expert, directement intéressé à ne pas voir revenir dans la profession une personne de peu d'honorabilité. Le Conseil d'Etat n'a pas voulu examiner ce point, à propos duquel, d'ailleurs, l'arrêt, tel que publié dans le *Recueil Dalloz*, est muet. Il était nécessaire, cependant, d'insister un instant sur cette particularité de l'arrêt *Legrand*, particularité qui le sépare des trois autres arrêts rendus en matière de grâce par le Conseil d'Etat en 1890, 1893 et 1947 précités, dans lesquels les requérants étaient ceux-là même que les décrets de grâce concernaient directement.

Il importe d'autre part de s'arrêter sur les motifs donnés par le Conseil d'Etat à l'appui de ses différentes décisions de rejet des recours formés contre les décrets de grâce du Président de la République. Dans l'arrêt de 1890, il déclarait que « les questions que soulève le pourvoi ... ne sont pas de nature à être portés devant la juridiction contentieuse », et la formule est reprise, peu changée, par l'arrêt de 1893 : « les actes accomplis par le chef de l'Etat dans l'exercice du droit de grâce ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ».

Les choses changent avec l'arrêt *Gombert*. En 1947, le Conseil d'Etat rattache expressément l'acte de grâce à l'exercice du pouvoir judiciaire : « Les décisions que le chef de l'Etat est appelé à prendre dans l'exercice du droit de grâce dont dépend l'exécution des peines infligées par des juridictions de l'ordre judiciaire ne peuvent pas être regardées comme des actes émanant d'une autorité administrative ; dès lors le décret [de grâce] ... n'est pas au nombre des actes dont le contrôle relève du Conseil d'Etat ». Mais, à nouveau, le climat se modifie avec l'arrêt de 1986 : « L'appréciation à laquelle se livre le Président de la République, lorsqu'il décide d'accorder le bénéfice de l'amnistie, ne saurait être utilement discutée devant le juge de l'excès de pouvoir ».

Comment expliquer ces changements de formulation ? On a voulu voir dans les considérants des arrêts de 1890 et 1893 des expressions de la théorie des actes de Gouvernement (M. Hauriou, note préc.). Soit. Mais, si l'explication pouvait se justifier à la fin du XIX^e siècle, elle ne pourrait plus être retenue en 1986, pour expliquer l'arrêt *Legrand*, alors que la notion d'acte de Gouvernement est allée se rétrécissant et se limite maintenant aux seuls actes qui ont trait aux relations internationales et aux relations du Gouvernement avec le Parlement. L'explication est ailleurs.

Le droit de grâce est d'essence régaliennne (encore que cette justification soit refusée par l'auteur d'une étude très documentée et particulièrement attachante, M. X. Prétot, *Le pouvoir de faire grâce*, *Rev. dr. public*, 1983, 1545 et s.). Autrement dit, il s'agit d'une prérogative conférée à l'autorité suprême, le Chef de l'Etat, prérogative qu'il ne peut d'ailleurs déléguer à personne, explicitement ou indirectement, et qu'il exerce, soit à l'égard des condamnés qui sollicitent la réduction ou la commutation de leurs peines, soit par la voie des décrets d'admission au bénéfice d'une amnistie. Dans le premier cas, le Président de la République agit dans le domaine de l'exécution des peines ; lui, l'autorité suprême, il intervient en qualité de collaborateur du pouvoir judiciaire pour apporter, par la voie du pardon dont il est l'un des dispensateurs, sa contribution à l'individualisation des sanctions pénales en cours d'exécution. Il en va différemment dans l'hypothèse des décrets portant amnistie : le Président de la République agit alors de concert avec le législateur dans l'œuvre d'apaisement social ou politique que réalise toute loi d'amnistie : en ce cas, son œuvre individualisatrice de pardon corrige ce qu'a d'abstrait ou même d'aveugle l'œuvre d'indulgence du Parlement.

De là dérivent des explications différentes pour justifier que, dans l'un et l'autre cas, un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret de grâce ne puisse être porté

Inefficace, donc, s'est révélé le parallèle tenté entre l'article L. 630-1 du Code de la Santé publique et l'article 19 de l'Ordonnance de 1945. En serait-il de même pour le second rapprochement, avec l'interdiction de séjour cette fois ?

2^e Cette seconde sorte de lien transparaît dans le visa des textes invoqués par le moyen de cassation (« Sur le moyen unique de cassation, pris de la *violation de l'article 44 du Code pénal*, 593 du Code de procédure pénale ... »). Et l'on voit assez bien le fil du raisonnement qu'on pouvait suivre à cet égard.

Jusqu'à la loi du 11 juillet 1975, en effet, et dans le silence de l'ancien article 44, le prononcé de l'interdiction de séjour était laissé à la libre appréciation de la juridiction correctionnelle, qui n'était nullement tenue de motiver son choix (Crim., 9 mai, 29 mai et 5 juin 1956, *Bull. crim.*, n^{os} 350, 405 et 428). Or, s'inspirant d'une autre conception de l'interdiction de séjour, qu'elle a voulu soustraire au pouvoir discrétionnaire du juge, la loi de 1975 a modifié l'article 44 du Code pénal et imposé expressément que le prononcé de la mesure prenne corps dans une décision « spéciale et motivée ». Ceci étant, qu'est-ce donc que l'interdiction du territoire français, dont l'article 630-1 du Code de la Santé publique a fait une arme contre les étrangers utilisateurs ou trafiquants de stupéfiants, sinon une interdiction de séjour généralisée, englobant la totalité du territoire français, au lieu d'être limitée à quelques localités ? Cette parenté de nature devrait donc conduire à étendre, de l'interdiction de séjour à l'interdiction du territoire, l'exigence d'une décision motivée, que la loi n'a écrite que pour la première seulement. L'extension de cette exigence procédurale n'aurait d'ailleurs rien de choquant, puisqu'il s'agirait d'une interprétation analogique pratiquée en faveur du délinquant et pour une meilleure protection de sa liberté individuelle.

L'auteur du pourvoi a-t-il développé cette argumentation devant la Chambre criminelle ? Le commentateur de l'arrêt du 17 juillet 1986 l'ignore, mais la fragilité du raisonnement est plus qu'évidente. Beaucoup plus qu'un argument de similitude, c'est un *a contrario* qui ressort des libellés différents des articles 44 du Code pénal et L. 630-1 du Code de la Santé publique : au premier cas, une décision spéciale et motivée est indispensable, mais rien de tel n'est prévu dans le second cas. Pour l'interdiction du territoire, c'est bien plutôt le droit commun de la totale liberté d'appréciation qui l'emporte, et dont on a vu, ci-dessus, quelques exemples parmi d'autres : là où le texte légal n'oblige pas expressément à une motivation particulière, la Chambre criminelle ni les juridictions inférieures ne sauraient ajouter une exigence de cet ordre.

Il convient donc d'approuver sans réserve la Cour de cassation d'avoir évité les pièges de ces rapprochements fallacieux que le pourvoi lui suggérait. Pour le demandeur, quelle que fût sa situation particulière en France et son intégration plus ou moins profonde à la société française, l'interdiction du territoire une fois prononcée devait entraîner automatiquement sa reconduite à la frontière, c'est-à-dire l'application de cette mesure dont on retrouve des traces historiques très anciennes et jusque dans la Bible, qui en parle en son premier livre. On y lit en effet qu'Abraham était entré en Egypte en faisant croire que Sarah, sa femme, était seulement sa sœur ; trompé par cette affirmation, le pharaon avait pris Sarah pour épouse, mais, apprenant ensuite l'exacte réalité, il expulsa Abraham et Sarah : « Voilà ta femme, prends-la et va-t-en ; et Pharaon le remit à ses gens qui le reconduisirent à la frontière, lui, sa femme et tout ce qu'il possédait » (Genèse, Chap. 12, versets 19 et 20).

II. — INFRACTIONS CONTRE LA CHOSE PUBLIQUE

par J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE

*Professeur à la Faculté de droit,
des sciences sociales et politiques de l'Université Bordeaux I,
Directeur de l'Institut de sciences criminelles*

Etrangers. Contrôle d'identité. Circulation routière. Entrave (Délits d'-). Flagrant délit. Cinémomètre. Légalité. Constitutionnalité.

1. *Le contrôle de l'immigration clandestine deviendrait-il possible ?*

Dans le cadre du contrôle de l'immigration clandestine, mérite de retenir l'attention l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 13 janvier 1986 (*Bull. crim.*, n° 19, aff. *Venathathan*). En rejetant le pourvoi dirigé contre une décision de la Cour de Versailles qui avait condamné un sujet de nationalité mauricienne à deux mois d'emprisonnement avec sursis et ordonné sa reconduite à la frontière, il ne peut passer inaperçu au sein d'une jurisprudence qui, jusque-là, semblait conduire à la paralysie du contrôle de l'immigration clandestine (cf. notre chronique, cette *Revue*, 1986.95).

Comme dans bien des affaires précédentes, c'est à l'occasion d'un contrôle d'identité que la situation irrégulière de la personne interpellée au regard de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France était apparue ; et une fois de plus (cf. les affaires *Kandé*, *Bogdan*, *Vuckovic* analysées dans la *Chron. préc.*), pour se soustraire à la mesure de reconduite à la frontière, le prévenu invoquait d'une part la nullité de l'opération de contrôle d'identité qui avait révélé sa qualité d'étranger et le caractère illicite de son séjour en territoire français (violations des art. 78-2 et 78-3, C. proc. pén.), d'autre part la nullité de la saisie de son passeport qui n'avait pas été effectuée dans le respect des règles relatives à l'enquête préliminaire — double cause de nullité qui devait infecter, selon le requérant, toute la procédure subséquente.

Sur l'un et l'autre de ces deux points, la Cour de cassation approuve les juges du fait d'avoir conclu à la validité de la procédure suivie.

I. — Sur le premier point, la Chambre criminelle affirme la régularité du contrôle d'identité effectué, au regard des dispositions de l'article 78-2, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale et qui autorise celui-ci lorsque se rencontre « un indice faisant présumer » que la personne interpellée « se prépare à commettre un crime ou un délit ».

Un tel indice avait été relevé par les juges du fait ; il résultait du « manège » observé pendant plus d'une demi-heure, à la nuit tombante, par des gardiens de la paix « en patrouille régulière », de trois individus (dont le prévenu) se tenant sans raison apparente sur un parking et s'approchant à certains moments de véhicules en stationnement — attitude qui pouvait être interprétée comme manifestant l'intention de commettre des vols (vols de véhicule ou vols « à la roulotte »).

La légalité du contrôle effectué dans ces conditions ne pouvait être critiquée et l'inobservation des formalités prévues à l'article 78-3 du Code de procédure pénale (avis donné à la personne interpellée de son droit de saisir le Procureur de la République de

l'incident et de prévenir sa famille) était sans conséquence, car celles-ci ne s'imposent que dans le cas où une procédure de vérification est engagée du fait de l'impossibilité ou du refus de l'intéressé de justifier de son identité — circonstances qui ne se rencontraient pas en l'espèce.

II. — Sur le second point, la défense soutenait qu'étant dans le cadre d'une enquête préliminaire, la saisie du passeport du prévenu ne pouvait être faite que dans le respect des règles restrictives de l'article 76 du Code de procédure pénale et prescrites à peine de nullité (mise sous scellé après assentiment exprès et écrit de l'intéressé). L'inobservation de ces formalités, constatée en l'espèce, devait entacher d'irrégularité la procédure suivie.

L'argument est rejeté par la Cour de cassation qui, partant du constat des juges du fait, relève qu'en réalité l'officier de police judiciaire, devant lequel avait été conduit le prévenu après la découverte de la situation irrégulière où il se trouvait, opérait non pas en « préliminaire » mais en flagrance du chef d'infraction à la police des étrangers ; que, dans ces conditions, en annexant le passeport au procès-verbal qu'il dressait, il ne faisait que se conformer aux dispositions de l'article 54, alinéa 2 du Code de procédure pénale qui prescrit à l'officier de police judiciaire de veiller à la conservation « de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité ». L'examen de ce passeport révélait en effet que son titulaire n'était autorisé à séjourner en France que pour une période de deux mois à compter du franchissement de la frontière ; le document prouvait, eu égard à la date de l'interpellation, que depuis plus d'un an celui-ci était en situation irrégulière ; il constituait donc, à l'évidence, une pièce à conviction qu'il importait de retenir et de joindre au dossier.

On soulignera, sur ce second point, s'agissant de la flagrance, que la solution consacrée dans cet arrêt par la Chambre criminelle pourrait être interprétée comme révélatrice d'une évolution de la notion de flagrant délit.

On sait que la jurisprudence dominante actuelle subordonne l'ouverture de l'enquête de flagrance à la présence d'indices apparents susceptibles de révéler à l'observateur, par des signes extérieurs, l'existence de l'infraction (R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, n° 1075, Cujas, 3^e éd. ; Crim., 22 janv. 1953, *J.C.P.*, 1953.II.7456, rapp. Brouhot ; D., 1953.533, note Lapp ; Crim., 30 mai 1980, D., 1981.533, note W. Jeandidier ; Crim., 21 juill. 1982, D., 1982.642, note Berr ; D. Mayer, *Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit*, D., 1980, chron. 99 ; W. Jeandidier et J. Belot, *Les grandes décisions de la jurisprudence, procédure pénale*, Thémis, P.U.F., 1986, n° 17). Solution largement approuvée mais qui encourt un double reproche : celui, d'abord, d'ajouter à la loi car cette exigence d'un indice extérieur révélateur de l'infraction n'apparaît pas à la lecture de l'article 53 du Code de procédure pénale ; celui, ensuite de ramener, en fait, à deux les cas d'infractions flagrantes alors que le texte précité en fait apparaître trois (infraction flagrante, infraction réputée flagrante, infraction assimilée à l'infraction flagrante). Disparaît en effet, en tant que cas autonome d'ouverture de l'enquête de flagrance, la première hypothèse, celle du crime ou du délit « qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre » puisqu'est exigée, en ce cas, d'après cette interprétation, l'existence d'un signe extérieur révélateur de l'infraction, condition qui, aux termes de la loi, ne concerne que la deuxième hypothèse.

Dans la présente affaire, aucun indice extérieur ne révélait, *a priori*, aux gardiens de la paix qui procédaient au contrôle d'identité la situation irrégulière de la personne interpellée au regard des règles relatives à la police des étrangers. Ne pouvait-on donc soutenir — ce que tentait de faire sans doute l'auteur du pourvoi, mais sans grande conviction semblait-il — que seule pouvait être ouverte, dans ces conditions, une enquête préliminaire ?

Le rapprochement du présent arrêt de celui rendu dans l'affaire *Friedel* (Crim., 5 janv. 1973, D., 1973.541, note Roujou de Boubée) inviterait à nuancer les solutions retenues par la jurisprudence et la doctrine dominante rappelées : bien qu'aucun indice extérieur ne la révèle, la mise en évidence d'une infraction à l'occasion d'un contrôle d'identité ou de situation (étrangers, forains, automobiliste ...) autoriserait l'ouverture d'une enquête de flagrance : l'efficacité de l'action de la police judiciaire serait sérieusement renforcée par l'affirmation claire d'un tel principe.

2. La guerre des radars.

A cette guerre des radars, deux arrêts de la Chambre criminelle semblent vouloir mettre un terme (Crim., 9 janv. 1986, deux arrêts : aff. *Garnier*, *Bull. crim.*, n° 13 ; aff. *Huc*, *Bull. crim.*, n° 14) ; mais, comme en témoigne un jugement du Tribunal de police de Cosne Cours sur Loire (24 févr. 1986, aff. *Causse*, *Gaz. Pal.*, 30 avril-1^{er} mai, p. 13) des résistances demeurent.

Au cœur du conflit est l'article R. 242-4 du Code de la route qui érige en contravention de cinquième classe le fait pour des automobilistes d'utiliser des détecteurs de cinémomètres permettant de déjouer les opérations de contrôle de vitesse : pratique révélatrice de la recherche d'un double plaisir blâmable : se moquer du gendarme et faire de la vitesse en toute impunité.

Cette guerre, on le voit à l'analyse des trois décisions commentées, revêt deux modalités : celle de la guerre totale et celle de la guerre d'usure ... Dans le premier cas ce qui est en cause est l'existence même de l'article R. 242-4 du Code de la route (I) ; dans le second on cherche à entraver l'application de ce texte dont la validité, elle, n'est pas critiquée (II).

I. — La *guerre totale* déclenchée contre cette disposition de la partie réglementaire du Code de la route apparaît clairement à travers les moyens du pourvoi développés dans l'affaire *Huc* et la thèse soutenue avec bonheur dans l'affaire *Causse*. Dans les deux cas il était demandé au juge pénal investi du pouvoir de contrôler la légalité des actes administratifs susceptibles de conditionner la répression pénale (actes administratifs dont font partie les règlements « autonomes » pris par le Gouvernement en matière de contravention et donc l'article R. 242-4 du Code de la route) de dénoncer, dans le premier cas l'*illégalité* du texte critiqué, dans le second cas son *inconstitutionnalité*.

Dans l'affaire *Huc*, l'automobiliste condamné en vertu de cette disposition du Code de la route soutenait que celle-ci était illégale : conférant à l'agent verbalisateur un pouvoir de saisie du matériel prohibé (al. 2 et 3), ce texte de nature réglementaire relevait, soutenait le prévenu, de la procédure pénale. Or cette matière des règles répressives de forme est expressément qualifiée de « législative » par l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 : seule la loi votée par le Parlement peut la régler ; en conséquence l'article R. 442-4 du Code de la route, disposition de nature réglementaire, serait insusceptible d'édicter, s'agissant de question de procédure pénale, des règles qui dérogeraient aux mesures légales édictées en matière de saisie par les articles 76 et 56 du Code de procédure pénale. Le premier de ces textes subordonne la saisie, dans le cadre de l'enquête préliminaire, à l'accord exprès et écrit du propriétaire (accord qui, en l'espèce, n'avait pas été donné par le prévenu détenteur du détecteur de radar saisi) ; quant au second, s'il autorise la saisie sans l'accord du propriétaire, il exige que l'opération soit effectuée dans le cadre d'une enquête de flagrance au sens de l'article 53 du Code de procédure pénale ce qui, par définition, suppose qu'on soit en matière de crime ou de délit passible d'une peine d'emprisonnement (situation qui ne se rencontrait pas en l'espèce puisque l'infraction poursuivie était une contravention de cinquième classe).

Le prévenu, fort de cette argumentation, avait demandé au juge du fait de constater l'illégalité de l'article R. 242-4 du Code de la route, d'annuler le procès-verbal dressé en application de ce texte et de prononcer la relaxe. N'ayant pas obtenu satisfaction — les juges du premier et du second degrés étant entrés en condamnation — il développait à nouveau la même thèse à l'appui de son pourvoi en cassation que la Chambre criminelle devait rejeter.

Que la procédure pénale dans son ensemble soit une matière législative, cela, eu égard aux termes explicites de l'article 34 de la Constitution de 1958, n'est guère douteux. Que l'on soit en matière de crime, de délit ou de contravention, l'intervention du Parlement est nécessaire : enquête policière, instruction préparatoire, jugement ne peuvent être réglés que par la loi. Mais la saisie que vise l'article R. 242-4 du Code de la route relève-t-elle de la procédure pénale ? S'agit-il d'une règle de forme ? N'est-on pas, en réalité, en présence d'une règle de fond touchant au domaine des pénalités ? Son but est d'assurer l'effectivité de l'exécution d'une peine, celle de la confiscation que l'article 464 du Code pénal (texte de nature législative) fait figurer parmi les sanctions possibles en matière

contraventionnelle (cf. pour une autre application : art. R. 36, C. pén., relatif aux saisies et confiscations des poids et mesures inexacts, du matériel des devins ...).

Or, depuis la mise en vigueur de la Constitution de 1958, incrimination et peine, en matière de contravention, ont été délégalisées : l'une et l'autre relèvent du pouvoir normatif que le Gouvernement exerce au moyen des règlements « autonomes » et que vise l'article R. 25 du Code pénal. L'article R. 242-4 du Code de la route, qui érige en contravention l'usage du détecteur de radar et en définit les sanctions parmi lesquelles figurent la saisie et la confiscation du matériel prohibé, s'insère de manière parfaitement orthodoxe dans le cadre du partage du pouvoir normatif réalisé entre le Parlement et le Gouvernement depuis 1958. Sa légalité ne saurait donc être mise en doute : c'est ce qu'a affirmé la Chambre criminelle dans l'arrêt rendu : « en matière contraventionnelle, la saisie d'objets, dont la confiscation peut être ordonnée comme le permet l'article 464 du Code pénal, relève du domaine réglementaire ».

Dans l'affaire *Causse* ce n'était plus la légalité mais l'inconstitutionnalité du texte critiqué qui était dénoncée devant le tribunal de police. Il est certain que, dans le cadre du pouvoir de contrôle des actes administratifs qui lui est reconnu, le juge pénal peut contrôler non seulement la légalité, mais aussi la constitutionnalité de ceux-ci. La jurisprudence l'a maintes fois affirmé ; la solution était entérinée et expressément consacrée par l'article 4 du projet de réforme du Code pénal de 1983 (disposition que le dernier projet, celui de Robert Badinter, a certainement le tort de ne pas reprendre).

L'argumentation développée par le prévenu s'inspirait directement de la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 1977 (D., 1978, 173, note L. Hamon et J. Léauté) qui, dans une formule que l'on rappellera, avait déclaré inconstitutionnel le projet de loi autorisant, en termes généraux, la police judiciaire à procéder à la visite des véhicules automobiles : « en raison de l'étendue des pouvoirs dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ... ».

En l'espèce il était soutenu que le même reproche pouvait être adressé aux dispositions de l'article R. 242-4 du Code de la route qui ne précise pas dans quelles conditions la découverte et la saisie des détecteurs de radar peuvent être faites. Et le tribunal de police, appelé à statuer, de faire sienne cette argumentation, d'annuler la saisie pratiquée et de prononcer la relaxe, dénonçant le caractère inconstitutionnel de ce règlement en reprenant, mot pour mot, les motifs ci-dessus rappelés et développés par le Conseil constitutionnel dans son arrêt du 12 janvier 1977.

Une triple critique peut être adressée à cette décision :

— on fera observer, *en premier lieu*, que l'imprécision des termes du projet de loi de 1976 et qui a justifié la condamnation de ce dernier ne se retrouve pas ici : constater l'usage de détecteurs de cinémomètres, pratiquer la saisie de ceux-ci en vue d'une confiscation sont des missions d'une précision évidente.

— *en second lieu* on rappellera que si l'imprécision de la règle pénale appelle condamnation c'est parce que celle-ci, en ouvrant toutes grandes les portes de l'interprétation, peut favoriser le retour, en matière pénale, à l'arbitraire judiciaire de notre ancien droit — arbitraire que le principe de la légalité des délits et des peines a eu pour but de faire disparaître —. Si cette imprécision peut être source d'inconstitutionnalité c'est par renvoi à ce principe de la légalité qui, au-delà de la valeur légale que lui confère l'article 4 du Code pénal, possède une valeur constitutionnelle du fait de son affirmation par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 — Déclaration qui fait aujourd'hui partie intégrante de la Constitution de 1958 —. Or ce principe de la légalité concerne spécifiquement la seule matière des incriminations et des peines. L'imprécision qui pourrait affecter dans la règle pénale ce qui est étranger à la définition de l'infraction et de sa sanction ne saurait être sérieusement invoquée — sauf

à dénaturer le sens de la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege* — pour conclure à la violation du principe constitutionnel de la légalité.

— En troisième lieu on soulignera que les missions confiées par l'article R. 242-4 du Code de la route à la police de la circulation sont accomplies, au-delà du texte litigieux, sur le fondement de mesures de nature législative, celles de l'article 464 du Code pénal, ainsi que la Chambre criminelle l'a rappelé dans l'affaire *Huc* analysée ci-dessus : refuser d'appliquer l'article R. 242-4 du Code de la route sous prétexte d'inconstitutionnalité reviendrait donc à refuser d'appliquer la loi ; ce que le juge pénal ne saurait faire sous peine de forfaiture (art. 127-1^o, C. pén.), alors, par ailleurs, que le contrôle de la constitutionnalité d'un texte législatif lui est interdit (cf. entre autres, Crim., 26 févr. 1974, aff. *Schiavon*, D., 1974.373, note R. Vouin).

Pour cette triple raison, nous ne saurions approuver la solution consacrée par le Tribunal de police dans cette affaire *Causse*.

II. — Désespérant de gagner la guerre totale engagée contre l'article R. 242-4 du Code de la route dont l'illégalité ou l'inconstitutionnalité ne paraissent pas devoir être consacrées, une *guerre d'usure* a été entreprise ; elle consiste à gêner, voire empêcher, la constatation de la contravention par les agents verbalisateurs en s'opposant à la visite du véhicule qui seule peut permettre d'établir la matérialité de l'infraction. Et de prétendre qu'aucun texte n'obligerait l'automobiliste contrôlé à laisser procéder à la fouille de son véhicule. Sans doute l'article L. 4 du Code de la route érige-t-il en délit le fait pour tout conducteur de refuser à se « soumettre à toutes vérifications prescrites concernant le véhicule ou la personne » ; mais d'affirmer que ce texte, inséré dans la partie législative du Code de la route, ne sanctionnerait que l'entrave apportée à la seule constatation des infractions définies par la loi et laisserait en dehors de son champ d'application la matière, de nature réglementaire, des contraventions ; et d'ajouter que, de toutes façons, les vérifications concernant le véhicule ne pourraient viser que celles portant sur le poids, l'immatriculation, l'équipement exigé pour la sécurité de la conduite (éclairage, état des pneumatiques ...).

C'est cette argumentation qu'avait développée l'automobiliste poursuivi, dans l'affaire *Garnier* : son détecteur de radar lui ayant révélé qu'il était à proximité d'un cinémomètre, il avait brusquement réduit sa vitesse ... et attiré ainsi l'attention des agents de police de la circulation routière qui l'avaient interpellé. Alors que ceux-ci avaient commencé la fouille du véhicule, le prévenu avait pris la fuite, paralysant ainsi les investigations entreprises ; et les juges du fait, saisis de poursuites fondées sur l'article L. 4 du Code de la route, étaient entrés en condamnation pour refus de se soumettre aux vérifications concernant le véhicule.

La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Rennes ; elle a estimé que l'obligation de se soumettre aux vérifications prescrites par cet article R. 4 du Code de la route devait jouer s'agissant de la recherche des détecteurs de cinémomètre dont l'usage est prohibé par l'article R. 242-4 du Code de la route.

On doit approuver sans réserve cette solution qui s'impose, sauf à interdire toute application de l'article R. 242-4 du Code de la route. Cet arrêt est à rapprocher de celui rendu dans l'affaire *Trignol* (Crim., 8 nov. 1979, J.C.P., 1980.II.19337, note J. Davia) et par lequel la Cour de cassation avait approuvé l'application de l'article L. 4 du Code de la route à l'automobiliste qui avait refusé d'ouvrir le coffre de sa voiture alors qu'il lui était demandé de le faire par des officiers de police judiciaire procédant à une enquête à la suite de l'enlèvement du baron Empain : si le refus de soumettre à vérification un véhicule tombe sous le coup de ce texte alors que les recherches entreprises sont étrangères à la matière des infractions à la circulation routière, il ne peut *a fortiori* qu'en être de même lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de constater une infraction au Code de la route : la solution consacrée par l'arrêt commenté (affaire *Garnier*), comme celle qui avait triomphé dans l'affaire *Trignol*, témoignent d'une réaction de désapprobation à l'égard de la position adoptée par le Conseil constitutionnel dans son arrêt en date du 17 janvier 1977 (cf. *supra* I, affaire *Causse*).

Guerre totale ou guerre d'usure, cette guerre des radars qui se développe sur le terrain de l'article R. 242-4 du Code de la route va-t-elle s'arrêter ? Guerre de la vitesse, guerre navrante ... car elle tue, comme les autres et sans avoir l'excuse d'une noble cause. Il serait souhaitable que la Chambre criminelle y mette un terme en développant la jurisprudence qu'elle a consacrée dans les deux arrêts commentés en date du 9 janvier 1986.

III. — INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

par Georges LEVASSEUR

Professeur honoraire à l'Université de Paris 2

1. *Homicide involontaire. Accidents de la circulation.*

I. Piéton écrasé successivement par deux véhicules.

La notion de délit impossible est-elle définitivement périmée ? L'arrêt du 16 janvier 1986 (*Bull.* n° 25, *Gaz. Pal.* 1986.1.377 note J. P. Doucet *ibidem* et obs. Vitu cette *Revue* 1986, p. 839) lui a porté un rude coup. Nous avions néanmoins essayé de montrer que cette décision était conciliable avec celle du 12 décembre 1972 (*Gaz. Pal.*, 1973.1.285 et la note, et nos obs. cette *Revue*, 1973.409, n°s 2-1), et que ce qui était vrai pour la tentative d'homicide volontaire ne l'était pas pour l'homicide volontaire lui-même puisque ce ne l'était pas pour l'homicide involontaire. L'homicide n'implique-t-il pas de priver de la vie un être humain encore vivant ?

La Chambre criminelle vient de rendre le 23 juillet 1986 (*Bull.* n° 243), sous la présidence de M. Ledoux et le rapport de M. Diemer, un arrêt qui semble remettre beaucoup de choses en question. Le sieur B. était descendu de son véhicule automobile qu'il avait rangé sur le côté droit de la route et venait d'en refermer la portière lorsqu'il fut heurté par une voiture conduite par P., arrivant en sens inverse, et déporté sur sa gauche. B. fut alors projeté contre la portière arrière gauche de son propre véhicule et renvoyé au milieu de la chaussée où il était étendu lorsque l'automobile pilotée par M., qui suivait à courte distance celle de P. lui passa sur le corps. La victime fut relevée sans vie sans que l'on puisse déterminer lequel des deux véhicules avait été la cause déterminante de la mort. P. et M. furent poursuivis et condamnés l'un et l'autre pour homicide involontaire.

Sur la foi de l'arrêt du 12 décembre 1972, M. espérait être relaxé car il n'était pas prouvé que B. ait été vivant au moment où son véhicule l'avait écrasé ; il se pourvut donc en cassation. P. au contraire s'inclina car, de toute façon, même s'il n'avait pas tué directement la victime, le décès de celle-ci était la conséquence de ses agissements (*Crim.*, 2 nov. 1967, *Bull.* n° 277 et nos obs. cette *Revue*, 1968.337 ; *Crim.*, 23 févr. 1972, *Bull.* n° 76 et nos obs. cette *Revue*, 1972.876 ; *Crim.*, 16 mars 1977, *Bull.* n° 99 et nos obs. cette *Revue*, 1977.820 ; cf. *Rép. Dalloz*, v° *Homicide*, n° 110).

Le pourvoi de M. a été rejeté. La Cour de Paris, qui avait rendu l'arrêt attaqué avait souligné qu'il était « essentiel de constater en l'espèce que P. et M. se suivaient à une très courte distance (10 à 20 mètres selon leurs aveux) et que l'accident n'a pu se réaliser que par leur action simultanée », noté d'autre part que « les deux chocs successifs des véhicules sur le corps de la victime ont eu lieu dans le même espace de temps », et conclu « qu'il existe donc une relation de causalité certaine entre les fautes commises par chacun des prévenus et le décès de la victime ».

Dans ces conditions, la Chambre criminelle a estimé que « P. et M. avaient commis chacun une faute au sens de l'article 319 du Code pénal *en participant ensemble à une*

action dangereuse, et en créant par leur imprudence un risque grave dont B. a été la victime » ; peu importait dès lors qu'il n'ait pas été possible de déterminer l'incidence directe sur la victime des actes accomplis par chacun d'eux.

C'est l'application d'une théorie élaborée depuis longtemps par la jurisprudence, laquelle considère que la participation commune à une activité dangereuse engage la responsabilité de tous les membres du groupe, quand bien même le dommage ne serait dû qu'à l'action d'un seul de ceux-ci, que les circonstances ne permettent pas d'identifier (Crim., 7 mars 1968, *Bull.*, n° 81, *Gaz. Pal.*, 1968.I.319 et nos obs. cette *Revue*, 1968.628 ; Crim., 19 mai 1978, D. 1978, *Inf. rap.* 345, obs. Roujou de Boubée, D., 1980.3, note Mme Gallia-Beauchesne ; *adde* G. Levasseur, *Rép. Dalloz*, v° *Coups et Blessures*, n° 171).

Nous ne pensons pas que le nouvel arrêt rende caduque la solution admise par celui du 12 décembre 1972. On notera que déjà le 25 janvier 1978 (*Gaz. Pal.*, 20 juill. 1978, *Somm.* et la note) la Chambre criminelle avait approuvé la condamnation de deux automobilistes qui avaient écrasé la même personne, mais cette espèce ne soulevait pas le problème examiné ici car il était établi que la victime était encore en vie lorsqu'elle avait été heurtée par le second véhicule (elle n'était décédée qu'au cours de son transfert à l'hôpital). On comprend que dans la présente espèce, la Cour d'appel (et après elle la Chambre criminelle) ait hésité à faire un sort différent aux deux automobilistes. Il convient de remarquer que la Cour de cassation n'a pas seulement souligné la simultanéité de l'action, et le peu de distance séparant les véhicules ; elle a rappelé que l'arrêt attaqué avait constaté que les deux conducteurs se rendaient d'un commun accord à un même bal et roulaient à une vitesse excessive en agglomération afin de ne point se séparer. Dans ces conditions la thèse de la participation à une action dangereuse créant un risque particulier conduisait à une solution équitable.

On remarquera que, dans l'arrêt de 1972, les deux véhicules se suivaient de près également, comme dans la quasi-totalité des cas de ce genre, mais que le lien entre les conducteurs, relevé dans la présente espèce, n'existait pas dans celle-là.

II. Action civile du conducteur blessé alors qu'il réparait sa voiture.

La Chambre Criminelle a résolu le 7 octobre 1986 (*Bull.* n° 271) sous la présidence de M. le Conseiller Bruneau et au rapport de M. Bonneau une décision particulièrement importante. La victime (le sieur R.) était un automobiliste qui, à la suite d'un éclatement de pneu, avait arrêté sa voiture à cheval sur la bande de sécurité et, alors qu'il était descendu pour remédier à la situation, avait été coincé entre l'arrière de son véhicule et l'automobile conduite par le sieur M.

M. poursuivi pour homicide involontaire fut relaxé, les juges du fond ayant justifié cette solution par la force majeure. Le véhicule de la victime (mal garé, sans triangle de sûreté, sans feux de détresse et avec des feux de position insuffisants) avait constitué pour M. un obstacle imprévisible et insurmontable.

Ce n'est pas sur ce point que la partie civile formait un pourvoi en cassation (il semble que la victime laissait une veuve et un grand nombre d'enfants), mais sur le fait que sa demande d'indemnisation fondée sur la loi du 5 juillet 1985 en suite de la relaxe prononcée avait été rejetée du fait que la victime R. devait être considérée comme conducteur du véhicule quoique descendue de celui-ci.

C'est là un problème qui a déjà fait couler beaucoup d'encre (v. en dernier lieu la note de F. Chabas, *J.C.P.*, 1986.II.20692 et les réf. cit.) et qui sort du cadre de cette chronique. C'est néanmoins un accessoire fréquent des poursuites pour homicide ou blessures involontaires. Il convenait donc de signaler cette décision de la Chambre criminelle, qui rejoint, semble-t-il, l'opinion des Chambres civiles (Civ. 2^e, 4 déc. 1985, *Bull. civ.* II, n° 186 ; Civ. 2^e, 12 févr. 1986, *Gaz. Pal.*, 10 juill. 1986, *Somm.* 16, note F. Chabas ; Civ. 2^e, 5 mars 1986, *J.C.P.*, 1986.IV.139 ; *adde* : Chabas, D. 1987 *Somm. comm.* 87 et s.).

L'arrêt attaqué considérait R. comme conducteur, du fait qu'il était affairé à la réparation de son véhicule lors de l'accident. La Chambre criminelle a affirmé au contraire que R. qui « n'était plus aux commandes de son véhicule et se trouvait à pied sur la chaussée, ne pouvait de ce fait être considéré comme un conducteur ». Pour utiliser le critère préconisé par F. Chabas, la victime n'imprimait certainement pas au moment des faits une énergie cinétique à son véhicule.

2. Blessures involontaires.

I. Responsabilité d'un membre du corps médical.

La Chambre criminelle s'est prononcée le 7 octobre 1986 (n° 84.93.325 P) sur un délicat problème de compétence d'attribution, pour statuer sur l'action civile de la victime.

Le sieur R. avait été blessé dans un accident de la circulation alors qu'il conduisait une bétailière. On l'amena au centre hospitalier le plus proche, où le chirurgien S. procéda à des réductions de fractures et à la suture d'artères abdominales. Le lendemain le patient se plaignit de douleurs dans le membre opéré, mais le chirurgien renonça à défaire le pansement dans la crainte, disait-il, d'infecter la blessure. Le jour suivant, alerté par une odeur nauséabonde, le chirurgien constata le développement d'une gangrène et fit transporter d'urgence l'opéré dans un hôpital où l'on procéda à l'amputation au tiers moyen de la cuisse.

S. avait été condamné pour blessures involontaires, non sans que trois collègues d'experts eussent donné leur avis. Il lui était principalement reproché de ne s'être enquis ni de la profession du patient ni des circonstances de l'accident, ce qui ne lui avait permis ni d'apprécier pleinement les chances d'infection ni d'administrer les antibiotiques nécessaires ; le lendemain il n'avait pas eu suffisamment d'égards aux plaintes du malade, en dépit de la fièvre que celui-ci présentait. Il y avait donc eu « carence thérapeutique » dont l'amputation avait été la conséquence directe.

Mais, sur le plan de l'action civile, l'arrêt attaqué avait estimé que la faute du chirurgien ne constituait pas une faute personnelle détachable du service, mais une erreur (due à la négligence) dans l'appréciation de la gravité de l'état du sujet, erreur commise dans l'exercice de l'activité à temps plein du chirurgien d'un établissement public. Dans ces conditions, seul le Tribunal administratif avait été jugé compétent pour statuer sur la réparation du dommage subi par la victime.

La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi, estimant que les constatations des juges du fond étaient souveraines et exemptes d'insuffisance ou de contradiction ; il n'en eut été autrement, dit-elle, que si cette faute avait été inexcusable et, par là, détachable de la fonction exercée.

Cependant, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de rejet du 26 janvier 1977 (*Bull.* n° 38), il n'avait pas été mis en doute que la juridiction répressive était compétente pour condamner à des réparations civiles un chirurgien à qui il était reproché d'avoir négligé de procéder au lavage de l'estomac d'un blessé.

Le 25 mai 1982 (*Bull.* n° 134) la Chambre criminelle a expressément attribué le caractère de faute personnelle au fait, pour un chirurgien de garde, d'avoir remis au lendemain (alors qu'il était alerté par un interne après examen au moment de l'hospitalisation) l'opération à effectuer sur une femme ayant été blessée par balle à l'abdomen.

Au contraire le 27 novembre 1984 (*Bull.* n° 369), elle a estimé, dans un arrêt de cassation, que le fait d'avoir tardé à ordonner le transfert de la patiente dans un hôpital mieux équipé, constituait une faute de service de la part du médecin-chef d'une maternité. C'est cette jurisprudence que l'arrêt attaqué avait suivi dans la présente espèce, et c'est pourquoi le pourvoi a été rejeté. On notera, au surplus, qu'il s'agissait d'un chirurgien opérant à temps plein dans un hôpital public (en 1982 le prévenu était également chef d'un service hospitalier ; en 1977 la victime était décédée sous anesthésie avant l'intervention).

II. Exercice des sports — Activités de temps libre — Réunion organisée.

Une publication récente (*Mme Nazet-Allouche*, J.C.P., 1985.I.3216) porte à notre connaissance un arrêt rendu le 4 avril 1980 (*Juridoc-Nîmes*, 1980.9.121) par la Cour d'appel de Nîmes. Celle-ci condamne pour blessures involontaires diverses personnes à l'occasion de l'effondrement des gradins d'une arène lors d'une course de taureaux.

Parmi les condamnés figurent le propriétaire des arènes et son régisseur. Au régisseur, qui connaissait le mauvais état de l'installation, il était reproché de ne pas avoir exigé de l'organisateur de la corrida qu'il limitât le nombre des spectateurs admis. Quant au

propriétaire, sa faute avait consisté à ne pas exercer une surveillance personnelle sur le matériel qu'il mettait, à titre onéreux, à la disposition des organisateurs du spectacle.

Il existait pourtant une société chargée de l'entretien de l'installation (ce qui n'a pas suffi, semble-t-il, à exonérer le propriétaire des lieux), et précisément le chef de chantier de celle-ci fut, lui aussi, poursuivi et condamné, car il lui incombait de veiller à l'exécution des réparations nécessaires.

De telles responsabilités avaient été rarement mises en cause, jusqu'à présent, à l'occasion des accidents survenus au cours de l'exercice des sports ou des activités de temps libre (v. G. Levasseur, *Rép. dr. pén. Dalloz*, v° *Homicide*, n°s 150 et s.).

III. Blessures consécutives à un incendie volontaire.

Aux termes de l'article 437 actuel du code pénal (depuis la loi du 2 févr. 1981), l'incendie volontaire d'un objet mobilier ou d'un bien immobilier appartenant à autrui entraîne la réclusion criminelle à perpétuité lorsque la destruction ou détérioration aura entraîné une *infirmité permanente*.

La Chambre criminelle a rejeté le 2 juillet 1986 (*Bull.* n° 229) le pourvoi formé par une victime partie civile contre l'arrêt qui avait rejeté l'exception d'incompétence qu'elle avait soulevée. En effet le coupable avait été déféré devant le tribunal correctionnel pour incendie de propriété immobilière d'une part (art. 435 nouv.), et coups et blessures involontaires d'autre part (art. 320), l'un et l'autre fait n'entraînant désormais que des peines d'emprisonnement en sorte que les agissements constituaient deux infractions en cumul réel.

La victime prétendait être atteinte d'une infirmité permanente, ce qui eut justifié, à raison de la qualification de l'article 437 (laquelle réalise un cumul juridique), la compétence de la Cour d'assises. Mais l'arrêt attaqué avait rejeté cette prétention en soulignant que les séquelles décrites par les experts médicaux « constituent certes une *incapacité permanente* partielle sérieuse dont le taux sera évalué ultérieurement, mais ne privant pas la victime de l'usage de son pied en sorte qu'elles ne constituent par une *infirmité* au sens de l'article 437 du Code pénal ».

Il n'y avait pas de raison en effet de considérer l'infirmité permanente de l'article 437 différemment de celle de l'article 310 actuel (lui aussi modifié par la loi du 2 févr. 1981), quoique cette qualification ne soit utilisée que pour les violences volontaires (v. G. Levasseur, *Rép. droit pén. Dalloz*, v° *Coups et Blessures*, n°s 84 et s.). En cette matière, la jurisprudence a souligné depuis longtemps la distinction entre l'infirmité permanente du code pénal et l'incapacité permanente du droit social (Crim., 10 nov. 1942, cette *Revue*, 1945.275, obs. Hugueney), de même qu'elle a affirmé depuis plus longtemps encore que la diminution de l'usage d'un membre n'équivaut pas à sa privation (Crim., 25 juill. 1935, *Bull.* n° 103).

Sur les difficultés d'application de l'expression « infirmité permanente » dans le domaine des atteintes volontaires, v. : Vitu, *Droit pénal spécial* II, n° 1750-2° ; Vouin, *Droit pénal spécial*, 5^e éd. par Mme M.L. Rassat, n° 170-2° ; Véron, *Droit pénal spécial*, 2^e éd., p. 106 ; *adde* nos obs., cette *Revue* 1981, p. 87.

Le doute était d'autant moins permis que la qualification contenue actuellement dans l'article 437 avait été instituée, en dernier alinéa de l'article 434, par la loi du 30 mai 1950. Or le texte prenait soin de préciser, à cette époque, qu'il s'agissait de « blessures ou infirmités de l'espèce définie au troisième alinéa de l'article 309 » (c'est-à-dire de l'art. 310 actuel).

Il était donc clair que l'« infirmité permanente » ne pouvait être que celle prévue à l'article 310, même si elle n'avait pas été causée volontairement par l'auteur de l'incendie, la loi se bornant ici à prendre en considération l'importance du dommage corporel subi par la victime et non l'intention de l'auteur.

3. Abstention de porter secours.

X. et Z. sont les auteurs d'un livre intitulé *Suicide, mode d'emploi ; histoire, technique, actualité*, dont la presse quotidienne a souvent eu l'occasion de parler, tant à raison du scandale que sa publication a suscité dans certains milieux, que par le nombre

impressionnant de suicides relevés dans les mois et années suivantes, décès où l'influence de l'ouvrage en question n'était pas douteuse, en particulier par sa présence au chevet de celui qui avait suivi les prescriptions détaillées qu'il contenait.

Notre droit pénal n'incrimine ni le suicide (ni *a fortiori* sa tentative), ni même (quoiqu'il ait été question de le faire à diverses reprises notamment dans l'art. 369 du projet Matter de 1934) l'incitation au suicide. Aucune poursuite pénale ne pouvait donc être engagée contre les auteurs de l'ouvrage.

Mais une action civile fut entreprise à l'encontre de l'éditeur par les époux M. à la suite du suicide de leur fille. Le 23 janvier 1985 le Tribunal de grande instance de Paris (D., 1985.418, note B. Calais) rejeta cette demande. La décision était fondée d'abord sur l'article 1 de la loi du 29 juillet 1881 proclamant la liberté de la presse et de l'imprimerie et d'autre part sur la liberté individuelle du suicidé (déjà auteur de trois tentatives précédentes et ayant fait l'objet de deux séjours en centre hospitalier spécialisé) dont les dispositions de dernière volonté semblaient révéler la volonté de prendre une décision « née du tréfonds intime et secret de sa seule personnalité ».

Cependant, le Tribunal de Paris n'avait pas manqué de souligner que, dans la cause qui lui était soumise, « à aucun moment ne s'était établi entre les auteurs et l'éditeur d'une part, et Dominique M. d'autre part, le moindre dialogue ou commencement de dialogue direct qui eut pu attirer l'attention sur un risque de mort et donc sur un état de péril imposant assistance » (l'annotateur n'avait d'ailleurs pas manqué de noter cette réserve, D., 1985.420, col. 1 ; v. d'ailleurs déjà l'allusion faite par le même auteur dans une chronique, D., 1985, Chron. 79, col. 1).

Or un tel dialogue direct était intervenu entre X. et un suicidé dans l'affaire jugé le 20 novembre 1985 par la 16^e chambre correctionnelle du Tribunal de Paris (D., 1986.369, note B. Calais) ce qui a justifié la condamnation de X. pour abstention de porter secours.

En effet Michel Y., qui avait dû renoncer à mener la vie religieuse à laquelle il aspirait, fut atteint d'une grave dépression nerveuse que son médecin traita à l'aide d'un médicament chimique. Le 11 novembre 1982, ayant lu *Suicide mode d'emploi*, il écrivit aux auteurs pour être renseigné sur les souffrances physiques entraînées par deux des procédés indiqués. X. lui répondit d'abord le 3 décembre par une lettre qui se terminait par : « En espérant que ces quelques éléments d'information vous dissuaderont de recourir à l'une ou à l'autre de ces méthodes... » ce qui était sans doute de nature à l'exonérer de la responsabilité pénale prévue à l'article 63, al. 2, C. pén.

Malheureusement, il avait dit aussi : « ces méthodes violentes de suicide comportent des risques élevés de ratage... ; nous avons effectivement choisi de privilégier l'intoxication médicamenteuse comme étant, en l'état actuel des connaissances, la plus susceptible de provoquer une mort douce ». Aussi Y. lui écrivit à nouveau le 8 janvier 1983 en lui demandant à quelle dose le médicament prescrit par son médecin sous forme de comprimés pouvait produire l'effet mortel indiqué dans l'ouvrage où l'une des « recettes » prévoyait l'emploi de ce médicament sous forme de gouttes ; il le sollicitait d'autre part d'indiquer le temps au bout duquel l'effet serait irréversible. X. eut le tort, par lettre du 28 janvier 1983, d'éclairer pleinement son lecteur sur les renseignements demandés, et sans plus déconseiller leur mise en œuvre. Le 4 mars 1983 le cadavre de Michel Y. fut découvert ainsi que le nombre de flacons vides de comprimés nécessaire à l'exécution de son fatal projet.

Son père porta plainte contre l'auteur de l'ouvrage pour défaut d'assistance à personne en danger et homicide involontaire et se constitua partie civile. Il fonda entre-temps une association de défense contre l'incitation au suicide qui, elle aussi, se constitua partie civile. X. fut renvoyé devant le Tribunal correctionnel uniquement du chef de non-assistance.

Le Tribunal a condamné X. à 10 000 F d'amende. D'une part, il y avait bien péril, car « doit être considérée en péril toute personne qui risque de perdre la vie ou de souffrir d'une grave lésion corporelle, quelle que soit l'origine dudit péril » ; en l'espèce la correspondance échangée établissait clairement l'intention suicidaire affirmée de Michel Y. ; « les termes de ces lettres étaient suffisamment explicites pour que leur destinataire ait

pu prendre conscience que Y. n'attendait qu'une réponse pour passer à l'acte, rendant ainsi le péril imminent ».

Sur l'existence d'un péril qui, d'après la Chambre criminelle, doit consister en « un danger grave, imminent, constant et nécessitant une intervention immédiate » (Crim. 31 mai 1949, D., 1949.327, *J.C.P.*, 1949.II.4995, note Magnol; Crim., 21 janv. 1954, D., 1954.224, *J.C.P.*, 1954.II.8050, note Pageaud; Crim., 17 déc. 1959, D., 1960.308, note Bouzat), voir nos observations cette *Revue*, 1978.101, n° 3 et 973, n° 3. L'intention suicidaire de Michel Y. était ici très claire et très déterminée.

D'autre part, le prévenu s'était parfaitement rendu compte de ce péril, car en recevant la seconde lettre, il « ne pouvait ignorer qu'un tel péril nécessitait une intervention immédiate de sa part », c'est-à-dire avait conscience non seulement de l'existence du péril mais de la possibilité d'un secours de sa part, secours qu'il a consciemment refusé. Quel secours ? D'abord un secours personnel, par exemple renouveler, en y insistant, le vœu de renonciation par lequel se terminait sa première lettre, d'autant plus que l'échange de correspondance manifestait une certaine confiance de Y. vis-à-vis de X. ; peut-être aussi eut-il pu alerter discrètement la famille. Ainsi le Tribunal a-t-il estimé que X. s'était « abstenu d'assumer le devoir d'humanité qui caractérise l'infraction reprochée ». Sur la possibilité psychologique d'évaluer l'éventualité d'un secours, voir nos observations cette *Revue*, 1968.630, n° 3 ; 1969.144, n° 2 ; 1970.389, n° 2 ; 1976.972, n° 3 ; 1978.101, n° 3, et les références doctrinales et jurisprudentielles citées (not. : Crim., 17 déc. 1959, D., 1960.398 ; Crim., 15 mars 1961, *Bull.* n° 162 ; Pau, 16 avr. 1956, D., 1957.153 ; Angers, 19 déc. 1963, D. 1965, *Somm.* 23 ; Paris, 18 févr. 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.I.443, obs. L. Hugueney, cette *Revue* 1964, p. 614 ; Crim., 26 nov. 1969, *Bull.* n° 317, *Gaz. Pal.*, 1970.I.92 ; Besançon, 16 déc. 1975, D., 1976.166, note Pélrier).

Quant à l'absence de risque pour soi-même ou pour les tiers (cf. sur ce point nos obs. cette *Revue*, 1976.972, n° 3) il est clair qu'elle existait bien en l'espèce.

Au contraire le Tribunal a rejeté l'action des deux parties civiles. Celle de l'association a été jugée irrecevable parce que cette dernière ne fait pas l'objet d'une habilitation particulière (art. 2-1 à 2-5, C. proc. pén.) et qu'elle justifiait d'autant moins d'un préjudice personnel que celui-ci avait surtout été subi par son fondateur. Celle des parents a été jugée mal fondée, le préjudice directement lié à l'infraction ne consistant pas dans le décès de Michel Y., mais dans le dommage subi par ledit Michel, lequel étant le principal responsable de son décès ne pouvait transmettre aucune action à ses ayants-cause (v. sur ce point le commentaire de B. Calais, dont la note recueille toute entière notre approbation ; *adde* nos obs., cette *Revue*, 1972.882, sur Crim., 16 mars 1972, *Bull.* n° 109, D., 1972.394, avec la note approfondie de J. L. Costa).

Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'action civile présente des difficultés particulières en matière d'abstention de porter secours ; voir notre rapport aux 1^{res} Journées franco-belgo-luxembourgeoises de 1951, éd. Sirey, p. 28 et plus spécialement p. 41 ; voir aussi les débats sur ce point, p. 77 et s. ; Nice, 2 novembre 1949, D., 1950.53 ; Béthune, 19 octobre 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5900, note Pageaud, obs. Hugueney, cette *Revue*, 1951.272, n° 1-II ; Crim., 18 janvier 1951, *Dr. pén.*, 1951, p. 111, obs. Hugueney, cette *Revue*, 1951.272, n° 1-I ; Crim., 16 mars 1972, *Bull.* n° 109, D., 1972.394, note Costa et nos obs., cette *Revue*, 1972.880, n° 4-II, not. p. 882 ; Crim., 20 mars 1972, *Bull.* n° 112, D., 1972.395, note Costa et nos obs., cette *Revue*, 1972.879, n° 4-II.

Ce n'est pas d'aujourd'hui non plus qu'il a été suggéré d'utiliser l'article 63, alinéa 2, pour réprimer la provocation au suicide ou l'aide au suicide (G. Levasseur, « Suicide et euthanasie au regard du droit pénal », *Lumière et Vie*, avril 1957, p. 53 ; Léauté, « Le suicide et sa prévention » dans un ouvrage collectif sur *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, éd. Cujas 1956, T. II, p. 277 ; Louis Lambert, *Traité de droit pénal spécial* 1968, p. 46 et 1045 ; Hugueney, *Rép. dr. pén.*, v° *Abstention délictueuse*, n° 35 ; de Lestang, note *J.C.P.*, 1969.II.15278 ; Doublier, « Le consentement de la victime » dans l'ouvrage collectif *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956, p. 200).

Le Tribunal correctionnel de Paris en fit usage, de façon peut-être malheureuse, dans une décision du 27 juin 1968 (*J.C.P.*, 1969.II.15278, note de Lestang et nos observations cette *Revue*, 1969.144, n° 2). On signale souvent que la Cour d'Aix le 4 octobre 1963

avait appliqué cette qualification dans un cas de quasi-suicide; une jeune femme poursuivait une cure sévère d'amaigrissement au point que son état devint critique et que l'infirme qui vivait à ses côtés fut poursuivie et condamnée pour avoir alerté trop tard l'autorité médicale; la Cour de cassation rejeta le pourvoi (Crim., 11 avr. 1964, *Bull.* n° 113); à vrai dire la victime n'avait jamais exprimé la détermination de mettre fin à ses jours, et cette détermination n'était même pas implicite.

Dans un cas où la famille pensait que le père d'un suicidé n'avait pas agi pour empêcher ce drame en dépit des mises en garde qui lui avaient été adressées, le juge d'instruction puis la Chambre d'accusation d'Angers estimèrent que les éléments de l'infraction n'étaient pas réunis et la Chambre criminelle les approuva (Crim., 23 avr. 1971, *Bull.* n° 116, et nos obs., cette *Revue*, 1972.114, n° 3); en particulier il n'apparaissait pas que le père ait mesuré le danger, ni refusé d'agir en connaissance de cause.

Dans ces conditions, le jugement rendu à l'encontre de l'un des auteurs de *Suicide mode d'emploi* constitue la première application vraiment nette de l'article 63, alinéa 2 à la matière du suicide. Elle paraît justifiée et opportune. La Cour de Paris vient d'ailleurs de confirmer le jugement du Tribunal en élevant la peine. On indiquera à ce propos que, à l'instar des auteurs du projet de réforme du Code pénal de 1934, la Commission de réforme qui a élaboré le nouveau projet avait prévu dans les articles 11321 et 11322 l'incrimination de l'aide au suicide et celle de la provocation au suicide; ces textes ne figurent plus dans le projet déposé devant le Parlement.

4. Diffamation.

I. Caractère public ou non des imputations diffamatoires.

Le sieur P. avait fait imprimer un tract contenant des allégations ou imputations diffamatoires à l'égard de X. Ce tract n'avait été distribué qu'à l'intérieur d'une entreprise, dans les vestiaires du personnel, et remis à tout membre de celui-ci sans considération de son appartenance syndicale (quoique le document émanât de la C.F.D.T.). La Cour d'Amiens avait condamné P. pour diffamation publique envers un particulier, en insistant sur le fait que le tract n'apparaissait pas confidentiel et étant « destiné à être véhiculé à l'extérieur de l'entreprise », pouvait atteindre des personnes étrangères au syndicat concerné; l'arrêt attaqué affirmait que « l'élément de publicité résulte à la fois des personnes atteintes et du lieu où elles le sont ou pourraient l'être ».

La Chambre criminelle a cassé le 13 mai 1986 (*Bull.*, n° 162) sous la présidence de M. Berthiau, cette décision qui s'écarterait notablement d'une jurisprudence bien nette. Elle a d'ailleurs jugé bon de souligner en « chapeau » qu'« il n'y a publicité légalement constatée en ce qui concerne les écrits et imprimés qu'autant qu'ils ont été vendus, distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics », semblant vouloir ainsi mettre l'accent sur la notion de lieu public, prioritairement aux autres critères également utilisés (sur ceux-ci v. Blin, Chavanne, Drago et Boinet, *Droit de la presse*, 2^e éd., fasc. 120, nos 12 et s. en ce qui concerne les écrits; Véron, *Droit pénal spécial*, 2^e éd., p. 156; *adde* nos obs., cette *Revue*, 1984.320, n° 2-II).

Elle n'a cependant pas négligé pour autant ces autres critères, puisqu'elle souligne que l'écrit litigieux a été distribué à « un groupe de personnes liées par une communauté d'intérêts », qu'il avait pour objet un problème relatif à cette communauté, et qu'il avait été diffusé dans des conditions exclusives de publicité. En déduisant cette publicité « d'une éventuelle distribution du tract à des personnes étrangères à l'entreprise », la Cour d'Amiens avait méconnu les dispositions légales visées au moyen, notamment l'article 23 de la loi sur la presse.

Peut-être est-ce la première fois, du moins depuis un demi-siècle, que la Cour de cassation affirme sa doctrine dans une affaire de distribution de tracts. Rappelons qu'elle l'a fait précédemment à propos de lettres-circulaires (Crim., 5 nov. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.859, circ. à 250 actionnaires; Crim., 18 mai 1954, *J.C.P.*, 1954.II.8292, note Chavanne, D., 1956.366, note Lemerrier, lettre au secrétaire général et aux membres d'un syndicat; Crim., 16 juill. 1958, *Bull.* n° 551, envoi aux 9 000 membres d'un groupement; Crim., 24 janv. 1967, *Bull.* n° 36, lettre circulaire aux 450 membres d'une organisation

syndicale ; Crim., 1^{er} déc. 1971, *Gaz. Pal.*, 1972.1.182 et nos obs., cette *Revue*, 1972.616, n° 5-I, lettre circulaire de mise en garde adressée aux membres d'une société à l'occasion de la convocation d'une assemblée générale ; Civ. 2^e, 29 nov. 1972, *Gaz. Pal.*, 1973.1.282 et nos obs., cette *Revue*, 1973.699, n° 7-I, lettre adressée au président national et aux présidents de chaque Chambre des Métiers ; Crim., 12 juill. 1972, *Bull.* n° 241 et nos obs., cette *Revue*, 1973.875, n° 4-II, lettre ronéotée adressée aux 94 adhérents d'un groupement d'anciens de la Résistance ; Crim., 2 juill. 1975, *Bull.* n° 175 et nos obs., cette *Revue*, 1976.428, n° 3-II-a, lettre circulaire adressée à tous les copropriétaires et au gérant d'un immeuble ; Trib. Paris, 18 déc. 1974, *Gaz. Pal.*, 1975.2.498 et note et nos obs., cette *Revue*, 1976.430, n° 3-II-b, lettre envoyée à tous les parents d'élèves d'une classe de 3^e) parfois même adressée sous pli non fermé, ou d'affichages effectués dans une entreprise à l'usage du seul personnel, et non susceptibles d'être vus et lus de l'extérieur (Crim., 8 oct. 1974, *Bull.* n° 280, et nos obs., cette *Revue*, 1975.709, n° 4-II, communication du chef d'entreprise ; Crim., 9 juill. 1982, *Bull.* n° 186, *Gaz. Pal.*, 1983.1.46, note J.-P. Doucet et nos obs., cette *Revue*, 1983.675, n° 6-II, affichage du procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise).

La Chambre criminelle exige que les juges du fond lui permettent de vérifier s'il y a eu ou non publicité (Crim., 21 févr. 1984, *Bull.* n° 65 ; Crim., 2 oct. 1985, *Bull.* n° 293 et nos obs., cette *Revue*, 1986.376, n° 7-II-b). C'est ainsi qu'il y a publicité si des tiers ont été destinataires ou touchés (Crim., 8 janv. 1960, *Bull.* n° 5 ; Crim., 22 févr. 1966, *Bull.* n° 62 ; Crim., 19 juin 1969, *Bull.* n° 208 et nos obs., cette *Revue*, 1970.101, la circulaire avait été affichée dans les escaliers de l'immeuble), ce qui, ici, était hypothétique.

Sur le cas où la diffamation résulte non d'écrits mais de propos, des règles analogues sont appliquées (Crim., 24 mai 1955, *J.C.P.*, 1955.IV.97, obs. Hugueney, cette *Revue*, 1955.686, n° 8 ; Crim., 5 nov. 1963, *J.C.P.*, 1963.IV.171 ; Trib. Paris, 21 juin 1968, *Gaz. Pal.*, 1968.2.268 et nos obs., cette *Revue*, 1969.150, n° 7-III-c ; Crim., 4 déc. 1973, *Bull.* n° 448 et nos obs., cette *Revue*, 1974.597, n° 8-I ; Crim., 27 mai 1975, *Bull.* n° 134 et nos obs., cette *Revue*, 1975.1024, n° 5-III).

II. Preuve de la vérité des faits diffamatoires.

L'ordonnance du 13 septembre 1945, modifiant l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, est venue réglementer les conditions dans lesquelles pourrait être exercée l'*exceptio veritatis* (véritable fait justificatif) étendue par l'ordonnance du 6 mai 1944, modifiant l'article 35 de la même loi, à l'hypothèse de la diffamation d'un particulier. Aux termes de cette disposition, le prévenu qui prétend se prévaloir de cette défense doit, dans les dix jours après la signification de la citation (sur ce délai, v. nos obs., cette *Revue*, 1986.852, n° 5-III sur Crim., 24 juin 1986), faire signifier au Ministère public ou au plaignant qui l'a assigné : 1° les faits dont il entend prouver la vérité, 2° la copie des pièces, 3° les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.

La Cour de Saint-Denis de la Réunion avait rejeté comme irrecevable l'*exceptio veritatis* invoquée par S. et B. par le double motif : d'une part que la signification ne comportait que le simple visa des documents devant servir de preuve et non pas la copie des pièces produites, d'autre part parce que la preuve par témoins n'ayant qu'un caractère complémentaire, il ne pouvait être question de compléter ce qui n'existait pas.

L'arrêt attaqué a été cassé. Sur le premier point la Chambre criminelle a fait observer que l'exploit de signification mentionnait qu'il avait laissé à la partie civile la copie des documents et que cet exploit faisait foi jusqu'à inscription de faux. Mais la Cour de cassation a tenu surtout à condamner, à titre surabondant, la singulière erreur commise par la Cour d'appel sur la prétendue complémentarité de la preuve par témoins. Elle a affirmé « que ces deux modes de preuve, même s'ils sont employés cumulativement, sont par leur nature distincts l'un de l'autre et n'ont aucun caractère indivisible ». Un vieil arrêt en avait déjà décidé ainsi à l'époque où la preuve n'était admise qu'à l'encontre des personnages publics (Bordeaux, 28 oct. 1886, D., 88.2.95).

Sur l'*exceptio veritatis* on pourra consulter : Blin, Chavanne, Drago et Boinet, *op. cit.*, fasc. 140, nos 56 et s. ; Boucheron, *Rép. dr. pén. Dalloz*, v° *Diffamation*, nos 392 et s., 441

et s. ; Vitu, *Droit pénal spécial* II, n° 1954, p.1580 ; Véron, *op. cit.*, p. 160 et s. ; Vouin, *Droit pénal spécial*, 5^e éd., par Mme M.-L. Rassat, n° 240. *Adde* nos obs., cette *Revue*, 1975.1023, n° 5-II ; 1978.639, n° 5-III ; 1979.336, n° 3-II ; 1982.123, n° 2-II ; 1986.612, n° 3-II-a et b.

IV. — INFRACTIONS CONTRE LES BIENS

par Pierre BOUZAT

*Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques et économiques de Rennes,
Président de l'Institut supérieur international des sciences criminelles*

1. Emission de télévision. Provocation au vol.

C'est une vérité de La Palice que certaines techniques modernes, par leur application ou leur détournement, placent les juristes devant d'importantes difficultés lorsqu'il s'agit de qualifier des faits que la loi n'a pas prévus. C'est ce qui s'est vérifié une fois de plus, pour une délicate affaire qui a été jugée le 15 avril 1986, par le tribunal correctionnel de Paris (inédit).

En novembre 1984, la revue technique *Radio Plan* envisageait de publier les schémas d'un décodeur de Canal Plus, et la société d'exploitation de la quatrième chaîne de télévision (Canal Plus), présidée par M. Rousselet, engageait une procédure en référé devant le tribunal de Paris qui aboutissait à l'interdiction de cette publication, confirmée par la cour d'appel. Mais, le 24 novembre 1984, le *Quotidien de Paris* publiait les schémas de *Radio Plan* sous le titre « Le nouveau jeu interdit du week-end : fabriquez vous-même votre appareil à décoder Canal Plus ». Sur plainte de M. Rousselet, le parquet de Paris ouvrait une information judiciaire.

A l'audience, le 18 mars 1986, le parquet et M. Jouanneau, conseil de Canal Plus, partie civile, ont longuement soutenu l'accusation en faisant référence notamment à toutes les formes modernes de vol pouvant être assimilées au cas litigieux. De son côté, M. J.-M. Varaut contesta les moyens d'accusation avec de solides arguments et obtint l'acquiescement.

A) Le premier chef d'accusation était celui de provocation au vol, par la voie de la presse. On sait que les articles 24 et 25 de la loi du 29 juillet 1881 punissent d'un à cinq ans de prison, comme un délit spécial, la provocation publique à commettre certains crimes ou délits, notamment le vol, même lorsqu'elle n'a pas été suivie d'effet (V. notre *Traité de droit pénal et de criminologie*, Ed. Dalloz 1970, n° 783, p. 760). (C'est même un des rares cas où notre droit pénal punit la provocation non suivie d'effet). Comme il s'agit d'une question de droit pénal général, nous ne l'examinerons que brièvement. M. V. a plaidé « que la provocation non suivie d'effet, pour être punissable, doit tendre à l'accomplissement d'un vol en donnant de suffisantes indications à son sujet, que les schémas parus dans *Le Quotidien de Paris*, sans les explications sur la nature des composants électroniques, la manière de les acquérir dans le commerce et de s'en servir, étaient sans effet pratique. « Des schémas sans explications ne permettent pas de fabriquer un décodeur », a-t-il dit : « C'est le type même d'un délit impossible, la poursuite est en conséquence sans fondement matériel ».

Le tribunal lui a donné tort. Comme la question était discutable, il a longuement motivé son jugement. Il a fait remarquer que « la provocation est une manœuvre consciente qui a pour but de surexciter les esprits et de créer la mentalité qui appelle à l'infraction. Il ne se trouve point exigé de lien de cause à effet entre la provocation et une infraction qui n'a pas eu lieu. Le journaliste, en l'occurrence, crée par ses propos un état d'esprit favorable à la commission du délit si celui-ci peut être caractérisé légalement. Il incite

son lecteur à fabriquer le décodeur, élément indispensable pour se procurer les émissions souhaitées. Il a souligné qu'il coûtera moins cher aux bricoleurs éclairés que l'abonnement à « Canal Plus » (d'après le chiffage établi par le tribunal, il semble qu'un décodeur en kit avoisine les 500 F, soit à peu de chose près, le montant de la caution réclamée par les vendeurs officiels, 420 F »). L'expérience préconisée est présentée sous forme d'un jeu, propre à exciter, à susciter l'accomplissement d'actes répréhensibles (« le piratage de « Canal Plus » est en passe de devenir le jeu technico-manuel de l'automne »). Les termes employés constituent une invite à cette fabrication (« Fabriquez vous-même votre appareil à décoder ». « Bon week-end ». « Gageons que dès ce week-end, les photocopieuses tourneront à plein rendement... »). « Il formule cette incitation en des expressions rassurantes, propres à faire considérer comme un exploit, comme un mérite, les agissements préconisés. Il inventorie les divers procédés qui permettent le piratage, en ne manifestant aucune réprobation à l'égard de ceux qui les utilisent : le gang des Grenoblois qui installent des prises multiples pour faire bénéficier les immeubles entiers d'un seul décodeur et donc d'un seul abonnement, le clan des Helvétès experts en exportations illicites, le réseau des cerveaux contrefacteurs de génie, le bricoleur doué est tranquilisé ; il bénéficie d'une immunité de fait ».

Il semble bien que le tribunal ait eu raison et que la provocation existait.

B) Le deuxième élément d'accusation était celui de vol. Du moment que l'on admet que la provocation existe, il faut rechercher si le vol existe. De longues argumentations, comme on pouvait le prévoir, ont été développées.

Il est bien évident que les agissements du téléspectateur indélicat se font à l'insu de la société Canal Plus, et contre son gré et qu'on ne peut considérer qu'il y a de sa part remise volontaire d'émissions décryptées.

Y a-t-il vol pour cela ?

a) Le parquet a comparé le décodeur utilisé par le fraudeur à une fausse clé qui lui permet de prendre possession, contre le gré et à l'insu de l'exploitant, d'images et de sons, dont il n'a reçu sur son poste de télévision ordinaire qu'une détention purement matérielle, et très imparfaite puisqu'ils sont brouillés. Il y aurait là l'intervention de possession constitutive du vol.

La partie civile a insisté sur le fait qu'à aucun moment, la Société Canal Plus n'avait perdu la maîtrise du signal électrique porteur de ses programmes, destinés à ses seuls abonnés, et que celui qui s'immisce dans ce groupe dont les limites peuvent être légitimement contrôlées par cet établissement le prive du contrôle de la destination de son signal. Il reçoit indûment des images et des sons qu'il peut stocker par enregistrement. La soustraction s'opérerait par l'acte matériel que constitue le branchement du décodeur pirate.

Le tribunal, suivant les conclusions de M. V. a estimé de son côté, que l'analyse classique de la soustraction, telle qu'elle se dégage de l'examen de la jurisprudence, suppose que le propriétaire soit privé, ne serait-ce que pour un court instant, de la maîtrise de l'objet sur lequel porte son droit de propriété ». C'est ce que nous avons exposé dans des dizaines de chroniques parues depuis quelque quarante ans.

Le tribunal a estimé après M. V. que cette condition n'est pas réalisée dans l'affaire. Il répond à M. J. qui avait déclaré, comme nous l'avons dit *supra*, que « Canal Plus » perd la maîtrise du signal au moment où il est capté par des gens qui n'ont aucun droit sur lui », qu'en réalité « Canal Plus » conserve la maîtrise de ses programmes ; cette chaîne a toujours le pouvoir d'émettre en clair ou en langage codé. Ses abonnés reçoivent toujours les émissions dans les conditions de leur abonnement. Ils ne sont à aucun moment dépouillés des images et des sons qu'ils ont payés et qui leur sont transmis ». Cet argument du tribunal nous paraît bien fondé.

b) En passant, le tribunal fait remarquer que d'après la jurisprudence classique, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice pour qu'un vol soit reconnu. Il ajoute qu'en l'occurrence, ce préjudice n'existe pas. « Canal Plus » ne s'appauvrit pas. Il peut seulement faire état d'un manque à gagner résultant de ce que par hypothèse le pirate ne s'abonne pas ».

On pourrait contester cet argument et dire que le manque à gagner constitue un préjudice. N'insistons pas sur ce point qui nous paraît secondaire et qui aurait pu être écarté.

c) Nous arrivons à ce qui nous paraît le problème probablement le plus important. Le Ministère public et la partie civile avaient souligné que le tribunal ne doit pas se préoccuper de la nature scientifique de la chose, en fait toujours considérée par la Cour de cassation comme indifférente. Il doit seulement tenir compte de la richesse marchande que constitue l'onde radioélectrique. Il est certain que l'électricité est une richesse, elle est mesurable par des appareils adéquats. Et tout étudiant de licence sait que, repoussant l'interprétation restrictive des lois pénales sur ce point, les juges ont appliqué aux soustractions d'énergie électrique les peines du vol, encore que le vol suppose l'appréhension illicite d'un objet et que l'électricité ne soit pas un objet matériel, et était, au surplus, inconnue du législateur de 1810 (v. notre *Traité de droit pénal et de criminologie*, éd. Dalloz, 1970, n° 89, p. 153).

Le tribunal répond que « l'onde radioélectrique, à l'heure actuelle, n'est pas, mesurable par des appareils appropriés même si on peut supposer que dans l'avenir les postes de télévision pourront être pourvus d'un compteur, et qu'il sera possible de parler du « vol d'un temps machine » comme le suggèrent certains juristes. L'électricité passe de la possession du fabricant en celle du client, par une transmission qui peut être constatée. La conduction matérielle dans le cas de la télévision, n'a pas lieu. Ces différences doivent être soulignées dès lors qu'on se trouve en présence de l'application d'un texte pénal, toujours considéré restrictivement.

Evidemment, on peut contester cet argument du tribunal et penser comme l'ont déclaré le Ministère public et la partie civile que l'onde radioélectrique est une richesse comme une autre. Nous estimons pour notre part que c'est pousser un peu trop loin le raisonnement par analogie. Mais le tribunal a eu en la matière un argument décisif. Il l'a déclaré : « Mais surtout, le signal électrique n'est que le support de transmission de l'objet volé, lequel est en fait le programme destiné aux seuls abonnés. L'objet de la captation est le programme, c'est-à-dire un ensemble d'images et de sons incorporés dans des signaux destinés à être distribués. Ceux-ci sont certes produits par des impulsions électriques, ce qui a amené la partie civile à procéder par voie d'analogie avec le vol d'électricité, et s'il est vrai comme le souligne le Ministère public qu'une émission de télévision constitue une richesse économique qui, dans le cas de la 4^e chaîne de télévision cryptée, se trouve rémunérée par le péage, il n'en reste pas moins qu'un programme de télévision doit s'analyser juridiquement en une prestation de services. C'est cette conception qu'a retenue la Cour de Justice des Communautés Européennes dans son arrêt *Giuseppe Sacchi* du 30 avril 1979 (Recueil de la jurisprudence de la Cour, p. 409).

Le fraudeur cherche à obtenir indûment une prestation de services auxquels lui donnerait droit un abonnement. Le droit pénal français ne connaît pas le vol de services. Il n'admet d'ailleurs pas non plus qu'une escroquerie puisse porter sur le service lui-même ». Il est bien connu « que la chose doit être un bien, matériel ou immatériel, et que ce bien doit être de nature mobilière » (V. Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, Ed. Cujas, 1982, n° 2213, p. 1801). Là encore l'interprétation restrictive de droit pénal ne permet pas d'admettre « qu'une prestation de services que constitue un programme de télévision rentre dans la catégorie des choses visées par l'article 379 du code pénal ». Le tribunal l'affirme avec force et nous le pensons avec raison.

La partie civile aurait bien voulu transposer dans l'affaire examinée la jurisprudence sur le vol par photocopie de documents. Nous avons exposé en effet dans cette chronique un arrêt de la Chambre criminelle du 8 janvier 1979 (V. cette *Revue* 1979, p. 571) qui déclare que : « se rend coupable de vol le préposé qui, détenant matériellement certains documents appartenant à son employeur, prend à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire, des photocopies desdits documents appréhendant ceux-ci frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction ». Et nous avons dit à ce propos que cet arrêt confirmait une jurisprudence bien établie maintenant qui a consacré ce que l'on appelle la « conception juridique extensive » du vol. Mais, comme l'a fait remarquer avec vigueur M. Varaut, si l'on peut approuver l'arrêt de la Chambre criminelle de 1979 et donc consacrer la notion de vol par photocopie c'est parce que, dans cette nouvelle forme de vol, il y a bien une appréhension frauduleuse d'un objet matériel

pendant le temps nécessaire à sa reproduction et à sa conservation sur un nouveau corpus. Ce qui n'est pas le cas en matière de conseil de décodage.

Nous pensons que dans l'état actuel du droit le tribunal a bien jugé. Nous ignorons si appel a été porté. De toute façon on peut se demander s'il sera utile de prévoir une modification législative. Avec tous les problèmes de bricolage que posent le développement de la radio et de la télévision, on risque d'être entraîné bien loin¹.

2. *Abus de confiance.*

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 10 février 1986 (*Gaz. Pal.*, 27 sept. 1986, *Somm.* p. 14, note J.-P. Doucet), a jugé que « Si la preuve d'un déficit d'exploitation d'un fonds de commerce dont la gestion a été confiée à un mandataire ne suffit pas à elle seule pour caractériser un abus de confiance, il n'en est pas de même lorsque les juges retiennent souverainement que ce déficit résulte des agissements frauduleux de ce mandataire ». Cette décision appelle les brèves observations suivantes. On sait que d'après l'article 408 du Code pénal, pour qu'il y ait abus de confiance, il faut qu'il y ait eu : a) l'existence d'un contrat énuméré limitativement par le code, emportant remise d'une chose à charge de restitution. C'était bien le cas dans l'espèce puisqu'il s'agissait de la rupture d'un mandat ; b) la commission d'un acte de dissipation ou de détournement. La preuve de cette commission est parfois délicate et, pour éviter tout abus, les juges doivent normalement caractériser un acte précis de détournement à la charge du prévenu. La preuve du détournement est délicate lorsqu'il s'agit d'un prévenu qui est commerçant et qu'on lui reproche d'avoir accumulé un déficit de gestion tel que les fonds de roulement qui lui avaient été confiés sont devenus irrécupérables. Comme le note fort bien notre collègue Doucet, dans ce cas, en effet, ce qu'il faut apprécier, c'est moins un acte précis qu'une conduite globale.

En l'espèce la Cour suprême a jugé que les juges du fait avaient bien justifié la condamnation par le fait que les gérants d'une succursale, auxquels était reproché un déficit de gestion de près de 60 000 francs, avaient d'une part fait une avance de 40 000 francs à un de leurs parents et avaient d'autre part remis, quoique leur contrat le leur interdisait, pour environ 20 000 francs de marchandises à crédit à leurs clients.

3. *Escroquerie.*

C'est presque tous les jours que les médias nous parlent, hélas, des sectes auxquelles on reproche des faits plus ou moins frauduleux et les plaintes pour escroquerie, en France et plus encore à l'étranger, sont nombreuses. Aux Etats-Unis, notamment, des sommes colossales auraient été dans certains cas escroquées aux « fidèles, au profit de soi-disant « prophètes » vivant dans le grand luxe. C'est une affaire de secte assez curieuse qu'à jugée la Cour de Basse-Terre, le 8 octobre 1985 (*Gaz. Pal.*, 2-4 févr. 1986, *Jp.* p. 17, note J. P. Doucet).

a) *Fausse qualité.* Il était d'abord reproché au prévenu d'avoir pris la fausse qualité de prophète et « d'envoyé de Dieu ». On sait, comme l'a très bien mis en valeur notre collègue Vitu (V. Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, Ed. Cujas, 1982, n° 2322), qu'« il est très délicat d'établir ce qu'est la fausse qualité au sens de l'article 405 du Code pénal. On peut hésiter entre divers points de vue qui ne conduisent pas du tout aux mêmes résultats ». Une conception restrictive (Garçon, *Code pénal annoté*, 1^{re} éd., art. 405, n° 75) propose la définition suivante : « La qualité d'une personne résulte de son état civil, de ses titres honorifiques, de sa profession ; et la fausse qualité consiste à s'attribuer un faux état, de faux titres, une fausse profession ». Une conception extensive (Garraud, *Traité de droit pénal*, 3^e éd., T. VI, p. 324, n° 2544) propose cette autre définition : « La qualité d'une personne, c'est la condition ou le rang que cette personne occupe dans la société :

1. Le problème soulevé dans cette chronique a été étudié d'une manière générale au VIII^e congrès de l'Association de droit pénal : « Les émissions et captations illicites de programmes radiodiffusés et télévisés », par M. Bertrand Delcros, ancien sous-directeur des marchés et affaires juridiques de Télédiffusion de France (T.D.F.), et M. Jacques Francillon, Professeur à la Faculté de droit de Grenoble (Ce très intéressant rapport vient d'être publié dans un livre rapportant les travaux du Congrès).

elle résulte de la nationalité, de l'état civil, de la profession, de la famille, des rapports juridiques avec les tiers ».

La jurisprudence, toujours prudente, n'a consacré formellement aucune de ces deux conceptions ; mais (surtout dans ces dernières années) elle semblerait pencher pour la conception extensive et vouloir sanctionner suivant l'heureuse formule de J. P. Doucet, dans sa note précitée : « l'affirmation mensongère d'une qualité personnelle, présentée comme une circonstance objective faisant logiquement de l'intéressé un individu digne de confiance ». La Cour de Basse-Terre semble plutôt avoir été influencée par la conception restrictive puisqu'elle déclare : « Mais il n'appartient pas à la juridiction séculière de s'immiscer dans le domaine religieux, et de rechercher si un prévenu est ou non prophète et envoyé de Dieu. En l'espèce la Cour ne peut que se borner à constater que le prévenu, se disant adepte de la religion mormonne dans sa pureté originelle, a fondé en Guadeloupe l'Eglise de la Dispensation antillaise, distincte de l'Eglise Mormonne officielle, et qu'il apparaît ainsi comme chef et comme le président d'une petite communauté religieuse, communauté qualifiée par ses adversaires de « secte dissidente ». Il n'est d'ailleurs pas démontré que ce soit de mauvaise foi qu'il se soit paré du titre de prophète ». On comprend sa prudence si l'on se rappelle que des fondateurs de religion qui ont connu par la suite de grands succès n'ont été considérés par beaucoup, à leur début, que comme des marginaux plus ou moins illuminés.

b) Manœuvres frauduleuses. Alors que dans beaucoup de sectes de nombreuses femmes de la communauté ont été la maîtresse du chef, dans l'affaire ici commentée les relations sexuelles avaient eu lieu avec le fils du « prophète ». Après cette initiation un peu spéciale, ledit fils les avait présentées à son père, et c'est seulement à partir de ce moment qu'elles ont adhéré à l'église fondée par ce dernier. L'arrêt déclare que si ledit fils « semble bien avoir ainsi joué le rôle de « sergent recruteur », en revanche son intervention paraît bien s'être limitée à cet objectif ». La Cour déclare que la notion de manœuvre frauduleuse n'est pas constituée. Il semble qu'elle ait eu raison car, comme nous l'avons dit *supra*, s'il s'agissait d'une initiation un peu spéciale, on ne peut pas aller jusqu'à dire qu'elle constituait une manœuvre frauduleuse.

c) Remise de fonds. Cet élément manquait dans l'affaire et c'est probablement la raison principale qui a poussé les juges à l'acquittement. En effet, la Cour déclare qu'il n'a jamais été allégué que les manœuvres du fils aient eu pour effet une quelconque remise de fonds, et que « si l'une des femmes reconnaît avoir joué le rôle de « témoin du prophète » en confirmant les dons surnaturels du prévenu il n'apparaît pas davantage que cette deuxième intervention ait eu une incidence sur les remises de fonds ».

Certains regretteront peut-être qu'un acquittement ait conclu cette étrange affaire, mais il semble qu'il était inévitable. On ne pouvait tout de même guère retenir une escroquerie aux relations sexuelles.

4. Les surprises du vol et du recel.

Comme on le sait en droit pénal la loi et la morale ne coïncident pas toujours. Témoin cette affaire qui s'est déroulée au début de l'année 1986, dans une localité du Morbihan ;

S. subtilisa les économies du grand-père de son épouse et décida ensuite d'en faire profiter son frère Joël, artisan. Le vol ayant été vite découvert et élucidé, les deux frères se retrouvent au parquet de Lorient. Seulement il existe dans le code un certain article 380 bien connu, qui stipule dans son paragraphe 2^o et 3^o (réd. Loi 2 août 1950) que « ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles les soustractions commises par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres descendants, par des pères ou mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants ; par des alliés aux mêmes degrés, à condition que les soustractions soient commises pendant la durée du mariage ... ». Et c'est pourquoi, M. S., mari de la petite-fille du septuagénaire détesté, s'est retrouvé libre, selon les propres dispositions du Code pénal. En revanche, son frère inculpé seulement de recel a été incarcéré car l'article 380, dans son dernier alinéa (réd. L. 22 mai 1915), dispose : « A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de recel ... ».

Ce « sort » contrasté des deux délinquants a quelque peu troublé l'opinion locale pour laquelle l'infraction de recel apparaît moins grave que celle du vol, d'autant que, comble de l'ironie, le voleur M. S. avait dissipé le fruit de son larcin dans les boîtes de nuit et restaurants en compagnie de sa femme tandis que son frère, en homme prévoyant, avait utilisé le magot mal acquis pour acheter du matériel lui permettant de mieux exercer son artisanat. Des voix malignes n'ont pas manqué de dire : Voilà l'effet du laxisme actuel ! Espérons qu'on leur a fait savoir que la disposition indulgente de l'article 380, 1^o, 2^o et 3^o date de 1950 et même de bien avant.

5. Extorsion de fonds.

Nous avons signalé dans une de nos récentes chroniques (v. cette *Revue* 1986, n^o 4) une décision d'acquiescement de la Cour de Rennes infirmant un jugement du tribunal correctionnel de Rennes qui avait condamné pour extorsion de fonds le directeur d'une société de chasse et son garde particulier qui, moyennant le paiement de petites sommes d'argent, n'avaient pas transmis au Parquet des procès-verbaux pour infractions commises au détriment de la société de chasse. Nous avons fait remarquer que certaines de ces décisions pouvaient être critiquées, car comme l'a relevé la Cour si la modicité du montant des transactions donnait à l'affaire son caractère particulier il y avait tout de même des transactions illicites. Et, implicite ou non, une certaine contrainte existait. Et, comme on le sait, la jurisprudence, en pareille matière, notamment pour les dirigeants de ces libres-services se montre sévère.

Les transactions à l'amiable du type de celles qui ont été jugées par la Cour d'appel, dans l'arrêt que nous venons de citer, doivent se multiplier. En fait, nous pensons qu'elles ont toujours été fréquentes ! Quoiqu'il en soit le 4 décembre 1985, le tribunal correctionnel de Rennes a condamné MM. B., agriculteur, président de l'association sportive de chasse de la commune de Pancé et C., cultivateur et garde-chasse de cette même association, à 5 000 F d'amende pour le délit d'extorsion de fonds et complicité, MM. B. et L., plaignants, avaient obtenu chacun 500 F de dommages et intérêts, et la Fédération départementale des chasseurs 1 F de dommages et intérêts ainsi que 1 000 F pour couvrir ses frais de procédure. Cette décision faisait suite à des faits commis les 30 septembre et 25 novembre 1984. Dans les deux cas un garde-chasse avait surpris d'une part, M. B., d'autre part, M. L. en action de chasse, quelques minutes avant l'ouverture fixée à 9 heures. Les deux contrevenants avaient été invités à se présenter devant le conseil d'administration de la société. Le président les avait invités à verser 500 F, ce dont chacun s'acquitta. Plus ou moins bien conseillés, MM. B. et L. par la suite déposèrent plainte pour extorsion de fonds.

Les juges correctionnels, pour retenir la culpabilité des prévenus, estimèrent que les transactions intervenues n'étaient que des transactions civiles qui ne mettaient pas fin aux poursuites qui pouvaient être lancées par le Procureur de la République, et que les plaignants n'en avaient pas été informés clairement.

La Cour d'appel, dans un arrêt du 13 mai 1986 (inédit), très détaillé, a montré pourquoi, à son avis, l'analyse des premiers juges n'était pas conforme à l'examen des faits de la cause.

A) Sur la réalité des infractions reprochées à MM. B. et L.

Il est vrai, reconnaît-elle, que le procès-verbal dressé contre M. L. le 30 septembre, « n'a pas été transmis au Procureur de la République ; qu'il s'agit là d'une erreur commise par le garde C. ; cependant cette erreur ne saurait pour autant entraîner *ipso facto* le délit d'extorsion de fonds ; il est en effet constant que, lorsque le procès-verbal a été dressé, le garde a pris soin de mentionner qu'il avait observé pendant quinze minutes une personne en action de chasse ; qu'une infraction identique a été commise par M. L., laquelle infraction a été constatée par le garde L. ; que cependant celui-ci n'a pas dressé de procès-verbal ; qu'il sera, toutefois, rappelé qu'en matière d'infraction de chasse la preuve de la réalité de l'infraction peut être rapportée par témoins conformément aux dispositions de l'article 383 du Code rural ; que suite à la commission de ces infractions le garde C. en a informé M. B. et M. L. a informé ce même M. B. des constatations qu'ils avaient été amenés à faire ; que M. B., président de l'Association communale de chasse agréée de

Pancé, a alors convoqué les membres contrevenants de cette association, conformément aux dispositions du règlement intérieur ».

Toute cette suite de faits n'était pas controversée et donc la réalité des infractions était établie.

B) Sur le respect du règlement intérieur.

La Cour constate que « si, conformément aux dispositions de l'article 19 du règlement intérieur, le contrevenant doit être convoqué par lettre recommandée, il s'agit là d'un formalisme rendu nécessaire afin de rapporter la preuve de la convocation ; qu'en l'espèce, M. B. a été invité à se présenter devant le Conseil d'administration réuni en la mairie de Pancé par téléphone ; qu'il s'est présenté devant ledit conseil, a reconnu la réalité de l'infraction qui lui était reprochée et a accepté de verser au profit de l'Association, l'indemnité telle que prévue par les dispositions de l'article 18 du règlement intérieur, c'est-à-dire la somme de 500 F ; que M. L., de son côté, a également été invité à se présenter devant le Conseil d'administration ; que, cependant, pour des raisons professionnelles, il a préféré ne pas déférer à l'invitation qui lui était faite et a également remis un chèque d'un montant de 500 F conformément aux dispositions de l'article 18 du règlement intérieur » ; que MM. B. et L., « en leur qualité de membres de l'A.C.C.A. de Pancé avaient pris connaissance du règlement intérieur et s'étaient engagés à respecter les dispositions de celui-ci, dont notamment, l'article 18, alinéa 1^{er}, dispose : « Sans préjudice des sanctions pénales et des réparations civiles qui pourraient être prononcées par les Tribunaux pour les infractions à la police de la chasse ou au code pénal, les sanctions statutaires suivantes seront appliquées pour toute violation du présent règlement intérieur de chasse » : « chasse avant l'heure ... 500 F » ; que dans ces conditions, MM. B. et L. savaient que la sanction qui leur était proposée était une sanction statutaire, ne faisant pas obstacle aux poursuites pénales devant une juridiction répressive ; que dans ces conditions, venir prétendre que M. B. a transigé sur l'action publique procède d'une erreur manifeste ».

Voilà un arrêt qui nous paraît très solidement motivé et, à la différence de l'arrêt qui a fait l'objet de notre chronique précitée, nous l'approuvons entièrement. Nous croyons savoir que le Procureur Général et la Fédération départementale des Chasseurs ont formé pourvoi. Tout comme dans notre précédente chronique, nous dirons que ce n'est peut-être pas la peine de déranger la justice pour si peu de choses !

6. Banqueroute. Détournement d'actif social.

I. *Omission de tenue régulière de comptabilité et comptabilité fictive.* On sait que la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises a procédé à la refonte du droit des banqueroutes et autres infractions. Son article 197 a consacré une certaine dépénalisation du droit de la banqueroute (v. B. Bouloc, *Chronique législative, Rev. sc. crim.* 1985, n° 3, p. 609) en ne retenant plus que quatre cas de banqueroute en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Cet article, dans son n° 4, n'a pas repris les incriminations d'omission de déclaration de cessation des paiements préférentiels et d'omission de tenue régulière de comptabilité. Il a substitué par contre à cette dernière incrimination celle d'omission totale de comptabilité et de tenue de comptabilité fictive. Comme l'a justement fait remarquer notre savant collègue Bouloc, l'avantage de cette disposition est d'unifier tout ce qui a trait à la comptabilité, en évitant ainsi d'opposer l'absence de comptabilité à la comptabilité inexacte, ou l'irrégularité de la comptabilité sociale à la soustraction des « livres de la société » (art. 133-1, loi de 1967).

Le Tribunal correctionnel de Paris (11^e chambre), dans trois jugements des 15-16-17 janvier 1986 (*Gaz. Pal.*, 16-18 mars 1986, p. 4 à 8, note J.-P. Marchi), a fait pour la première fois, à notre connaissance, application de ce nouvel article 197-4°.

A) Dans les espèces jugées le 17 janvier (*Société La Fontaine Auto Sport*) et le 16 janvier (*Société Sofraviande*), le tribunal correctionnel devait constater que l'action publique était éteinte par abrogation de la loi pénale en ce qui concerne l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai de quinze jours, les paiements préférentiels et

d'omission de tenue régulière de la comptabilité puisque « les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises ont abrogé les dispositions antérieures des art. 130 et 131 de la loi du 13 juillet 1967 et dont l'entrée en vigueur a été fixée par le législateur au 1^{er} janvier 1986 ». Par contre, le tribunal correctionnel devait être amené à préciser la nouvelle incrimination d'omission totale de comptabilité ou de tenue de comptabilité fictive (art. 197-4° de la loi de 1985).

a) Dans l'affaire *S.A. La Fontaine Auto Sport*, l'activité sociale s'était poursuivie d'avril à juillet 1979 sans que les livres comptables n'enregistrent la moindre écriture. Le tribunal a donc relevé à juste titre « que cette absence totale de comptabilité ne saurait du seul fait de sa durée être imputée à une simple déstabilisation de l'entreprise à la veille d'une déclaration de cessation des paiements ; que P.C. sera donc déclaré coupable du délit de banqueroute par omission de tenue de toute comptabilité à partir d'avril 1979 et pour la période antérieure de tenue de comptabilité partiellement fictive ». La comptabilité était d'autant plus frauduleuse que des avances de la société *La Fontaine Auto Sport* à une société G.A.P. étaient en partie dissimulées par la comptabilisation de factures fictives de vente de véhicules, que le compte caisse servait à équilibrer divers postes du bilan et que des recettes espèces n'étaient pas comptabilisées et des prélèvements en caisse n'étaient pas imputés aux comptes courants des dirigeants concernés.

b) Dans l'affaire *Sofraviande*, le journal général n'était ni coté, ni paraphé mais avait été tenu jusqu'au mois de décembre 1983 et l'ensemble de la comptabilité auxiliaire avait été tenue irrégulièrement jusqu'au mois de janvier 1984. Mais, comme nous l'avons écrit *supra*, le tribunal avait dû constater l'abrogation de la loi pénale « puisque est désormais incriminée en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, non plus l'omission régulière de la comptabilité sociale, mais l'abstention de tenir toute comptabilité ». Or, après un examen minutieux de l'affaire, il a déclaré que cette abstention n'apparaissait pas caractérisée en l'espèce, seules quelques irrégularités ayant été relevées.

B) Dans l'affaire jugée le 15 janvier, (*Construction de Maisons traditionnelles individuelles, C.M.T.I.*), les choses étaient plus simples. Le tribunal a condamné après avoir constaté qu'« à compter du début de l'exercice 1983, soit plus d'un an avant la déclaration de cessation des paiements et l'ouverture de la procédure collective, aucune comptabilité de la société n'a plus été tenue. En conséquence, l'infraction d'omission de tenue de comptabilité prévue à l'article 197-4° de la loi du 25 janvier 1985 était constituée ».

II. *Le détournement d'actif social.* Il a été constaté dans ces diverses affaires en application des articles 196 et 197-2 de la loi du 25 janvier 1985, ce qui a donné au juge un motif supplémentaire pour prononcer une condamnation pour banqueroute dans l'affaire *La Fontaine Auto Sport* et dans l'affaire *C.M.T.I.* et la possibilité de prononcer condamnation pour banqueroute dans l'affaire *Sofraviande*, les autres possibilités d'inculpation pour banqueroute ne pouvant plus jouer comme nous l'avons dit *supra*. En effet les juges ont relevé : 1° dans l'affaire *La Fontaine Auto Sport*, l'utilisation de la trésorerie sociale à des fins personnelles ; des rémunérations excessives alors que la situation précaire de la société n'autorisait pas une telle augmentation de salaire de son président-directeur général quand bien même le Conseil d'administration l'avait-il autorisé dans l'espoir fallacieux d'une augmentation importante du chiffre d'affaires ; 2° dans l'affaire *C.M.T.I.*, des versements de commission non justifiés ; 3° dans l'affaire *Sofraviande*, la non-restitution d'un véhicule, propriété de la société au moment où l'inventaire des éléments d'actifs de l'entreprise était effectué. Ces décisions, notamment celles concernant l'affaire *La Fontaine Auto Sport*, sont tout à fait conformes à la jurisprudence antérieure que nous avons bien des fois commentée dans cette chronique (v. cette *Revue* 1985, p. 821 et 823 et surtout 1974, p. 602 et 1978, p. 872).

V. — INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE FINANCIER

par Michel MASSÉ

*Maître de Conférences à la Faculté
de droit et des sciences sociales de Poitiers*

INCIDENCES DU DROIT COMMUNAUTAIRE SUR LE DROIT PÉNAL DOUANIER

DOUANES (Avis aux importateurs, fausse déclaration, importation sans déclaration, marchandise prohibée, stupéfiant). DROIT COMMUNAUTAIRE (libre circulation des marchandises, libre pratique, mesures de sauvegarde (art. 115, T.R.), primauté du droit communautaire, principes généraux, principe de proportionnalité, rôle des juridictions nationales).

1. « Lorsque le Traité de Rome a été signé, rien, *a priori*, ne permettait de penser que celui-ci aurait une influence quelconque sur le droit pénal. (...) Tout au plus avait-on pu prévoir, à l'origine, que les infractions douanières pourraient subir une modification du fait de l'institution d'une union douanière; encore n'était-il pas évident que des bouleversements profonds se produiraient puisqu'il s'agissait seulement, en somme, sur ce point, de substituer un tarif extérieur commun aux tarifs nationaux, et qu'*a priori*, il n'y avait pas de raisons de penser que cela puisse modifier profondément les infractions... » (P.F. Ryziger, « Droit communautaire et droit pénal », *Gaz. Pal.*, 1986.1, D. 219).

Or l'incidence du droit communautaire sur le droit pénal douanier s'est accrue au-delà de toute prévision (v. cette *Revue*, 1984.527 et s.), jusqu'à conduire les trafiquants de stupéfiants — non sans quelque sérieux motif — à y chercher des arguments leur permettant d'échapper aux conséquences financières de leur condamnation (*adde* 1985.593 et s. et 1986.111 et s.). Les auteurs les plus éclairés constatent le « zèle communautaire de la Chambre criminelle » (C.D. Berr et G. Vignal dans leur commentaire de Crim., 28 janv. 1985, cité *infra*).

2. L'inventaire jurisprudentiel commencé lors d'une précédente chronique s'arrêtait en décembre 1983. Plus d'une dizaine d'arrêts de la seule Cour de cassation ont été rendus depuis sur la question étudiée, la moitié d'entre eux, à peine, ayant été publiés *in extenso*, les autres étant signalés par les sommaires des différentes revues ou analysés dans la chronique de droit douanier tenue par M. Berr et Mme Vignal à la *Semaine juridique* (éditions Entreprises).

Nous évoquerons ici le contentieux relatif à la délinquance d'affaires, sans revenir sur les questions soulevées par le trafic de stupéfiants (v. toutefois, Crim., 3 janv. 1986, 2 arrêts, *Bull.* nos 1 et 2; 13 janv. 1986, D. 1986, S. 116; 7 avr. 1986, *Bull.* n° 114, S.J., 1986.IV.162, *Gaz. Pal.*, 26-28 oct. 1986; 28 avr. 1986, *Bull.* n° 142. *Adde* Lyon, 9 oct. 1985, *Gaz. Pal.*, 1986.I.203.).

3. La C.E.E. étant par nature un marché commun, les marchandises doivent, en principe, circuler librement sur l'ensemble des territoires des Etats membres. La libération progressive des échanges (que l'Acte unique signé en février 1986 voudrait terminée en 1992) conduit à l'avènement d'un grand marché intérieur et à l'établissement d'un tarif douanier extérieur commun à tous les Etats, quelle que soit la frontière par laquelle une marchandise pénètre sur le territoire de la Communauté ou en sort.

Les Etats se trouvent ainsi en (grande) partie dessaisis de leurs compétences réglementaires et tarifaires, sauf exceptions prévues par le Traité. Ne leur restent que les contrôles aux frontières. Les droits nationaux sont supplantés par des règles qui ont une autorité supérieure à celles des lois et que les particuliers, pour beaucoup d'entre elles, peuvent invoquer devant les juridictions, notamment pour faire échec à des poursuites pénales (III). Certaines de ces règles sont d'origine jurisprudentielle, tels les principes généraux du droit communautaire dégagés par la Cour de justice, parmi lesquels le principe de proportionnalité souvent invoqué en droit pénal douanier (II). Rarement investie d'une compétence de pleine juridiction, la Cour de justice a pour rôles principaux de contrôler la légalité des actes émanant des institutions communautaires et d'assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire. Mais ce sont les juridictions nationales elles-mêmes qui sont instituées juges de droit commun de l'application du droit communautaire. Sous la seule réserve du renvoi en interprétation préjudicielle, ce sont elles qui doivent veiller à la pleine et entière application de ce droit (III).

Ces principes étant rappelés, voyons quel écho on en trouve dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle.

I. — DE L'OBLIGATION POUR LE JUGE PÉNAL DE VÉRIFIER, MÊME D'OFFICE, LA COMPATIBILITÉ DU DROIT FRANÇAIS AVEC LE DROIT COMMUNAUTAIRE ?

4. Ainsi que l'indique la Cour de justice, « c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit communautaire ». Intégré au droit interne avec rang de priorité, ce droit doit recevoir application chaque fois qu'un plaideur en fait la demande. Mais la question peut-elle, ou même doit-elle, être soulevée d'office par le magistrat ?

5. Un arrêt du 28 janvier 1985 (*S.J.*, édit. E., 1985.14775, n° 30) paraît le laisser entendre puisqu'il casse, pour insuffisance de motifs, une décision dont « les termes (...) ne permettent pas à la Cour de cassation de s'assurer qu'il a été statué sur le point de savoir si la loi du 22 décembre 1971 (interdiction d'importer en France des chiots de moins de trois mois) était ou non contraire aux stipulations du Traité de la C.E.E., lequel sous les réserves qu'il édicte (art. 36) interdit (art. 30 à 33) toute mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation ». « Jamais, à notre connaissance, la Cour de cassation n'était allée aussi loin dans son zèle communautaire », écrivent les commentateurs en s'interrogeant sur la portée de cet arrêt.

Personnellement, l'affirmation nous paraît trop discrète pour que l'on puisse considérer cette décision comme un arrêt de principe. Deux autres arrêts, rendus à quelques mois d'intervalle, confirment, nous semble-t-il, que la Chambre criminelle ne s'est pas (pas encore ?) engagée dans une telle voie qui, soit dit en passant, supposerait en pratique une parfaite connaissance du droit communautaire par l'ensemble des magistrats de ce pays... Ce sont deux arrêts de rejet dans des affaires où des condamnations avaient été prononcées en contradiction au moins apparente avec le droit communautaire.

6. Le 18 novembre 1984 (*S.J.*, édit. E., 1985.14775, n° 32), la Chambre criminelle approuvait la double condamnation (exportation, sans autorisation de moyens de paiement et contrebande de marchandises prohibées) d'un prévenu qui avait sorti du territoire, dissimulés dans son véhicule, près de 2 millions de francs en billets français. Faisant remarquer que les termes mêmes de la loi du 28 décembre 1966 (art. 5, § 2) imposent le cumul des peines lorsque les faits poursuivis constituent à la fois des infractions à la

législation sur les douanes et à celle des relations financières avec l'étranger, elle ajoute que « les billets de banque, comme les pièces d'or, constituent des marchandises au sens des articles 416 à 418 du Code des douanes ».

Or, si la première remarque est incontestable, la seconde est en complète contradiction avec un arrêt de la C.J.C.E. du 23 novembre 1978 (aff. 7/78, Rec. p. 2247) qui exclut les moyens de paiement des marchandises tombant sous l'empire des articles 30 et suivants précités du Traité. Même si les objectifs sont différents (pour la Cour de justice, et tant que le marché des capitaux ne sera pas entièrement libéré, il s'agit de soustraire les espèces monétaires au régime de la libre circulation d'ores et déjà applicable aux marchandises), peut-il exister deux réponses aussi contradictoires à une même question en droit communautaire et en droit interne ? Il ne le paraît pas : sur un marché unique, régi par des ordres juridiques intégrés, et pour une qualification aussi fondamentale en droit douanier que celle de marchandise, une même chose doit être ou ne pas être.

7. Le 7 octobre 1985 (S.J., édit. E., 1986.15664, n° 48) la Chambre criminelle rejetait le pourvoi formé contre un arrêt de condamnation par un importateur de timbres de collection. Il lui était reproché d'avoir importé sans déclaration des marchandises « prohibées », l'article 38 du Code des douanes qualifiant comme telle toute marchandise dont les mouvements internationaux sont soumis, entre autres restrictions ou exigences, à des « formalités particulières ». (sur les qualifications, v. *infra*, n° 21) Or, s'il n'est pas douteux que la formalité en cause (passer par certains bureaux de douanes spécialement équipés pour le contrôle de cette catégorie de marchandises) soit compatible avec le droit communautaire, il ne l'est pas moins qu'une sanction particulièrement rigoureuse (ce qui entraîne la qualification de marchandise prohibée) équivaut à une restriction interdite selon la jurisprudence ci-dessous rappelée de la Cour de justice.

8. En définitive, il serait prématuré d'affirmer que la Chambre criminelle impose au juge du fond de contrôler d'office la conformité du droit interne avec le communautaire. En terminant sur cette question, quelques éléments de comparaison peuvent être indiqués :

— En droit communautaire, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 177 du Traité de Rome, et bien que ce texte envisage la situation dans laquelle une question d'interprétation ou de validité est « soulevée » devant une juridiction nationale, il est désormais acquis que les juges du fond peuvent et que les juridictions suprêmes doivent, même d'office saisir la Cour de justice. (V. R.M. Chevallier et D. Maidani, *Guide pratique Article 177 C.E.E.*, Office de publication de C.E., 1981, p. 51). Mais il est bien clair que le contentieux de l'interprétation du droit communautaire a fait l'objet d'attentions particulières, se traduisant par l'attribution de compétences à la Cour de justice en ce domaine et une certaine hiérarchisation des juridictions. Et la question reste entière de savoir si les solutions dégagées à ce propos doivent être étendues à d'autres aspects de la compétence des juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire.

— En droit français, la jurisprudence impose au juge de soulever d'office les questions relatives à la prescription ou à l'amnistie, circonstances qui privent les poursuites de base légale. Mais la solution est écartée dans une troisième hypothèse : celle du contrôle de la légalité des règlements administratifs, contrôle auquel le juge n'est tenu que si la question a été soulevée devant lui. (V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 5^e éd., p. 313, note 11). Il serait paradoxal que son obligation de vigilance soit plus intense lorsqu'il s'agit de vérifier la conformité des incriminations au droit communautaire.

II. — DU DOMAINE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ DE LA SANCTION

9. Le principe de proportionnalité — l'un des principes du droit communautaire dont la Cour de justice assure le respect tant par les institutions communautaires que par les autorités nationales (V. récemment, J.-P. Spitzer, « Les principes généraux de droit

communautaire dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes », *Gaz. Pal.*, 26-27 nov. 1986) — « exige que toute charge imposée au destinataire des règles communautaires doit être limitée à la mesure strictement nécessaire pour atteindre l'objectif recherché et requiert aussi peu de sacrifices que possible de la part des opérateurs qu'elle grève » (G. Isaac, *Droit communautaire général*, Masson, 1983, p. 155 ; pour une application récente en droit douanier, *add. C.J.C.E.*, 24 sept. 1985, aff. 181/84, *S.J.*, édit. E, 1986.15664, n° 32, commentaires C.J. Berr et G. Vignal).

10. Les arrêts *Donckerwolke et Rivoira*, respectivement du 15 décembre 1976 et 30 novembre 1977, font application de ce principe à certaines condamnations du droit pénal douanier. Qualifiant d'« infraction de caractère purement administratif » le fait pour un importateur de ne pas déclarer l'origine véritable de « marchandises mises en libre pratique (sur cette notion, v. *infra*, nos 15 et 18) dans un autre Etat membre et couvertes par un certificat de circulation communautaire », estimant que « les Etats ne sauraient exiger de l'importateur à cet égard autre chose que d'indiquer l'origine des produits telle qu'il la connaît ou peut raisonnablement la connaître », la Cour affirme, dans ces décisions, qu'une sanction trop sévère équivaldrait à une restriction quantitative prohibée par l'article 30 du Traité. Elle donne même quelques indications sur les limites à ne pas dépasser : « à cet égard, serait certainement incompatible avec les dispositions du Traité (...) la saisie de la marchandise ou toute sanction pécuniaire fixée en fonction de la valeur de celle-ci » ; « à l'occasion d'une importation qui, par elle-même, ne pouvait pas faire l'objet d'une interdiction, il serait notamment disproportionné pour l'Etat membre d'appliquer, sans restriction, des sanctions pénales pour des fausses déclarations faites en vue d'effectuer des importations interdites » (V. cette *Revue*, 1984.529 et s., ainsi que p. 458 et s. in J. Biancarelli et D. Maidani, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, *Adde* les articles de P.F. Ryziger et de J.P. Spitzer préc.).

Dans un arrêt du 5 décembre 1983, la Chambre criminelle en avait tiré des conclusions qui ont été discutées dans cette *Revue* (84, 532-533). Par la suite, trois décisions de la même chambre ont refusé de faire bénéficier ceux qui l'avaient saisie de la jurisprudence communautaire. En examinant ces arrêts, dont les solutions ne sont guère critiquables, nous observerons cependant que les motifs de la Cour de cassation paraissent cantonner la règle communautaire dans des limites qui ne s'imposent pas.

11. Un arrêt du 21 octobre 1985 (*Angiboust, S.J.*, édit. E, 1986.15664, n° 45) rejette le pourvoi formé par un commissionnaire qui prétendait ne pas avoir été en mesure de vérifier l'origine réelle des marchandises introduites par lui en douane, les documents dont il disposait ayant été falsifiés.

Invoquant la jurisprudence communautaire, il soutenait qu'on ne pouvait pas lui demander « autre chose que ce qu'il connaît ou devrait raisonnablement connaître ». Mais la Chambre criminelle lui répond que les conditions de la force majeure ne sont pas réunies et que le principe de proportionnalité ne peut être invoqué lorsque les marchandises dont l'origine a été faussement déclarée ont été « soit introduites en fraude dans la communauté soit frappées d'interdiction ».

12. Un arrêt du 3 février 1986 (*Juchtmans, S.J.*, édit. E., 1986.15664, n° 46) rejette le pourvoi — sollicitant la saisine de la Cour de justice — formé par un commissaire-priseur et son client condamné, pour la vente de bijoux irrégulièrement importés, au paiement de quatre fois la valeur de ces marchandises. La motivation de ce rejet est du même ordre que dans l'arrêt précédent, mais l'accent y est mis sur les fraudes constatées alors que le principe de proportionnalité ne s'applique « qu'aux infractions purement administratives portant exclusivement sur le contrôle de l'origine véritable d'une marchandise importée ».

13. Un troisième arrêt, également du 3 février 1986 (*Vallois*, *Bull. crim.*, n° 40 et *S.J.*, réf. préc., n° 47) retiendra davantage notre attention. La Chambre criminelle y approuve la Cour d'appel d'avoir jugé que l'« infraction reprochée ne constitue pas une contravention formelle et purement matérielle à un règlement administratif, mais qu'il s'agit de véritable fraude caractérisée par la fabrication de fausses étiquettes dans un pays étranger et ayant pour objet de tenter de tromper les services douaniers sur la provenance réelle d'une marchandise dont l'importation était régulièrement prohibée sur le territoire de la communauté; que la jurisprudence développée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Donckerwolke* du 15 décembre 1976 est, en conséquence, inapplicable et qu'il n'y a pas lieu de saisir cette juridiction pour solliciter son avis ».

Comme dans le cas précédent il s'agissait d'une fraude grave et constatée, la Cour aurait donc pu se contenter de rejeter le pourvoi par approbation de ce raisonnement. Mais elle ajoute :

« Qu'en effet, si l'auteur d'une déclaration d'origine inexacte concernant des marchandises présentées comme importées d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ne saurait encourir les pénalités prévues par le Code des douanes pour réprimer les délits de contrebande ou d'importation sans déclaration, soit lorsqu'il ignore l'origine réelle desdites marchandises ou ne peut raisonnablement la connaître, soit lorsque ces marchandises sont originaires d'un autre Etat membre ou y ont été mises en libre circulation, et si, dans cette hypothèse, sont seulement encourues les amendes contraventionnelles prévues par l'article 410 de ce Code, il n'en est pas de même lorsque la fausse mention d'origine concerne un produit que le prévenu sait provenir d'un pays tiers et dont l'importation est prohibée dans l'ensemble des Etats membres par un règlement C.E.E. régulièrement publié ».

14. C'est la première fois, depuis l'arrêt précité du 5 décembre, que la Chambre criminelle précise ainsi son analyse des conséquences des arrêts *Donckerwolke* et *Rivoira*, complétant fort opportunément les deux autres décisions rendues en la matière. La jurisprudence que l'on voit ainsi se dessiner appelle deux remarques :

— Alors que les pourvois faisaient allusion au principe de proportionnalité en termes généraux, la Cour de cassation en réduit la portée à la sanction de l'infraction commise dans les affaires *Donckerwolke* et *Rivoira* : fausse déclaration de l'origine d'une marchandise. Et, dans ce cas, elle n'écarte les sanctions délictuelles qu'en deux circonstances : lorsque l'importateur est de bonne foi et lorsque les marchandises sont originaires d'un autre Etat membre ou y ont été mises en libre pratique. Ce faisant, la Cour de cassation ne trahit point la lettre, ni même l'esprit de la jurisprudence communautaire; mais on peut se demander si elle n'en réduit point, de sa seule autorité, le domaine d'application. Il est sûr que la règle communautaire devait être écartée dans l'affaire *Vallois* et même dans l'affaire *Juchmans*. Il n'est pas sûr qu'elle ne doive être appliquée que dans les circonstances relevées par la Chambre criminelle, circonstances que l'arrêt de la Cour de justice ne vise, nous semble-t-il, qu'à titre d'exemples.

Si, comme nous le croyons, la jurisprudence *Donckerwolke* n'est que l'application dans les circonstances en cause d'un principe général du droit communautaire, ne conviendrait-il pas de laisser la Cour de justice en fixer elle-même le domaine d'application en matière douanière ? Sur sa lancée la Chambre criminelle en viendrait-elle à définir, de sa propre autorité, quelles infractions du droit douanier français ont un « caractère purement administratif » au sens de la jurisprudence communautaire ? Ce serait certainement contraire à l'article 177 du Traité de Rome.

— On peut également s'interroger sur le point de savoir quelle est « l'hypothèse » visée par la Chambre criminelle lorsqu'elle affirme que : « dans cette hypothèse sont seulement

encourues les amendes contraventionnelles prévues par l'article 410 du Code pénal». Craignons que la formule englobe les cas dans lesquels le prévenu serait de bonne foi, solution qui nous est apparue comme étant très probablement incompatible avec la jurisprudence communautaire (cette *Revue*, 84.533).

III. — DES CONSÉQUENCES DU DESSAISSEMENT DES ÉTATS SUR LA CONSTITUTION DES INFRACTIONS

15. La libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun suppose, entre les Etats membres, l'interdiction (art. 9 du Traité) et d'abord l'élimination des droits de douanes ou autres taxes d'effet équivalent (art. 12 et s.) ainsi que de toutes les restrictions quantitatives ou autres mesures d'effet équivalent (art. 30 et s.).

Dans les relations avec les pays tiers, un tarif douanier commun a été élaboré (art. 18 et s.). Mais les produits en provenance de ces pays, pour lesquels les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douane perçus, « sont considérés comme étant en libre pratique » dans l'Etat membre d'importation (art. 10); cela signifie qu'ils bénéficient alors de la libre circulation comme des marchandises originaires du marché commun (art. 9, al. 2).

16. Pour la France, comme pour les autres pays membres, l'adhésion à ces principes « marquait une coupure radicale avec le passé », « coupait volontairement les ponts avec trois siècles de protectionnisme », ce qui ne pouvait pas manquer de faire naître des problèmes redoutables dont les répercussions sur la douane française étaient difficiles à prévoir » (C.J. Berre et H. Tremeau, *Le droit douanier*, L.G.D.J., 2^e éd., n° 22, p. 28).

A ces répercussions, la Chambre criminelle s'est trouvée trois fois confrontée depuis 1984.

A. — Dessaisissement résultant d'une organisation commune du marché

17. Une décision du 28 novembre 1984 (*S.J.*, édit. E., 1985.14775, n° 31) s'est prononcée sur la valeur juridique des « avis aux importateurs » concernant un produit agricole dont le marché fait l'objet d'une « organisation commune » au sens de l'article 40, § 2 du Traité de Rome. Pour une importation de riz réalisée le 6 novembre 1978 en bénéficiant de prélèvement à taux réduit, l'administration, au motif que ce taux n'était pas applicable, réclamait un versement supplémentaire. La « contrainte » émise à cet effet se fondait uniquement sur un avis aux importateurs paru au *Journal officiel* (français) du 8 novembre et déclaré applicable à compter du 1^{er} de ce mois. Poursuivi pour refus de paiement, l'importateur fut relaxé en appel au motif, notamment, que les effets résultant de l'avis ne pouvaient pas rétroagir. L'administration objectait que cet avis n'était pas constitutif d'obligation, mais seulement déclaratif des conditions d'octroi du prélèvement à taux réduit telles que fixées par un règlement communautaire du 30 mars 1976.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation se place sur un autre terrain, plus fondamental, et analyse avec bonheur les conséquences du dessaisissement des Etats : « Dans les domaines couverts par une organisation commune de marché, les Etats membres de la C.E.E. ne peuvent plus intervenir par des dispositions nationales prises unilatéralement dans la détermination des prix telle qu'elle résulte de l'organisation communautaire ; les règlements pris par les institutions de la Communauté sont, en tant que tels, directement applicables dans tout Etat membre, et l'organisation commune du

marché du riz est fixée par des règlements pris par lesdites institutions ; dès lors la seule référence à un « avis aux importateurs » de portée seulement informative, émanant de l'administration française des douanes, n'est pas de nature à établir qu'une somme est due à ladite administration ».

B. — Dessaisissement résultant de ce qu'un produit originaire d'un Etat tiers a été mis en libre pratique dans la Communauté

18. Le régime de la libre pratique suppose non seulement que l'importation de produits extérieurs à la Communauté soit réalisé par les Etats membres dans des conditions tarifaires identiques (ce que réalise l'application du tarif extérieur commun), mais également que les relations commerciales avec les pays tiers aient été coordonnées. C'est l'objet de la « politique commerciale commune » définie aux articles 110 et s. du Traité. Mais tant que les politiques commerciales nationales ne seront pas totalement harmonisées — et il s'en faut encore de beaucoup — des risques de distorsions subsistent, que l'article 115 envisage : risque de difficultés économiques dans un ou plusieurs Etats et, conduisant au même résultat, risque de détournement de trafic (à savoir : s'écarter du courant direct des échanges pour introduire le produit dans la Communauté par un autre Etat membre que l'importateur final, dont on veut éluder certaines dispositions de politique commerciale).

Lorsque de tels dangers se concrétisent, l'article 115 prévoit que la commission, sur demande de l'Etat dont l'économie est menacée, « recommande les méthodes par lesquelles les autres Etats membres (lui) apportent la coopération nécessaire ». Si cette coopération échoue, la commission « autorise » alors l'Etat lésé « à prendre les mesures de protection nécessaire, dont elle définit les modalités et les pratiques ». Concrètement, l'Etat bénéficiaire de la dérogation sera autorisé à traiter les marchandises en question comme si elles étaient originaires d'un Etat tiers et n'avaient pas été mises « en libre pratique » dans un autre Etat communautaire.

19. Cet article 115 est à la base de deux décisions importantes de la Cour de cassation, rendues à propos de marchandises originaires de pays tiers et mises en liberté pratique dans un autre Etat de la Communauté avant leur importation litigieuse en France. La seconde en date (21 avr. 1986), que nous analyserons en premier, tire la conséquence de ce que l'administration, qui prétendait faire sanctionner la violation d'impératifs commerciaux propres à notre pays, n'avait pas sollicité de la Commission l'autorisation de prendre des mesures de sauvegarde. Une autre décision (17 déc. 1984) décide qu'il ne suffit pas que les marchandises visées soient de plein droit interdites à l'importation.

20. Le 21 avril 1986 (*Bull.* n° 131 ; *Gaz. Pal.*, 19-20 sept. 1986, D. Bayet), la Chambre criminelle était appelée à se prononcer dans le contexte suivant mettant en cause les relations économiques avec l'Espagne. A l'époque où ce pays n'était pas encore membre de la C.E.E., un accord bilatéral avait contingenté l'importation des pommes de terre espagnoles en France et soumis leur vente à un régime dit de prix minima. Constatant que des pommes de terre originaires d'Espagne étaient vendues sur le marché français après avoir été mises en libre pratique en R.F.A., l'administration des douanes poursuivait l'importateur. Elle lui reprochait d'avoir fait faire ce détour aux marchandises dans le seul but d'échapper à une interdiction résultant de l'épuisement du contingent autorisé lorsque, dans un premier temps, les pommes de terre avaient été acheminées vers la frontière française. La défense, quant à elle, soutenait que les pommes de terre initialement destinées à l'Allemagne, n'avaient pu y être vendues du fait de l'effondrement des cours et avaient été, de ce fait, transférées sur le marché français.

Poursuivi pour « manœuvre ayant pour but d'éluder une prohibition », infraction prévue et réprimée par les articles 38, 342 et 343 du Code des douanes, l'importateur est relaxé en appel. L'arrêt constate : 1) qu'il n'est pas établi qu'il y ait eu détournement de trafic ni intention de déjouer l'interdiction d'exportation ; 2) que les pommes de terre provenaient d'Allemagne fédérale où elles étaient en libre pratique, l'importateur ayant payé les droits de douanes et taxes d'effet équivalent exigibles ; 3) que la France n'a pas sollicité

d'autorisation de la Commission en vue de prendre des mesures de sauvegarde lui permettant de s'opposer au traitement communautaire dont ces marchandises bénéficient.

On ne sait trop ce que les juges du fond auraient décidé si le prévenu avait été convaincu du détournement de trafic qui lui était reproché. La Chambre criminelle, en tout cas, rejette le pourvoi de l'administration sans la moindre allusion à cette question de fait sur laquelle les juges d'appel se sont souverainement prononcés : « L'importation dans un Etat membre de la C.E.E. d'une marchandise originaire d'un pays tiers ne saurait relever d'une prohibition ou restriction nationale la concernant, dès lors que, sans dissimulation de son origine réelle et sans être frappée d'une mesure de protection prise sans le bénéfice d'une autorisation communautaire en vertu de l'article 115 du Traité de Rome, elle provient d'un autre Etat membre où elle a été régulièrement et sans exigence d'une mise à la consommation effective sur place, admise en libre pratique au sens des articles 9 et 10 du même Traité ».

L'argument du pourvoi, selon lequel le régime de libre pratique supposait une mise à la consommation effective du produit sur le territoire par lequel il est entré dans les Communautés européennes, est écarté ... sans même saisir la Cour de justice sur ce point d'interprétation du droit communautaire. Il en est de même d'autres arguments beaucoup moins susceptibles de convaincre : 1) la France n'avait pas à obtenir l'autorisation de la commission pour prendre des mesures de sauvegarde qui n'étaient pas de nature à affecter le commerce intra-communautaire ; 2) la fraude aux mesures françaises d'interdiction avait vicié l'obtention du régime de libre pratique. Au premier, on peut répondre que ces mesures ont bel et bien été invoquées à l'encontre de produits en provenance d'Allemagne ; au second, que l'article 1^{er} ne prévoit rien de tel.

La Cour de cassation s'en tient à la lettre du Traité de Rome : seule une autorisation de la Commission prise en application de l'article 115 peut autoriser un Etat membre à exclure un produit mis en libre pratique du bénéfice de la libre circulation.

21. Dans un arrêt du 17 décembre 1984 (*Bull.* n° 405, S. J., éd. E., 1985.14775, n° 29) il était reproché à l'importateur d'avoir déclaré comme étant d'origine allemande des marchandises qui provenaient de ce pays, où elles avaient été mises en libre pratique, mais qui en réalité avaient été fabriquées en Chine. La France ayant demandé et obtenu de la Commission l'autorisation d'exclure ces marchandises du traitement communautaire, l'administration des douanes reprochait à l'importateur d'avoir, par une confusion volontaire de l'origine et de la provenance, tenté de contourner cette exclusion en déclarant que les marchandises étaient originaires d'Allemagne.

Poursuivi pour importation de marchandises prohibées (délit défini et réprimé par les art. 38, 414, 426 et 437 du Code des douanes) il fut seulement condamné pour l'infraction de l'article 410-2°-a : omission ou inexactitude portant sur l'une des interdictions que les déclarations doivent contenir, lorsque l'irrégularité n'a aucune influence sur l'application des droits ou prohibitions.

a) Cette disqualification (approuvée par la Cour de cassation) appelle une première série d'observations sur les infractions à retenir lorsqu'il y a, comme en l'espèce, fausse déclaration sur l'origine des marchandises importées. La qualification varie en effet alors selon la nature de la marchandise.

Au minimum contravention de première classe (art. 410 précité : amende de 100 à 500 F), le même fait devient une contravention de troisième classe, « lorsqu'un droit de douane ou une taxe quelconque se trouve éludé par cette fausse déclaration » (art. 412-20), ou un délit, « lorsqu'il se rapporte à des marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées ou fortement taxées » (art. 414). Dans ce dernier cas, les peines encourues sont la confiscation de l'objet de la fraude, de ceux qui servent à la masquer ainsi que des moyens de transport, une amende égale ou double de la valeur de l'objet de fraude et un emprisonnement pouvant s'élever à 3 mois. (En l'espèce, et simplement à titre de confiscation des marchandises n'ayant pu être saisies, la douane réclamait 477 440 F).

La sévérité de l'article 414 se justifie dans la mesure où il s'applique au premier chef à des importations *sans* déclaration de marchandises *prohibées* à l'importation. Mais la rigueur de ce texte se trouve doublement étendue à d'autres hypothèses : par l'article 38,

qui considère comme prohibées non seulement les marchandises dont l'importation est interdite, à quelque titre que ce soit, mais aussi celles qui sont « soumises à des restrictions, à des règles de qualité ou de conditionnement ou à des formalités particulières » ; par l'article 426-2°, qui répute importation sans déclaration « toute fausse déclaration ayant pour but ou pour effet d'éluider l'application des mesures de prohibition ».

Voilà pourquoi et comment on poursuivait comme une importation sans déclaration de marchandises prohibées (plus haute expression pénale) une fausse déclaration portant sur l'origine de marchandises en principe libres de circuler sur le territoire communautaire ...

b) Revenons à l'incidence du droit communautaire, précisément d'une décision prise en application de l'article 115 par la commission, sur la qualification applicable.

Selon la partie poursuivante, l'importation des marchandises litigieuses se trouvait prohibée du fait même que la France avait été autorisée à les exclure du traitement communautaire. Mais les juges du fond ont fait une analyse beaucoup plus fine de la situation. Pour eux, la décision de la Commission, à elle seule ne crée pas une véritable prohibition au sens du droit douanier. Elle n'a pour effet direct que d'autoriser l'Etat bénéficiaire à prendre des mesures d'interdiction, — « simple faculté n'entraînant en elle-même aucune obligation ». (L'Etat n'est pas obligé d'en user ; mais il n'est pas non plus dispensé de respecter les dispositions de son droit interne, à savoir, selon les principes de droit français, que « toute disposition supprimant ou restreignant un droit doit être publiée, alors surtout qu'elle est assortie de sanctions pénales »).

Vainement, dans son pourvoi, l'administration s'efforça d'étayer l'argumentation selon laquelle la prohibition allait de soi « La décision refusant l'importation (...) est une décision administrative individuelle qui n'a pas à être publiée mais doit seulement être notifiée au demandeur du titre d'importation ou à l'importateur ; l'importateur qui s'est abstenu de demander un tel titre (...) ne pourrait faire grief à l'administration de ne pas lui avoir notifié la décision qu'il s'est efforcé d'éviter ».

Ce n'était pas sans habileté, ni même incompatible avec le texte de l'article 115, bien que le raisonnement soit hautement révélateur d'une pratique administrative qui n'inspire guère le principe de sécurité juridique des droits fondamentaux des opérateurs économiques.

La réponse de la Cour de cassation révèle, quant à elle, le chemin parcouru avec l'entrée dans le marché commun. Les restrictions à la libre circulation sont vraiment devenues l'exception. Elles ne se présument point, même pas en présence d'une autorisation momentanée de la Commission de renouer avec les mesures protectionnistes, et surtout pas s'il s'agit, comme en l'espèce, d'interdictions pouvant avoir des effets rétroactifs et pénalement sanctionnés :

« Les autorisations données par la Commission des C.E.E. à l'un des Etats membres sur la base de l'article 115 du Traité de Rome (...) ne peuvent à elles seules modifier en droit interne des éléments constitutifs d'une infraction douanière et ériger rétroactivement en délits des faits qui n'étaient que contraventionnels ».

VI. — INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE ÉCONOMIQUE

par Jean PRADEL

*Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
Directeur de l'Institut de sciences criminelles*

Publicité fausse ou de nature à induire en erreur. Refus de vente. Loteries prohibées. Tromperie.

Publicité de nature à induire en erreur. Allégation sur la portée des engagements de l'annonceur. Voyage touristique.

Le délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur (art. 44 de la loi du 27 déc. 1973) continue d'alimenter une grosse jurisprudence qui est à peu près systématiquement répressive. La Cour de cassation n'hésite pas en effet à donner leur plein sens aux termes et à l'esprit de l'article 44 de la loi de 1973. En voici la nouvelle illustration.

Le directeur d'une agence de voyages située en France avait diffusé une brochure publicitaire concernant des voyages à l'étranger que sa société organisait. Dans cette brochure figurait notamment un circuit dénommé « grand tour de Sicile », d'une durée de huit jours, comportant le second jour la visite de Palerme et de la célèbre abbaye bénédictine de Monreale. Des époux avaient souscrit à ce voyage et avaient eu la désagréable surprise, à leur arrivée dans l'île enchantée, d'apprendre du correspondant local de l'agence française que la visite de cette abbaye n'était plus prévue. Ces personnes portèrent plainte et le directeur de l'agence fut condamné pour publicité fausse à une amende de 3 000 F et à 2 000 F de dommages-intérêts. Le prévenu fit un pourvoi en cassation que la Chambre criminelle, par arrêt du 4 février 1986 (*Bull. crim.*, n° 45), rejeta : elle lui reprocha de ne pas s'être assuré en permanence et par tous moyens utiles que le programme arrêté avec son correspondant italien recevait sur place une exécution conforme au prospectus, alors qu'il s'agissait en l'espèce d'une prestation essentielle. De la sorte, la Cour de cassation rejetait le moyen de défense du prévenu tiré de son ignorance de ce qui s'était passé en Italie.

La solution n'est pas nouvelle. Déjà la Cour de cassation avait indiqué que le délit ne suppose pas l'intention coupable et résulte de la non-exécution des prestations promises, le client étant en droit de penser que la mise en œuvre de ces prestations serait assurée malgré des difficultés éventuelles de dernière heure, au moins s'il s'agit de prestations essentielles (*Crim.*, 3 janv. 1984, *Bull. crim.*, n° 1). Le seul élément d'hésitation, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 4 février 1986, tenait au fait que les lieux d'exécution et de promesse de la prestation étaient très éloignés. En réalité, la condamnation du directeur de l'agence se fonde sur l'existence de relations contractuelles entre lui et son correspondant sicilien, ces relations permettant au premier, sinon d'exercer une autorité sur le second, du moins de savoir ce qu'il fait exactement. D'un autre côté, cette condamnation donne à l'obligation pesant sur le directeur le caractère d'une obligation très proche de celle de résultat. Dès lors, seul un cas de force majeure aurait pu sauver le prévenu. C'est bien ce qu'admet la Cour de cassation puisqu'elle approuve l'arrêt

d'appel qui décidait que la suppression de la promenade à Monreale « n'avait pas un caractère exceptionnel et unique imposé au prévenu par des éléments extérieurs ».

Refus de vente. Lieu de l'infraction.

C'est la première fois que la jurisprudence statue sur le lieu du délit de refus de vente : ce délit, affirme la Cour de cassation, se situe « au lieu même où le refus a été décidé, le lieu de connaissance de ce refus comme le lieu où les marchandises refusées devaient être livrées étant sans influence dès lors que l'infraction était déjà consommée (Crim., 28 av. 1986, *Bull. crim.*, n° 141).

La poursuite avait été lancée sur citation directe émanée de la partie civile. Celle-ci ayant été déboutée par la Cour d'appel de Bordeaux sur la base de la même argumentation que celle qui vient d'être rappelée, invoqua dans son pourvoi que les infractions d'omission se situent au lieu où l'obligation aurait dû recevoir sa réalisation effective, c'est-à-dire dans le ressort du Tribunal correctionnel de Bordeaux. C'était se fonder sur une jurisprudence bien connue qui, pour les délits d'omission, avait déjà utilisé cette formule (Crim., 18 mai 1905, S., 1905.I.253, 27 oct. 1966, *Bull. crim.*, n° 244, et cette *Revue*, 1967.439, obs. A. Légal, pour la non-représentation d'enfant ; Crim., 15 juill. 1910, *Bull. crim.*, n° 377, refus de déférer à une convocation en justice ; Crim., 22 avr. 1966, *Bull. crim.*, n° 121, abus de confiance avec refus de rendre compte malgré mise en demeure).

A vrai dire, une distinction doit être faite entre deux situations. S'il y a coïncidence entre le lieu où l'obligation est née et celui où elle doit être exécutée, il n'y a pas place pour la moindre hésitation, l'infraction devant être localisée au lieu où l'obligation devait être remplie (cas du défaut de secours à personne en péril). S'il n'y a pas au contraire coïncidence, on peut hésiter entre les deux thèses, et l'on sait que la jurisprudence opte en faveur de l'endroit où l'obligation devait être exécutée : c'est là en effet que le délit se consomme, la volonté antérieure de l'agent de ne pas exécuter son obligation n'étant qu'une simple résolution criminelle, au plus un acte préparatoire, soit de toutes façons une donnée indifférente en droit pénal.

Toutefois, dans le cas du refus de vente, la situation est un peu particulière aux yeux de la Chambre criminelle, car le lieu où les marchandises auraient dû être livrées correspond à un moment où l'infraction est déjà réalisée. Ce qui en effet consomme le délit ici, c'est le refus lui-même, qui se situe au moment où la décision est arrêtée, décision matérialisée par exemple par une lettre ou une conversation téléphonique adressée au client. L'infraction se consomme donc au lieu où le refus est décidé et non au lieu où il est connu de l'acheteur (connaissance par la non-livraison ou par réception d'une lettre de refus).

Certains critiqueront la solution nouvelle en ce qu'elle ne s'accorde pas avec la jurisprudence classique. Ils diront que le lieu du délit n'est pas le même en cas de non-remise d'un enfant et en cas de non-livraison d'une marchandise, alors qu'il s'agit toujours de personnes qui doivent assurer une prestation. C'est oublier que les deux situations ne sont pas comparables, car dans le cas du refus de vente on se trouve sur le terrain contractuel. Plus précisément, c'est là où se trouve le vendeur que se réalise l'obligation de contracter, qui ne saurait être confondue avec celle de livrer la marchandise. On doit par conséquent approuver la position de la Cour de cassation.

Loterie prohibée. Action civile d'une association de consommateurs. Recevabilité.

Les loteries sont en principe prohibées, sauf cas exceptionnels (loi du 21 mai 1836, mod. par la loi du 9 sept. 1986). L'imagination des organisateurs est pourtant considérable, en ce qu'ils essaient de profiter des quelques brèches apportées au principe. Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Paris, les dirigeants d'une compagnie d'assurances avaient conçu une opération en vertu de laquelle des souscripteurs de titres de capitalisation acquittaient à intervalles réguliers une cotisation déterminée, moyennant quoi ils s'engageaient à payer une certaine somme si le titre était désigné par voie de tirage au sort. L'Union fédérale des consommateurs s'émut du procédé et lança des poursuites contre les dirigeants du chef de loterie prohibée. Sur relaxe en première instance, l'association fit appel. Nouvel acquittement par arrêt de la Cour de Paris du 10 avril 1986

avec l'attendu suivant essentiel : « L'article 46 de la loi du 27 décembre 1973 sur l'action civile des associations de consommateurs est d'interprétation étroite ; les associations agréées pour exercer l'action civile ne tiennent d'aucune disposition de la loi le droit de poursuivre la réparation du trouble que porte une infraction aux intérêts généraux de la société, cette réparation étant assurée par l'exercice de l'action publique... ; en l'espèce, l'Union fédérale des consommateurs n'était nullement habilitée pour mettre en mouvement l'action publique, le délit reproché sanctionnant une atteinte à l'ordre public et non à l'intérêt des consommateurs ».

Sans le dire expressément, la Cour de Paris voit donc dans le délit de loterie prohibée une infraction d'intérêt général, c'est-à-dire une infraction qui ne cause qu'un préjudice social, et dont en conséquence le seul ministère public peut assurer la poursuite. Les magistrats indiquent en effet que le joueur ne subit aucun préjudice : c'est l'évidence s'il gagne, et c'est encore vrai, poursuivent-ils, s'il perd puisque, ayant accepté librement et en toute connaissance de cause de « courir sa chance », il ne peut se plaindre si celle-ci ne lui est pas favorable.

Le raisonnement est adroit, réserve faite d'éventuelles manœuvres frauduleuses, que l'arrêt vise du reste à titre incident. Il n'est pourtant pas totalement convaincant, car le système est fondé sur le hasard, qui le plus souvent ne désigne pas le souscripteur.

Une fois de plus, on retrouve la question de la légitimité de la jurisprudence sur les infractions d'intérêt général. Après avoir connu son heure de gloire, la théorie bat aujourd'hui en retraite (J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, II, p. 40 et s., 1984), le législateur — tel celui du 27 décembre 1973 — contribuant à ce recul. La distinction entre les infractions d'intérêt général et les autres est en effet malaisée, et il est bien rare qu'une infraction ne puisse causer de préjudice, fût-ce presque théorique ou futur, à un individu. C'est pourquoi les arrêts les plus récents décident que, si telle incrimination « a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins à la protection des particuliers qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice direct et personnel, en obtenir réparation devant la juridiction pénale » (Crim., 17 janv. 1984, *Bull. crim.*, n° 24, délit de construction sans permis ; 19 mars 1985, *Bull. crim.*, n° 118, *id.* ; 20 févr. 1985, *Bull. crim.*, n° 83, infraction à la législation sur le bruit). Cependant, exceptionnellement encore, il arrive à la jurisprudence de reconnaître à une infraction le caractère d'infraction d'intérêt général (Crim., 20 févr. 1985, *Gaz. Pal.*, 1985.II, Somm. p. 214, recel de malfaiteur). C'est ce que vient de faire la Cour d'appel de Paris.

Contravention de mise en vente de fruits et légumes de mauvaise qualité. Détermination de la personne responsable. Délégation du directeur en faveur du responsable du rayon fruits et légumes. Délégation valable (non).

Deux contrôleurs de la Direction de la consommation et de la répression des fraudes constatent dans un hypermarché de La Roche-sur-Yon que des lots de pommes et d'oignons présentent des moisissures et des pourritures. Procès-verbal en est établi, et des poursuites sont diligentées contre le directeur général de ce magasin à grande surface sur la base des articles 3 du Règlement C.E.E. n° 1035-72 du 18 mai 1972, 1^{er} du décret n° 80-20 du 7 janvier 1980 et 13-1 de la loi du 1^{er} août 1905. Condamnation du directeur général par le Tribunal de police de La Roche-sur-Yon à cinq amendes de 500 F chacune. Faisant appel, le prévenu invoque devant la Cour d'appel de Poitiers la délégation qu'il a donnée à son chef de rayon fruits et légumes à l'occasion de la signature du contrat de travail de celui-ci. Par arrêt du 5 juin 1986 (inédit), la Cour de Poitiers admet le moyen de défense, réforme en conséquence le jugement et relaxe le prévenu. Et, comme il était seul poursuivi, l'affaire est close, puisque la Cour ne pouvait d'elle-même englober dans la poursuite le chef de rayon, qui n'avait pas été renvoyé devant elle.

Ce qui est important dans cette affaire, c'est la motivation adoptée par la Cour de Poitiers. Les magistrats poitevins affirment que, si la délégation est exclue en matière d'infractions économiques régies par les ordonnances du 30 juin 1945, le même principe ne s'applique pas en matière de fraudes, et ils ajoutent que, « dans le cadre de la loi du 1^{er} août 1905, le chef d'entreprise qui, comme en l'espèce, a délégué ses pouvoirs à un

préposé pourvu de la compétence et investi de l'autorité nécessaire ... se décharge valablement de sa responsabilité pénale sur son délégataire acceptant ».

Il est vrai que la jurisprudence exclut formellement la délégation à propos des infractions prévues par les ordonnances de 1945 (Crim., 17 déc. 1977, *J.C.P.*, 1979.II.19227, note J.-H. Robert ; 25 juin 1979, *J.C.P.*, 1980.II.19476, note J.-H. Robert). Et elle le fait parce que le législateur a entendu ici instituer un système de responsabilités cumulatives et non alternatives : en effet, l'article 56 de la seconde ordonnance vise les directeurs, et « également ... tous ceux qui, sans remplir des fonctions de direction ou d'administration, participent à un titre quelconque, notamment en qualité de gérant, mandataire ou employé, à l'activité de l'entreprise ... ».

Il est en revanche inexact qu'elle raisonne autrement pour les infractions de fraude. Pour la Cour de cassation, la délégation est là aussi exclue (Crim., 13 janv. 1981, *Bull. crim.*, n° 18). La Cour de Poitiers aurait donc mal jugé.

L'hésitation pourtant subsiste sur le point de savoir si notre droit admet et doit admettre la délégation en matière de fraude. La motivation de l'arrêt du 13 janvier 1981 est en effet curieuse : « En matière d'infraction à la loi du 1^{er} août 1905, affirme-t-il, un chef d'entreprise ne saurait s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant une délégation qui n'est pas prévue par la loi dès lors que des obligations de contrôle résultent pour lui, personnellement, des fonctions d'administration générale qu'il assure » (v. dans le même sens Crim. 28 avril 1981, inédit). La motivation est curieuse pour deux raisons. D'abord parce que la jurisprudence admet la délégation dans d'autres hypothèses où là non plus il n'y a pas de texte : ainsi en est-il en matière de pollution (Crim., 14 févr. 1973, *Bull. crim.*, n° 81), de coordination des transports (Crim., 13 mai 1969, *Bull. crim.*, n° 167, 2^e arrêt), d'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité (Crim., 15 mai 1974, D., 1976.226, note Vézian), de publicité fausse (Crim., 7 déc. 1981, *Bull. crim.*, n° 325 ; 2 févr. 1982, *Bull. crim.*, n° 36), alors que les mêmes faits peuvent constituer à la fois une tromperie et une publicité fausse ! ... La jurisprudence manque donc de cohérence, d'unité. Seconde raison : exclure la délégation en matière de fraude au motif qu'il n'y a pas de texte la consacrant est mal comprendre le principe de l'interprétation stricte. Faut-il en effet redire que ce principe ne s'applique vraiment que pour les lois défavorables au prévenu, mais pas pour celles qui lui sont favorables ? Les lois favorables sont interprétées de manière large, tout comme les faits justificatifs. Il conviendrait donc qu'en matière de délégation le juge adopte les solutions retenues par exemple en droit du travail.

Ces raisons sont si fortes que la Cour de cassation, avant 1981, avait admis la délégation en matière de fraude, à la seule condition que le dirigeant prouve l'existence de ladite délégation (Crim., 12 févr. 1975, *Bull. crim.*, n° 136 ; 14 août 1970, *Bull. crim.*, n° 285) ou que le préposé ait la compétence nécessaire (Crim., 3 oct. 1977, *Gaz. Pal.*, 1978.I.34).

Il n'est pas interdit de penser que la Cour de cassation reviendra à sa jurisprudence primitive admettant la délégation. Il n'y a que dans le cadre des ordonnances de 1945 (abrogées du reste par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et la concurrence) que la délégation est exclue, car telle a été la volonté du législateur. Les magistrats poitevins ont sans doute eu raison d'admettre la délégation en matière de fraude. En l'espèce d'ailleurs, la délégation était d'autant plus justifiée que l'entreprise du prévenu ne comporte pas moins de 130 salariés (v., sur la dimension assez considérable que doit avoir l'entreprise du prévenu pour que la délégation soit possible, Crim., 3 janv. 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.I.313, et cette *Revue*, 1965.651, obs. A. Légal) et que le salarié délégué, titulaire du baccalauréat, a été formé spécialement par l'entreprise.

VII. — INFRACTIONS CONTRE LA QUALITÉ DE LA VIE : CONSTRUCTION ET URBANISME

par Fernand BOULAN

*Professeur à l'Université de droit,
d'économie et des sciences d'Aix-Marseille
Doyen de la Faculté de droit et de science politique*

Ouvrages exemptés du permis de construire. Application immédiate d'une loi nouvelle plus douce. Habitations légères de loisirs.

1. *Ouvrages exemptés du permis de construire. Loi du 6 janvier 1986.*

La loi n° 86-13 du 6 janvier 1986, relative à diverses simplifications administratives en matière d'urbanisme et à diverses dispositions concernant le bâtiment, avait suscité des difficultés dès sa conception (v. *Le Monde*, 31 oct. 1985). Le remplacement du permis de construire par un régime déclaratif pour les constructions de faible importance a été l'un des points les plus discutés. Certains députés avaient craint que ce changement de régime ne provoque de « nombreuses complications », notamment pour le calcul des taxes locales, et ne multiplie les constructions irrégulières, donc les conflits (v. *Le Monde*, 12 déc. 1985).

Ces craintes se sont confirmées, et l'adjonction de deux décrets d'application, le premier n° 86-72 du 15 janvier 1986 (*J.O.*, 16 janv., p. 770), et le second n° 86-514 du 14 mars 1986 (*J.O.*, 16 mars, p. 4377), bien qu'accompagné d'un commentaire de 56 pages (!) émanant de l'administration centrale, nous promet, ainsi que le souligne un commentateur particulièrement autorisé, de nouvelles complications (cf. Hubert Charles, « La loi "simplification" et le permis de construire : vers de nouvelles complications ? », *D.*, 1986, Chron., p. 275).

Dans la pratique, la déclaration des nouveaux ouvrages exemptés du permis de construire supposant de nouveaux imprimés, qui naturellement n'existaient pas, le mot d'ordre des représentants des D.D.E., prévoyant les difficultés, a été de « faire comme avant », c'est-à-dire de continuer à distribuer les imprimés correspondant à une demande de permis de construire.

La loi nouvelle et les décrets d'application pouvant être invoqués dans les affaires pénales en cours, il n'est pas étonnant de constater que la Chambre criminelle de la Cour de cassation soit, après les cours d'appel, la première haute juridiction à statuer sur les « complications ».

A) *Constructions exclues du champ d'application du permis de construire.*

La loi n° 86-13 du 6 janvier 1986 (art. 3), complétant l'article L. 421-1 du Code de l'urbanisme, prévoit que le permis de construire n'est pas exigé pour les ouvrages qui, en raison de leur nature ou de leur très faible dimension, ne peuvent être qualifiés de construction, en renvoyant « en tant que de besoin » à un décret en Conseil d'Etat pour déterminer ces ouvrages. C'est ce que fit le décret du 15 janvier 1986, qui vise dix catégories de travaux ou d'ouvrages (v. Hubert Charles, *op. cit.*, Chron., p. 276), mais sans

que cette liste soit limitative, puisque, selon la loi, certains ouvrages, en raison de leur nature et de leur faible importance, sont exemptés de l'obligation de permis antérieur.

Bien que dans ses énonciations le décret du 15 janvier 1986 indique des critères de surface et de hauteur qui étaient dépassés en l'espèce, le pourvoi devait espérer faire entrer les constructions en cause dans la deuxième catégorie visée ci-dessus.

En effet, une personne avait, sans solliciter de permis de construire, édifié autour d'une piscine une construction semi-enterrée en béton et en pierres, d'une surface de 38 mètres carrés et d'une hauteur de 2 mètres. Un arrêt du 3 juillet 1985 rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence l'avait condamnée à 5 000 F d'amende et avait ordonné la démolition de l'ouvrage.

L'arrêt rendu le 27 mai 1986 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi en constatant simplement que la construction litigieuse dépasse par sa surface et sa hauteur les indications du décret du 15 janvier 1986.

Le demandeur invoquait également les dispositions de l'article L. 422-2 du Code de l'urbanisme modifié par la même loi, et celles de l'article 1 du décret du 14 mars 1986 modifiant l'article R. 422-2.

L'arrêt précise comme précédemment que : « L'alinéa m) de cet article s'applique seulement aux travaux et constructions n'ayant pas pour effet de changer la destination d'une construction existante et qui n'ont pas pour effet de créer sur un terrain supportant déjà un bâtiment une surface de plancher hors œuvre brute inférieure ou égale à 20 mètres carrés, alors que la surface de l'ouvrage incriminé était de 38 mètres carrés ».

Un autre arrêt de la Chambre criminelle du 3 juin 1985 (85-91. 433, P. Flash) a fait une application semblable à propos d'un ouvrage qui véritablement sortait de l'ordinaire. En effet, une personne avait fait édifier dans l'enceinte d'un domaine une œuvre monumentale réalisée par le sculpteur Arman. Cet ouvrage, qui portait le nom de « tour », était constitué par une structure de béton de 1 500 tonnes, d'un volume de 600 m³ et d'une hauteur de 18 mètres, le tout fondé sur un radier général : soixante voitures de marques différentes et repeintes de couleurs vives y étaient encastées !

S'agissait-il d'une construction au sens de l'article L. 421-1 du Code de l'urbanisme ? Bien que l'ouvrage ne comporte ni ouverture, ni toit, ni murs, ni espace intérieur utilisable, ni aucune utilité pratique, les juges du fond avaient légitimement considéré que l'usage ornemental ne pouvait soustraire l'œuvre à l'application de l'article L. 421-1.

Cependant la loi du 6 janvier 1986 et le décret du 15 janvier 1986 n'excluant du champ du permis de construire les statues, monuments et œuvres d'art que lorsqu'ils ont une hauteur inférieure à 12 mètres et moins de 40 mètres cubes de volume, l'œuvre en question, à cause de ses dimensions, n'entrait pas dans ces cas.

Dès les premiers arrêts de la Chambre criminelle, il semble résulter que pour les catégories d'ouvrages visés par les décrets des 15 janvier et 14 mars 1986 les normes de surface, de hauteur et de volume devront être strictement respectées.

Ce n'est qu'en dehors des catégories énumérées par ces textes que les tribunaux feront application du critère général en recherchant si, en raison de leur nature et de leur faible importance, des ouvrages pourront être exemptés du permis de construire.

Cette application rigoureuse des exemptions du permis de construire n'est pas surprenante. Elle est conforme au principe suivant lequel les exceptions sont d'interprétation stricte.

B) Application de ces textes aux affaires en cours.

S'agissant de nouveaux textes qui excluent certaines constructions édifiées sans permis préalable du champ du délit de construction sans permis, ils sont plus doux et, à ce titre, d'application aux affaires non définitivement jugées. Ils constituent de nouveaux exemples de la rétroactivité *in mitius*, principe de valeur constitutionnelle (cf. Favoreu-Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 4^e éd., sous la décision Sécurité-Liberté, 19-20 janv. 1981, p. 490).

En contrôlant la conformité des arrêts des cours d'appel au regard des nouveaux textes, les deux décisions de la Chambre criminelle citées ci-dessus ne font que respecter ce principe d'application immédiate des lois nouvelles plus douces, qui n'est lui-même qu'un corollaire du principe de légalité des incriminations et des sanctions.

2. Habitations légères de loisirs.

En dehors des espaces spécialement aménagés et autorisés pour les recevoir, les habitations légères dites de loisirs suscitent de graves difficultés. Peu coûteuses, par rapports à l'habitat plus traditionnel, et faciles à implanter, elles présentent un danger de prolifération d'un habitat non seulement médiocre, mais attentatoire à l'environnement. Les articles R. 444-1 à R. 444-4 du Code de l'Urbanisme constituent la base réglementaire de ces parcs résidentiels de loisirs (v. Bouyssou, *J.C.P.*, 1981, éd. not. prat. 7845), que certains individus détournent en implantant ces habitations sur leur propre terrain.

C'est cette interdiction que rappelle l'arrêt de la Chambre criminelle du 27 mai 1986 en indiquant que « ces textes, qui réglementent l'installation d'habitations légères de loisirs dans un cadre collectif sur des terrains de camping ou spécialement affectés à cet usage, sont inapplicables dans le cas où, comme en l'espèce, c'est le propriétaire du terrain qui, sans se conformer aux prescriptions de la loi, y a implanté une construction de ce type, ou y a fait stationner une caravane ».

VIII. — INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT SOCIAL

par Christine LAZERGES

*Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques
de l'Université de Montpellier I*

1. *Accident du travail. Homicide ou blessures par imprudence. Délégation de pouvoir.*

Deux décisions de la Chambre criminelle des mois de janvier et février 1986 (Crim., 22 janv. 1986, *Bull. crim.*, n° 30 ; Crim., 26 févr. 1986, non publiée) méritent toute l'attention de celui qui pénètre dans le maquis de la délégation de pouvoirs.

Dans la première affaire, l'employeur fut poursuivi et condamné pour blessures involontaires et manquement aux règles édictées en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs à la suite d'un accident du travail dont la victime était l'un de ses salariés. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, pour retenir la culpabilité du chef d'entreprise, s'était appuyée sur l'absence de preuve d'une totale délégation de pouvoirs de ce dernier. Par des motifs qui font le point sur l'état de la jurisprudence et conduisent à la cassation de la décision d'appel, la Cour suprême énonce clairement : « Attendu que si le chef d'entreprise est tenu de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions édictées en vue d'assurer la sécurité des travailleurs, il peut être exonéré de sa responsabilité pénale s'il est prouvé qu'il a délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur ; que si pour être exonératoire une telle délégation doit être certaine et exempte d'ambiguïté, il n'est nullement exigé qu'elle porte sur la totalité des pouvoirs propres au chef d'entreprise ».

L'espèce non publiée du 25 février 1986 concerne, d'une part, la question de la preuve de la délégation de pouvoirs et, d'autre part, celle de la coparticipation en matière d'homicide par imprudence. Ici l'employeur fut condamné par la Cour d'appel de Paris pour les délits d'infraction à la législation du travail et d'homicide involontaire, au motif qu'aucune délégation écrite aux agents sur le chantier n'avait été opérée, et que « la convention collective même visée dans le contrat individuel de travail ne pouvait, en raison de son manque de précision, valoir délégation de pouvoirs ».

Concurremment deux salariés de l'entreprise, l'un conducteur de travaux, l'autre chef de travaux, furent condamnés pour le même homicide involontaire. Pour la Cour d'appel, le conducteur de travaux « aurait dû prendre toutes initiatives utiles pour suppléer aux carences du directeur général dans le domaine de la sécurité et donner les directives nécessaires à l'installation d'un platelage solide ». Quant au chef de travaux, « il était sur place et devait veiller à la stricte application des consignes de sécurité, il a laissé confectionner et utiliser un platelage irrégulier dont l'effondrement était prévisible et dès lors a commis une faute ayant participé à la réalisation de l'accident ». La Chambre criminelle valide ces condamnations. Malgré l'absence de délégation de pouvoirs en bonne et due forme, un auteur et deux coauteurs sont déclarés responsables de l'homicide par

imprudence, le chef d'entreprise portant par contre seul la charge des infractions commises en matière d'hygiène et de sécurité.

Sur les formes et le contenu de la délégation de pouvoirs, ces deux décisions précisent certains éléments. Les juges apprécient en leur intime conviction les preuves rapportées ; il semblerait cependant qu'un écrit soit vivement conseillé, mais pas n'importe lequel. Dans la première espèce, la Cour d'appel a estimé qu'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par l'employeur à celui auquel il prétendait avoir délégué ses pouvoirs n'était pas une preuve suffisante, car la lettre en question ne faisant que rappeler les obligations et les compétences du préposé sur le plan professionnel. Dans la seconde espèce, le chef d'entreprise aurait voulu que les juges « lisent » la délégation de pouvoirs dans la convention collective incluse au contrat de travail et qui présentait l'organigramme de l'entreprise.

A juste titre les juges de la Chambre criminelle ne suivent pas cette argumentation. Il serait en effet dangereux de reconnaître à l'organigramme le caractère de délégation implicite de la responsabilité de celui qui est pourvu du pouvoir de direction.

Il est difficile d'exprimer précisément ce que doit être une délégation de pouvoirs déchargeant le chef d'entreprise. On ne peut qu'affirmer qu'une délégation de pouvoirs consiste nécessairement en un transfert *effectif* d'autorité à une personne compétente et pourvue de moyens ; en bref, ainsi que le résume clairement la Chambre criminelle : « Si pour être exonératoire une telle délégation doit être certaine et exempte d'ambiguïté, sa preuve n'est pourtant soumise à aucune forme particulière » (Cass. crim., 27 oct. 1976, *Bull. crim.*, n° 303).

Sur la coparticipation en matière d'homicide par imprudence, pour éclaircir la réflexion, citons Paul Malaval : « Il ne s'agit pas de larguer la notion si féconde de la délégation, qui restera en la matière une pièce irremplaçable du droit positif, mais de ne pas isoler dialectiquement cette notion au point d'occulter si peu que ce soit la base essentielle de toute condamnation pénale, qui est la faute personnelle d'action ou d'omission, effectivement prouvée à la charge du prévenu » (*Droit social*, 1984, p. 497).

En d'autres termes la coresponsabilité pour le délit d'homicide ou de blessures par imprudence ne doit pas être exclue dès lors que la preuve est rapportée de négligences ou de défaut de précautions en relation de cause à effet avec l'accident. Dans la décision du 25 février 1986 ce lien de causalité, pour les trois condamnés, entre leur négligence et l'homicide est considéré comme démontré, de même que l'est la négligence de chacun, à apprécier au regard des compétences et de la responsabilité de chacun. La triple décision de condamnation n'est alors critiquable ni au regard du droit pénal, ni au regard d'une éthique de la responsabilisation de l'employeur et des salariés.

Mais il est une faute qui ne se partage pas et qui ne se dilue par dans des coresponsabilités parce qu'elle est attachée à une fonction ; c'est celle qui entre dans les éléments constitutifs des infractions en matière d'hygiène et de sécurité ; ou il n'y a pas de délégation, et le chef d'entreprise est seul responsable et condamné, ou il y a délégation de pouvoirs, et seul le délégataire devient responsable et condamnable. La Chambre criminelle l'a rappelé avec vigueur dans une décision du 23 janvier 1975, dont il nous paraît utile de rappeler l'attendu principal en conclusion : « Attendu que le chef d'entreprise, tenu de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions édictées par le Code du travail ou les règlements pris pour son application en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité des travailleurs, est pénalement responsable des infractions constatées à cet égard sur ses chantiers ; qu'il ne peut être exonéré de cette responsabilité que s'il rapporte la preuve qu'il a délégué la direction du chantier à un préposé investi et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur, auquel cas sa responsabilité est transférée à son délégué ; qu'il s'en suit qu'en cette matière la même infraction ne peut être retenue à la fois contre un chef d'entreprise et contre un préposé de celui-ci ».

2. La règle du non-cumul des peines (art. 5, C. pén., art. L. 263, C. trav.).

Curieusement la mise en œuvre conjointe des articles 5 du Code pénal et de l'article L. 263-2 du Code du travail présente pour les cours d'appel des difficultés. Preuve en sont les nombreux pourvois fondés sur ce problème, qui ne devrait pas en être un.

Nous avons observé que la résistance d'une cour d'appel à l'application d'un texte aussi clair que l'article L. 263-2 du Code du travail pouvait être grande (cf. Crim., 7 févr. 1984, Chron. R.S.C., 1984, p. 776, et Crim., 23 janv. 1985, R.S.C., 1985, p. 841).

Dans l'affaire qui retient notre attention aujourd'hui (Crim. 23 juill. 1986), la Cour d'appel de Rouen avait condamné un certain Olivier L... G..., pour homicide involontaire et infraction à la réglementation relative à la sécurité des travailleurs, à deux amendes, l'une de 3 000 F, l'autre de 500 F.

Or, rappelle une nouvelle fois la Chambre criminelle : « Attendu qu'en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits la peine la plus forte est seule prononcée ; qu'il n'est pas dérogé à cette règle lorsqu'un délit d'homicide involontaire est poursuivi en même temps que des *infractions correctionnelles* aux dispositions protectrices de la sécurité des travailleurs ; qu'au contraire l'article L. 263-2 du Code du travail rappelle, dans son dernier alinéa, que le cumul des peines est exclu en pareil cas conformément à l'article 5 du Code pénal ».

Mais encore faut-il, pour appliquer correctement les dispositions du législateur, que les magistrats du second degré qualifient correctement l'infraction aux règles relatives à la sécurité. S'il s'agit d'un délit, une seule peine sera prononcée, s'il s'agit d'une contravention (hormis l'hypothèse de la peine d'emprisonnement en cas de pluralité de contraventions de la 5^e classe, art. 5, al. 2, C. pén.) la règle du non-cumul des peines est écartée.

En l'espèce, on constate avec étonnement l'étourderie d'une cour d'appel sur la qualification d'une infraction aux règles relatives à la sécurité des travailleurs, dont la Chambre criminelle est obligée de rappeler qu'elle est constitutive d'un délit. « D'où il suit que la cassation est encourue ».

Serait-il besoin de rappeler que la catégorie à laquelle une infraction est rattachée (crime — délit — contravention) ne se lit pas dans le minimum de la peine encourue, mais dans son maximum, ici 15 000 F ?

Point n'est besoin d'insister sur la ridicule perte de temps pour la juridiction de renvoi, mais d'abord pour la Chambre criminelle, trop souvent encombrée par des affaires aussi simples que celle qui l'a conduite à casser un arrêt de la Cour d'appel de Rouen le 23 juillet 1986.

3. Le cumul idéal de qualifications.

Le sous-titre pourrait être : « Un concept en voie d'extinction ».

Prolongeant les observations que nous faisons dans cette *Revue* (1985, p. 839 et s.), il nous paraît intéressant de prendre un nouvel exemple d'infractions en cascade dans le champ du licenciement.

Cumul idéal de qualifications ou concours réel d'infractions, l'enjeu, on le sait, quant à la sanction est mince et explique pour partie la mise à l'écart de plus en plus fréquente de la règle *non bis in idem*, et du principe de la plus haute expression pénale.

Et pourtant quelques pourvois sont encore fondés sur une prétendue mauvaise application de cette règle *non bis in idem*. Il en est ainsi du pourvoi formé par Marc M... contre un arrêt de condamnation de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 avril 1985.

M..., gérant d'une entreprise de travail temporaire dont le siège est à Paris, avait licencié en 1983 Mme B..., directrice de l'agence que possède l'entreprise à Toulon.

Il est reproché à l'employeur d'avoir, d'une part, procédé à ce licenciement sans autorisation de l'administration (art. L. 321-2 et R. 321-3, C. trav.) alors qu'il avait moins d'un an auparavant licencié une autre salariée de l'agence pour motif économique, d'autre part, d'avoir licencié Mme B..., conseiller prud'homme depuis 1982, sans observation des formes prescrites (art. L. 514-2 et L. 531-11, C. trav.).

Le moyen au pourvoi soutient que pour les mêmes faits une double déclaration de culpabilité est intervenue en violation de la règle *non bis in idem*. Et en effet on affirme encore classiquement en doctrine que, lorsqu'un même fait (ici le licenciement) ou un même faisceau de faits peut être qualifié diversement, la règle *non bis in idem* exige qu'une qualification soit retenue et non pas plusieurs.

Pourtant le 22 avril 1986, confortant une jurisprudence maintenant bien assise, mais pas toujours motivée de la même façon, la Chambre criminelle précise : « Attendu que, contrairement à ce qui est allégué au moyen, la cour d'appel n'a commis aucune violation de la loi ; qu'en effet, si elles procédaient d'une seule et même action, les deux infractions correctionnelles retenues ne comportaient pas les mêmes éléments constitutifs ; qu'en prononçant une seule peine les juges se sont conformés aux dispositions de l'article 5 du Code pénal ».

Justifier le rejet de la règle *non bis in idem* par la non-identité des éléments constitutifs nous paraît peu judicieux, ou plus exactement illogique. Il semble aller de soi qu'en cas d'identité parfaite des éléments constitutifs il ne peut y avoir qu'une infraction. En outre, si un même fait peut tomber sous le coup de plusieurs qualifications, il va de soi alors que des éléments constitutifs différents peuvent être mis en avant.

S'agissant d'un même fait ou d'un même faisceau de faits, est bien préférable l'argumentation fondée sur l'atteinte portée par ces faits à une valeur sociale ou à des valeurs sociales différentes (Crim., 3 mars 1960, Ben Haddadi, *Bull. crim.*, n° 138).

En l'espèce, les articles L. 321-2 et L. 514-2 ne protègent pas les mêmes valeurs. Dans le premier cas, il s'agit du droit de regard conféré par le parlement à l'administration sur certains licenciements, dans l'autre de protéger une fonction de justice, celle de conseiller prud'homme.

Approuvant la décision de la Chambre criminelle, nous n'en approuvons cependant pas les motifs.

Il est de plus en plus clair que le domaine de la règle *non bis in idem*, et en conséquence celui du principe de la plus haute expression pénale (non contesté en lui-même), se rétrécit jusqu'à ne plus concerner demain sans doute que les infractions exclusives l'une de l'autre.

Cette modeste analyse prospective de la situation en jurisprudence de la règle *non bis in idem* suppose, ajoutons-le, parce que ce n'est pas évident en période d'inflation pénale accélérée, que chaque infraction protège une valeur sociale différente.

4. Le délit d'entrave par omission.

« Si l'article L. 431-1 du Code du travail, affirme la Chambre criminelle (14 janv. 1986, *Bull. crim.*, n° 24), prévoit la création d'un comité central d'entreprise dans les entreprises comprenant des établissements distincts, aucun texte ne fait expressément obligation au chef d'entreprise de prendre l'initiative de la constitution de cet organisme lorsque nulle démarche n'a été effectuée à cet effet auprès de lui ».

La Cour d'appel de Chambéry avait cru pouvoir, le 6 février 1985, condamner un employeur, Henri G..., pour entrave à la constitution du comité central d'entreprise par omission de constitution de cet organisme. La Chambre criminelle, en cassant cette décision, se refuse à admettre un délit d'entrave par omission dans ces circonstances, et prend soin de motiver très précisément sa décision : « Attendu qu'en se bornant à fonder la condamnation sur une absence d'initiative de l'employeur, sans rechercher si des démarches avaient ou non été effectuées auprès de lui par des salariés ou des organisations syndicales et, dans l'affirmative, s'il y avait fait *obstacle par son inertie* ou par des manœuvres dilatoires, la Cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes précités et a privé sa décision de base légale ».

La Cour d'appel avait, elle, fait valoir que le législateur confie au chef d'entreprise de façon générale la mise en place des institutions représentatives du personnel ; en s'abstenant de respecter cette obligation et de donner les instructions nécessaires aux présidents des comités d'établissement en vue de l'élection de délégués au comité central d'entreprise, l'employeur commettait une faute personnelle constitutive d'infraction.

Deux conceptions opposées du rôle du chef d'entreprise dans la mise en place des institutions représentatives du personnel s'opposent dans cette affaire. Pour la juridiction du fond, l'employeur doit non seulement ne pas faire obstacle par une quelconque entrave à la mise en place, mais en être l'initiateur; l'entrave pourrait découler de sa seule passivité ou de son inertie initiale, et non pas seulement d'une passivité de fait en réponse à une demande des salariés.

Pour la Cour suprême, à l'inverse, l'employeur est tenu simplement de ne pas faire obstacle (par quelque moyen que ce soit, l'inertie en est un) à une sollicitation préalable d'organisation de l'élection de délégués au comité central d'entreprise par exemple.

Même adepte de la thèse générale de la Cour d'appel de Chambéry sur le rôle du chef d'entreprise, en ce domaine de la représentation du personnel, on est obligé de constater que le délit d'entrave n'est pas une infraction matérielle. L'absence d'intention frauduleuse empêche le délit d'être constitué. Rappelons que pour la Chambre criminelle il ne saurait y avoir de délit d'entrave sans intention criminelle caractérisée (cf. notre Chronique, cette *Revue*, 1984, p. 775 et s.). Cette intention ne peut se démontrer avant la concrétisation d'un obstacle délibérément placé; ceci suppose une initiative préalable des salariés.

Après une telle initiative le délit d'entrave peut s'analyser en un délit de commission par omission, lorsqu'il découle par exemple de l'inertie de l'employeur.

La Chambre criminelle a déjà eu l'occasion de se prononcer en ce sens à plusieurs reprises; ainsi le 29 janvier 1974 (*Bull. crim.*, n° 43) elle estimait qu'est à bon droit déclaré coupable du délit d'atteinte à la libre désignation des délégués du personnel le chef d'entreprise qui, ayant été invité à faire procéder à l'élection des délégués, fait obstacle par son inertie prolongée à l'organisation de cette élection. L'inertie prolongée du chef d'entreprise mettant dans l'impossibilité d'organiser la propagande préalable aux élections est également considérée comme constitutive du délit d'entrave dans une décision du 5 octobre 1982 (*Crim.*, 5 oct. 1982, *Bull. crim.*, n° 207).

En définitive, avant toute initiative extérieure au chef d'entreprise dont la preuve puisse être rapportée, faute d'intention criminelle caractérisable, le délit d'entrave à la mise en place d'une institution représentative du personnel ne saurait être constitué; à l'inverse la passivité en réponse à une démarche des intéressés doit s'analyser en une entrave.

IX. — PROCÉDURE PÉNALE *

par André BRAUNSCHWEIG

*Président de chambre honoraire
à la Cour de cassation*

1. *Détention provisoire. Demande de mise en liberté.*

La Chambre criminelle n'a pas tardé à faire suivre la publication de son arrêt du 17 juin 1986 (*Bull.*, n° 210)¹ de celle d'autres décisions concernant les conditions dans lesquelles, conformément aux dispositions de la loi du 30 décembre 1985, applicables à compter du 1^{er} février 1986, une demande de mise en liberté est recevable.

a) Un inculpé, G., a adressé le 10 février 1986 une lettre au président de la chambre d'accusation pour demander sa mise en liberté au motif qu'il n'aurait pas comparu devant le juge d'instruction depuis plus de quatre mois, mais les magistrats de la cour d'appel ont déclaré cette demande irrecevable après avoir constaté qu'elle n'a pas été faite dans les formes prévues par les articles 148-6 et 148-7 du Code de procédure pénale.

Par arrêt en date du 22 juillet 1986 (*Bull.* n° 239), la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, après avoir rappelé qu'aux termes de l'article 148-8 nouveau du Code de procédure pénale, « lorsque l'inculpé entend saisir la chambre d'accusation en application des dispositions des articles 148, alinéa 6, ou 148-4 du même code, sa demande est faite dans les formes prévues par les articles 148-6 et 148-7, par déclaration au greffier de la chambre d'accusation compétente ou au chef de l'établissement pénitentiaire qui en assure la transmission ». La Cour de cassation précise, reprenant sa formule de l'arrêt du 17 juin 1986 précité, « qu'il s'agit là d'une formalité essentielle à laquelle il ne peut être suppléé notamment par l'envoi d'une lettre ».

b) Renvoyé devant une cour d'assises, K. a adressé le 28 avril 1986 une lettre au procureur général pour solliciter sa mise en liberté, mais, saisie par ce magistrat de cette demande, la chambre d'accusation l'a déclarée irrecevable en relevant que l'accusé n'a pas respecté les nouvelles dispositions des articles 148-6 et 148-7 du Code de procédure pénale.

Estimant que lesdits articles ont été appliqués à juste titre par la chambre d'accusation, et adoptant une motivation identique à celle du précédent arrêt, la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi de K. le 20 août 1986 (*Bull.*, n° 245).

c) Alors qu'en application de l'article 181 du Code de procédure pénale la chambre d'accusation était saisie d'une procédure criminelle suivie contre S., un mémoire en faveur de celui-ci avait été déposé au greffe de cette juridiction en vertu de l'article 198 du même code. Ce mémoire, qui concluait au prononcé d'un arrêt de non-lieu à suivre, sollicitait, quelle que soit la décision rendue, que l'inculpé fût mis en liberté. La chambre

* M. André Braunschweig a bien voulu suppléer cette fois encore M. le Procureur général Jean Robert, titulaire de la *Chronique de procédure pénale*, empêché par son état de santé de donner sa contribution.

1. Cf. notre précédente *Chronique*, 1986 p. 892.

d'accusation a alors par un premier arrêt, rejeté ce qu'elle estimait être une demande de mise en liberté, puis par un second arrêt du même jour elle a renvoyé S. devant la cour d'assises.

La Chambre criminelle a cependant, par arrêt du 26 septembre 1986 (*Bull.* n° 261), cassé la première décision, après avoir relevé d'office un moyen pris de la violation des articles 148-6 et 148-7 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation a considéré, en effet, que la chambre d'accusation n'étant pas saisie dans les formes prescrites par ces nouveaux textes, aurait dû constater l'irrecevabilité de la demande de mise en liberté.

Par ces trois arrêts, qui visent des demandes de mise en liberté faites au niveau de la chambre d'accusation, et celui du 17 juin 1986 qui concernait une demande irrégulièrement adressée à un juge d'instruction, la Chambre criminelle manifeste ainsi sans équivoque son intention de faire respecter rigoureusement les dispositions introduites en la matière par la loi du 30 décembre 1985.

2. *Instruction. Expertise. Contrôle de la chambre d'accusation.*

Dans une précédente *Chronique* (1986, p. 646), nous avons souligné le fait que, si la loi du 30 décembre 1985 a supprimé l'obligation de la dualité d'experts, elle n'a cependant remis en cause aucune des autres règles relatives à l'expertise ordonnée par le juge d'instruction, et que la Chambre criminelle ne manquerait pas de censurer par exemple, comme elle l'avait encore fait le 3 septembre 1985 (*Bull.*, n° 283), une absence de motivation de la désignation d'une personne non inscrite sur une liste d'experts.

Or la Chambre criminelle, par une décision du 2 septembre 1986 (*Bull.* n° 251), vient effectivement de casser un arrêt de renvoi d'une chambre d'accusation qui avait omis de constater plusieurs nullités découlant de la méconnaissance de certaines dispositions des articles 156 et suivants du Code de procédure pénale.

Un juge d'instruction avait désigné, pour procéder à une expertise portant sur le fond de l'affaire, un expert inscrit sur la liste de la cour d'appel et une dame D., non inscrite sur une liste d'experts. Toutefois, non seulement l'ordonnance du magistrat ne comportait, en violation de l'article 157, alinéa 3, aucune motivation concernant le choix de cette personne, mais en outre le procès-verbal constatant la prestation de serment de la dame D. n'était pas daté et ne portait que la signature de celle-ci, alors qu'aux termes de l'article 160 un tel procès-verbal doit être signé par le juge, l'expert et le greffier.

La Cour de cassation a estimé que, de ce fait, elle n'était pas en mesure de vérifier si le serment avait été reçu à bref délai après désignation de l'expert et antérieurement au dépôt du rapport.

Par ailleurs, il résultait de l'examen des pièces de la procédure qu'un adjudant de gendarmerie, officier de police judiciaire, agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction, avait de lui-même commis deux experts en balistique afin de procéder à une expertise portant sur le fond de l'affaire.

La Chambre criminelle a rappelé que si, en application de l'article 156 du Code de procédure pénale, toute juridiction d'instruction ou de jugement peut ordonner une expertise dans le cas où se pose une question d'ordre technique, lesdites juridictions ne tiennent cependant d'aucun texte la faculté de déléguer leurs pouvoirs en matière de désignation d'experts.

Ces diverses irrégularités ont, à bon droit, entraîné la cassation, avec un blâme pour la chambre d'accusation qui, saisie de la procédure en application de l'article 181 du Code de procédure pénale, aurait dû, même d'office, en examiner la régularité, conformément aux dispositions de l'article 206 du même code, et constater la nullité des deux expertises.

Ajoutons que par arrêt du 22 octobre 1986 (*Bull.*, n° 301) la Chambre criminelle a adressé une critique du même ordre à une autre chambre d'accusation qui avait également prononcé un arrêt de renvoi sans constater la nullité d'une expertise. L'irrégularité était pourtant de taille ! Deux experts, en effet, avaient été commis pour procéder à une expertise balistique, par une ordonnance que n'avait pas signée le juge d'instruction. La Cour de cassation estime que ces experts n'ont pas été régulièrement désignés et que l'expertise pratiquée par eux, objet du rapport qu'ils ont déposé, est entachée de nullité, laquelle devait être constatée, fût-ce d'office, par la chambre d'accusation.

3. *Chambre d'accusation. Examen de la régularité de la procédure. Règles relatives à l'exécution du mandat d'amener.*

Ce devoir d'examiner la régularité des procédures qui lui sont soumises, en application de l'article 206 du Code de procédure pénale, a encore été rappelé à une chambre d'accusation par la Cour de cassation, à l'occasion d'une irrégularité commise dans un tout autre domaine.

Au début d'une information ouverte contre X. du chef d'homicide volontaire avec préméditation, la dame R. a été placée en garde à vue dans un service de police. Après son audition par un officier de police judiciaire, le juge d'instruction a décerné contre elle un mandat d'amener. Le lendemain, à 11 h 30, l'intéressée a été déférée devant le magistrat, qui a consigné ses déclarations dans un procès-verbal de déposition de témoin. C'est seulement à 15 h 40 que le juge d'instruction a procédé à son interrogatoire de première comparution et l'a placée sous mandat de dépôt.

Dans un arrêt en date du 26 septembre 1986 (*Bull.*, n° 260), la Chambre criminelle déclare que cependant « le juge d'instruction, qui avait manifesté par la délivrance d'un mandat d'amener son intention de traiter la dame R. comme une inculpée, avait l'obligation de procéder sur-le-champ à son interrogatoire de première comparution ; qu'il ne pouvait, sans méconnaître la loi, l'entendre préalablement à titre de témoin... »

Estimant qu'il s'agit là d'une violation de l'article 125 du Code de procédure pénale, aux termes duquel le juge d'instruction interroge immédiatement l'inculpé arrêté en vertu d'un mandat d'amener, la Cour de cassation reproche à la chambre d'accusation d'avoir omis de constater, fût-ce d'office, la nullité du procès-verbal d'audition de témoin de la dame R. et prononce la cassation.

4. *Cour d'assises. Nullités entachant la procédure qui précède l'ouverture des débats. Dispositions nouvelles introduites par la loi du 30 décembre 1985.*

Nous avons récemment évoqué le cas de ce juré qui avait pu siéger dans un procès d'assises sans avoir l'âge requis, en nous étonnant de ce que, en dépit des diverses opérations administratives et judiciaires qui précèdent la formation du jury de jugement, ce vice de procédure n'eût pas été décelé à temps (*Crim.*, 14 nov. 1985, *Bull.* n° 355, note *Chronique*, 1986, p. 889).

La Chambre criminelle, cependant, a de nouveau été amenée à statuer sur un cas semblable le 8 octobre 1986 (*Bull.*, n° 276), mais cette fois, contrairement à sa précédente décision, elle a rejeté le pourvoi en faisant application des nouvelles dispositions insérées dans le Code de procédure pénale par la loi du 30 décembre 1985, avec effet à compter du 1^{er} février 1986, et dont il convient de rappeler les termes.

Selon l'article 305-1, « l'exception tirée d'une nullité autre que celles purgées par l'arrêt de renvoi devenu définitif et entachant la procédure qui précède l'ouverture des débats doit, à peine de forclusion, être soulevée dès que le jury de jugement est définitivement constitué... ». Et l'article 599 a été complété par un second alinéa ainsi rédigé : « En matière criminelle, l'accusé n'est pas recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités qu'il n'a pas soulevées devant la cour d'assises conformément aux prescriptions de l'article 305-1 ».

En l'espèce, la cour d'assises s'étant réunie le 17 février 1986 pour juger le demandeur, la dame V. avait siégé dans le jury de jugement alors que, née le 8 juillet 1963, elle n'avait pas encore atteint l'âge de vingt-trois ans.

Tout en constatant la présence illégale de ce juré au sein du jury de jugement, la Chambre criminelle estime néanmoins que la nullité qui en découle devait, conformément aux articles précités, être soulevée par l'accusé aussitôt après la formation du jury de jugement et qu'elle ne pouvait plus être présentée comme moyen de cassation.

Il est de fait que la liste des jurés de session ayant été régulièrement signifiée à l'accusé, celui-ci était en état de connaître la date de naissance de la dame V., et son avocat avait donc la possibilité de soulever l'exception de nullité dès la constitution du jury de jugement. L'application des articles 305-1 et 599, alinéa 2, s'imposait-elle pour autant ? La réponse ne nous paraît pas évidente.

Certes, la procédure précédant l'ouverture des débats était entachée de l'irrégularité puisque celle-ci était née à l'occasion du tirage au sort des jurés de jugement, mais il y a lieu de noter qu'il s'agissait là d'une nullité très grave, dans la mesure où elle viciait la composition de la juridiction et violait donc, de jurisprudence constante, une règle d'ordre public. Est-il certain que le législateur de 1985 ait envisagé que les règles restrictives des droits de la défense qu'il édictait en la matière couvriraient éventuellement une violation d'une telle nature ? La question est d'importance, car le résultat, en la circonstance, est que la dame V., à partir du moment où le président a déclaré le jury définitivement constitué, a acquis une légitimité que la loi lui refusait. C'est en conséquence un juré inapte qui a siégé pendant tous les débats, et surtout qui, ayant participé au délibéré, a été associé au verdict. Il nous paraît, en tout cas, qu'on puisse valablement soutenir que ce n'était pas uniquement le tirage au sort qui était vicié et que cette nullité, en quelque sorte continue, n'entachait pas seulement la première phase de la procédure à l'audience, mais également la totalité de celle-ci, dépassant ainsi les prévisions des articles 305-1 et 599, alinéa 2, du Code de procédure pénale.

Or la Chambre criminelle elle-même renforce notre opinion par un arrêt qu'elle a rendu le 13 novembre 1986 (*Bull.*, n° 340) et qui ne vise plus l'aptitude d'un juré, mais celle d'un magistrat.

Par ordonnance du 19 novembre 1985, le premier président de la Cour d'appel de Paris a en effet fixé au 3 janvier 1986 à 13 heures l'ouverture de la session d'une section de la Cour d'assises, et désigné en qualité de président de ladite session pour le trimestre Monsieur C., conseiller à la Cour d'appel. Puis, par une seconde ordonnance rendue le 3 janvier 1986 à 13 h. 30, il a désigné comme président, en remplacement de Monsieur C., empêché, un autre conseiller, Monsieur S., qui a notamment présidé la cour d'assises le 7 février 1986, date à laquelle l'accusé H. a été jugé. Celui-ci a formé un pourvoi, en contestant par un moyen unique la régularité de la désignation du président.

La Chambre criminelle, accueillant le grief, a cassé l'arrêt de la cour d'assises en constatant que celle-ci était illégalement composée, et après avoir relevé que l'ouverture de la session ayant été fixée à 13 heures, le premier président n'avait plus compétence, aux termes de l'article 246 du Code de procédure pénale, pour désigner un président en remplacement du titulaire empêché. Rappelons que, selon ce texte, en cas d'empêchement survenu après l'ouverture de la session, le président des assises est remplacé par l'assesseur du rang le plus élevé.

Il importe donc d'observer que dans cette affaire la Cour de cassation n'a pas cru bon de faire application des articles 305-1 et 599, alinéa 2, du Code de procédure pénale qui, lors du procès, venaient d'entrer en vigueur, alors pourtant que la nullité entachait la procédure précédant l'ouverture des débats. Pour comprendre cette décision de la Chambre criminelle, contraire à celle du 8 octobre 1986, on peut avancer deux explications possibles. Il est tout d'abord à conjecturer que la Cour de cassation a estimé que la défense n'est pas tenue, avant l'ouverture du procès, de se faire communiquer l'ordonnance du premier président, tandis que, grâce à la signification qui en est faite à l'accusé, elle a tout loisir d'examiner attentivement la liste des jurés de session. L'argument a sa valeur, mais il nous paraît toutefois pénaliser bien lourdement l'accusé de la première affaire, dont l'avocat, faisant confiance aux opérations de révision de la liste, n'a pas jugé nécessaire de contrôler la date de naissance de chaque juré y figurant. Si défaillance il y a eu de sa part, que dire de celle du président et de l'avocat général qui, eux, avaient l'obligation, aux termes de l'article 289 du Code de procédure pénale, de vérifier à l'ouverture de la session si, parmi les jurés présents, il en était qui ne remplissaient pas les conditions d'aptitudes légales !

C'est pourquoi nous retiendrons plutôt une seconde explication, beaucoup plus déterminante à nos yeux, selon laquelle la Cour de cassation, prenant en compte à la fois la protection des droits de la défense et le respect des règles d'ordre public, a tout simplement jugé inadmissible qu'un arrêt de condamnation fût prononcé par une cour d'assises illégalement présidée.

Il est donc permis de supposer qu'à l'avenir la Chambre criminelle harmonisera sa jurisprudence et qu'elle considérera que, nonobstant les dispositions des articles 305-1 et 599, alinéa 2, du Code de procédure pénale, la présence d'un juré inapte en raison de

son âge vicié aussi gravement la composition de la cour d'assises, d'un bout à l'autre du procès, que celle d'un magistrat irrégulièrement désigné.

Il est intéressant par ailleurs de signaler que le 8 octobre 1986, c'est-à-dire le jour même où elle a statué sur le cas du juré inapte, la Chambre criminelle s'est également fondée sur les articles précités pour rejeter un autre pourvoi (*Bull.*, n° 277) dont l'un des moyens visait le fait que le procès-verbal des débats n'indiquait pas que lors du tirage au sort du jury de jugement les noms des jurés déposés dans l'urne correspondaient au nombre de vingt-trois exigé par la loi.

A ce grief la Cour de cassation a répondu qu'il ne résultait « d'aucune énonciation du procès-verbal des opérations de formation du jury de jugement et des débats, ni d'aucune autre pièce, que les accusés ou leurs conseils aient soulevé, avant l'ouverture des débats, une exception prise de ce que le nombre des jurés dont les noms ont été déposés dans l'urne ... n'était pas conforme à celui prescrit par la loi ». Puis, se référant aux articles 305-1 et 599, elle a déclaré que « les accusés ne sont dès lors pas recevables à présenter comme moyen de cassation une prétendue nullité qu'ils n'ont pas soulevée devant la cour d'assises conformément aux prescriptions du premier de ces articles ».

Cet arrêt ne doit susciter aucune réserve, car il porte sur un cas qui entre parfaitement dans le champ d'application de ces nouvelles dispositions.

La seule question que nous nous hasarderons à poser, en conclusion, est celle de savoir s'il était opportun que le législateur édictât de telles prescriptions. La finalité du texte, en effet, est de restreindre le nombre des pourvois en matière criminelle, par la limitation des moyens recevables, mais en retour ces prescriptions ne peuvent qu'inciter la défense, afin d'éviter la forclusion, à soulever systématiquement avant les débats des exceptions tirées de nullités réelles ou prétendues.

Or ce contentieux survenant à l'audience, non seulement alourdira celle-ci, mais surtout risquera de provoquer des arrêts incidents rendus à chaud par la cour, et susceptibles de servir de fondement à des moyens de cassation qui, eux, seront recevables. Il n'est donc pas interdit de présumer que les nouveaux articles 305-1 et 599, alinéa 2, du Code de procédure pénale, loin de désencombrer la Chambre criminelle, auront, en définitive, des effets pervers.

B. Chronique législative

par Bernard BOULOC

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1^{er} juillet au 30 septembre 1986)

I. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

1. *Amnistie en matière de change.*

La loi n° 86-824 du 11 juillet 1986 (*J.O.*, 12 juill., p. 8688) portant loi de finances rectificative pour 1986 comporte un article 11 aux termes duquel les avoirs régulièrement détenus à l'étranger qui auront été rapatriés en France avant le 1^{er} janvier 1987 seront considérés comme étant en situation régulière au regard de la réglementation des changes et ne pourront faire l'objet d'aucune réclamation au titre des impôts, droits et taxes dont le fait générateur est antérieur à la date d'entrée en vigueur de la loi.

La contre-valeur en francs de ces avoirs, calculée le jour de leur rapatriement, sera soumise de manière anonyme à une taxe spéciale de 10 %, libératoire du paiement de tous impôts, droits et taxes. Cette taxe sera acquittée, dans un délai d'un mois, auprès des comptables du Trésor sur présentation des pièces justificatives du transfert établies par un intermédiaire agréé. Ces pièces, comme les écritures correspondantes de l'intermédiaire, sont couvertes par l'anonymat, les administrations fiscales et douanières ne pouvant user de leur droit de communication à leur égard.

Le bénéfice de cette mesure est réservé aux résidents français à l'encontre desquels aucune procédure administrative ou judiciaire n'a été engagée avant la date de régularisation au sujet des mêmes sommes.

2. *Création d'une nouvelle catégorie d'infractions : les infractions de terrorisme.*

La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (*J.O.*, 10 sept., 10956) relative à la lutte contre le terrorisme crée une nouvelle catégorie d'infractions, celle des infractions de terrorisme, par l'introduction d'un nouveau Titre XV dans le Livre IV du Code de procédure pénale, dont le régime juridique est différent de celui des infractions de droit commun, non seulement quant aux règles de forme, mais aussi quant à l'application du droit pénal de fond.

a) Notion d'infraction de terrorisme.

C'est le nouvel article 706-16 du Code de procédure pénale qui précise les infractions entrant dans la nouvelle catégorie. Objectivement, la liste en est fournie par ce texte. On y trouve les infractions définies aux articles 257-3 du Code pénal (destructions d'immeubles par explosifs ou substances incendiaires, introduit par l'article 2 de la loi du 9 septembre 1986), 265 à 267 (association de malfaiteurs), 295 à 298 (meurtres et assassinats), 301 (empoisonnement), 303 à 305 (meurtres et menaces), 310 et 311 (violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou des infirmités permanentes, et violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner), 312, alinéas 2 et 3 (coups volontairement donnés à un enfant ayant entraîné une maladie ou une incapacité de travail supérieure à huit jours, une mutilation ou des infirmités permanentes, voire la mort sans intention de la donner), 341 à 344 (arrestations et séquestrations de personnes), 354 et 355 (enlèvement et détournement de mineurs, notamment avec rançon, ordre ou condition), 379, 382, alinéas 3 à 7, et 384 (vols aggravés par des circonstances aggravantes de l'article 382, et vols aggravés par des violences ayant entraîné la mort, une infirmité permanente ou une incapacité de travail supérieure à huit jours), 400, alinéa 1 (extorsion de signature sous la violence), 434, alinéas 2 à 5 (destruction de biens mobiliers ou immobiliers commise par effraction, ou à l'encontre de certaines personnes), 435 à 437 (destruction par substances explosives ou incendiaires) et 462 du Code pénal (détournement d'aéronef, navire ou tout autre moyen de transport collectif). A cette liste déjà longue l'article 706-16 du Code de procédure pénale ajoute la violation de l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 sur la fabrication des armes de guerre, l'article 6 de la loi du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, l'article 38 et les articles 31 et 32 du décret-loi du 18 avril 1939 sur le régime des matériels de guerre, armes et munitions, les articles 1 et 4 de la loi du 9 juin 1972 interdisant la fabrication, la détention, stockage, acquisition ou cession d'armes bactériologiques ou à base de toxines, et les articles 16 et 17 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer.

Il faut, en outre, que ces infractions soient en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. C'est dire que ce qui caractérise une infraction de terrorisme par rapport à une infraction de droit commun, c'est le mobile de l'agent : intimider ou semer la terreur au sein des populations.

b) Règles particulières de procédure.

La première disposition spéciale aux infractions de terrorisme concerne la compétence des juridictions. Selon le nouvel article 706-17 du Code de procédure pénale, la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions en cause peuvent relever de la compétence des juridictions de Paris, qui exercent une compétence concurrente à celle résultant de l'application des articles 43, 52, 382 et 663, alinéa 2, du Code de procédure pénale. Il en est ainsi quand bien même les auteurs seraient des mineurs. Lorsqu'ils sont compétents, le procureur de la République et le juge d'instruction de Paris exercent leurs attributions sur tout le territoire national. Par une telle disposition, la loi du 9 septembre 1986 permet une centralisation des affaires, ainsi qu'une spécialisation des magistrats particulièrement nécessaire.

Du fait de la compétence concurrente des juridictions de Paris, la loi a réglé quelques conflits de compétence possibles. Tout d'abord, un juge local peut être amené à se dessaisir au profit de la juridiction parisienne. En pareil cas, le procureur de la République doit requérir le juge d'instruction de se dessaisir, l'accusé et la partie civile étant avisés et invités à faire connaître leurs observations. Rendue au plus tôt après cet avis, l'ordonnance du juge d'instruction ne prend effet qu'après un délai de cinq jours pendant lequel l'accusé, la partie civile ou le procureur de la République peuvent former un recours devant la Chambre criminelle, laquelle désigne, dans les huit jours de la date de réception du dossier, le juge d'instruction chargé de poursuivre l'information (art. 706-22, C. proc. pén.). Après notification de cette décision, le juge d'instruction local se trouve dessaisi si la Chambre criminelle s'est prononcée en ce sens. A défaut de recours, le dessaisissement prend effet après le délai de cinq jours, le dossier étant transmis par le procureur de la République local à son homologue près le Tribunal de grande instance de Paris. Le cas

échéant, la mise en œuvre de la procédure de dessaisissement peut intervenir alors que la procédure se trouve devant la Chambre d'accusation.

Par ailleurs, le juge d'instruction de Paris saisi de la procédure, par exemple à la suite de l'ouverture d'une instruction par application de l'article 706-17, peut estimer que les faits dont il a été saisi ne constituent pas une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16 du Code de procédure pénale et ne relèvent pas de sa compétence à un autre titre. En ce cas, il se déclare incompétent, soit sur requête (réquisitions ?) du procureur de la République, soit après avis de ce dernier, d'office ou sur requête de l'inculpé ou de la partie civile. Les parties qui n'ont pas présenté de requête sont préalablement avisées et invitées à faire connaître leurs observations. L'ordonnance du juge, rendue au plus tôt huit jours après cet avis, n'entraîne dessaisissement que cinq jours après qu'elle ait été rendue, un recours étant possible devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui décidera quel juge d'instruction sera chargé de l'information. Même si le juge d'instruction de Paris n'est pas compétent, la Chambre criminelle de la Cour de cassation peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, décider que l'information sera poursuivie au Tribunal de Paris (art. 706-22, al. 2, C. proc. pén.). L'arrêt de la Cour de cassation est porté à la connaissance du juge d'instruction et du ministère public, tandis qu'il est signifié à l'inculpé et à la partie civile.

Lorsqu'un juge d'instruction se dessaisit, le mandat de dépôt ou d'arrêt conserve sa force exécutoire. Bien évidemment, les actes de poursuite ou d'instruction, comme les formalités accomplies avant que la décision d'incompétence ou de dessaisissement ne soit devenue définitive, n'ont pas à être renouvelés (art. 706-21, C. proc. pén.).

Il est à noter, enfin, que le tribunal correctionnel ou le tribunal pour enfants peut se déclarer incompétent parce que les faits ne constituent pas l'une des infractions définies à l'article 706-16 du Code de procédure pénale. Il renvoie alors le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera ; il peut toutefois décerner par la même décision mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu (art. 706-20, C. proc. pén.).

Par ailleurs, relativement à la procédure, il convient d'indiquer que la garde à vue prévue dans les enquêtes de police (qu'elles soient de flagrance ou non) ou dans l'information sur commission rogatoire peut faire l'objet d'une prolongation (excédant la durée normale de vingt-quatre heures augmentée de vingt-quatre heures) pour une période de quarante-huit heures. La décision est prise par le président du tribunal dans le ressort duquel s'exerce la garde à vue, sur requête du procureur de la République, pour l'enquête préliminaire, et par le juge d'instruction dans les autres cas. La personne doit être présentée à l'autorité qui doit décider. Au cours de cette période, l'examen médical est de droit. Le procureur de la République (enquête préliminaire) et le juge d'instruction sont compétents pour désigner le médecin chargé de cet examen.

De plus, en cas d'enquête préliminaire, le président du tribunal (ou le juge délégué) peut, à la requête du procureur de la République, décider que les perquisitions, visites domiciliaires ou saisies pourront être faites sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles auront lieu (art. 706-24, C. proc. pén.). Les nécessités de l'enquête devront justifier la mesure en cause, qui revient à étendre le droit de perquisition prévu pour l'état de flagrance.

Enfin le nouvel article 706-25 du Code de procédure pénale prévoit que, pour le jugement des accusés majeurs, la cour d'assises est composée conformément aux dispositions de l'article 698-6 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire sans jurés. Il est à noter qu'une loi n° 86-1322 du 30 décembre 1986 a ajouté un alinéa nouveau à cet article, selon lequel c'est la chambre d'accusation qui, en prononçant la mise en accusation dans les termes de l'article 214 du Code de procédure pénale, constate que les faits entrent dans le champ d'application de l'article 706-16 du Code de procédure pénale. De même, cette loi a prévu que l'article 706-25 du Code de procédure pénale était applicable aux procédures en cours (art. 2 de la loi), ce qui est conforme aux principes relatifs à l'application dans le temps des lois de procédure, mais devait être précisé (afin de résoudre l'impossibilité dans laquelle s'est trouvée la Cour d'assises de Paris de statuer du fait de la défaillance des jurés), la loi du 9 septembre 1986 ayant indiqué qu'elle ne s'appliquait qu'aux faits commis postérieurement à son entrée en vigueur (art. 10).

c) Règles de fond.

En outre de la peine encourue pour l'infraction commise, les auteurs d'infractions de terrorisme seront interdits de séjour pour une durée de deux à dix ans (art. 44 nouv., C. pén.; art. 5 de la loi).

Mais surtout la loi nouvelle organise des excuses absolutoires nouvelles. Un nouvel article 463-1 du Code pénal prévoit que toute personne ayant tenté de commettre, comme auteur ou complice, une infraction définie à l'article 706-16 du Code de procédure pénale sera exemptée de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter que l'infraction ne se réalise et d'identifier, éventuellement, les autres coupables. L'exemption de peine s'applique aussi à ceux qui, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, ont permis d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme et infirmité permanente et d'identifier les autres coupables.

En outre, le nouvel article 463-2 du Code pénal ramène à vingt ans (semble-t-il de réclusion) la peine de réclusion encourue pour les infractions terroristes ou réduit de moitié la peine temporaire, si le délinquant a, avant toute poursuite, permis ou facilité l'identification des autres coupables, ou, après engagement des poursuites, permis ou facilité l'arrestation de ceux-ci. Par ces dispositions, le droit français prend en compte une certaine forme de repentir (v. sur ce thème cette *Revue*, 1986, n° 4).

Enfin la loi prévoit la réparation par l'Etat des dommages corporels commis sur le territoire national ou à l'encontre des personnes de nationalité française ayant leur résidence habituelle en France ou résidant habituellement hors de France, mais immatriculées auprès des autorités consulaires, victimes à l'étranger d'un acte de terrorisme (art. 9 de la loi).

Les dommages corporels sont réparés intégralement par un Fonds de garantie qui est doté de la personnalité civile et est alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurances de biens. Subrogé dans les droits de la victime contre le responsable, le Fonds sera tenu de verser, dans un délai d'un mois à compter de la demande qui lui est faite, une ou plusieurs provisions à la victime ayant subi une atteinte à sa personne, ou, en cas de décès de la victime, à ses ayants droit, sans préjudice de la possibilité, pour ces personnes, de saisir le juge des référés. Le Fonds doit présenter à la victime une offre d'indemnisation, dans un délai de trois mois à compter de la remise des pièces justificatives; il en est de même en cas d'aggravation du dommage. Les dispositions des articles 18 à 21 de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière sont applicables aux offres d'indemnisation (situation des mineurs, dénonciation de la transaction, délai de paiement des sommes et taux de l'intérêt légal). En cas de litige, le juge civil n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à décision définitive de la juridiction répressive, quand bien même les faits ont donné lieu à des poursuites pénales.

Les victimes des dommages peuvent agir contre le Fonds dans le délai de prescription des actions en responsabilité civile extracontractuelle (soit dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation, art. 2270-1, C. civ.).

Faute de disposition particulière, l'indemnisation des victimes ne pouvait jouer que pour les actes de terrorisme commis après l'entrée en vigueur de la loi. Mais la loi n° 86-1322 du 30 décembre 1986 (*J.O.*, 31 déc., p. 15890) a précisé qu'elle jouera pour les actes commis postérieurement au 31 décembre 1984.

3. Contraventions.

La loi du 30 décembre 1985 ayant modifié les dispositions concernant les amendes forfaitaires, un décret n° 86-1044 du 18 septembre 1986 en fixe les modalités d'application.

Le montant de l'amende forfaitaire est fixé de la façon suivante: 30 F pour les contraventions aux dispositions du Code de la route commises par les piétons, 75 F pour les autres contraventions de la 1^{re} classe, 230 F pour les contraventions de la 2^e classe, 450 F pour les contraventions de la 3^e classe et 900 F pour les contraventions de la 4^e classe.

Un avis de contravention et une carte de paiement (suivant modèle fixé par un arrêté du Garde des Sceaux) sont remis au contrevenant au moment de la constatation de

l'infraction (à défaut ils sont adressés à son domicile, sauf en ce qui concerne les contraventions au Code de la route et à l'article R. 211-21-5 du Code des assurances pour lesquelles les documents sont laissés sur le véhicule). L'avis mentionne le délai et les modalités de la requête prévue par l'article 529-2 du Code de procédure pénale, le montant de l'amende forfaitaire et celui de l'amende majorée qui sera due à défaut de paiement ou de présentation de la requête.

L'amende forfaitaire peut être acquittée entre les mains de l'agent verbalisateur, si celui-ci est porteur d'un carnet de quittances à souches ; le paiement peut être effectué en espèces ou au moyen d'un chèque, et donne lieu à la délivrance immédiate d'une quittance extraite du carnet. A défaut d'être fait entre les mains de l'agent verbalisateur, le paiement peut être adressé au comptable du Trésor soit par chèque, soit par apposition d'un timbre sur la carte de paiement.

Trente jours après la mise en œuvre de la procédure d'amende forfaitaire (et sauf réclamation motivée accompagnée de l'avis de réclamation, art. R. 49-4, C. proc. pén.), l'amende est majorée de plein droit. Cette majoration est constatée par l'officier du ministère public qui la mentionne sur un état récapitulatif établi en deux exemplaires (mentionnant l'identité des contrevenants, leur domicile, la date et le lieu de la contravention et le montant de l'amende majorée). Le bordereau d'envoi au comptable du Trésor public vaut titre exécutoire. Le comptable adresse au contrevenant un avertissement d'avoir à payer l'amende forfaitaire majorée (art. R. 49-6).

Le montant est le suivant : 50 F pour les contraventions au Code de la route commises par les piétons, 220 F pour les autres contraventions de la 1^{re} classe, 500 F pour les contraventions de la 2^e classe, 1 200 F pour les contraventions de la 3^e classe et 2 000 F pour les contraventions de la 4^e classe.

Une réclamation peut être faite auprès du ministère public ; elle doit être motivée et accompagnée de l'avertissement.

Le décret du 18 septembre 1986 modifie, en conséquence, l'article 2 du décret du 22 décembre 1964 sur le recouvrement des amendes. On notera que l'article 6-1 de ce décret prévoit que le redevable est informé qu'une opposition administrative rend indisponibles, à concurrence du montant de la créance du Trésor, les fonds sur lesquels elle est exercée s'il ne s'acquitte pas de sa dette dans un délai de quinze jours à compter de la notification.

Le nouveau dispositif est applicable aux contraventions commises après le 1^{er} octobre 1986.

II. — DROIT PÉNAL SPÉCIAL

4. *Infractions économiques.*

La loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 (J.O., 3 juill., p. 8240) autorise le gouvernement pour un délai de six mois à prendre par voie d'ordonnances toutes mesures dans le domaine de la législation économique relative aux prix et à la concurrence, et notamment à abroger ou modifier les ordonnances n°s 45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945 sur les prix et la répression des infractions à la législation économique. La mission confiée à pour objectif d'assurer aux entreprises une plus grande liberté de gestion et de définir un nouveau droit de la concurrence. Ce dernier doit comporter des garanties au profit des agents économiques à l'occasion de l'exercice des compétences de l'autorité publique, et la procédure doit être contradictoire.

5. *Crédit.*

a) *Usure.*

Un *avis du 2 juillet 1986* (J.O., 2 juill., p. 8196) a trait à l'application de l'article 1^{er}, alinéa 1, de la loi du 28 décembre 1966. Les taux effectifs moyens des crédits consentis par les établissements de crédit sont les suivants : 10,70 à 16,10 % pour la mobilisation des créances commerciales ; 10,70 à 14,10 % pour les crédits financiers à court terme ; 10 à 13,60 % pour les crédits à moyen terme ; 11,15 à 17 % pour les découverts et avances, plus la commission sur le plus fort découvert ; 12 à 21 % pour le financement des ventes à tempérament de matériel d'équipement professionnel. Pour les particuliers, les prêts personnels ont été réalisés entre 14,90 et 23,40 %, les financements d'achats et ventes à tempérament entre 16,90 et 23,40 % et les crédits immobiliers entre 10,70 et 17,50 % (les crédits promoteurs connaissent des taux compris entre 13,30 et 18,30 %).

Un autre *avis du 4 juillet 1986* (J.O., 4 juill., p. 8354) fixe le taux plafond des intérêts à 18,28 % pour le deuxième semestre 1986.

Enfin un *arrêté du 3 juillet 1986* (J.O., 4 juill., p. 8305) fixe les perceptions forfaitaires susceptibles d'être prises en compte pour la détermination du taux effectif global (0,2 F par échéance et par tranche entière de 1 000 F de crédit pour les crédits d'un montant inférieur à 1 000 F, 2 F par tranche entière de 1 000 F de crédit pour les crédits d'un montant inférieur à 15 000 F, 1,5 F par échéance et par tranche entière de 1 000 F de crédit pour les crédits d'un montant compris entre 15 000 F et 35 000 F, et 1 F pour ceux dont le montant est compris entre 35 000 et 60 000 F).

b) *Crédit gratuit.*

Un *avis du 24 août 1986* (J.O., 24 août, p. 10351) indique que le taux annuel de référence à retenir pour le second semestre de l'année 1986, en application de l'article 38 du décret du 24 juillet 1984, est de 13,71 %. Un tableau indique par ailleurs les valeurs actuelles de remboursement de 100 F de crédit dans le cas du crédit gratuit.

c) *Modalités de calcul du taux effectif global.*

Un *arrêté du 16 septembre 1986* (J.O., 24 sept., p. 11419), pris pour l'application du décret du 4 septembre 1985 sur le calcul du taux effectif global, indique qu'en dessus de 2 500 F de moyenne journalière pour les découverts en compte et de 5 000 F pour les opérations d'escompte il pourra être perçu un minimum forfaitaire pour chaque opération, qui ne sera pas pris en compte pour la détermination du taux effectif global.

6. *Droit pénal du travail.*

La *loi n° 86-797 du 3 juillet 1986* (J.O., 4 juill., p. 8302) supprime à compter du 1^{er} janvier 1987 l'autorisation administrative de licenciement et emporte abrogation de certaines dispositions du Code du travail. L'article 2 de la loi modifie l'article L. 321-11 du Code du travail et prévoit que l'employeur qui aura prononcé un licenciement sans avoir au préalable procédé aux consultations prévues par l'article L. 321-3 sera puni d'une amende de 1 000 à 15 000 F, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction.

7. *Circulation routière.*

a) Un *arrêté du 26 juin 1986* (J.O., 5 juill., p. 8376) complète l'arrêté du 12 mars 1973 et inclut les agents de la Société d'exploitation des transports urbains de Bourg-en-Bresse dans les personnes habilitées à constater les infractions affectant la circulation, l'arrêt ou le stationnement des véhicules de service public de transports de voyageurs.

b) Un *arrêté du 10 juillet 1986* (J.O., 30 juill., p. 9357) modifie les conditions de conversion des permis militaires en permis civils.

c) Un *décret n° 86-1043 du 18 septembre 1986* (J.O., 19 sept., p. 11280) apporte de nombreuses modifications au Code de la route. Tout d'abord l'article R. 123 est complété pour préciser que la nécessité du permis de conduire s'impose même en cas de conduite

sur des voies non ouvertes à la circulation publique, sauf exceptions. L'article R. 232 comme l'article R. 233-1 sont modifiés et renvoient aux seules peines d'amende prévues pour les contraventions de la 4^e classe (suppression de l'emprisonnement). Les articles R. 233-4, R. 234, R. 235-1, R. 236, R. 238, R. 238-1 et R. 239 sont également modifiés et renvoient aux peines d'amende prévues pour les contraventions de 5^e classe, de 4^e classe, 2^e classe et 1^{re} classe.

Une nouvelle rédaction est donnée à l'article R. 238 sans que les infractions définies (pression sur le sol, poids des véhicules, freins, etc.) soient modifiées. En revanche, l'article R. 240 nouveau prévoit l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe en cas de circulation d'un véhicule non muni des plaques et inscriptions prévues par les règlements; l'article R. 241 punit uniformément de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe la mise en circulation d'un véhicule sans l'autorisation ou les pièces administratives exigées, ou sans avoir fait procéder aux visites techniques prévues par les articles R. 118 à R. 122, le maintien en circulation d'un véhicule après retrait du certificat d'immatriculation, le défaut des déclarations prévues par les articles R. 110, R. 112, R. 113-1, R. 114, R. 115 et R. 116, et l'utilisation des cartes W ou WW au mépris de la réglementation prise en application de l'article R. 111-1 du Code de la route. Une nouvelle rédaction est donnée à l'article R. 241-2 du Code de la route (amende des contraventions de 5^e classe en cas de conduite sans le permis de conduire concernant la catégorie du véhicule considéré, sauf cas d'apprentissage de la conduite automobile; amende de 3^e classe pour la conduite avec un permis dont la prorogation n'aura pas été demandée), tandis qu'un nouvel article R. 241-3 prévoit la peine d'amende des contraventions de la 1^{re} classe en cas de non-présentation des documents exigés pour la conduite des véhicules automobiles (l'amende est celle des contraventions de la 4^e classe en cas de non-présentation des pièces dans le délai de cinq jours).

En ce qui concerne la constatation des infractions, un nouvel article R. 250-1 précise que les contraventions aux dispositions sur l'arrêt ou le stationnement des véhicules (autres que le stationnement dangereux) peuvent être constatées par les gardes champêtres et les agents de police judiciaire autres que ceux définis à l'article R. 249. En outre, peuvent les constater les agents de l'Etat ou des communes chargés de la surveillance des voies publiques, les agents des entreprises de services publics urbains de transport de voyageurs (pour les infractions affectant la circulation des véhicules de ces services), ainsi que les officiers de port pour les infractions commises dans les enceintes portuaires. Ces différents agents mentionnés aux 1^{er} alinéa et 2^e alinéa a sont habilités à constater les contraventions prévues par l'article R. 211-21-5 du Code des assurances.

La liste des infractions susceptibles de justifier la suspension du permis de conduire, fixée par l'article R. 266, est modifiée (cf. art. 23 du décret), et comprend en particulier l'utilisation d'un dispositif destiné à déceler la présence ou à perturber le fonctionnement d'instruments servant à la constatation des infractions (art. R. 242-4), le non-respect de l'obligation d'assurance (art. R. 211-29 du Code des assurances), la circulation en sens interdit (art. R. 44, al. 4), le non-respect des dispositions concernant le franchissement des barrières de dégel et le passage sur les ponts.

Enfin le décret harmonise l'article R. 278 avec les nouvelles dispositions concernant l'immobilisation des véhicules, tandis qu'il ajoute à la partie réglementaire du Code des assurances deux nouvelles dispositions, l'une prévoyant l'amende des contraventions de 4^e classe en cas de non-justification dans le délai de cinq jours de la possession des documents d'assurance, l'autre prévoyant les peines des contraventions de 5^e classe en cas de mise en circulation d'un véhicule ou d'une remorque sans assurance couvrant la responsabilité civile (art. R. 211-29, C. des assurances).

8. Police des services publics de transport ferroviaire et de transport de personnes réguliers et à la demande.

Le décret n° 86-1045 du 18 septembre 1986 (J.O., 19 sept., p. 11283) a traité la mise en œuvre des dispositions de la loi du 30 décembre 1985, et modifie les dispositions d'un décret du 22 mars 1942 sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées d'intérêt général et d'intérêt local.

L'article 1^{er} du décret étend l'application d'un certain nombre d'articles (6, 73, 74, 77, 80-1 à 80-8, 92 et 93) aux services de remontées mécaniques et aux services de transports publics routiers de personnes réguliers et à la demande.

Pour l'essentiel, le décret procède à la refonte des sanctions applicables. L'amende des contraventions de la 2^e classe sanctionne la contravention aux arrêtés relatifs à la circulation, à l'arrêt et au stationnement des véhicules dans les cours de gares (art. 80-1 nouv.). L'amende des contraventions de la 3^e classe frappe ceux qui voyagent dans les voitures des services de transport autres que les grandes lignes de la S.N.C.F., sans titre de transport ou avec un titre non valable ou non complété par les obligations incombant au voyageur. La même amende sanctionne ceux qui pénètrent dans les parties de la voie ferrée (ou ses dépendances) sans être munis d'un titre valable et complété le cas échéant, tandis que l'amende prévue pour les contraventions de 4^e classe sanctionne le voyage sur les grandes lignes de la S.N.C.F. sans titre de transport ou avec un titre non valable ou non complété (art. 80-3). L'amende des contraventions de la 4^e classe sanctionne la contravention aux dispositions de l'article 74, alinéa 1, 2^o à 12^o, du décret, des articles 77 à 79 et 85 et des arrêtés pris en application de l'article 6 (art. 80-2).

Le montant de l'indemnité forfaitaire prévue par l'article 529-4 du Code de procédure pénale est fixé par l'article 80-4 du décret à dix fois la valeur du billet correspondant à un trajet de 100 kilomètres en seconde classe sur le réseau de la S.N.C.F. pour les infractions prévues à l'article 80-2 ; à huit fois la valeur du même billet (trajet de 100 km en 2^e classe sur le réseau S.N.C.F.) pour les infractions prévues à l'article 80-3, alinéa 1 (absence de titre de transport sur les grandes lignes de la S.N.C.F.). Pour les autres infractions, l'indemnité forfaitaire dépend du module tarifaire (valeur du prix de billet de 2^e classe vendu par carnet au tarif normal sur le réseau de la R.A.T.P., c'est-à-dire prix du ticket de métro). Pour les infractions prévus par l'article 80-3, alinéa 2 (transports autres que les grandes lignes S.N.C.F.) : 24 fois le module pour un titre non valable ou non complété, et 36 fois le module, en l'absence de tout titre de transport, comme en cas d'entrée dans l'enceinte des voies ferrées et de leurs dépendances sans titre valable et complété par les opérations incombant au voyageur. Les infractions commises dans les services de remontée mécanique entraînent une indemnité forfaitaire égale à cinq fois la valeur du forfait journalier valable sur le service considéré, ou, à défaut, à cinq fois la valeur du billet aller-retour sur ce service. Dans tous les cas, le montant de l'indemnité est arrondi aux cinq francs supérieurs ; en outre, le prix du transport doit être acquitté pour les infractions commises dans les transports non urbains.

Le versement du montant de la transaction peut faire l'objet d'un encaissement immédiat par les agents de l'exploitant chargés du contrôle des titres, habilités à constater les infractions et assermentés. S'il n'y a pas de versement immédiat, l'agent établit un procès-verbal, mentionnant l'objet et le montant de la transaction, les modalités de versement de la somme due, ainsi que les délais et conditions de la protestation. Le montant des frais de dossier ne peut pas, selon l'article 80-7 du décret, excéder 250 F. Pour le surplus, le décret renvoie aux articles R. 49-5 à R. 49-8 du Code de procédure pénale en ce qui concerne l'amende forfaitaire majorée.

9. Fraudes et tromperies.

a) Un décret n° 86-857 du 18 juillet 1986 (J.O., 24 juill., p. 9128) modifie le décret du 11 mars 1908 sur la répression des fraudes en matière de graisses et huiles comestibles.

b) Un autre décret n° 86-985 du 21 août 1986 (J.O., 27 août, p. 10429) abroge l'obligation d'apposer une indication de l'origine sur certains produits textiles et les vêtements (décret du 29 août 1979 modifié par celui du 22 avril 1983).

10. Régime juridique de la presse.

La loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 (J.O., 2 août, p. 9529) procède à une refonte de la législation sur la presse, applicable aux publications de presse, c'est-à-dire aux services utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée, mis à la disposition du public ou de catégorie de publics et paraissant à intervalles réguliers.

L'entreprise éditrice, au sens de la loi nouvelle, désigne toute personne physique ou morale ou tout groupement de droit éditant comme propriétaire ou locataire-gérant une publication de presse. Comme par le passé, est prohibée la convention de prête-nom par simulation de souscription d'actions ou de parts, d'acquisition ou de location-gérance d'un fonds de commerce ou d'un titre. Dans les sociétés par actions, les actions doivent être nominatives, la cession étant soumise à l'agrément du conseil d'administration ou du conseil de surveillance (art. 4). Les promesses de cession doivent faire l'objet d'une information des lecteurs dans un délai d'un mois, si cette promesse a pour effet de donner au cessionnaire au moins un tiers du capital social ou des droits de vote, ou d'entraîner le transfert de la propriété ou de l'exploitation d'un titre de publication de presse (art. 6). Dans toute publication de presse, les lecteurs doivent être informés du nom du propriétaire de l'entreprise éditrice (ou du principal copropriétaire) et, s'il s'agit d'une personne morale, de sa forme, de son siège social, du nom de son représentant légal et de ses trois principaux associés (art. 5). Les étrangers ne peuvent pas acquérir des droits supérieurs à 20 % du capital social ou des droits de vote d'une entreprise éditant une publication de langue française, une société étant réputée étrangère si la majorité de son capital social ou des droits de vote est détenue par des étrangers (art. 7). Une entreprise ne peut recevoir directement ou indirectement des fonds ou avantages d'un gouvernement étranger (art. 8) ou des sommes d'argent ou avantages pour travestir en informations de la publicité financière (art. 10).

L'article 12 punit d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 10 000 à 200 000 F ceux qui, en leur nom personnel ou comme représentant d'une personne morale, auront prêté leur nom ou emprunté le nom d'autrui, en violation de l'article 3, été partie à une convention prohibée par l'article 7, accepté de recevoir ou reçu un avantage au mépris de l'article 8, ou promis, versé ou accepté de recevoir ou reçu une somme d'argent ou un avantage en violation de l'article 10, alinéa 1. Une amende de 10 000 à 40 000 F frappe les présidents directeurs généraux, administrateurs, membres du directoire ou d'un conseil de surveillance, les gérants ou dirigeants de fait des sociétés qui auront émis des actions au porteur en violation de l'article 4 de la loi, les dirigeants des entreprises éditrices qui n'auront pas fait procéder aux publications prévues par les articles 5 et 6, et les directeurs de publication qui n'auront pas fait précéder les articles de publicité à présentation rédactionnelle des mots « publicité » ou « communiqué » (art. 15).

En cas de condamnation pour un délit défini par la loi de 1986, le tribunal pourra ordonner que sa décision soit, aux frais du condamné, insérée intégralement ou par extraits dans les publications de presse qu'il désigne et affichée aux conditions prévues par l'article 51 du Code pénal.

La loi donne aussi une nouvelle définition du directeur de la publication. C'est celui qui détient la majorité du capital ou des droits de vote. En cas de personne morale, le directeur de la publication est le représentant légal de l'entreprise éditrice ; toutefois, dans les sociétés anonymes à directoire, le directeur de la publication est le président du directoire ou le directeur général unique. Comme par le passé, si le directeur de la publication jouit de l'immunité parlementaire ou de l'immunité prévue par les articles 9 et 10 du Protocole du 8 avril 1965 sur les immunités des Communautés européennes, l'entreprise éditrice doit nommer un codirecteur de la publication (s'il s'agit d'une personne morale, le codirecteur de la publication doit être membre du conseil d'administration ou du directoire). Le directeur, comme le codirecteur, doit être majeur, avoir la jouissance de ses droits civils et ne pas être privé de ses droits civiques par une condamnation judiciaire. Le non-respect des dispositions sur la désignation du directeur de la publication est puni d'une amende de 10 000 à 200 000 F (art. 13). D'autres dispositions ont trait à l'harmonisation avec d'autres législations, et par exemple avec celle sur la communication audiovisuelle du 29 juillet 1982 modifiée par la loi du 23 octobre 1984.

11. *Association de malfaiteurs.*

La loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10954) rétablit l'article 266 du Code pénal (abrogé le 10 juin 1983) qui incrimine l'association de malfaiteurs en vue de préparer l'un au moins des délits suivants : proxénétisme prévu par les articles 334-1 et

335 du Code pénal, vol aggravé de l'article 382, alinéa 1 ou 2, destruction ou détérioration aggravée de l'article 435 ou extorsion de l'article 400, alinéa 1, du Code pénal. Cette association est punissable d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 5 000 à 100 000 F. L'exemption de peine, définie à l'article 268 du Code pénal, est étendue à ce délit (révélation de l'association avant toute poursuite, et possibilité d'identifier les personnes en cause).

12. *Coups volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner.*

La loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10954) ajoute, par son article 4, un nouvel alinéa à l'article 311 du Code pénal. Le maximum de la peine encourue est porté à vingt ans si les faits ont été commis avec l'une des circonstances mentionnées à l'article 309, ou s'ils l'ont été sur la personne d'un magistrat ou d'un juré dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. En fait, il s'agit de tenir compte soit de la préméditation, du guet-apens, ou de l'usage d'une arme, soit de la qualité de la victime (personne vulnérable, parents, etc.).

13. *Dégradation de monuments ou d'objets d'intérêt public.*

La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10956) a ajouté un article 257-3 au Code pénal, prévoyant une circonstance aggravante lorsque les destructions, mutilations et autres agissements auront été commis par l'effet d'une substance explosive ou incendiaire. La peine sera alors de cinq à dix ans d'emprisonnement et de 5 000 à 200 000 F d'amende. L'emprisonnement peut être de dix à vingt ans si, en plus de cette circonstance, les faits sont commis en bande organisée, tandis que la réclusion criminelle à perpétuité est encourue si la destruction a entraîné la mort d'une personne ou une infirmité permanente.

14. *Détournement de moyens de transport collectif.*

La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10956) modifie l'article 462 du Code pénal incriminant le détournement d'aéronef. Désormais est punissable également le détournement de navire en mer ou de tout autre moyen de transport collectif (autobus, rame de chemin de fer...).

15. *Apologie des infractions de terrorisme.*

L'article 8 de la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10956) ajoute à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse un alinéa incriminant la provocation directe ou l'apologie des infractions de terrorisme (crimes ou délits définis à l'article 44, alinéa 11, du Code pénal, en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur).

16. *Loteries.*

L'article 15 de la loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10954) apporte différentes modifications à la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries. Il exclut, en fait, de la prohibition les loteries d'objets mobiliers destinées à des actes de bienfaisance, à l'encouragement des arts ou au financement d'activités sportives à but non lucratif, autorisées dans des formes fixées par décret en Conseil d'Etat. De même, sont hors du champ d'application de la loi les lotos traditionnels (!) appelés « poules au gibier », « rifles » ou « quines », organisés dans un cercle restreint, dans un but social, culturel, scientifique, éducatif, sportif ou d'animation locale, lorsqu'ils ne proposent que des produits d'alimentation pour des mises de faible valeur, les appareils distributeurs de confiseries, les loteries proposées au public à l'occasion, pendant la durée et dans l'enceinte des fêtes foraines.

17. *Etrangers.*

La loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 (J.O., 12 sept., p. 11035) a traité aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

On notera que l'article 5, alinéa 5, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit que l'accès au territoire français peut être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet soit d'une interdiction du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion, cette décision étant immédiatement exécutoire, sauf si l'autorité consulaire demande un sursis à exécution d'un jour franc. L'étranger auquel est opposé un refus d'entrée peut être maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire pendant le temps strictement nécessaire à son départ (art. 1^{er} de la loi).

L'article 4 de la loi procède à une refonte de l'article 19 de l'ordonnance de 1945. L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles 5 et 6 sera puni d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 2 000 à 20 000 F. De plus, la juridiction peut interdire au condamné, pendant une durée maximum de trois ans, de pénétrer ou de séjourner sur le territoire français, cette interdiction emportant de plein droit la reconduite à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de la peine d'emprisonnement.

L'article 5 de la loi insère après l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 un nouveau chapitre intitulé « De la reconduite à la frontière ». Les cas dans lesquels une reconduite à la frontière peut être ordonnée par l'autorité administrative sont énoncés à l'article 22 nouveau, étant indiqué que l'article 26 bis nouveau de l'ordonnance (art. 12 de la loi de 1986) précise que l'arrêté ordonnant l'expulsion ou la reconduite à la frontière peut être exécuté d'office par l'administration (sauf recours contre l'acte devant le tribunal administratif avec demande de sursis à exécution, cf. article 22, avant-dernier alinéa, de l'ordonnance de 1945).

L'article 27 nouveau de l'ordonnance de 1945 (art. 13 de la loi de 1986) punit d'un emprisonnement de six mois à trois ans tout étranger qui se sera soustrait ou aura tenté de se soustraire à l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire, aura pénétré de nouveau sans autorisation sur le territoire national. Le tribunal peut prononcer à l'encontre du condamné l'interdiction du territoire pour une durée n'excédant pas dix ans. Cette interdiction emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

L'article 15 de la loi de 1986 apporte de son côté de légères modifications au maintien dans des locaux administratifs (notamment en ce qui concerne l'appel des ordonnances de maintien dans un local administratif après un délai de vingt-quatre heures).

Enfin l'article 19 de la loi abroge l'article 272 du Code pénal qui autorisait le Gouvernement à conduire hors du territoire de la République les personnes déclarées « vagabonds » par jugement.

III. — RÉGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SÛRETÉ

18. *Fichier des personnes incarcérées.*

Un arrêté du 7 juillet 1986 (J.O., 16 juill., p. 8780) autorise la création d'un fichier national automatisé des personnes incarcérées. Sa finalité est la gestion des affectations pénitentiaires des détenus ainsi que la production de statistiques sur la population pénale. Les informations recueillies ne sont communiquées qu'au directeur de l'administration pénitentiaire, aux directeurs régionaux des services pénitentiaires, aux magistrats et greffiers en chef habilités des tribunaux et cours d'appel.

19. Période de sûreté.

La loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10954) sur la lutte contre la criminalité et la délinquance comporte des dispositions intéressant l'exécution des peines et en particulier la période de sûreté. L'article 720-2, alinéa 1, du Code de procédure pénale indique les matières pour lesquelles une condamnation à une peine d'une durée égale ou supérieure à dix ans d'emprisonnement fait obstacle à ce que le condamné puisse bénéficier de mesures de faveur. A la liste qui était donnée par la loi du 22 novembre 1978 (v. Decocq, cette *Revue*, 1979, p. 358 ; S. Plawski, « La nouvelle loi pénitentiaire », *Rev. pén.*, 1979, p. 31 et s.) — et qui comprend notamment l'assassinat, le parricide, l'empoisonnement, meurtre précédant, accompagnant ou suivant un autre crime, blessures entraînant des infirmités ou la mort sans intention de la donner, ou commises contre des enfants, proxénétisme aggravé, séquestration arbitraire, prise d'otage ... —, la loi nouvelle ajoute les attentats dont le but est de porter le massacre ou la dévastation (art. 93, C. pénal) et les destructions par explosifs (art. 437, C. pén.).

Normalement, la durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine et de quinze ans pour une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. La cour d'assises ou le tribunal peut réduire cette durée par une décision spéciale. Mais ils peuvent aussi la porter à trente ans, par une décision spéciale, s'il s'agit d'une peine de réclusion criminelle prononcée pour un meurtre ou un assassinat si le crime a été accompagné d'actes de barbarie ou de torture, s'il a été commis sur un mineur de moins de quinze ans, sur une personne vulnérable en raison de son état physique ou mental, sur une personne âgée de plus de soixante-dix ans, ou sur un magistrat, un juré, un policier ou un membre de l'administration pénitentiaire. La même durée de trente ans est possible en cas de meurtre ou d'assassinat ayant précédé, accompagné ou suivi un autre crime, ou commis en état de récidive par une personne déjà condamnée pour un même crime, en cas d'enlèvement ou de séquestration ayant entraîné la mort ou ayant été accompagné d'actes de torture ou de barbarie, en cas d'attentat dont le but a été de porter le massacre ou la dévastation dans une ou plusieurs communes, ou en cas de détournement, par violence ou menace de violence, d'un aéronef en vol, d'un navire en mer ou de tout autre moyen de transport collectif.

La durée de la période de sûreté peut être portée à dix-huit ans pour tout autre crime, et aux deux tiers de la peine en cas de condamnation à une peine temporaire de privation de liberté. Sans le dire, le législateur a établi une peine pouvant être une peine de trente ans de réclusion, ce qui peut combler la lacune issue de la loi du 9 octobre 1981 ayant aboli la peine de mort (les crimes pour lesquels la période de sûreté peut aller jusqu'à trente ans correspondent le plus souvent à ceux qui exposaient autrefois à la peine de mort).

Par ailleurs, l'article 720-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale est modifié. Sauf décision contraire du décret de grâce, la commutation ou la remise d'une peine privative de liberté au moins égale à dix ans et sanctionnant une des infractions visées à l'alinéa 1 entraîne de plein droit le maintien de la période de sûreté pour une durée globale correspondant à la moitié de la peine résultant de la commutation ou de la remise, sans toutefois pouvoir excéder la durée de la période de sûreté attachée à la peine prononcée.

La période de sûreté peut toutefois être abrégée après son prononcé. Le nouvel article 720-4 du Code de procédure pénale permet au juge de l'application des peines, lorsque le condamné présente des gages sérieux de réadaptation sociale, de saisir la juridiction du lieu de détention (de même degré que celle ayant prononcé la condamnation) aux fins de cessation de tout ou partie des dispositions de l'article 720-2 du Code de procédure pénale, ou de réduction de la période de sûreté. Si la condamnation a été prononcée par une cour d'assises, c'est la chambre d'accusation qui sera saisie. Toutefois, si la cour d'assises avait fixé une durée de la période de sûreté excédant quinze ans, la chambre d'accusation ne peut être saisie avant que le condamné n'ait subi une incarcération d'une durée égale aux deux tiers de la période de sûreté.

Enfin un nouvel article 720-5 du Code de procédure pénale dispose qu'un condamné à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté d'une durée supérieure à quinze ans ne peut bénéficier de la libération conditionnelle tant qu'il n'aura pas été

placé pendant une période d'un à trois ans sous le régime de la semi-liberté. Le Ministre de la Justice, sur proposition établie par le juge de l'application des peines et après avis de la commission de l'application des peines, décide du placement en semi-liberté et fixe sa durée.

20. Réductions de peines.

La loi n° 86-1021 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10958) a trait à l'application des peines, et vise à rendre moins fréquentes les réductions de peines.

A cette fin, l'article 721-1 du Code de procédure pénale dispose qu'après un an de détention une réduction supplémentaire peut être accordée aux condamnés manifestant des efforts sérieux de réadaptation sociale (notamment en passant avec succès un examen scolaire ou professionnel, ou en justifiant de progrès réel dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation). Cette réduction, accordée par le juge de l'application des peines après avis de la commission de l'application des peines, ne peut excéder deux mois par année d'incarcération ou quatre jours par mois, si la durée d'incarcération restant à subir est inférieure à un an ; cette réduction est seulement d'un mois ou de deux jours par mois si le condamné est en état de récidive légale.

Par ailleurs, l'article 729-1 du Code de procédure pénale reçoit une nouvelle rédaction. Des réductions du temps d'épreuve nécessaire à l'octroi de la libération conditionnelle peuvent être accordées aux condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité dans les formes et conditions prévues par les articles 721 et 721-1 du Code de procédure pénale, la durée totale ne pouvant excéder par année d'incarcération vingt jours ou un mois selon que le condamné se trouve ou non en état de récidive légale. Le cas échéant, ces réductions ne sont imputables que sur la partie de la peine excédant la période de sûreté prévue par l'article 720-2 du Code de procédure pénale. L'article 729-2 du Code de procédure pénale permettant une réduction pouvant aller jusqu'à 45 jours par an est par ailleurs abrogé.

21. Décisions du juge de l'application des peines.

La même loi n° 86-1021 du 9 septembre 1986 modifie l'article 733-1 du Code de procédure pénale qui a trait aux décisions du juge de l'application des peines.

Comme par le passé, la loi indique que les décisions du juge de l'application des peines sont des mesures d'administration judiciaire. Néanmoins certains recours sont prévus. Tout d'abord, les décisions concernant l'une des mesures mentionnées aux articles 720-1, 723, 723-3 et 730 (fractionnement de l'emprisonnement, placement à l'extérieur, permission de sortir et libération conditionnelle) peuvent, à la requête du ministère public, être déférées devant le tribunal correctionnel qui statue en chambre du conseil, après avoir procédé à toutes auditions utiles et entendu les conseils de la partie civile et du condamné, s'ils en ont fait la demande. Il s'agit là d'un début de « juridictionnalisation » de l'exécution de la peine, car il semble bien qu'il s'agit d'un contrôle de l'opportunité.

La requête du procureur est formée dans les vingt-quatre heures de la date de la décision prise si elle l'a été en présence du procureur ou de la date de la notification. Elle entraîne la suspension de l'exécution de la décision du juge de l'application des peines jusqu'à ce que le tribunal ait statué. L'affaire doit venir devant le tribunal correctionnel (au sein duquel ne peut pas siéger le juge de l'application des peines auteur de la décision et ce à peine de nullité) à la première audience ou, au plus tard, dans les huit jours de la requête du procureur, sinon celle-ci est non avenue. Si le condamné exécute une peine prononcée par une juridiction pour mineurs et s'il n'a pas encore atteint l'âge de la majorité, le tribunal compétent est non pas le tribunal correctionnel, mais le tribunal pour enfants. La décision du tribunal, correctionnel ou pour enfants, ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation dans le délai de cinq jours, ce pourvoi n'étant pas suspensif de l'exécution.

Par ailleurs, les décisions du juge de l'application des peines concernant les mesures prévues par les articles 721, 721-1, 723-6, 729-1 et 733 (réduction de peine, autorisation de sortie sous escorte, réduction du temps d'épreuve nécessaire à l'octroi de la libération conditionnelle et révocation de la libération conditionnelle) peuvent donner lieu à un

recours dans les mêmes formes et conditions devant le tribunal correctionnel, en cas de violation de la loi. Il s'agit donc d'un contrôle de la légalité, qui ne peut entraîner que l'annulation de la décision du juge de l'application des peines.

IV. — DROIT PÉNAL DES MINEURS

22. *Infractions de terrorisme.*

La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10956) précise que, pour les infractions de terrorisme (cf. *supra*, n° 2), les juridictions pour mineurs de Paris ont une compétence concurrente des juridictions locales normalement compétentes. Le dessaisissement des juridictions locales, comme l'incompétence des juridictions parisiennes, paraissent soumises aux dispositions des articles 706-18 à 706-20 du Code de procédure pénale.

Il est à noter que la prolongation exceptionnelle de la garde à vue résultant de l'article 706-23 du Code de procédure pénale ne concerne que les personnes majeures, et que c'est le jugement des accusés majeurs qui relève de la cour d'assises spéciale sans jurés, si bien que les mineurs auteurs ou complices d'infractions de terrorisme sont jugés par la cour d'assises des mineurs.

23. *Recours contre les décisions du juge de l'application des peines.*

La loi n° 86-1021 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10958) autorise certains recours contre les décisions du juge de l'application des peines (cf. *supra*, n° 21). Si le condamné exécute une peine prononcée par une juridiction pour mineurs et s'il n'a pas encore atteint l'âge de la majorité, c'est le tribunal pour enfants qui doit statuer sur le recours d'opportunité (art. 733-1, 1° C. proc. pén.) ou sur le recours de légalité (art. 733-1, 2°, C. proc. pén.) organisé par la loi.

V. — PROCÉDURE PÉNALE

24. *Infractions de terrorisme.*

Rappel doit être fait des règles particulières de procédure organisées par la loi n° 86-2020 du 9 septembre 1986 (J.O., 10 sept., p. 10956) tant en ce qui concerne la compétence territoriale des juridictions, et les dessaisissements auxquels elle peut donner lieu, que relativement aux actes de l'enquête et au renvoi devant la juridiction de jugement (v. sur ces questions *supra*, n° 2).

25. *Réparation de certains dommages causés par des infractions.*

C'est la même loi du 9 septembre 1986 sur la lutte contre le terrorisme qui organise une indemnisation des victimes d'actes de terrorisme commis sur le territoire national ou au détriment de Français à l'étranger. L'indemnisation concerne les dommages corporels (v. *supra*, n° 2).

26. Contrôles d'identité.

La loi n° 86-1004 du 3 septembre 1986 (*J.O.*, 4 sept., p. 10714) apporte quelques aménagements au contrôle d'identité tel qu'il a été modifié par la loi du 10 juin 1983. Pour l'essentiel, la loi nouvelle autorise les contrôles d'identité pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes ou des biens. Il n'est plus nécessaire que ce contrôle ait lieu dans des lieux déterminés, condition qui avait soulevé des difficultés d'interprétation (*Crim.*, 4 oct. 1984, *D.* 1985, p. 54, concl. Dontenwille, note Roujou de Boubée ; *Crim.*, 25 avril 1985, *D.* 1985, p. 329, concl. Dontenwille). La loi nouvelle ajoute que la personne de nationalité étrangère dont l'identité est contrôlée doit être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elle séjourne en France. Comme l'indique la circulaire de la Chancellerie du 10 septembre 1986 (*D.* 1986, lég. 487), le contrôle des titres de séjour des étrangers peut s'effectuer soit sur la base des décrets du 18 mars et du 30 juin 1946 en cas d'éléments objectifs, auquel cas il y a contrôle de police administrative, soit sur la base du contrôle d'identité de police judiciaire de l'article 78-2 du Code de procédure pénale concernant toute personne.

Dans l'hypothèse où il y a lieu de procéder à la vérification d'identité, les articles 3 et 4 de la loi de 1986 apportent quelques modifications au système de l'article 78-2 ancien du Code de procédure pénale. Tout d'abord, s'il s'agit d'un mineur, le procureur de la République doit être informé dès le début de la rétention, le mineur devant être assisté de son représentant légal sauf impossibilité (art. 78-2, alinéa 2, nouveau, Code de procédure pénale).

Par ailleurs, il est indiqué que les opérations de vérification d'identité (s'il y a refus de la part de l'intéressé, ou documents manifestement inexacts) peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies si celle-ci est l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé.

Cette prise d'empreinte doit être mentionnée et être spécialement motivée dans le procès-verbal établi à cette occasion. Comme l'a indiqué le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 86-211 DC du 26 août 1986 (*J.O.*, 27 août 1986), le procureur de la République doit veiller avec une particulière attention au respect intégral des différentes dispositions légales, et notamment à ce que les pièces lui soient adressées, puis détruites aux conditions de l'article 78-3 du Code de procédure pénale.

Enfin le nouvel article 78-5 complète le dispositif en prévoyant un délit (puni de dix jours à trois mois d'emprisonnement et d'une amende de 500 à 15 000 F) à l'encontre de ceux qui refusent de se prêter aux prises d'empreintes ou de photographies autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction, conformément aux dispositions de l'article 78-3 du Code de procédure pénale. A s'en tenir à la lettre de la loi, c'est uniquement le refus de prise d'empreinte ou de photographie qui est punissable, alors que la circulaire précitée (*D.* 1986, lég. 487) indique que le nouveau délit concernerait tout refus de justification d'identité, y compris lors d'un contrôle sur la voie publique, ce qui paraît méconnaître le principe de la légalité des incriminations.

27. La comparution immédiate.

La loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 (*J.O.*, 10 sept., p. 10954) relative à la lutte contre la criminalité comporte un titre II concernant la procédure de la comparution immédiate.

Le nouvel article 395 du Code de procédure pénale permet le recours à cette procédure, même si l'infraction n'est pas flagrante, à condition que la peine d'emprisonnement encourue soit au moins de deux années sans excéder cinq ans, et que les éléments de l'espèce fassent apparaître des charges suffisantes. Le procureur de la République peut alors, si l'affaire paraît justifier une comparution immédiate, traduire le prévenu sur-le-champ devant le tribunal. Corrélativement, l'article 144 du Code de procédure pénale comporte une modification : le placement en détention provisoire peut être ordonné par le juge d'instruction soit si la peine encourue est égale ou supérieure à un an d'emprisonnement en cas de délit flagrant, soit à deux ans dans les autres cas.

En cas de mise sous mandat de dépôt, dans l'attente d'une comparution devant le tribunal, l'article 7 de la loi modifie l'article 396 du Code de procédure pénale et permet

un placement provisoire qui s'achèvera le deuxième jour ouvrable (et non plus le premier jour ouvrable).

Lorsque le prévenu ne consent pas à être jugé immédiatement ou si l'affaire n'est pas en état d'être jugée, le tribunal peut, après avoir recueilli les observations des parties et de leur conseil, renvoyer l'affaire à une prochaine audience, qui doit avoir lieu dans un délai non inférieur à deux semaines, sauf renonciation expresse du prévenu, ni supérieur à six semaines (art. 397-1 nouv., C. proc. pén., art. 8 de la loi) (au lieu du délai compris entre le cinquième et le trentième jour).

L'article 397-2 du Code de procédure pénale est de son côté complété. Le tribunal peut non seulement confier un supplément d'information à l'un de ses membres, mais encore ordonner le renvoi du dossier au procureur de la République, si la complexité de l'affaire nécessite des investigations approfondies. En clair, il s'agit de renvoyer le dossier aux fins de saisine du juge d'instruction, l'alinéa 3 nouveau de l'art. 397-2 du Code de procédure pénale prévoyant que le tribunal statue au préalable sur le maintien du prévenu en détention provisoire jusqu'à sa comparution devant un juge d'instruction ; si elle n'a pas lieu le jour même, le prévenu est mis d'office en liberté. On observera que la disposition en cause paraît méconnaître quelque peu le principe d'indépendance et de séparation des autorités de jugement et de poursuite.

28. *Dispositions diverses de procédure.*

La même loi n° 86-2019 du 9 septembre 1986 (*J.O.*, 20 sept., p. 10954) apporte quelques modifications diverses au Code de procédure pénale.

Son article 13 modifie l'article 390-1 du Code de procédure pénale et permet la délivrance d'une convocation par un officier de police judiciaire. Une telle modification pourrait être de nature à éviter les jugements par défaut.

Par ailleurs l'article 16 de la loi modifie l'article 148, alinéa 3, du Code de procédure pénale pour indiquer que le délai de cinq jours prévu pour statuer sur une demande de mise en liberté ne commence à courir qu'à compter de la décision du juge d'instruction, s'il n'a pas encore été statué sur une précédente demande de mise en liberté ou sur l'appel d'une précédente ordonnance de refus de mise en liberté. Un principe analogue a été mentionné dans le 2^e alinéa de l'article 148-2 du Code de procédure pénale (art. 17 de la loi).

Enfin l'article 18 complète l'article 481 du Code de procédure pénale relatif aux restitutions en prévoyant que le tribunal peut refuser la restitution si celle-ci présente un danger pour les personnes ou les biens.

VI. — DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

.....

C. Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines

par Pierre COUV RAT

*Professeur à la Faculté de droit
et des sciences sociales de Poitiers*

1. *A propos des périodes de sûreté.*

Depuis leur institution par la loi du 22 novembre 1978, les périodes de sûreté imposées à certains condamnés par les juridictions répressives n'ont pas fait l'objet de beaucoup de commentaires ni d'un grand contentieux. D'ailleurs les critiques lors de la promulgation de la loi ont dans l'ensemble été relativement modérées (v. par ex. Com. A. Decocq, *cette Revue*, 1979, p. 358) ; elles ont porté autant sur la diminution des pouvoirs du juge de l'application des peines que sur l'instauration de cette forme de « neutralisation temporaire ». Il faut dire que cette loi contenait par ailleurs des mesures d'un autre ordre et que sur ce point les rédacteurs des textes ont pris la précaution de permettre aux juridictions de rapporter le prononcé du temps de sûreté ou d'en diminuer la durée lorsque le condamné présente des gages exceptionnels de réadaptation sociale (gages dits « sérieux » depuis la loi du 10 juin 1983). Des auteurs ont tout de même regretté à ce propos cette évolution « peu conforme aux tendances de la criminologie » (v. M. Staechlé, *Rev. pén. et dr. pén.*, 1979, p. 129 et S. Plawski, *même Revue*, 1979, p. 31).

Selon l'exposé des motifs (*J.O.*, Doc. Parl. A.N., 1978-1979, n° 562, p. 2), la loi visait à « corriger le système en vigueur en ce qu'il ne permettait pas toujours de tenir suffisamment compte du caractère dangereux de certains délinquants » ... d'où l'impossibilité prononcée par la juridiction, dans un certain nombre de cas et pour une certaine durée, à l'encontre du condamné de bénéficier des mesures de faveur que sont la

suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle. Cette sorte de complément à la peine fut appelé, sur proposition de la Commission des lois du Sénat, période de sûreté et non régime de sûreté pour éviter toute confusion avec les régimes dits, à l'époque, de sécurité renforcée.

Deux décisions de la Chambre criminelle méritent aujourd'hui l'attention.

a) La première est un arrêt du 16 janvier 1985 (*D.* 1985, Flash n° 5 qui ne semble pas avoir été publié intégralement) qui aurait affirmé d'une part que cette période de sûreté prévue par l'article 720 du Code de procédure pénale (en réalité 720-2 et s.) n'est qu'une modalité d'exécution des peines privatives de liberté et d'autre part que la durée de cette période doit être fixée, s'il s'agit d'une Cour d'Assises, par décision spéciale prise dans les conditions de l'article 362 du même Code pour l'application de la peine.

La première affirmation est conforme au texte de l'article 720-2 alinéa 2 du Code qui permet dans certaines conditions aux juridictions de refuser « le bénéfice des modalités d'exécution de la peine », entendues comme les permissions de sortir, la libération conditionnelle, etc. Il en résulte que ce refus est aussi une modalité d'exécution et non une peine en tant que telle. Cela a d'ailleurs déjà été affirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 novembre 1978 (*J.O.*, 23 nov. 1978, p. 3928) qui a déclaré les textes conformes à la Constitution en considérant que puisque la période de sûreté n'était pas une peine, elle n'était pas soumise « aux principes fondamentaux régissant le prononcé des peines ».

Quant au second point, il convient de rappeler la distinction entre la période de sûreté qui doit être *obligatoirement* prononcée et celle qui ne l'est que *facultativement* (Selon le rapporteur de la Commission des lois au Sénat, les périodes obligatoires concerneraient des flux d'environ 300 condamnés par an et les périodes facultatives des flux d'environ 1 000 condamnés par an. V. J. M. Girault, *Doc. Sen.*, 1978-1979, n° 30). Dans le premier cas visé à l'alinéa 1^{er} de l'article 720-2, il s'agit de condamnations à des peines privatives de liberté d'au moins dix années prononcées pour un certain nombre d'infractions graves ; la période de sûreté *doit* être de la moitié de la peine et de quinze ans s'il s'agit de la réclusion criminelle à perpétuité, mais la juridiction (essentiellement la Cour d'Assises) *peut* par décision spéciale porter la durée aux deux tiers ou à dix-huit ans au cas de réclusion à perpétuité, ou même exceptionnellement la réduire. Et dans le second cas visé à l'alinéa 2 du même article qui concerne les privations de liberté supérieures à trois ans prononcées pour les *autres* infractions, la juridiction est *libre* de fixer ou non une période de sûreté dont la durée ne peut excéder les deux tiers de la peine ou dix-huit ans au cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. Qu'il s'agisse de périodes obligatoires ou facultatives, la Cour d'Assises doit statuer sur ces points comme elle le fait pour la peine elle-même.

b) L'autre arrêt annoncé de la Chambre criminelle, en date du 26 février 1986 (*Bull. crim.*, n° 80, p. 199) est à la fois plus original et plus intéressant ; il pose le problème de la *durée maximum* de la période de sûreté que peut imposer une juridiction. Les premières lignes de l'arrêt suscitent la surprise : aucun moyen n'est produit à l'appui du pourvoi. Pourtant en matière pénale comme en matière civile, le demandeur au pourvoi doit formuler un moyen de cassation et le mémoire du demandeur qui ne formule aucun grief précis contre l'arrêt attaqué et qui ne vise aucun texte n'a pas à être examiné par la Cour de cassation (J. Boré, *La cassation en matière pénale*, n° 2981, qui cite les deux arrêts suivants de la Chambre criminelle, 23 mai 1964, *Bull. crim.*, n°s 70 et 71, et 27 nov. 1974, *Bull. crim.*, n° 352). On peut penser qu'en l'espèce le condamné a remis au surveillant-chef de la maison d'arrêt une lettre faisant connaître sa volonté de se pourvoir mais qu'aucun mémoire n'a ensuite été déposé. La Chambre criminelle une fois saisie a relevé d'office un moyen pris de la violation de l'article 720-2 du Code de procédure pénale et a ainsi cassé partiellement une décision de Cour d'Assises ... d'où l'intérêt de se plaindre et d'user des voies de recours, même sans trop savoir pourquoi.

Une personne est condamnée par une Cour d'Assises le 7 décembre 1985 à la peine sévère de quarante années de réclusion criminelle pour viols aggravés et attentats à la pudeur sur mineur de quinze ans avec violence. La peine maximum était de vingt ans

mais l'individu était en état de récidive légale, ce qui permettait de doubler la mise. Quant à la durée de la période de sûreté (ici facultative), elle fut fixée à vingt-six années, soit pratiquement les deux tiers de la peine prononcée. Du jamais vu ... Etait-ce possible ?

Les infractions visées ne correspondent pas aux infractions considérées comme particulièrement graves de l'alinéa 1^{er} de l'article 720-2 du Code de procédure pénale. Cette liste, il est vrai, a évolué ; elle a été étendue par la loi du 2 février 1981 (comportant alors le viol), mais rétablie dans ses dispositions antérieures par la loi du 10 juin 1983, puis à nouveau légèrement allongée (art. 93 et 437 du Code pénal) par la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance ... d'où les modifications successives de cet article 720-2. En tous cas, la Cour d'Assises en 1985 ne pouvait appliquer le premier alinéa. C'était donc le second alinéa (« dans les autres cas ») de cet article 720-2 qui était seul envisageable, autrement dit dans les hypothèses où la juridiction dispose d'une pleine liberté pour imposer ou non une période de sûreté. La peine étant de plus de trois années de privation de liberté, la Cour pouvait fixer un temps de sûreté « ne pouvant excéder les deux tiers de la peine prononcée ou dix-huit ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité ».

La Chambre criminelle considère qu'en décidant d'une période de sûreté de vingt-six ans la Cour d'Assises a méconnu le texte de l'article 720-2, alinéa 2, « lequel limite à dix-huit ans la durée maximale de la période de sûreté susceptible d'être fixée par une juridiction de jugement ». Elle casse ainsi partiellement l'arrêt en cause en réduisant à dix-huit ans la période de sûreté imposée au condamné.

Si l'on s'en tient à l'interprétation du texte lui-même, la solution de la Chambre criminelle n'est pas évidente. Rien n'empêche d'isoler une partie de la phrase concernée qui se suffit à elle-même et qui prend la formulation suivante : « La durée de cette période de sûreté ne peut excéder les deux tiers de la peine prononcée » et vingt-six ans correspond à moins des deux tiers de la durée de la peine prononcée (40 ans). Le texte prévoit effectivement en plus une autre hypothèse (ou), celle où la peine n'est pas divisible (perpétuité), auquel cas la durée de la période de sûreté est de dix-huit ans. Il est vrai qu'il n'est pas logique d'assortir une peine de réclusion à temps (même fort longue) d'une période de sûreté plus longue que celle de la réclusion criminelle à perpétuité. C'est ce qui a conduit sans doute la Chambre criminelle à affirmer dans un souci louable d'harmonisation (quel reclassement peut-on espérer après vingt-six ans de peine dite incompressible ?) que la durée maximale de toute période de sûreté est de dix-huit ans, mais cela ne ressort pas clairement du texte.

Ce délai maximum de dix-huit ans dont il importe de tenir compte vaut encore aujourd'hui, même depuis la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance qui n'a pas modifié cet alinéa 2 de l'article 720-2 du Code (cette loi récente ne doit pas être confondue avec l'autre loi du même jour relative à l'application des peines qui aurait fort bien pu contenir ces dispositions relatives aux périodes de sûreté). Mais ce délai de dix-huit ans peut dorénavant être largement dépassé dans les hypothèses de temps de sûreté obligatoires, c'est-à-dire de l'alinéa 1^{er} de cet article 720-2. Et l'analyse du nouveau texte nous conduit à la même interprétation juridique que ci-dessus sur le maximum à ne pas dépasser, c'est-à-dire une interprétation non conforme à la Chambre criminelle.

En effet, pour les condamnations postérieures au 9 septembre 1986, en vertu de l'article 10 de la nouvelle loi, la durée de la période de sûreté obligatoire de l'alinéa 1^{er} de l'article 720-2 reste de la moitié de la peine ou de quinze ans s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. Mais si la juridiction peut réduire cette durée, elle peut surtout aussi l'augmenter jusqu'à *trente ans* lorsqu'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité pour quelques infractions *particulièrement* graves, jusqu'à dix-huit ans s'il s'agit de la même peine pour les autres infractions graves de l'alinéa 1^{er}, enfin (c'est le 3^o) *jusqu'aux deux tiers de la peine s'il s'agit d'une condamnation à une peine privative de liberté à temps*. Cette fois il semble bien qu'en application de cet article 720-2 alinéa 1-3^o, le temps de sûreté puisse dépasser les dix-huit ans, la seule limite étant les deux tiers de la peine de privation de liberté. Donc dans cette hypothèse la période de sûreté liée à la peine privative de liberté à temps peut

dépasser celle liée à la réclusion criminelle à perpétuité. Alors pourquoi ne pas donner la même interprétation de l'article 720-2 alinéa 2 ?

La Cour de cassation ne pourra plus affirmer que le maximum de la période de sûreté est de dix-huit ans, certainement dans l'hypothèse de l'alinéa 1^{er} puisque le législateur l'a porté dans certaines conditions à trente ans ; mais pourra-t-elle encore confirmer ce maximum de dix-huit ans dans les hypothèses non remodelées de l'alinéa 2 du même article, correspondant aux périodes purement facultatives ?

Le législateur récent a pris ses responsabilités en allongeant certaines périodes de sûreté ; il a, semble-t-il, en même temps contredit indirectement la position prise par la Chambre criminelle qui comprend le maximum comme étant commun aux peines perpétuelles et à temps.

2. *L'exécution partielle d'une peine à l'étranger par rapport à la condamnation infligée en France pour les mêmes faits.*

La Chambre criminelle en date du 11 juin 1986 vient de casser une décision de Cour d'appel qui considérait que la part subie de détention en Suisse en exécution d'une condamnation prononcée par une Cour d'Assises suisse devait être déduite de la peine d'emprisonnement infligée ensuite pour les mêmes faits par un tribunal correctionnel français.

Dans cet arrêt la Cour suprême fait prévaloir des principes généraux sur l'équité. La solution à première vue paraît fondée. Elle mérite tout de même une réflexion.

C'est pour vols aggravés (pouvant en fonction des circonstances être considérés selon les pays comme un crime ou comme un délit) commis en Suisse qu'un Français est condamné à trois ans et demi de réclusion criminelle par la Cour d'Assises de Genève. Il s'évade alors qu'il ne lui restait à subir (au maximum) qu'un an et un mois et il se réfugie en France. A la suite d'une dénonciation des autorités suisses, le voilà à nouveau condamné, cette fois par le tribunal correctionnel de Paris, à une peine d'emprisonnement égale à celle de réclusion prononcée par la juridiction suisse. Allait-il devoir subir l'intégralité de la nouvelle peine ou bénéficier d'une soustraction de la partie exécutée à l'étranger ? La Cour de cassation affirme de façon impérative qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne permet cette imputation.

Il est bien certain qu'en l'état la partie de la peine non exécutée en Suisse ne pouvait l'être en France sans nouvelle condamnation par une juridiction française. Les décisions répressives étrangères n'ont aucune efficacité sur notre territoire puisqu'il n'y a, au moins directement, pas d'autorité positive de la chose jugée à l'étranger (v. R. Koering-Joulin, *J.-Cl. Proc. pén.*, fasc. 404, « l'autorité en France de la chose jugée à l'étranger », n° 44 et suivants). Mais le condamné n'en est pas quitte pour autant car si les conditions de l'autorité négative de la chose jugée ne sont pas remplies une juridiction française peut à nouveau juger les mêmes faits.

Or, en l'espèce, puisque la peine n'a pas été pleinement exécutée, une juridiction française compétente en raison de la nationalité de l'auteur pouvait être saisie et statuer. La règle *non bis in idem* posée à l'article 692 du Code de procédure pénale qui empêche une nouvelle poursuite suppose que l'inculpé ait été jugé définitivement à l'étranger (condition remplie) mais aussi, s'il a été condamné, qu'il ait subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. Le verbe subir implique évidemment une exécution totale (quelles qu'en soient les modalités). Il en résulte qu'en cas d'exécution partielle, la condition posée par la loi n'est plus satisfaite (Cl. Lombois, *Droit pénal international*, n° 402, p. 509). « Il faut éviter qu'un condamné évadé après condamnation trouve refuge en France et y excipe de sa condamnation (toute platonique) pour échapper à des poursuites » (R. Koering-Joulin, *fasc. cit.*, n° 25). D'ailleurs, dès 1948, la Chambre criminelle (Crim., 4 mars 1948, *Bull. crim.*, n° 73) avait jugé qu'une exécution seulement partielle pouvait exposer l'auteur à de nouvelles poursuites en France. C'est ce qui fut fait et dans un but d'apaisement le Tribunal correctionnel de Paris a prononcé une condamnation équivalente à celle de la Cour d'Assises de Genève (3 ans et demi). C'était sans doute dans l'esprit des juges permettre de faire achever en France l'exécution de la peine sans pour autant donner effet à une décision étrangère. Suite à une requête en incident sur exécution de peine

présentée par le condamné, la Cour d'appel de Paris, le 22 avril 1985, justifie la déduction d'une part par des « considérations d'équité élémentaires », d'autre part par un article de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs même non applicable en France, enfin par une possible prise en compte de la décision étrangère du fait que les effets sont favorables au condamné.

Il était hasardeux de mettre en avant l'article 54 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs qui prévoit effectivement cette imputation puisque la France n'a pas signé cette Convention. Hasardeux aussi de donner un effet positif à la chose jugée à l'étranger lorsqu'elle est favorable au condamné. Hasardeux encore de laisser entendre que la Convention rappelée ci-dessus avait « inspiré » l'article 24 du Code pénal qui depuis la loi du 6 août 1975 impute l'incarcération subie hors de France sur demande d'extradition car dans ce cas la détention subie à l'étranger est en réalité un effet ou une conséquence de la souveraineté française.

C'est donc essentiellement l'équité qui fonde la décision de la Cour d'appel. Le Doyen Lombois l'avait d'ailleurs suggéré dans son ouvrage de Droit pénal international (n° 402, p. 509) : « Il se peut que l'équité recommande d'imputer sur la condamnation prononcée en France la part de la peine déjà exécutée à l'étranger ; mais l'équité prendra seulement le chemin que la loi lui laisse : modération judiciaire de la seconde condamnation ou remise partielle de peine par voie de grâce ». Quelles sont donc ici les parts respectives de l'équité et de la loi ? (MM. Merle et Vitu estiment qu'il paraît préférable de déduire la peine déjà subie à l'étranger, mais ajoutent que cette déduction n'est possible que par voie de grâce ; v. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I, n° 292, note 5).

L'argument d'équité paraît évident. Car enfin, pour des mêmes faits, une personne est condamnée deux fois et doit exécuter après une première condamnation pourtant définitive une nouvelle peine venant s'ajouter à la partie déjà subie. Et le fait que l'individu se soit évadé ne change rien au problème. Si on imagine un instant que l'évasion ait eu lieu la veille de la libération et — pourquoi pas — que la nouvelle condamnation soit supérieure à la première, on mesure la situation peu enviable et injuste de l'auteur des faits.

Mais il y a la loi et les principes généraux auxquels la Cour de cassation se réfère, c'est-à-dire essentiellement les règles de la souveraineté et de la territorialité : « Aucune disposition légale ou conventionnelle ne permet d'imputer sur l'exécution d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction nationale ... la durée de l'incarcération subie dans un Etat étranger en exécution d'une condamnation infligée pour les mêmes faits par une juridiction dudit Etat ».

Il n'est pourtant pas sûr qu'admettre l'imputation serait contraire aux principes de la territorialité et de la souveraineté.

Sur le premier point, il est bien certain que si la compétence française était commandée par le critère territorial il n'y aurait pas lieu de tenir compte d'un jugement étranger, qu'il soit pleinement exécuté ou seulement en partie ; les deux condamnations peuvent alors être éventuellement subies successivement (Crim., 26 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 177 et 21 janv. 1966, *Bull. crim.*, n° 23 et Lombois, *op. cit.*, n° 404, p. 530), mais l'infraction en l'espèce a été commise à l'étranger et la compétence française est personnelle. L'article 692 du Code de procédure pénale, puisque la peine n'a pas été pleinement « subie », autorise une nouvelle poursuite mais n'interdit pas une éventuelle imputation.

Quant au principe de souveraineté, il n'est pas atteint par l'imputation. Sans doute l'exécution d'un jugement étranger n'est possible que lorsque « le jugement a été repris dans l'ordre juridique propre de l'Etat où il est mis à exécution » (W. Breukelaar, « La reconnaissance des jugements répressifs étrangers », *Rev. intern. dr. pén.*, 1974, p. 565), mais ne peut-on pas considérer qu'en prononçant la même peine que la juridiction étrangère le tribunal français a reconnu la valeur de la décision étrangère ? La prise en compte de la détention déjà exécutée n'est plus alors une atteinte à la souveraineté de l'Etat français. Mais plus encore, même si la condamnation prononcée en second était différente de la première, ne pourrait-on dire que l'imputation est en réalité un effet négatif de la chose jugée au même titre que la règle *non bis in idem* et non un effet positif ? C'est bien ainsi que M. Jescheck a justifié l'esprit de l'article 54 de la Convention citée plus haut, qui, selon lui, affirme « un principe de l'imputation » (cité par W. Breukelaar, *op. cit.*, p. 575). L'imputation devient alors un complément ou un diminutif de la règle

non bis in idem : l'admettre n'est pas donner application en France à une décision étrangère, c'est seulement prendre en compte une modalité d'application de la décision rendue en France comme est prise en compte la durée d'une détention provisoire. Déduire la part de peine exécutée à l'étranger n'est pas en définitive reconnaître la décision étrangère ; c'est tout simplement faire exécuter pleinement la décision française.

Au total, l'équité aurait pu prendre ici « un chemin que la loi lui laisse ».

D. Chronique des droits de l'homme

par Louis-Edmond PETTITI

*Juge à la Cour européenne des droits de l'homme
Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris
Président de l'Institut de formation
en droits de l'homme du Barreau de Paris*

et F. TEITGEN

Avocat à la Cour

1. Arrêt *Lingens*.

Rendu par la Cour Européenne le 8 juill. 1986, l'arrêt *Lingens* intervient dans une affaire de presse, au cœur de l'actualité politique autrichienne.

L'examen du cas impliquait l'étude en droit comparé du régime des lois de presse, de l'accès aux moyens de preuve en faveur du journaliste, et du régime même des preuves dans les différents systèmes européens.

Michael Lingens, requérant, journaliste professionnel, a publié un article contenant de sévères attaques dirigées contre l'un des collaborateurs les plus proches du chancelier Kreisky, Monsieur Peter. D'après le journaliste, ce dernier aurait servi dans la première brigade d'infanterie S.S., ce qui, même si le fait en soi était prescrit, rendait inacceptable qu'il assume des fonctions politiques. En outre, le journaliste reprochait au chancelier Kreisky d'avoir protégé Monsieur Peter pour des motifs politiques.

Condamné par les juridictions autrichiennes en application de la loi sur la presse, Michael Lingens a saisi la Cour Européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de l'article 10 de la Convention Européenne, soutenant que la condamnation intervenue portait atteinte à sa liberté d'expression.

Le Gouvernement autrichien a en défense soutenu que la condamnation pour diffamation était d'autant plus légitime qu'elle apparaissait comme le seul moyen de protéger la réputation des personnes contre certains abus commis par les journalistes.

Pour lui, il y aurait eu en l'espèce un conflit entre deux droits garantis par la Convention : la liberté d'expression (art. 10) et le droit au respect de la vie privée.

Cependant, sur ce point « la Cour constate que les termes reprochés à M. Lingens visaient certaines déclarations publiques de M. Kreisky à l'encontre de M. Wiesenthal,

ainsi que son comportement comme homme politique à l'égard d'anciens nazis et du national-socialisme. Dès lors, il n'y a pas lieu en l'occurrence de lire l'article 10 à la lumière de l'article 8 » (§ 38).

L'article 10 prévoit dans son texte même l'éventualité d'un conflit entre droits d'autrui et liberté d'expression ; son analyse est donc suffisante.

L'application d'une loi répressive pour sanctionner l'auteur d'une diffamation constitue — cela n'était même pas discuté — une « ingérence d'autorité publique » au sens de la Convention, dans l'exercice d'un droit garanti par celle-ci. L'arbitrage entre liberté d'expression et droit à la protection de la réputation des personnes imposait à la Cour d'examiner les conditions d'application de la loi pénale du point de vue des exigences du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention.

Aux termes de l'article 10 paragraphe 2, en effet, l'exercice du droit à la liberté d'expression « peut être soumis à certaines formalités, conditions restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégralité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

En premier lieu, l'arrêt constate que l'ingérence est prévue par la loi, en l'espèce par l'article 111 du Code Pénal autrichien. Cette disposition a bien pour objectif la protection de la réputation des personnes et il n'était pas allégué qu'elle fut, en l'espèce, mise en œuvre pour d'autre finalités.

Ainsi, « Sur les deux premiers points, la Cour marque son accord avec la Commission et le gouvernement : la condamnation dont il s'agit se fondait sans contredit sur l'article 111 du Code pénal autrichien ; en outre, elle visait à la protection de la réputation ou des droits d'autrui », et il n'existe aucune raison de penser qu'elle ait recherché un autre objectif (article 18 de la Convention). Partant, elle était prévue par la loi » et tendait à une fin légitime au regard de l'article 10, § 2 de la Convention » (§ 36 de l'arrêt).

Ces premiers points étant résolus, il restait à examiner si les limitations à la liberté d'expression étaient nécessaires dans une société démocratique au sens de la Convention. Le raisonnement s'articule autour de deux données essentielles.

D'une part la Cour évoque le caractère primordial de la liberté d'expression ; comme le soutenait Montesquieu, c'est de ce droit que découlent les autres. La liberté de la presse est la condition même du libre débat politique au cœur de la société démocratique, enjeu de la Convention. Après l'affirmation d'une telle volonté de protection de la liberté d'expression — et il nous semble qu'il s'agit là d'un principe d'interprétation sur lequel la Cour ne reviendra pas — l'arrêt ne pouvait qu'être intransigeant dans l'appréciation du caractère légitime des restrictions apportées à l'exercice du droit d'expression.

D'autre part, exactement comme en droit français de la presse, la Cour opère une distinction entre la protection que l'article 10 offre aux hommes politiques et celle dont bénéficient les particuliers. Les premiers s'exposent inévitablement à un contrôle attentif de leurs propos et de leurs comportements, tant de la part des journalistes que des citoyens.

Cette faculté de contrôle et de jugement est l'une des conditions de la démocratie. Si l'homme politique bénéficie, comme tout autre, des dispositions de l'article 10, § 2 de la Convention, cette protection ne saurait jouer qu'autant qu'elle ne préjudicie pas à la libre discussion des questions politiques. L'outil d'analyse des rapports entre ces deux données est évidemment le principe de proportionnalité.

... « Partant, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. Assurément l'article 10, § 2 permet de protéger la réputation d'autrui, c'est-à-dire de chacun. L'homme politique en bénéficie lui aussi, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas, les impératifs

de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques (§ 42 de l'arrêt). La Cour, en cela, reprend le principe qu'elle avait fixé dans l'arrêt *Sunday Times* du 29 mars 1979.

Il s'agissait, on s'en souvient, de l'interdiction de publication d'un article par le *Sunday Times* relatant des conditions dans lesquelles avaient été décidées les indemnisations des enfants victimes de la Thalidomide. Or, plusieurs procédures judiciaires relatives à la mise sur le marché de ce produit étaient pendantes, et en application de la législation sur le *contempt of court*, le *Sunday Times* se vit interdire la publication d'un article.

Les espèces *Sunday Times* et *Lingens* ont ce point commun que les publications en cause se rapportaient à des sujets préoccupant le public. Or, comme elle l'avait déjà relevé dans l'arrêt *Handyside*, la Cour indique que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du § 2, elle vaut non seulement pour les « informations » ou les « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles, qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance, et l'esprit d'ouverture sans lequel il n'est pas de « société démocratique » (*Handyside*, § 39).

C'est en fonction de ces données que la Cour peut juger si l'ingérence que constitue la mise en œuvre de dispositions répressives correspondait ou non à un besoin social assez impérieux pour l'emporter sur l'intérêt public attaché à la liberté d'expression tel qu'elle est définie par la Convention.

Les motifs des restrictions imposées aux journalistes doivent être suffisants, c'est-à-dire sous l'angle de l'article 10, § 2, proportionnés au but légitime poursuivi. Ce raisonnement est exactement similaire à celui que, de longue date, adoptent les juridictions administratives provisoires appliquant le principe de proportionnalité pour apprécier la légalité d'une mesure de police.

Ainsi, compte tenu du contexte électoral, la Cour a estimé que si « la sanction qui a frappé leur auteur ne l'a pas à proprement parlé empêché de s'exprimer, elle n'en a pas moins constitué une espèce de censure tendant à l'inciter à ne pas se livrer désormais à des critiques formulées de la sorte ; ... Dans le contexte du débat politique, pareille condamnation risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par la même, elle est de nature à entraver la presse dans l'accomplissement de sa tâche d'information et de contrôle (v. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Barthold*, § 58) » (§ 44 de l'arrêt).

Enfin, la Cour apprécie la liberté d'expression du journaliste en opérant une distinction, selon qu'il est question de faits reprochés à une personne ou d'un jugement de valeur émis sur son action.

Cette distinction a été inspirée à la Cour par une affirmation contestable de la Cour de Vienne qui retenait que la mission des journalistes consistait à livrer des faits aux lecteurs qui, à partir de ces informations brutes, devaient se forger une opinion. Dès lors implicitement, les jugements de valeur portés par Michael Lingens sur certains hommes politiques pouvaient être sanctionnés dans la mesure où le journaliste aurait excédé sa fonction. La Cour européenne retourne l'argument en constatant que les moyens de défense offerts par le droit autrichien au prévenu de diffamation tiennent, comme en droit français, à la faculté de faire la preuve de la vérité des faits allégués et/ou de bonne foi. Or s'agissant de faits couverts par la prescription, Michael Lingens n'était plus autorisé à en rapporter la preuve et se trouvait dès lors partiellement dépourvu de moyens de défense. Mais la Cour observe que ce ne sont pas tant les faits eux-mêmes qui sont en cause — l'appartenance d'une personne à des organisations nazies — que le jugement de valeur que l'on peut porter sur un homme politique qui s'entoure d'anciens nazis. En fait il s'agit bien d'un débat politique et non d'une enquête historique. Le jugement de valeur ne peut par nature faire l'objet d'une démonstration. Sanctionner le journaliste auteur d'un jugement de valeur parce qu'il ne peut pas rapporter la preuve de validité de celui-ci apparaît à la Cour comme contraire à la liberté d'opinion. « Aux yeux de la Cour, il y a lieu de distinguer avec soin entre faits et jugements de valeur. Si la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur

exactitude. La Cour relève, à ce propos, que les faits sur lesquels M. Lingens fondait son jugement de valeur n'étaient pas contestés, non plus d'ailleurs que sa bonne foi.

Selon le § 3 de l'article 111 du Code pénal, combiné avec le § 2, les journalistes ne peuvent en pareil cas échapper à une condamnation pour des actes définis au § 1 que s'ils peuvent établir la vérité de leurs assertions.

Or, pour les jugements de valeur, cette exigence est irréalisable et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10 de la Convention (§ 46 de l'arrêt).

On relève que la Cour critique le juge interne qui prétend s'abriter derrière la loi nationale porteuse de violations de la Convention imputant au législateur la responsabilité de cette violation. En effet, la Cour n'opère aucune distinction entre les différents pouvoirs judiciaires et législatifs, ne retenant que la responsabilité internationale de l'Etat.

« A ce sujet, la Cour rappelle qu'elle n'a pas à préciser à quelle autorité nationale est imputable un manquement à la Convention : seule se trouve en cause devant elle la responsabilité internationale de l'Etat (v. not. l'arrêt *Zimmermann et Steiner*, 13 juill. 1983, § 32) (§ 46 de l'arrêt).

C'est dans ces conditions que la Cour a jugé que la condamnation pour diffamation de Michael Lingens n'était pas nécessaire dans une société démocratique pour assurer la protection de la réputation d'autrui relevant que cette condamnation, disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi, constituait une violation de l'article 10. « Des diverses considérations qui précèdent, il ressort que l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression de M. Lingens n'était pas « nécessaire, dans une société démocratique », « à la protection de la réputation d'autrui » ; elle se révèle disproportionnée au but légitime poursuivi. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention » (§ 47 de l'arrêt).

Cet arrêt est particulièrement intéressant si on le rapproche du droit français. La loi autrichienne est très comparable à la loi du 29 juillet 1881. On y retrouve les mêmes éléments constitutifs du délit de diffamation, la même distinction entre hommes publics et particuliers et bien entendu le même type d'articulation entre liberté d'expression et protection de la réputation.

C'est sans doute sur le point de l'analyse de l'élément matériel de la diffamation — allégation de faits précis — que l'arrêt Lingens va produire tous ses effets en matière de jugements portés par des auteurs sur les comportements de certains hommes publics. Il apparaît qu'il y a là un nouvel éclairage sur la qualification de « diffamation ». Plus que jamais le recours au contexte va s'imposer pour permettre une qualification juridique plus fine. L'arrêt *Lingens* doit inspirer la jurisprudence française pour rappeler que la loi de la presse est d'abord un instrument de liberté démocratique.

2. Les arrêts *Glaserapp* et *Kosiek*.

Rendus le 28 août 1986, ces arrêts contribuent à la définition du champ d'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de la fonction publique.

Cependant, il faut en limiter la portée à raison du caractère particulier de la législation interne allemande en la matière. En effet, la loi allemande impose à tout candidat à un emploi public la prestation d'un serment de fidélité au régime libéral et démocratique et l'interdiction de l'appartenance ou de l'assistance à toute organisation incompatible avec l'ordre constitutionnel.

Lors du dépôt de sa candidature à l'admission au service préparatoire à la carrière d'enseignant, Mme Glaserapp, requérante, avait signé la déclaration suivante : je sais que la nomination à un poste de fonctionnaire doit être révoquée si elle résulte d'une « tromperie délibérée » (*arglistige Täuschung*). On juge comme allant de soi (*als selbstverständlich vorausgesetzt*), je le sais, qu'un candidat à la fonction publique n'appartienne et ne prête assistance à aucune organisation dont l'activité se dirige contre l'ordre constitutionnel ou tend à heurter ou mettre en péril le régime libéral et démocratique (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) et je sais que dans le cas où l'une des activités indiquées (...) est passée sous silence, on doit considérer la nomination comme résultant d'une « tromperie délibérée ». Elle avait ensuite signé une déclaration du même type, en

demandant un poste de professeur de lycée avec statut de fonctionnaire à l'essai. Le formulaire qu'elle avait rempli expliquait les termes « régime libéral et démocratique » en référence à la définition retenue par la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) dans ses décisions des 23 octobre 1952 et 17 août 1956 :

Comptent parmi les principes fondamentaux de ce régime :

- le respect des droits de l'homme tels que la loi fondamentale les énonce, et surtout du droit à la vie et au libre développement de la personne,
- la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la responsabilité du gouvernement devant la représentation du peuple,
- la légalité des actes de l'administration, l'indépendance des tribunaux, le principe de la pluralité des partis,
- l'égalité de chances pour tous les partis politiques,
- le droit de fonder une opposition et de combattre le pouvoir, conformément à la Constitution ».

Les déclarations souscrites par la requérante avaient pour base légale une loi du 6 mai 1970 sur les fonctionnaires du Land et un décret du 28 janvier 1972, sur l'emploi des extrémistes dans la fonction publique.

M. Kosiek, requérant dans la seconde affaire n'eut pas à signer de déclaration du même type (le décret le prévoyant avait été abrogé et aucune mesure n'était encore prise pour rendre applicable le nouveau décret du 28 janvier 1972 sur l'emploi d'extrémistes dans la fonction publique). Il prêta cependant serment devant le recteur de l'institut de Nürtingen où il sollicitait un poste. Les deux requérants furent ainsi admis à un stage en tant qu'enseignants.

Conformément au dispositif en vigueur, une enquête fut menée à propos d'éventuelles activités extrémistes de Mme Glasenapp. Un faisceau d'indices (son logement dans un immeuble abritant des militants du K.P.D., parti communiste d'Allemagne, son refus de se dissocier expressément de la politique de ce parti, son soutien à une action du K.P.D. en faveur de la création d'une école, et surtout une lettre publiée par la *Rote fahne*, journal du K.P.D.) justifia aux yeux des autorités administratives son licenciement.

Le cas de Monsieur Kosiek était un peu différent : ses activités politiques au N.P.D. (parti fascisant d'extrême droite) étaient de notoriété publique : il avait été député N.P.D. à la diète de Bade-Wurtemberg durant 4 ans, de 1968 à 1972. Il s'était présenté sous la bannière de son parti aux élections fédérales de 1972 (mais le N.P.D. ne réussit pas à entrer au Bundestag). De plus ses conceptions politiques étaient exposées dans deux livres : « Le marxisme ? une superstition ! les sciences naturelles démentent les bases doctrinales de Marx et Lénine », et « Le peuple dans sa réalité. Les sciences naturelles et la vie confirment la notion de peuple ».

Aussi, quand M. Kosiek demanda l'abrégement de sa période probatoire et sa titularisation, le ministère répondit que des doutes surgissaient quant à sa loyauté à l'égard de la Constitution. Il fut entendu à ce sujet, puis licencié, conformément entre autres au décret du 28 janvier 1972, comme Mme Glasenapp.

Chaque cas doit être examiné et décidé selon ses circonstances propres. En ce faisant, il faut tenir compte des principes suivants :

2.1 Candidats

2.1.1 Un candidat qui poursuit des activités hostiles à la Constitution, n'est pas engagé dans la fonction publique.

2.1.2 Si un candidat fait partie d'une organisation poursuivant des activités hostiles à la Constitution, cette appartenance jette un doute quant au point de savoir s'il est prêt à défendre constamment le régime libéral et démocratique. Ce doute justifie en général le rejet d'une candidature.

2.2 Fonctionnaires

Si un fonctionnaire « ne respecte pas son devoir de loyauté envers la Constitution », l'autorité de nomination en tire les conséquences nécessaires sur la base des faits

particuliers établis, et considère s'il faut envisager la révocation de l'intéressé (*Entfernung aus dem Dienst*)».

Après épuisement des voies de recours internes (la Cour constitutionnelle ayant décidé de ne pas retenir leurs recours, faute de chance suffisante pour celui-ci d'aboutir), ils saisirent tous deux la Commission européenne des droits de l'homme en fondant leur requête sur l'article 10 de la Convention. Pour le Gouvernement, cette disposition ne pouvait entrer en ligne de compte : les deux affaires concerneraient un droit non garanti par la Convention : le droit d'accéder à un poste dans la fonction publique (à la différence de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966) et ceci de façon non fortuite, comme le révèle l'examen des travaux préparatoires.

La Cour estime « qu'il n'en ressort pas pour autant qu'à d'autres égard les fonctionnaires sortent du champ d'application de la Convention », ainsi qu'elle l'a rappelé dans de nombreuses décisions (v. *mutatis mutandis* l'arrêt *Abdulaziz, Cabales, et Balkandali* du 28 mai 1985). Les articles 1 et 14 de la Convention disposent en effet que « toute personne relevant de la juridiction » des Etats contractant doit jouir « sans distinction aucune » des droits et libertés énumérées au titre 1 (v. *mutatis mutandis* l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976). Enfin, une interprétation *a contrario* de l'article 11 qui autorise des restrictions spéciales à l'exercice des libertés de réunion et d'association des « membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat, confirme qu'en règle générale les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires (v. *mutatis mutandis*, les arrêts *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* et *Schmidt et Dahlstrom* du 16 février 1976).

Dès lors, pour la Cour le « statut de fonctionnaire à l'essai que Mme Glasenapp avait obtenu par sa nomination comme professeur de lycée, ne la privait pas de la protection de l'article 10. Cette disposition entre certes en ligne de compte, mais pour savoir si elle a été méconnue il faut d'abord rechercher si la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression — telle qu'une « formalité, condition, restriction ou sanction » — ou si elle se situait dans le champ du droit d'accès à la fonction publique, non garanti, lui, par la Convention » (§ 50 de l'arrêt).

La Cour suite à ce rappel, a estimé que les autorités fédérales se sont placées sur le terrain du recrutement, c'est-à-dire en dehors du champ d'application de la Convention européenne ; elles estimaient que les requérants n'avaient pas fait leurs preuves pendant la période probatoire puisque précisément ils n'offraient pas la garantie de défendre constamment le régime libéral et démocratique au sens de la loi fondamentale allemande. Cette condition propre au recrutement place le droit d'accès à la fonction publique au cœur de l'espèce ; or la matière a été volontairement laissée en dehors de la Convention et ne peut dès lors être considérée comme incompatible en soi avec cette dernière.

Pour la Cour, « dès lors, il n'y a pas eu ingérence dans l'exercice du droit protégé par le § 1 de l'article 10 ».

Dans une opinion concordante et commune, Mme Bindschedler-Robert et MM. Pinheiro Farinha, Pettiti, Walsh, Russo et Bernhardt, juges, ont indiqué notamment : « Nous avons voté avec la majorité pour la non-violation de l'article 10 parce que, selon nous, l'article 10 n'est pas applicable dans le cas d'espèce ... »

La raison pour laquelle les Etats contractants n'ont pas voulu que le droit d'accès à la fonction publique soit garanti par la Convention ou dans ses Protocoles additionnels (et il faut souligner qu'il ne s'agit pas d'une omission fortuite, mais d'une volonté délibérée) doit être recherchée dans la grande difficulté de soumettre à une juridiction internationale le problème du recrutement, les modalités de choix et d'accès, qui présentent par leur nature des différences considérables selon les traditions nationales et les systèmes réglementant l'administration des Etats Membres du Conseil de l'Europe.

Cela n'exclut pas la possibilité d'application de l'article 10 même à la fonction publique quand toute liberté d'expression se révélerait interdite, en droit ou *de facto* dans le droit interne ».

E. Chronique internationale

DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

par Claude LOMBOIS
Professeur à l'Université de Paris 2,
Recteur honoraire

Crimes de guerre. Ordre répressif international. Prescription.

Les crimes de guerre sont-ils imprescriptibles ? C'est une réponse négative que donne le troisième arrêt de cassation rendu dans l'affaire *Barbie* (Crim., 20 déc. 1985, *J.C.P.*, 86.20655, rapp. Le Guehec, concl. Dontenwille). La réponse n'est pas surprenante ; ce sont ses motifs qui le sont davantage.

Il aurait suffi de relever que l'imprescriptibilité est d'exception et qu'il faut une disposition spéciale de la loi pour la prévoir, relativement à certaines infractions. Ainsi, la loi du 26 décembre 1964, relativement aux crimes contre l'humanité, dont la Cour de cassation a approuvé l'application envers le même inculpé, dans un arrêt antérieur (second arrêt *Barbie*, Crim., 26 janv. 1984, *J.C.P.*, 84, 20197, rapp. Le Guehec, concl. Dontenwille, n. Ruzié).

Les parties civiles, demanderesse au pourvoi, soutenaient que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité étaient assimilables. La réponse n'était pas plus malaisée : pas d'interprétation analogique, d'autant moins ici, où le législateur français fait très nettement la distinction entre ces deux catégories. La France a signé, sans les avoir jusqu'à présent ratifiées, une convention O.N.U. (26 nov. 1986) et une du Conseil de l'Europe (25 janv. 1974), d'où résulteraient l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Mais ces derniers, seuls, ont été déclarés tels par la législation interne et en connaissance de cause ; pour faire pénétrer en droit français la notion même de « crime contre l'humanité », il fallait aller la prendre dans un texte international auquel la loi se référerait expressément : l'accord de Londres du 8 août 1945 où figure formellement une triple distinction des crimes contre la paix, crimes de guerre, crimes contre l'humanité.

Or la Cour de cassation ne se place pas sur ce terrain, mais sur celui de la « libre recherche scientifique », pour dire, en raison, non en droit, les motifs d'une différence de régime, à ce sujet, entre les crimes de l'une ou de l'autre sorte : les atrocités ne doivent jamais s'oublier, tandis que « après la cessation [des] hostilités, il est nécessaire que le temps estompe les éventuelles exactions commises pendant la durée du conflit armé, même si elles l'ont été en violation des lois et coutumes de la guerre ou sans avoir été justifiées par les exigences militaires ». Sur ce plan, on est tout prêt à partager son avis et même à lui apporter du renfort, en observant que, bien souvent, les traités d'armistice ou de paix comportent des clauses d'amnistie réciproque des crimes de guerre. La paix ne fait pas son nid dans l'arbre du ressentiment. Mais la question n'est pas là.

Pour en juger, et non pour en disserter, la juridiction suprême peut-elle se passer de droit ? Non, bien sûr. Mais ayant trouvé trop médiocre le droit interne qu'est la loi du 26 décembre 1964, la Cour se voit contrainte à chercher plus haut : « aucun principe de

droit ayant une autorité supérieure à celle de la loi française ne permet de déclarer imprescriptibles les crimes de guerre ». La démarche est audacieuse mais paraît procéder d'un internationalisme fiévreux qu'on ne peut, si sympathique qu'il soit, approuver.

Si la Cour a voulu dire : « aucune convention internationale liant la France et tirant de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des articles 7 et 763 du Code de procédure pénale, ne permet etc... », que ne l'a-t-elle dit ? C'est bien qu'elle n'a pas voulu le dire parce qu'elle en appelle à un *principe (général) du droit (international)*. Mais le juge français, tenant son autorité de la souveraineté qui l'institue, ne peut l'exercer qu'en suivant les règles qui procèdent de la même souveraineté. C'est en vertu d'une règle française, l'article 55 de la Constitution, qu'il peut donner le pas, sur la loi française, à une règle internationale moulée dans un Traité. Mais pas un Traité quelconque : régulièrement ratifié et publié, c'est-à-dire incorporé au droit interne par la volonté du législateur national. Il est déjà assez compliqué que les relations internationales se partagent entre législatif et exécutif (sans allusion malicieuse à leur partage, à l'aventure, au sein même de l'exécutif) pour que l'on souhaite que l'autorité judiciaire n'y vienne pas faire un acteur de plus. Je regrette d'avoir à me séparer, sur ce point, de la pensée de M. le conseiller Le Gunehec, dont les trois admirables rapports sur chacun des trois arrêts *Barbie* révèlent tant de talent, de science, de générosité et de hauteur de vue. Mais je ne puis le suivre quand il trouve « gloire » à « ériger le juge national en juge international lorsque ce dernier fait défaut » (rapport pour le second arrêt *Barbie*, J.C.P., 1984.20197, n° 40, dern. al.). Cependant, l'arrêt que je commente a bien été rendu (je l'ai vérifié matériellement « Au nom du peuple français » et non à celui de la conscience universelle). Du moins pour le juge national français, que ne lie pas la règle « the law of nations is a part of the law of the land ». L'application directe, par le juge français, du droit communautaire ou international s'appuie toujours sur les dispositions d'un traité intégré à l'ordre juridique français.

Notez que je n'ai rien contre les principes généraux du droit et que j'ai approuvé, dans cette même *Revue* (1984, p. 805 et 806, à propos de l'arrêt *Doré*, Crim., 17 mai 1984) l'appel qu'y avait fait la Cour régulatrice. La condition est qu'il s'agisse des principes généraux d'un Droit (en l'occurrence, c'était le Droit français) qui, construit en système, peut en avoir. Le principe général n'est que la formulation précise de la philosophie qui sous-tend, en leur donnant cohérence, toutes les parties d'un tout. Peut-on parler d'un système à propos du droit des infractions internationales ? Voici ce qu'en dit un des meilleurs spécialistes : « This ad hoc progressive development of international criminal law, through the means of separate and unrelated instruments ... has drawn the energies of governments and national legislatures in ... efforts ... to ratify new and disparate international instruments instead of focusing these energies on a single comprehensive Code » (Bassiouni, *Journ. of intern. law.*, 18 [1986], 262).

Notez que je n'ai rien non plus contre l'internationalisation du droit pénal ou, pour mieux dire, contre les progrès du droit pénal international, surtout dans celle de ses branches que j'ai dénommées (*Précis dr. pén. internat.*, 2^e éd., 1979) « droit des infractions internationales par nature ». Mais je suis convaincu qu'on ne le fera pas progresser en forçant la main aux souverainetés, au risque de provoquer le recul cabré de législateurs sourcilieux ou l'inquiétude de justiciables, délivrés par les *droits de l'homme* de l'équité des *Parlements* et légitimement inquiets de dépendre, pénalement, de principes généraux qui, ne répondant pas à la définition que j'en ai proposée, tirent de leur mystère toute Leur Majesté.

*
* *

Cela dit, cette première partie de l'arrêt (car il y en a une seconde, d'importance majeure, sur laquelle une prochaine Chronique portera), cette première partie, donc, suggère deux séries de remarques adjacentes.

1) Cette fièvre d'internationalisme n'est pas un accès brutal. On pouvait, au fil des arrêts, voir monter le thermomètre par degrés. Très précisément : au fil des trois arrêts *Barbie* (le premier, Crim., 6 oct. 1983, J.C.P., 83.20107, rapp. Le Gunehec, concl.

Dontenwille, n. Ruzié ; les deux autres, préc.). Sollicitée tantôt par la Chambre d'accusation dont l'arrêt lui était déféré, tantôt par son rapporteur, tantôt par le Ministère public, la Chambre criminelle semblait suivre à distance et par petits pas réticents. A la Chambre d'accusation de Lyon qui avait, à un motif éprouvé, joint celui, plus neuf, que « les crimes contre l'humanité ne relèvent pas seulement du droit pénal interne français, mais encore d'un ordre répressif international auquel la notion de frontière ... [est] fondamentalement étrangère », le premier arrêt répond que ce motif est « surabondant sinon erroné » (la formule vaut tout un Traité « De la perplexité et des moyens d'en sortir par la procrastination »). Dans son second arrêt, où son rapporteur l'incitait à se conduire en juge international et à dire que « avec ou sans la loi du 26 décembre 1964, la prescription ... n'a jamais commencé à courir à l'égard des crimes contre l'humanité », rapp. préc. n° 44, 2^e al.), la Cour a approuvé l'arrêt déféré d'avoir énoncé que la loi du 26 décembre 1964, en constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, s'est bornée à dire qu'était déjà acquise, en droit interne ... l'intégration à la fois de l'incrimination et de l'imprescriptibilité. Si l'arrêt a, aussi, cité « les principes de droit reconnus par l'ensemble des nations », ce n'est pas pour donner un second motif à son arrêt de rejet, mais pour répondre à la seconde branche du moyen qui contestait que la loi du 26 décembre 1964 fût conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 7, paragraphe 2, ne permet qu'exceptionnellement la rétroactivité d'une loi pénale, à condition qu'elle incrimine des actes qui « lorsqu'ils ont été commis étaient criminels d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». On ne pouvait réfuter l'objection, sans la mesurer à l'aune du texte-même sur lequel elle s'appuie. La Cour de cassation a, à cette occasion, appliqué la loi (*française*) du 26 décembre 1964 après avoir vérifié que cette application n'était pas contraire à nos engagements internationaux, ainsi que l'article 55 de la Constitution (*française*) lui en fait le devoir. C'est un raccourci hardi de la pensée de dire qu'elle aurait, alors, directement appliqué une règle internationale. Mais, au troisième appel, elle a sauté le pas.

2) Autre leçon à tirer de l'affaire : si une première pierre a été posée de travers, c'est un espoir vain d'essayer, en trichant sur la verticalité des suivantes, de donner l'impression que le mur est d'aplomb. La première pierre, en notre affaire, c'est le second arrêt *Touvier* (Crim., 30 juin 1976, D., 77.1, avec une note, sévère mais juste, de P. Coste Floret). On y lit que la loi du 26 décembre 1964, considérée en elle-même, ne contenait aucune disposition faisant échec à la règle de non-rétroactivité et qu'une telle disposition ne peut y être suppléée par des éléments extrinsèques à la loi. Juger, un peu plus de sept ans plus tard (26 janvier 1984), que la portée de la même loi procède nécessairement du texte international sur lequel elle s'articule expressément, c'est dire exactement le contraire. Refuser de le reconnaître contraît à prétendre (ce qui est vrai) que l'arrêt *Touvier* renvoyait à l'application directe d'une règle internationale et (ce qui l'est moins) que c'est cette règle même (heureusement découverte entre temps par le Quai d'Orsay) qui fonde le deuxième arrêt *Barbie*. Lire, dans l'article 7 de la Convention européenne — qui affirme le principe de non-rétroactivité et, dans un paragraphe 2, *permet* d'y déroger — la présence d'une possible, mais ambiguë *obligation* à y déroger, relève d'une herméneutique qui dépasse ma faible science de lecture. Comme en relève la découverte, dans l'accord de Londres, d'une ambiguïté relativement à une notion — la prescription — dont il ne souffle mot. Ce silence rendrait admirable l'éloquence que lui a si obligeamment prêté le Ministre des Affaires étrangères, s'il n'était un peu contradictoire d'en tirer des effets oratoires si contrastés ; un même silence tout au long d'un même article (6) sussure « prescriptible » sous la lettre *b*) et murmure « imprescriptible » sous la lettre *c*). Et encore : ce silence, ambigu jusqu'à éclaircissement apporté par le Quai d'Orsay dans un cas, est, dans l'autre, parfaitement clair en lui-même et, au besoin, grâce à la consultation ministérielle qui n'en a rien pensé ... Qui n'aurait le vertige devant un tel guingois ? Le second arrêt *Touvier* devait dire, et seulement : « il résulte du texte même et des travaux préparatoires de la loi du 26 décembre 1964 qu'elle est interprétative de l'accord de Londres du 8 mai 1945 qui lie la France ; cette particularité n'est pas contraire aux exigences de l'article 7 de la Convention européenne dont le paragraphe 2 permet, précisément pour des cas de ce genre, une exception au principe de non-rétroactivité des lois pénales. Il ne l'a pas dit et on en soupçonne les raisons (*Précis dr. pén. internat.*,

préc., 2^e éd., note 188 ; P. Coste Floret, n. préc.). Faute qu'il l'ait fait, il fallait le laisser être arrêté d'espèce.

*
* *

En tous cas, puisque les crimes de guerre sont prescriptibles, non ceux contre l'humanité, la qualification respective de ces deux infractions internationales prend un intérêt majeur. Le troisième arrêt *Barbie*, par sa contribution à cette qualification distinctive, est bien plus important que par la partie que j'en ai commentée aujourd'hui, pour les principes.

Tout comme le quatrième arrêt (25 nov. 1986, inédit à ce jour) consacré à cette seule question et lui donnant, sur rapport d'un autre conseiller que le précédent, une solution en tout point conforme à celui-ci.

Une prochaine chronique y reviendra.

F. Chronique de criminologie

LA CRIMINOLOGIE AU QUÉBEC LES VERTUS DU « MODÈLE EMPIRIQUE »

par Reynald OTTENHOF

*Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur du Centre de Sciences criminelles*

La criminologie, science encore jeune — nous préférons écrire toujours jeune — aime célébrer les anniversaires. Chacun se souvient de la commémoration du centenaire de la publication de l'« Uomo delinquente »¹, ou encore du cinquantenaire de l'Ecole de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain². L'Université de Montréal vient de célébrer avec éclat les « Vingt-cinq ans de Criminologie à l'Université de Montréal »³. Pour n'en être encore qu'au quart de siècle, l'événement mérite néanmoins qu'on s'y arrête, tant la période a été féconde, au point de justifier plus et autre chose qu'une simple recension bibliographique. Deux ouvrages récents rassemblent l'essentiel du bilan. Le premier, intitulé « La criminologie empirique au Québec, Phénomènes criminels et Justice Pénale », (3) comporte de nombreuses études réalisées par des auteurs, enseignants ou chercheurs, appartenant à l'Université, l'Ecole de Criminologie ou le Centre international de Criminologie comparée, sous la direction de Denis Szabo et Marc Leblanc. Le second, préparé par Pierre Landreville et André Normandeau, contient des articles consacrés aux « Politiques et pratiques pénales ». Le sous-titre, « 25 ans de réflexion et d'action »⁴, illustre bien l'idée d'un bilan dressé à l'occasion de l'événement que nous rappelons.

Il serait vain, fastidieux, et extrêmement réducteur de prétendre rendre compte de tout ou partie des remarquables contributions qui figurent au sommaire de chacun de ces ouvrages. Nous ne pouvons qu'inciter à une lecture de l'ensemble des publications. Jamais le lecteur n'éprouvera le sentiment du « déjà lu » mais au contraire parviendra à saisir le cheminement, les évolutions, les mutations, voire les revirements que les auteurs analysent avec lucidité.

L'œuvre réalisée à l'occasion de cet anniversaire impose irrésistiblement le constat d'une expérience exemplaire (I) ; elle suscite, par là même, la réflexion (II).

1. V. sur ce point : Le centenaire de l'Uomo delinquente. Marc ANCEL, « Exposé introductif », cette *Revue*, 1977, p. 285 et s. Pietro NUVOLONE, « Lombroso et le Droit Pénal », *ibid.*, p. 291 et Hans SCHULTZ, « Lombroso et la politique criminelle », *ibid.*, p. 303 et s. Adde, Pietro NUVOLONE, « La criminalité de Lombroso à nos jours », cette *Revue*, 1979, p. 739 et s.

2. Compte rendu dans cette *Revue*, 1979, p. 201 et s.

3. Les Presses de l'Université de Montréal, 1985, 452 p.

4. Numéro spécial de la *Revue Criminologie*, vol. XIX, n° 1, même éditeur, 279 p.

I L'EXEMPLE

Les vingt-cinq années de criminologie au Québec sont exemplaires, à plus d'un titre.

A) Le premier exemple, à n'en pas douter, provient de l'association étroite du succès de l'entreprise au nom de son promoteur, le Professeur Denis Szabo. Les devoirs de l'amitié, la notoriété du Maître, sa « reconnaissance » par l'ensemble de la communauté scientifique nous dispensent de nous attarder sur l'évidence de la réussite de l'œuvre de ce pionnier, fondateur de la Criminologie au Québec⁵. Qu'il nous soit seulement permis de souligner la richesse d'une expérience humaine qui a su allier la création intellectuelle à la structuration d'une véritable équipe, cohérente, complète, ouverte à toutes les tendances et à tous les champs de la criminologie. La meilleure leçon ne réside-t-elle pas dans l'aptitude à susciter les vocations, alimenter, renouveler les thèmes de recherche, transmettre les relais sans qu'il en résulte une perte de vitesse ? Quel exemple pour ceux dont l'œuvre ne survit pas à leur période de fécondité, si ce n'est de « pouvoir ». Ce qui fait la force de l'homme, c'est qu'en pressant — avant bien d'autres — toutes les idées, il donne l'impression de n'en avoir aucune, parce qu'avant même de l'avoir exploitée, il l'a déjà transmise. Il est vrai, comme l'écrit Madame P. Trudeau que « M. Szabo a toujours été un habile « commerçant » d'idées ». Il a, en vingt-cinq ans, réussi le tour de force d'importer la criminologie au Québec pour mieux l'exporter dans le monde entier, par delà les clivages des continents, des cultures, et des systèmes socio-politiques.

B) Exemplaire également apparaît la spécificité même de la Criminologie québécoise. Son fondateur a toujours souhaité faire de la criminologie une science appliquée. L'objectif a été atteint. La raison nous paraît devoir être recherchée dans le désir profond de rendre à la communauté sociale qui fournit les moyens administratifs, financiers et humains, le service qui lui est dû en retour. Quel exemple, cette fois, pour tous ceux dont la notoriété s'est bâtie sur l'appropriation, la confiscation de l'argent public au service d'une idéologie, considérant le pluralisme comme subversif. A l'inverse des acteurs de la Criminologie québécoise, ceux là auront consommé plus d'énergie à détruire qu'à construire, plus de matière grise à rêver la société qu'à la construire.

Tout au contraire, le foisonnement qui jaillit de la Criminologie québécoise, illustration parfaite de sa qualité de « Jeune adulte », la met au service des causes diverses, ce qui constitue un gage d'indépendance. Nous saurons gré, pour notre part, à nos amis québécois d'avoir su conserver à la Criminologie clinique la place qui lui revient, en dépit des phénomènes de mode qui incitaient à s'en démarquer. De même, la place consacrée aux études de criminologie juvénile mérite une appréciation identique.

C) L'exemple, enfin, que nous livre la Criminologie québécoise, et qui constitue, à n'en pas douter la clé de son succès, réside dans l'équilibre qu'elle a su réaliser entre les fonctions complémentaires, que sont l'enseignement, la recherche, la formation professionnelle, et l'expertise⁶. Le respect de l'équilibre entre chacune de ces tâches relève parfois du funambulisme, quand on sait que certaines d'entre elles peuvent apparaître plus gratifiantes que d'autres. Mais, bien articulées autour des différents pôles (Université, Ecole de Criminologie, C.I.C.C., Société Canadienne de Criminologie, etc.), elles se sont mutuellement enrichies, conduisant ainsi à susciter une indispensable réflexion.

II LA RÉFLEXION

A) Dans un premier temps, la démarche empirique présente l'incontestable mérite de

5. Un hommage sobre et parfaitement réaliste lui est rendu par Pierrette Trudeau-Leblanc, dans le numéro spécial de la revue *Criminologie* précitée, p. 7 et s.

6. V. sur ce point J. PINATEL, « Enseignement, recherche et formation en matière de Justice Criminelle : Criminologie - Pénologie », *Rev. internat. dr. pén.*, 1977, p. 275 et s.

rappeler la nécessité de la règle de la primauté de la description. En couvrant, d'une manière aussi complète l'analyse de l'ensemble du fonctionnement de la Justice Pénale jointe à l'observation du phénomène criminel, la Criminologie québécoise remplit une fonction essentielle, trop souvent méconnue, mais aussi fréquemment dévalorisée au sein de la recherche criminologique. Au surplus, le souci de l'*expérimentation*, parfois qualifiée de recherche action, autorise une observation dynamique de la réalité des phénomènes étudiés⁷. On se trouve ainsi en présence d'un savoir dont l'authenticité par rapport aux faits observés paraît d'autant plus incontestable que les moyens consacrés à l'investigation sont sophistiqués.

Il est permis, cependant, de s'interroger sur la portée heuristique d'une telle démarche. A lire certaines études, à méditer telle ou telle réflexion, on en arrive à s'interroger sur les frontières réelles de la Criminologie, au regard de disciplines voisines, telles que la politique criminelle, la philosophie pénale, voire la science politique. Il ne s'agit pas, dans notre esprit, d'imposer une sorte de censure épistémologique destinée à préserver des monopoles, mais bel et bien de se demander si cette « explosion » du champ de la Criminologie ne risque pas de priver celle-ci de la spécificité de son objet, au risque d'y « perdre son âme ».

B) Dans un second temps, la notion de « criminologie empirique » nous paraît participer de l'ambiguïté même dont souffre l'empirisme en général dans l'épistémologie des sciences sociales contemporaines. Chacun s'accorde à constater l'équivoque que suscite aujourd'hui la démarche empirique, telle que conçue par les anglo-saxons, au regard de ce que constituerait une véritable démarche scientifique. Il n'est pas impossible que la Criminologie québécoise se soit, dans ces conditions, trouvée tiraillée entre les diverses acceptions que subit de nos jours la méthode empirique. Si l'on ne peut agir sans réfléchir, il apparaît parfois plus difficile de réfléchir dans l'action. Sur la base de cette constatation, un humoriste américain soulignait, de façon caricaturale, donc dépourvue de pertinence en l'occurrence, qu'un certain Président des Etats-Unis éprouvait une relative difficulté à réfléchir tout en mâchant son chewing gum. La trivialité de la remarque souligne, s'il en était besoin, la courageuse prise de conscience que la coordination de deux opérations est non seulement vitale, mais qu'elle nécessite un effort d'apprentissage que nos amis québécois poursuivent sans relâche depuis un quart de siècle. C'est dire la sérénité dans laquelle nous célébrerons le cinquantenaire de la Criminologie au Québec.

7. C'est ce que souligne parfaitement le sous-titre du numéro spécial précité dans la Revue *Criminologie* (XIX, 1) intitulé « 25 ans de réflexion et d'action ».

G. Chronique de police

POLICE MUNICIPALE

par Michel MARCUS
Magistrat

Hors les temps de bouleversements de la scène sociale et politique, l'émergence ou la disparition des formations administratives, légales, hiérarchiques dans la société n'est que l'aboutissement de mouvements lents, parfois spasmodiques, qui modèlent peu à peu la vie quotidienne des citoyens.

Les fonctions de prévention et de répression des illégalismes connaissent cette histoire cachée où les structures nouvelles ne sont que la résultante de multiples petites batailles, rapports de force. Le temps où la loi vient les consacrer n'est qu'un temps résiduel par rapport à celui qui a présidé à l'établissement de nouvelles pratiques dans la fonction de prévention ou de répression. L'étude du contrôle d'identité nous a déjà fourni un de ces exemples. Ils sont multiples. L'apparition des fichiers de police, l'établissement de corps spécialisés, le contenu du contrôle Parquet-Police, l'élargissement des compétences de police judiciaire dans les personnels de police semblent doués d'une histoire propre qui ferait douter de la possibilité d'envisager des réformes d'envergure du secteur police, tant la fonction de synthèse apparaît impossible.

Qui fait partie de la police aujourd'hui ? Etrange question. La réponse semble assurée. Le bon sens nous renvoie à des images d'uniformes, de structures, de ministre, de missions en rapport avec la délinquance. Mais chaque élément examiné séparément fait apparaître des configurations plus ou moins étendues des personnels et moyens concourant à l'œuvre de police. En tant que citoyen, mes parcours dans la ville sont ponctués par la rencontre, avec des hommes qui me contrôlent, me fouillent, me demandent mon identité, surveillent mes faits et gestes, peuvent être amenés à enquêter sur moi. Ma qualité de juriste me permettra, souvent avec difficulté, de qualifier chaque intervenant, de leur fixer la limite au-delà de laquelle leur intervention basculera dans l'illégalisme. Elle ne me donnera jamais le pouvoir de passer outre à leur pouvoir entaché d'illégalité. Je serai obligé de ne pas rentrer dans la grande surface, je risquerai un licenciement de mon employeur, je me retrouverais retenu dans un local pendant quelques temps. Cette réalité vécue par des millions de personnes est fondamentalement constitutive de la police. Hérésie de considérer les personnels des sociétés de gardiennage comme policiers, exagération de voir dans le garde assermenté des H.L.M. un policier, peut-être, mais vérité déjà largement partagée que celle intégrant les personnels des polices municipales à la fonction police. Le fait précède le droit. L'histoire des polices municipales est édifiante.

Pendant des siècles, la municipalisation de la police est la règle. Dès la Révolution, la gendarmerie est étatisée, mais son rôle d'armée sur la scène intérieure a été déterminante dans la décision. En 1914, le budget du Ministère de l'Intérieur comporte, au titre de la police, un chapitre pour trois subventions aux polices de Marseille, Lyon et Paris, et un chapitre pour la sûreté générale, constituée d'une brigade d'enquêteurs intervenant sur

tout le territoire. De nombreux discours parlementaires mettent en cause le peu d'attention portée par les maires pour que leur police ait les moyens de ses missions, malgré le développement sans précédent de la criminalité. Les lois du 18 juillet 1837 et du 5 avril 1884, toujours en vigueur, consacraient cette attribution municipale.

Le mouvement d'étatisation de ces polices va commencer par les grandes villes. Les charges financières très lourdes seront le motif d'intervention de l'Etat, par le biais des subventions, pour prendre le contrôle des polices. La loi du 23 avril 1941 pose le principe de l'étatisation, mais de façon progressive. Ce mouvement ne sera d'ailleurs jamais achevé, subsiste un noyau de 20 % non étatisé.

La loi du 7 janvier 1983 sur la décentralisation a tenté de clore cette évolution historique en fixant au 1^{er} janvier 1985 la date de l'étatisation. Cette date n'a pas été respectée, le décret d'application n'ayant jamais été élaboré.

Avant la loi du 7 janvier 1983, un mouvement de retour vers les municipalités s'est dessiné sous l'influence de deux facteurs. La forte augmentation de la délinquance avec la naissance d'un sentiment d'insécurité abusivement orchestré va mettre cruellement en lumière les insuffisances dans la gestion, les méthodes de la police nationale. Brutalement, on découvre l'absence de police dans la couverture de zones ayant fait l'objet d'une urbanisation dense. On découvre également que cette police est devenue une police de bureaux, que l'uniforme s'abrite dans des voitures qui traversent la ville, sirènes hurlantes, pour des interventions ponctuelles, venant constater l'acte délinquant déjà accompli. A une demande d'une police présente 24 heures sur 24 dans les rues, la police est dans l'incapacité de redéployer ses effectifs. La volonté politique est absente.

Le rôle du maire s'est transformé. La montée des problèmes sociaux et économiques oblige les maires à se faire entrepreneurs, promoteurs d'activités industrielles. La délinquance s'impose très vite aussi au cœur du débat politique local. Quitte à assumer le débat politique, autant se donner les moyens d'apporter des solutions. Pour beaucoup de maires, ce sera l'extension ou la création de polices municipales. L'article 95 de la loi du 2 mars 1985 aura un effet pervers dans ce développement. Cet article supprimait la contribution communale aux dépenses de police. Les auteurs pensaient que cet allègement bénéficierait à d'autres postes du budget communal. Dans la plupart des cas, l'investissement s'est reporté sur des postes de policiers municipaux.

En 1984, il existait 530 polices municipales, dont 110 ayant des effectifs de plus de huit personnes. La comptabilité des effectifs est difficile à faire, aucune autorité n'ayant vocation à ce recensement. Les chiffres varient de 5 000 à 18 000 personnes, selon les organisations professionnelles.

Ce retour vers la commune, la ville n'est pas la démarcation fidèlement inversée du processus historique précédent. Les maires n'entendent pas redevenir des chefs de police dans un Etat n'assumant plus que quelques aspects essentiels de la fonction policière : surveillance des frontières, grande délinquance, terrorisme, renseignements. Mais il est indéniable que cet intérêt des maires pour la police est polymorphe. Redonner à la police nationale, dans sa branche sécurité publique, une assise territoriale dans son action, implique la reconnaissance par l'Etat du rôle essentiel du maire. Ceci est bien un des buts recherchés dans le fonctionnement des Conseils communaux de prévention de la délinquance. La problématique est celle d'une meilleure coordination des partenaires, dont la police, dans la résolution des problèmes d'un quartier. Ceci a déjà eu pour conséquence la prise en charge par les maires d'un certain nombre de tâches administratives, telles que la délivrance de passeports, de cartes d'identité ou service des objets trouvés. La participation financière des collectivités locales à l'achat de micro ordinateurs pour les commissariats, à l'aménagement de locaux, à l'achat de matériels favorisant l'implantation de l'ilotage, prolonge ces « associations ». Beaucoup de ces opérations ont eu pour support la conclusion de véritables conventions entre le maire et le préfet. Des Procureurs de la République ont participé à ces négociations. Le développement des polices municipales s'est appuyé sur de telles conventions dans lesquelles les maires, pour assurer une meilleure coordination entre leur police et la police nationale, ont accepté de transmettre leur pouvoir aux commissaires de police. Ainsi le Protocole d'accord de la ville d'Avignon prévoit que les agents de police municipale dépendront du Commissariat de police dans

le cadre de leur mission de police judiciaire, alors que la loi les fait dépendre du maire, officier de police judiciaire.

Mais ces conventions, signées sur la base de la nécessité d'une complémentarité parfaite des services de police nationale et ceux de la police municipale, sont l'expression de rapports de force, de situations déjà acquises sur le terrain. Et ces situations se sont construites, grâce au flou des textes, à l'absence de contrôle et de sanctions. Pour autant, il ne faudrait pas ignorer le contexte politique et économique qui a favorisé le rapport de forces. Les polices municipales les plus récentes, les plus fortes en personnel et moyens et les plus volontaristes dans l'extension de leurs compétences ont été créés par des maires R.P.R.-U.D.F., pendant le gouvernement de la gauche.

COMPÉTENCE.

Les articles L. 131-2 et L. 132-10, complétés et modifiés par la loi du 7 janvier 1983 disposent que le maire est chargé de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'Etat qui y sont relatifs. L'article L. 132-2 précise qu'il est donc chargé d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité publique dans les foires, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics.

L'article L. 132-8 met à la charge exclusive de l'Etat, le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique et de maintenir le bon ordre quand il se fait occasionnellement de grands rassemblements d'hommes.

Un archaïsme nostalgique préside à ces formules. La culture du XVIII^e siècle y est présente. D'où une série de malentendus, d'ambiguïtés, parfois entretenus sur le contenu de ces concepts. Entre le « bon ordre » et la « tranquillité », la rhétorique est souveraine et la pratique retrouve un développement anarchique.

Ces confusions vont encore s'accroître avec la lecture de textes plus modernes, qui ne visent pas directement les fonctions du maire, mais les agents de la police municipale.

Un arrêté du Ministre de l'Intérieur en date du 22 décembre 1972 donne une définition de l'agent de police municipale : « ayant charge de protéger la sûreté des personnes et des biens, de faire respecter les règlements de police municipale et d'une façon générale, d'exécuter les directives données par le maire dans le cadre de ses pouvoirs de police ». A la formulation de l'article L. 132-2 vient s'ajouter le domaine de la sûreté des biens et des personnes. Ce concept, devenu plus politique que juridique, tend à balayer toute autre définition du rôle des polices municipales. Il est, par-là même, le support de l'extension des compétences de la police municipale.

Pour remplir leur mission d'assurer « la sûreté des biens et des personnes », les agents de police municipaux ont la qualité d'agent de police judiciaire adjoint (art. 21, C. proc. pén.). A ce titre, ils ont pour mission de seconder dans leurs fonctions les officiers de police judiciaire, de rendre compte à leur chef hiérarchique de tout crime, délit ou contravention dont ils ont connaissance, de recueillir tous les renseignements en vue de découvrir les auteurs de ces infractions. Le chef hiérarchique, officier de police judiciaire est le maire.

CONTRÔLE.

Les agents de police municipale ont le statut d'agents communaux. A ce titre, leur chef hiérarchique est donc le maire qui engage sa responsabilité dans l'exercice quotidien de leur action. Dans l'exercice de leur compétence judiciaire, c'est également le maire qui les contrôle. Un certain nombre de protocoles d'accord ont donné ce contrôle aux commissaires de police. Ceci ne manquera pas de soulever des contentieux sur le titulaire de la responsabilité. D'autres pratiques ont sanctionné ces transferts de contrôle. La procédure du timbre-amende impose que les procès-verbaux soient adressés aux maires. La pratique, dans des grandes villes, fait que ces procès-verbaux sont transmis directement à l'officier chargé du ministère public. En raison de l'importance de ce contentieux, cela donne satisfaction à tout le monde. Mais tire-t-on toutes les conséquences juridiques de ce transfert ? Et notamment, quel est le rôle hiérarchique du Procureur de la République ?

La doctrine a toujours admis le statut très particulier du maire en tant qu'officier de police judiciaire. Sa qualité ne vient pas d'une habilitation judiciaire, mais de la loi. Ce qui écarte d'emblée tout contrôle et toute sanction de la part de l'autorité judiciaire. Face aux multiplications des agissements illégaux des polices municipales, le vide juridique ne manque pas d'être inquiétant.

L'article 21 de la loi du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes a confié au Procureur de la République le soin d'agréer les gardes champêtres et les agents de police municipale. Auparavant, ce pouvoir était confié au préfet, lequel pouvait refuser son agrément s'il estimait que les effectifs de la police nationale étaient suffisants, ou pouvait mettre comme condition à l'octroi de l'agrément l'affectation du fonctionnaire à une mission ne concurrençant pas celle des fonctionnaires. Les Procureurs de la République sont hors d'état d'exercer ce contrôle, qui d'ailleurs leur donne la qualité d'autorité administrative supérieure. Il semble qu'on ait confondu une procédure administrative d'agrément avec une procédure d'habilitation à exercer une activité judiciaire. La loi n'a pas prévu que le Procureur pouvait retirer l'agrément. Ce qui rend tout contrôle illusoire. Le recrutement, la compétence professionnelle, la sanction de l'illégalisme restent donc entièrement du domaine du maire. Un certain nombre de conflits dans le Sud de la France ont illustré cette absence de contrôle. Le serment prêté devant le juge d'instance appartient aussi à un formalisme superficiel.

L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS.

Une circulaire du Ministère de l'Intérieur du 12 février 1983 a autorisé le port de cartes tricolores. Ceci a été confirmé par une circulaire du Ministère de la Justice en date du 19 avril 1983. Ces circulaires ont imposé un modèle de cartes. Beaucoup de municipalités s'en sont affranchies, certaines incluent la formule de réquisition de la force publique, la plupart copient la carte des policiers. Cette carte professionnelle doit avoir le visa du Procureur de la République, formalité non sanctionnée par un retrait éventuel.

Confusion sur la carte, mais aussi confusion dans les uniformes, les véhicules, les locaux. Beaucoup de maires, à l'invitation du Ministère de l'Intérieur, ont adopté la tenue de la police nationale. D'autres parlent de leur commissariat. Les inscriptions sur les véhicules entretiennent la même ambiguïté. On ne connaît pas de cas de mise en œuvre des articles 259, 260, R. 34-1, R. 35-1 et R. 36-3 du Code pénal réprimant l'usurpation, le port ou la ressemblance dans l'uniforme.

Le problème de l'armement est le plus sensible. Une interprétation dominante du Décret-loi du 18 avril 1939 et du Décret du 12 mars 1973 donne de plein droit aux agents de police municipale le droit d'acquiescer et de porter des armes de catégorie 1, 4 et 6. Outre le fait que le maire, en qualité d'officier de police judiciaire, bénéficie de ce droit, on aboutit à un manque de contrôle total, et par contre-coup à des surarmements disproportionnés avec les missions affichées.

Les textes législatifs n'ont pas encore totalement intégré les polices municipales dans la police nationale. Pour le citoyen, cette intégration est réalisée. Pour les juristes, un voile pudique est maintenu. Ce sont les maires, les commissaires de police qui établissent peu à peu les règles du nouveau jeu. Cette œuvre ne se fait pas dans la clarté, sous le contrôle des citoyens. Un processus d'accoutumance se fait. Telle intervention jugée scandaleuse hier, est accueillie dans l'indifférence. Qui s'étonne que la police municipale fasse des patrouilles ? Cette technique, suivant l'article 180 du règlement des gardiens de la paix implique le rétablissement de l'ordre, l'interpellation des suspects, la préservation de la tranquillité publique, tous actes en dehors de la compétence des agents de police municipale. On est encore surpris d'apprendre que telle police municipale pratique des conduites au poste, des opérations « coups de poing », des « reconduites d'indésirables », des contrôles d'identité, mais demain ?

L'histoire en devenir de la police municipale est exemplaire de la sédimentation existante dans l'appareil répressif et préventif. Ces multiples processus historiques cheminent sous l'histoire officielle et sont les moteurs des mouvements de politique criminelle. Mais pour être perceptibles, il apparaît nécessaire d'abandonner toute idée de hiérarchisation calquée sur l'ordre et l'organisation d'un Etat, toute idée de centralité, comme moteur du social

et du juridique, toute représentation des phénomènes juridiques comme ayant une racine, une filiation. L'émergence du pouvoir local face à celui de l'Etat, à travers la question des polices municipales ne doit pas être vu comme une dualité nécessitant une synthèse, mais comme un enrichissement de la multiplicité juridique, gage de la participation démocratique.

H. Chronique de défense sociale

XI^e CONGRÈS INTERNATIONAL DE DÉFENSE SOCIALE (Buenos Aires, octobre 1986)

Considérations finales¹

par Simone ROZÈS.

*Premier Président de la Cour de cassation de France,
Président de la Société internationale de défense sociale*

Voici que s'achève notre XI^e Congrès et que bientôt, les uns et les autres, nous serons repris par nos obligations professionnelles habituelles. Nous les avons quittées pour nous réunir ici parce que nous partagions une même préoccupation et que nous voulions tenter de répondre au nouveau défi que nous lance le monde dans lequel nous vivons et qui tient à l'internationalisation des sociétés contemporaines. A des titres divers et quelles que soient nos qualifications, nous savons bien que les défis de la criminalité sont de plus en plus nombreux, qu'ils se succèdent à un rythme de plus en plus rapide. Nous savons aussi qu'il n'existe pas de recette miraculeuse et nous connaissons les armes dont nous disposons généralement : un passé culturel, une organisation institutionnelle, des textes de loi ou des coutumes. Mais voici que ces instruments habituels qui ont pu, pour un temps, correspondre à l'ordre des choses au plan national se révèlent inopérants pour la plupart, et en tout cas peu adaptés aux situations auxquelles nous sommes confrontées, car le monde évolue. Il évolue si vite que les mesures mises en place sont trop souvent inefficaces et dépassées dès leur mise en œuvre. C'est dans ce contexte où la notion de temps devient pesante que se situe notre réflexion.

Une constatation s'impose : nos contemporains se sentent menacés et sont de plus en plus inquiets face au développement de la criminalité et de ses formes nouvelles. Il est vrai que celles-ci apparaissent comme la rançon de la croissance dont les effets bénéfiques ne sont plus perçus : croissance des biens de consommation devenus objets de convoitise et non plus bienfaits, croissance de villes inhumaines aux banlieues mornes ou sordides, croissance d'une jeunesse aux comportements souvent provoquants comme pour mieux

1. Le XI^e Congrès international de défense sociale s'est tenu, cinq ans après le X^e Congrès de Thessalonique en 1981 comme le veut la tradition, à Buenos Aires du 27 oct. au 1^{er} nov. 1986. Il avait pour thème *L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale*. Il a remporté un grand succès et nous en rendrons compte dans le prochain numéro de notre *Revue*. Dès à présent cependant nous tenons à publier les *considérations finales* présentées à la dernière séance par Mme Simone Rozès en sa qualité de Présidente de la Société internationale de défense sociale, et nous la remercions bien vivement de nous avoir réservé la primauté de cette importante intervention.

dérouter, croissance des migrations de populations, croissance de la pauvreté et du déséquilibre, croissance des moyens de communication qui uniformisent les attitudes, favorisent les trafics, rendent plus difficile encore la recherche de solutions, croissance des risques dont certains sont monstrueux. En un mot entrée dans un monde étrange, sans repère, accusant les ruptures avec le passé et qu'il paraît bien difficile de maîtriser.

Certes déjà des évolutions brutales et lourdes de conséquences sont intervenues : au siècle dernier, par exemple, et en Europe la révolution industrielle avec ce que comporte ce terme de « révolution », a bien entraîné une profonde modification des caractéristiques de la criminalité aussi bien dans son volume que dans sa nature et d'ailleurs le même phénomène se produit encore aujourd'hui où d'autres pays connaissent une désertification progressive des campagnes, un exode du peuple rural abandonnant ainsi ses qualités propres, ses traditions, son contrôle social qui résolvait, à sa façon et souvent sans intervention du pénal, la plupart de ses conflits internes. Exode qui semble inéluctable et conduit habituellement à l'accroissement de populations urbaines paupérisées mal structurées perdant peu à peu leur identité, leurs repères traditionnels, population à haut risque de criminalité. Face à cette situation, il est évident que la réponse habituelle qu'est la seule répression, s'avère très insuffisante et qu'il faut alors entreprendre de réaliser une véritable politique criminelle, ou plus exactement de faire des choix de politique criminelle et c'est dans ces choix que notre mouvement de défense sociale a démontré son utilité. Mais au préalable, des constatations s'imposent qui limitent nécessairement nos ambitions.

Tout d'abord, soyons réalistes, une politique criminelle, à la supposer parfaite dans son efficacité, ne peut sérieusement proposer la disparition totale de la criminalité. Le crime est de partout et de toujours ; tout au plus peut-on essayer de le contenir en deçà d'un certain seuil de tolérance. Ensuite, en dépit des dangers que présentent, sans nul doute, les activités criminelles pour l'ordre social, les Etats démocratiques ne peuvent admettre — sans se renier — de juguler le phénomène à n'importe quel prix et je veux en donner pour exemple les problèmes posés par le terrorisme en Europe : la République Fédérale Allemande, l'Italie et tout dernièrement la France ont pris des mesures spéciales pour lutter contre ce fléau ; mais, malgré la gravité de cette forme odieuse de criminalité violente, aucun de ces Etats n'a privé les personnes arrêtées des garanties légales de la procédure, ni rétabli la peine de mort dans leur législation en dépit des réclamations insistantes d'une partie de l'opinion publique. Enfin, pour réussir, cette politique criminelle doit précisément avoir le soutien et la confiance de la population : il appartient donc à l'Etat de savoir la convaincre que les moyens choisis assureront mieux sa sécurité.

En présence de ces impératifs, sans doute revient-il à notre mouvement de défense sociale d'avoir préparé les esprits à l'adoption de principes et de modes de traitement — il suffit d'évoquer les orientations qui ont peu à peu pénétré bien des législations nationales : priorité donnée à l'éducatif sur le répressif en matière de minorité, prise en considération de la personnalité du délinquant, individualisation de la peine, adoucissement des conditions d'exécution des peines privatives de liberté, transfert des prisonniers et plus récemment encore large appel aux peines de substitution à l'enfermement. Comme je l'indiquais, lors de la séance inaugurale, le terme de « mouvement » permet des actions adaptées aux phénomènes nouveaux. On peut dire que la Défense Sociale est à la fois classique et neuve et le rapprochement de ces deux termes n'est d'ailleurs paradoxal qu'en apparence.

La défense sociale est classique parce qu'elle symbolise un courant humaniste dont les racines sont profondément ancrées dans la pensée occidentale, mais elle est neuve parce qu'elle ne se contente pas de répéter ce qui a déjà été dit : elle remet sans cesse en cause les positions anciennes en proposant de nouvelles clefs pour résoudre les difficultés plus récemment apparues. Dans le domaine d'étude, que nous avons proposé, son pragmatisme et sa souplesse devraient nous conduire à des résultats intéressants. Durant ces quatre jours nous avons recueilli de brillantes communications. Ne me livrant pas ici à un rapport de synthèse, mais seulement à quelques considérations, je ne peux les citer tous, et je me réjouis déjà de l'importance des actes de ce colloque qui nous permettront de les relire et de les méditer. Mais j'ai retenu la nécessité affirmée plusieurs fois de protéger les législations nationales dans leur spécificité, des observations pertinentes ont été faites sur le cantonnement du droit pénal classique à certains domaines, compte-tenu de la

mentalité de la population en cause, j'ai entendu aussi l'interrogation de l'un de nos collègues quant à la compatibilité de la Défense Sociale avec le droit pénal et je crois qu'il a eu raison d'affirmer qu'ils étaient profondément compatibles. La Défense Sociale a donné au droit pénal sa véritable dimension et sa noblesse. Désormais, ce droit ne peut plus être un simple instrument de mise à l'écart des individus dont le comportement a troublé la société, mais une grande discipline au service de l'homme ; lorsque l'intervention pénale s'avère inévitable, encore faut-il qu'elle serve à son éducation, à sa réinsertion et à lui permettre de se rétablir dans sa dignité. Et je dois dire combien j'ai été séduite par le titre que nos amis argentins ont donné à leur ministère compétent en la matière : « Ministère de l'Education et de la Justice ».

Toutefois les communications ont mis l'accent sur le défi qui nous est proposé.

Conséquence de la mutation inéluctable de la société contemporaine, des progrès fabuleux de la technologie qui, à pas de géant, bouleversent tous nos modes de vie, nous constatons que nos frontières s'effacent avec une déconcertante facilité pour les criminels comme l'a démontré avec humour l'un de nos premiers orateurs. Les criminels disposent, eux, du monde entier alors que les Etats dont émanent nécessairement les possibilités de riposte demeurent morcelés dans leur pouvoir de décision et d'action : et ce n'est là qu'un aspect du problème : il s'y ajoute celui, tout aussi inquiétant, de l'apparition d'infractions qui ne menacent plus seulement l'individu isolé mais qui s'attaquent à des groupes entiers : pour exemples, le terrorisme qui cherche à déstabiliser les Etats, l'extraordinaire trafic de drogue atteignant pays riches ou pauvres ainsi qu'en témoignent nos collègues venus de tous les continents pour nous le dire, trafic qui se révèle de nature à compromettre l'avenir d'une fraction importante de la jeunesse, les infractions liées au progrès technique certes, comme la recherche légitime de nouvelles sources d'énergie, mais dont le profit escompté fait disparaître le respect de précautions onéreuses mais indispensables pour éviter les pollutions dont il est hélas concevable qu'elles puissent mettre en danger l'avenir de toute l'humanité. Dans tous ces domaines, les possibilités de réactions indispensables à l'échelle internationale sont comme toujours très en retard sur celles dont l'évolution technologique et la rapidité des communications font bénéficier les auteurs de ces infractions. Certes la Défense Sociale ne peut prétendre résoudre tous ces problèmes. Mais elle a participé et continue de participer aux recherches sans cesse menées ici et là par diverses organisations.

La Convention Européenne pour la répression du terrorisme a vu le jour le 27 juin 1977, c'est la Convention dite de Strasbourg qui est désormais en application entre la plupart des Etats. Il en est de même de la Convention Européenne d'extradition datant de 1957 mais qui n'est ratifiée par certains Etats qu'avec une lenteur dont ne s'embarrassent pas les criminels.

Il ne me paraît pas sans intérêt non plus de rappeler que de nombreux projets, élaborés avec conviction par leurs auteurs, ne voient pas le jour, projets qui seraient cependant de nature à lutter efficacement contre l'effacement des frontières pour les délinquants, et je cite, à cet égard, un projet « d'espace judiciaire européen » qui repose sur le principe absolu « ou extraditer ou punir » ou encore le projet de création d'une « Cour Européenne de Justice » pour les actes de terrorisme.

Aux termes de nos travaux quelles orientations notre mouvement de Défense Sociale peut-il susciter dans le contexte de l'internationalisation des sociétés contemporaines ? Pour ma part, j'en discerne plusieurs qui me paraissent compatibles avec la fidélité que nous nous devons et qui résultent d'ailleurs d'observations pertinentes formulées par divers orateurs.

1° La nécessaire harmonisation de certaines législations.

Il est bien évident que si aucun effort n'est accompli dans ce sens il est difficile, et même impossible de lutter contre une criminalité qui trouve refuge dans un pays voisin lui assurant l'impunité, à tout le moins un sort plus doux. Cette harmonisation est indispensable dans le domaine des procédures. Certes, elle est difficile à mettre en œuvre, mais elle m'apparaît comme un facteur réel de progrès. On peut la formuler ainsi : « un objectif commun, mais des moyens autonomes » conciliant l'impératif d'internationalisation des réponses et l'impératif du maintien des particularismes de la législation nationale.

2° L'adhésion à des principes directeurs dans la conduite à tenir face à l'internationalisation de la criminalité.

Les principes peuvent être des guides très utiles pour les législateurs de moindre ambition que les principes directeurs si remarquables élaborés par l'« O.N.U. » ; ils peuvent, dans des domaines précis, se révéler très efficaces. Et c'est, sans doute, le champ privilégié de la Défense Sociale que d'assurer, même dans les périodes les plus troublées, les valeurs essentielles qui risqueraient de disparaître dans un contexte, certes répressif, mais qui pourrait dépasser son objectif.

3° L'élaboration de *Règles minima*.

Elle constitue le moyen de garantir le respect de l'individu en assurant là encore la répression lorsque celle-ci s'avère être la seule réponse efficace pour une période donnée. N'oublions pas que de telles règles visent à garantir la dignité de l'homme et à faire respecter les contraintes que tout système répressif doit s'imposer pour continuer d'appartenir au monde civilisé.

4° La recherche scientifique concertée entre pays concernés par des problèmes, sinon identiques, du moins dépendant, par la création d'organes de réflexion.

L'internationalisation des réponses à donner me paraît conduire tout naturellement à ces études qui doivent être menées d'abord sur un plan local ou régional même étendu. Ces diverses perspectives permettent ainsi à notre mouvement d'apporter tout son soutien et son crédit moral aux politiques nationales de progrès, d'orientation et d'éducation des jeunes, d'apprentissage de l'autonomie : il est réaliste d'apprendre à vivre au milieu des tentations sans y succomber, car demain, plus qu'hier, nous en serons entourés et en subirons l'agression.

Enfin, et pour terminer, la Défense Sociale ne peut que privilégier la coopération internationale, que je viens d'évoquer, car coopération internationale n'est pas synonyme de supra-nationalité, mais bien d'adhésion de chacun à l'efficacité de mesures qui dépassent ses frontières.

Il est dans la nature des juges d'avoir pour compagne habituelle l'inquiétude, les praticiens que nous sommes ne fréquentons pas habituellement les voies ouvertes par l'utopie. Tout au contraire nous connaissons le prix et la solidité des constructions édifiées pierre à pierre. Aussi, est-ce avec confiance dans l'influence du mouvement de la Défense Sociale que les réponses à donner à l'internationalisation de la délinquance que je vais quitter Buenos-Aires. L'homme et sa dignité auront, grâce à sa vigilance, leur place dans la défense indispensable de nos sociétés internationalement menacées.

INFORMATIONS

I. — CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

JOURNÉES RÉGIONALES DE CRIMINOLOGIE D'AQUITAINE

LA CRIMINALITÉ DES FEMMES

(Bayonne, 14 février 1986)

L'essor de la criminologie en France ne peut qu'être facilité par la décentralisation des réunions scientifiques. Dans cette perspective, on doit se féliciter de la Journée régionale de criminologie qui s'est tenue à Bayonne le 14 février 1986 sous l'égide de l'Association française de criminologie dont le président, M. Jean Susini, a assuré l'ouverture. Cette manifestation allait dans le sens des activités du Centre de sciences criminelles de la Faculté de droit de Pau qui, sous l'impulsion de son directeur le professeur Reynald Ottenhof, organise régulièrement des Journées régionales de criminologie. Ses partenaires étaient cette fois le Centre de recherche de la sauvegarde de l'enfance du pays basque et l'Institut d'études juridiques et économiques de Bayonne.

Double première, pourrait-on dire, compte tenu du lieu choisi mais également compte tenu du thème retenu : « La criminalité des femmes. Aspects criminologiques, policiers, pénitentiaires ». Rares ont été en effet les colloques traitant de ce sujet, ceci reflétant le petit nombre de travaux d'universitaires et de chercheurs réalisés en ce domaine jusqu'à la parution récente (févr. 1985) de la thèse de M. Robert Cario « La Criminalité des femmes - Approche différentielle »¹.

Nul n'était donc mieux placé que ce dernier pour présenter le rapport introductif à cette journée qui débutait sur le constat suivant : la criminalité des femmes intéresse peu. Quant au fait, communément admis, que la criminalité des femmes présente des particularismes très nets, il perd de sa vigueur lors d'une analyse différentielle des criminalités masculine et féminine : la tendance à l'identité des activités criminelles perpétrées par les deux sexes est l'un des faits marquants de l'étude conduite par M. Cario de même que la similitude des caractéristiques socio-économiques des populations condamnées. Il n'empêche que certains particularismes demeurent tant au plan des infractions commises (sur-représentation des femmes dans deux catégories d'infractions : non-représentation d'enfant et mauvais traitements d'une part, escroquerie et infraction à la législation des chèques d'autre part) qu'au plan des conditions d'incarcération. Quelles explications peut-on donner à ces particularismes ? Ce n'est pas du côté d'une nature « spécifique » de la femme qu'il faut chercher des éléments de réponse à cette question mais plutôt du côté de la théorie des rôles sociaux différentiels : leur condition de fille, d'épouse et de mère marque les délinquantes tout au long du processus, de la commission de l'acte à l'exécution de la peine. Cependant, les aspects biologiques ne doivent pas être foulés au pied, et c'est au vu des travaux du grand biologiste qu'est Henri Laborit que M. Robert Cario affina ses explications en rappelant le caractère acquis du comportement criminel.

M. Jean Pinatel, lors de son exposé sur les « aspects biologiques de la criminalité des femmes » a éclairé les développements précédents en s'interrogeant sur le fait de savoir si la sous-représentation criminelle de la femme pouvait s'expliquer par des facteurs biologiques : une perspective historique des travaux réalisés dans le domaine de la criminologie biologique, où l'empreinte de Lombroso est considérable, montre que cette sous-repré-

1. V. cette *Revue*, 1985, p. 633 et s., 775 et s.

sensation paraît en relation avec la nature de la femme et que, dans ces conditions, le facteur biologique ne saurait être écarté » ; mais il ne s'agit pas toutefois de conclure que l'absence de chromosome Y... est le facteur explicatif de la sous-représentation des femmes dans la criminalité. Si donc, les facteurs biologiques ne sauraient être écartés, il convient de déterminer leur rôle dans la personnalité de la femme qui bascule dans la criminalité. Et c'est vers la bio-sociologie qu'il faut alors se tourner : parmi les traits psychologiques formant le noyau de la personnalité criminelle, l'agressivité peut être, à la lumière des travaux réalisés par Henri Laborit, considérée comme un processus acquis, fondé sur l'établissement de voies synoptiques préférentielles. Le bénéfice à retirer d'une perspective pluridisciplinaire est évident en criminologie, comme le montre la contribution suivante.

Ce sont les aspects sociologiques de la délinquance des femmes que Mme Marie-Claire Roca a abordés en considérant le particularisme du statut social de la femme dans l'étude de sa délinquance et de sa non-délinquance. Les délinquantes ont, d'une manière significative, « connu des expériences ou eu des réactions proprement féminines » en quittant très tôt le milieu familial, carencé la plupart du temps, pour fonder un foyer qui ne leur apportera guère davantage de bonheur et d'équilibre. Quant aux fluctuations des délits commis par les femmes, elles apparaissent liées aux changements socio-culturels que connaît notre société : baisse des infanticides et des avortements illégaux, hausse des vols à l'étalage et des chèques sans provision, non-représentation d'enfant. La non-délinquance des femmes peut également être éclairée au vu des données socio-culturelles : la femme, exclue d'une partie des activités sociales, serait de la sorte moins exposée à l'« influence pernicieuse de la société ». Cette explication subit toutefois quelque ébranlement dans la mesure où, malgré une « marée montante du travail féminin », aucune montée spectaculaire de la délinquance féminine ne s'est produite ; mais peut-être est-ce dû au fait que les professions vers lesquelles s'orientent les femmes viennent en prolongement de leurs activités domestiques. Ceci conforterait la seconde explication de la non-délinquance féminine avancée par Mme Marie-Claire Roca, c'est-à-dire une éducation qui destine la femme à un rôle d'épouse et de mère. L'évolution récente des fonctions au sein de la famille consiste en un rééquilibrage des rôles et non pas en une inversion des rôles, même si de plus en plus de femmes élèvent seules leurs enfants, et seul l'avenir pourra dire si cette situation favorisera l'expansion de la délinquance féminine.

Un dernier exposé a été effectué par Mme Jocelyne Castaignède qui s'est interrogée, au vu des résultats de ses propres travaux et de ceux réalisés par différents chercheurs, sur le rôle des femmes dans la genèse de la délinquance en examinant « les processus reproductifs intergénérationnels ». S'il n'est pas souhaitable de différencier à tout propos les deux sexes, « il n'est pas davantage opérationnel de se situer dans un cadre conceptuel indifférencié qui annihilerait toute possibilité d'observations spécifiques précieuses en vue de l'élaboration de solutions plus appropriées à l'un ou à l'autre sexe ». Une étude menée par le Centre de recherche et de documentation de la sauvegarde de l'enfance du pays basque a mis à jour l'impact des mères inadaptées dans l'émergence de la délinquance des enfants, résultat en concordance avec ceux obtenus lors d'études anglo-saxonnes et nord-américaines. En criminologie, c'est au regard des théories de l'association différentielle et de la régulation sociale que l'on peut glaner des éléments explicatifs à la corrélation notée ; une perspective nouvelle, l'explication éthologique — et tout particulièrement le concept d'investissement parental — enrichit le débat et est susceptible d'optimiser les traitements envisagés. Pour Mme Jocelyne Castaignède, la criminalité des femmes « ne doit plus seulement être étudiée dans une perspective différentielle par rapport à la criminalité des hommes. A ce niveau transversal, doit être ajouté un niveau longitudinal dans la mesure où il s'agit de considérer la déviance des femmes pour ses implications futures ». Le lien était ainsi réalisé entre la recherche théorique et l'intervention, introduisant les débats de la dernière partie de la journée consacrée à deux ateliers de travail qui se sont déroulés simultanément, ateliers auxquels avaient été conviés de nombreux praticiens locaux.

Présidé par M. le professeur Marc Blanc, le premier atelier avait pour thème : « Prévention et répression de la criminalité des femmes ». Dans son rapport introductif, Mme Soizic Lorvellec a mis l'accent sur la difficulté à associer ces deux formes de la réaction sociale que sont la prévention et la répression ; elle a évoqué ensuite le déséquilibre existant, en ce qui concerne les femmes, entre une prévention plus forte et une

répression plus faible. D'après Mme Soizic Lorvellec, l'ambiguïté de la prévention et de la répression en matière de criminalité féminine peut être expliquée à un double niveau : l'examen du niveau factuel montre la moindre part des femmes dans l'ensemble du phénomène criminel mais aussi leur part non négligeable dans des secteurs où le chiffre noir est élevé, tout particulièrement en matière d'actes de petite délinquance. L'ambiguïté notée peut également avoir pour origine le niveau culturel : les praticiens ont conforté le fait que les jeunes filles font l'objet d'une surprotection. Enfin, la prévention et la répression de la criminalité des femmes apparaissent peu adaptées au phénomène, étant calquées toutes deux sur le rôle assigné aux femmes dans la société.

Lors de la discussion, les différents intervenants se sont accordés sur le fait que prévention et répression ne pouvaient être correctement mises en œuvre sans un diagnostic préalable : le regain de l'approche clinique a dominé les débats de l'atelier n° 1.

L'atelier n° 2, présidé par M. Jean-Pierre Delmas-Saint-Hilaire, portait sur le « Traitement de la criminalité des femmes » ; M. Jean-Charles Héraut a souligné que le terme « traitement » devait être considéré dans son sens large et englober différentes facettes : traitement pénitentiaire, social, pédagogique et professionnel, éducatif, psychiatrique et psychologique. Il a rappelé combien était difficile — voire irréalisable — la tâche assignée à l'administration pénitentiaire. S'interrogeant plus spécialement sur le traitement des délinquantes juvéniles, M. Jean-Charles Héraut, rejoignant les propos tenus dans l'atelier n° 1, a regretté le relatif abandon du modèle clinique. Mais lors de la prise en charge en institution, l'intervention éducative et psychologique tiendra compte de la spécificité féminine : là réside certainement un élément positif dans le cadre du traitement.

Le mot de la fin est revenu à M. Jacques Commaille qui, après avoir proposé une brillante synthèse des apports de cette journée en rappelant les constats effectués, les tentatives d'explication avancées, les mesures et politiques préconisées, a émis quelques remarques finales : les découpages opérés sont-ils pertinents ? Pourquoi privilégier la variable sexe dans la mesure où l'appartenance sociale semble avoir plus de poids ? Ne faudrait-il pas considérer davantage les différents facteurs en jeu ? M. Jacques Commaille a souligné l'intérêt de l'approche pluridisciplinaire et de l'analyse en système pour clore son propos sur la nécessité de la globalisation et sur celle de l'approche longitudinale, indispensable afin de saisir des processus.

Ainsi, outre l'apport scientifique dû aux différents conférenciers et intervenants, le succès obtenu auprès des praticiens et des étudiants vint récompenser les efforts des organisateurs de cette journée qui débouchera sur la publication des Actes du Congrès mais qui a également porté sur les fonts baptismaux l'Association régionale de criminologie d'Aquitaine : les membres du bureau se répartissent entre Bayonne, Pau et Bordeaux, consacrant par là même les liens tissés de longue date².

Jocelyne CASTAIGNÈDE

XXXVII^e COURS INTERNATIONAL DE CRIMINOLOGIE

(Lisbonne, avril 1986)

Le XXXVII^e Cours international de criminologie, organisé par la Société internationale de criminologie, s'est déroulé du 21 au 25 avril 1986, à Lisbonne (Portugal), au Centre d'études judiciaires. Il a réuni plus de deux cents auditeurs, universitaires, chercheurs, magistrats, policiers et fonctionnaires de la Justice.

Créé en 1979, le Centre assure la formation professionnelle des magistrats du siège et du Ministère public, ainsi que le perfectionnement des fonctionnaires des services de la justice. Les bâtiments du C.E.J., situés à l'entrée du vieux quartier d'Alfama sont ceux, rénovés, de

2. Association régionale de criminologie d'Aquitaine (A.R.C.A.) : Président M. le Professeur M. Blanc. Secrétaire général : M. R. Cario. Siège social : I.E.J.E. ; 29-31 cours du comte de Cabarrus, 64100 Bayonne.

l'ancienne prison de Limoeiro dont l'origine remonte au règne du roi Joao II. Détruits dans leur presque totalité, lors du tremblement de terre de 1755, les bâtiments du centre pénitentiaire ont été reconstruits et ont été utilisés jusqu'en 1974.

Sous la présidence du professeur Giacomo Canepa, président de la S.I.C., la session inaugurale a été l'occasion, pour le ministre de la Justice du Portugal, de rappeler l'intérêt particulier pour son pays des travaux de ce cours, dont le thème « le droit pénal en action dans une société en évolution » était destiné à dresser un bilan des premières années d'application du nouveau Code pénal portugais, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983.

Il revenait à M. Lopes Rocha, procureur général adjoint à Lisbonne, de procéder à une évaluation critique de la mise en œuvre du Code pénal portugais, dans le domaine de l'application des peines¹. Sa communication, fondée sur l'analyse des statistiques et une étude de la jurisprudence, a mis en évidence une très nette tendance à prononcer des peines d'amendes plutôt que des peines privatives de liberté. En revanche, il semble que les peines de substitution prévues par le nouveau Code n'ont pas conquis les autorités judiciaires, faute de structures de mise en œuvre et de contrôle, encore que peu d'informations sont connues à ce jour. De même, s'agissant de dresser un bilan concernant les « peines relativement indéterminées », innovation importante du nouveau Code pénal portugais, qui s'adressent aux sujets « non imputables », il est encore trop tôt pour apprécier la valeur et la mesure de cette peine, ainsi que sa réception par la société.

Pour M. Lopes Rocha quatre thèmes de réflexion, qui se situent dans la tradition juridico-pénale portugaise ouverte sur une perspective criminologique, doivent retenir l'attention des pénalistes et criminologues : la valeur et l'effectivité de la peine, la réception de cette peine par la société, la décriminalisation des infractions et, enfin, la suspension de la peine.

La communication de M. Lopes Rocha a été utilement prolongée par la contribution très rigoureuse et très documentée de Mme Annabela Rodrigues, professeur adjoint à l'Université de Coimbra. Celle-ci s'est attachée à comparer les diverses sanctions pénales, classiques et alternatives, dans la législation portugaise, en précisant leur cadre respectif d'application et leur finalité.

Il revenait au professeur Hans-Jürgen Kerner, de l'Institut de criminologie de Heidelberg (R.F.A.), vice-président de la Commission scientifique de la S.I.C., la tâche de rappeler sur un plan plus général l'évolution des peines classiques (prison, amende), et l'apparition des sanctions dites « alternatives » (probation, sursis, liberté surveillée, semi-liberté, dédommagement des victimes). Il devait, ensuite, préciser le rôle de la crise de la prison, dans l'adoption par les divers Etats européens des peines de substitution, réforme qui n'a pas (semble-t-il) modifié sensiblement les taux de récidive.

Des études comparatives confirment cette observation — que le professeur Kerner a pris la précaution de qualifier de « provisoire » — de la thèse de la nature interchangeable des sanctions pénales. On sait que cette thèse conduit souvent à remplacer les peines classiques par des peines alternatives, ces sanctions étant ressenties comme infligeant un minimum de peine et présentant un coût économique inférieur.

Le professeur Pierre-Henri Bolle de l'Université de Neuchâtel, secrétaire de la Commission scientifique de la S.I.C., a traité du processus d'élaboration des lois pénales dans la phase qui suit les choix de politique criminelle et précède l'entrée en vigueur du droit pénal positif. Son étude a porté sur les perspectives européennes des politiques législatives pénales. Cette délimitation géographique délibérée se justifie par l'unité sociologique qui sous-tend nos systèmes communs d'élaboration des lois, par rapport à des valeurs reconnues identiques ; à partir de postulats tels que la nécessité de lutter contre le crime, celle de confier au droit pénal un rôle important dans cette lutte, de concevoir une politique criminelle efficace dans le temps et dans l'espace.

La difficile question de l'apport des sciences humaines à l'élaboration du concept de responsabilité, a été traitée suivant deux approches par le professeur Figueiredo Dias de l'Université de Coimbra, puis le professeur Canepa, directeur du Centre de médecine légale de l'Université de Gênes, et président de la S.I.C.

1. Antonio LOPES ROCHA, « Le nouveau Code pénal portugais », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, n° 1, 1985, Genève.

Le premier exposé a permis à l'assistance de mesurer la difficulté de dégager, pour le législateur et le juriste, un terrain d'entente sur la notion de non-imputabilité qui engendre la disparition de toute responsabilité pénale. Après avoir évoqué le développement des sciences humaines, le professeur Figueiredo Dias a ensuite tiré les conséquences de la complexité de cette notion, par rapport à la sanction pénale. Cette dernière, prononcée par un juge, doit être en effet l'aboutissement, par les malades mentaux les plus gravement atteints, d'une collaboration entre médecins et juristes. Cela suppose, d'une part, une procédure adaptée à cette recherche du concept d'imputabilité sur le plan scientifique et, d'autre part, l'intervention d'équipes criminologiques multidisciplinaires, gages du renouvellement de la science pénale.

Le professeur Canepa s'est attaché dans son rapport à souligner la nécessité d'une nouvelle définition du concept de responsabilité et a mis l'accent sur le rôle des experts dans la recherche de la responsabilité. Néanmoins l'évaluation de l'imputabilité pénale d'un acte ne peut appartenir aux seuls experts. Psychiatres, psychologues, criminologues, cliniciens doivent essayer de développer leur secteur d'activité, dans le cadre de leurs compétences scientifiques, afin de mieux comprendre les phénomènes cliniques de l'acte criminel. C'est à cette seule condition qu'un traitement visant la resocialisation du délinquant, son acte fût-il extrêmement grave, peut être envisagé.

Ces perspectives d'action offrent au législateur un champ d'activité important, puisqu'il élargit le cadre traditionnel de l'expertise mentale à une action de traitement.

Les problèmes actuels de la prévention du crime ont été successivement exposés, en conclusion de ce cours international, par Mme Gersao et M. Georges Picca, avocat général à la Cour de cassation (France) et secrétaire général de la S.I.C. Ce dernier a notamment souligné que plusieurs stratégies de la prévention, autres que celles attachées à la sanction pénale, sont envisageables (prévention sociale, situationnelle) compte tenu des objectifs poursuivis, du coût des actions à entreprendre et du degré d'adhésion des citoyens aux objectifs retenus. Ces stratégies doivent être soigneusement distinguées de « l'effet de prévention générale » traditionnellement attaché au droit pénal, mais dont on sait qu'il n'a jamais pu être exactement évalué.

Il revenait, enfin, au professeur Denis Szabo de l'Université de Montréal (Canada), président honoraire de la S.I.C., de dresser le rapport de synthèse du cours.

Dans un exposé aussi brillant que documenté, il s'est attaché d'abord à retenir l'essentiel des différentes contributions à ce cours international, mais en outre il a confronté l'expérience nord-américaine avec les données actuelles du contrôle de la criminalité en Europe.

Ce XXXVII^e Cours international de criminologie a été également l'occasion d'offrir la projection de divers films et vidéo-clips sur la prévention réalisée par la police judiciaire portugaise et le Conseil national français de prévention de la délinquance.

Il est essentiel de souligner la parfaite organisation de ce cours, dont le mérite revient d'abord à son directeur, le docteur Laborinho Lucio, qui dirige le C.E.J. et représente la S.I.C. au Portugal, en qualité de délégué national. Mais les remerciements de la S.I.C. vont également à nos amis de l'Université de Coimbra, et notamment au professeur Jorge Figueiredo Dias, dont la contribution au succès de ce cours a été décisive.

Liane COBERT

DEUXIÈME COLLOQUE DE L'ASSOCIATION TUNISIENNE DE DROIT PÉNAL SUR « LE DROIT PÉNAL ET L'ENVIRONNEMENT » (Tunis, 8 et 9 mai 1986).

Sur fond de catastrophe nucléaire, la jeune Association tunisienne de droit pénal a tenu à Tunis les 8 et 9 mai 1986 son deuxième colloque* sur le thème « Le droit pénal et l'en-

* Le 1^{er} colloque international a eu lieu les 2 et 4 mai 1985 à Tunis sur le thème « Le droit pénal et les sociétés commerciales », v. cette *Revue*, 1985, p. 912.

vironnement». Actuel par le sujet, le colloque était aussi intéressant par la diversité des participants et des sujets traités : praticiens et chercheurs, responsables — « pollueurs » en puissance dans un pays, où l'on fait remarquer que l'Etat était le principal pollueur — et défenseurs de la nature et de l'environnement, se sont penchés sur différents aspects du droit de l'environnement.

Les rapporteurs venus d'Allemagne et de France et leurs collègues tunisiens se sont très vite mis d'accord sur le fait qu'il ne s'agissait pas seulement d'exposer et de discuter le droit pénal de l'environnement tel qu'il se présente dans les différents droits nationaux, ou tel qu'il devrait être dans une vision plus « uniforme » et plus internationale, mais que devait être posée la question de la pertinence et de la fonction du droit pénal pour la protection de l'environnement.

Après une allocution du ministre de la Justice, des exposés suivis de discussions ont rempli de manière fort dense ces deux journées.

Au cours de la première matinée, une carte de la pollution en Tunisie fut présentée par M. Tekaya, responsable de la Direction environnement au ministère de l'Economie, ensuite Soukaina Bouraoui, professeur à la Faculté de Tunis, posa, dans son rapport, la question : « Faut-il un droit pénal de l'environnement » ? en répondant d'une certaine manière que si le droit pénal était utile par la symbolique de la valeur attachée à l'environnement, il ne fallait pas se faire trop d'illusions sur la fonction pédagogique qu'il pourrait avoir, tant est grand le décalage qui existe en cette matière, entre la reconnaissance de la norme et son intériorisation dans les consciences individuelles et collectives. Le dernier rapport de la matinée, celui du procureur général Hedi Saïed, allait révéler une conception large du concept « environnement », et ce par l'exposé d'un tableau très fouillé de législation et de jurisprudence. Cette conception relevait des civilisations greco-latine et — pourrait-on ajouter — musulmane, qui vivent leur vie urbaine au lieu de « se perdre dans les romantismes de la nature ». Voilà ce qui était souligné par le professeur Klaus Tiedemann dans son rapport de l'après-midi. En même temps il nous offrait un panorama, une théorie ? de la réforme du code pénal intervenue en 1980 en Allemagne fédérale. Le Code pénal allemand contient désormais un chapitre intitulé « Les délits contre l'environnement », cette insertion participerait au changement de la conscience publique en Allemagne fédérale. C'est ainsi que l'on a pu dénombrer 9805 procédures déclenchées en 1984 pour délits de pollution, lesquelles ont souvent été le résultat de dénonciations privées.

Ensuite le professeur Reynald Ottenhof faisait, avec le brio que l'on sait, une lecture criminologique de la délinquance écologique mettant l'accent sur la particularité de la matière : la difficulté de pouvoir cerner la personnalité criminelle du sujet concerné.

Le professeur Levasseur, vieil ami de la Tunisie, devait largement contribuer à rendre encore plus intéressantes les discussions qui ont suivi.

La matinée du vendredi 9 mai fut dénommée « la matinée allemande », en effet grâce à quatre rapports successifs nous avons eu le plaisir de faire des incursions profondes non seulement dans le droit de l'environnement, mais aussi dans la dogmatique allemande puisque nous discutâmes de la doctrine des biens juridiques (professeur Haüßling), de la causalité et de la faute (professeur Eckhard Horn), des rapports entre le droit pénal et les autres disciplines et de la responsabilité des fonctionnaires publics (docteur Sylvia Tellenbach).

L'aspect international ne fut pas négligé, le professeur Peter Hünerfeld nous exposant de manière rigoureuse les différents problèmes pénaux posés par les pollutions transfrontières et l'essai de solution contenu dans l'avant-projet de convention franco-allemande.

L'après-midi le professeur Jacques-Henri Robert, oubliant son sévère manuel de droit pénal de l'environnement, nous parla avec beaucoup d'humour d'un droit pénal « omelette norvégienne » où le grand froid du chiffre noir est recouvert — compensé — par le laxisme des incriminations et la sévérité assez symbolique des sanctions.

Les rapports du droit pénal et de la réparation du préjudice écologique devaient être soulevés par Gilles Martin, directeur du C.E.D.R.E. de Nice. Peut-être parce que non-pénaliste, il osa poser la question essentielle de savoir si le droit pénal en cette matière ne doit pas surtout viser à la réparation plutôt qu'à la rétribution, et si la sanction ne doit pas être moins pénitenciaire et plus réparatrice. Mais en spécialiste du droit de l'environnement il rappela combien était difficile l'évaluation du préjudice causé au milieu naturel et

combien il était important de distinguer le préjudice écologique pur, des préjudices mixtes qui portent atteinte à d'autres valeurs plus traditionnelles comme la santé de l'homme, la valeur économique du bien etc.

Le dernier rapport nous ramena à une vision beaucoup plus réelle : M. l'Avocat général Dontenville nous présenta une jurisprudence peu connue, parfois méconnue, d'où n'est pas absente la préoccupation environnementale mais qui révèle que les juridictions sont beaucoup plus sensibles à la protection de l'environnement « construit » par l'homme qu'à l'environnement qui lui est « donné ».

Cet aperçu ne rend évidemment pas compte de tous les aspects débattus pendant ce colloque dont les actes ne tarderont pas à être publiés. Il nous reste à dire que ce colloque n'aurait certainement pas été réussi sans le dynamisme dont a fait preuve le secrétaire général de l'A.T.D.P. et sans l'aide précieuse du Centre de recherches et de publications de la Faculté de Tunis, tout comme doit être remercié le Centre culturel allemand qui a beaucoup fait pour la venue de nos amis allemands à Tunis.

Soukaïna BOURAOUI

JOURNÉE RÉGIONALE DE CRIMINOLOGIE SUR LE TRAVAIL D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

(Montpellier, 20 juin 1986)

Le 20 juin 1986 s'est tenue dans les locaux de la Faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier la première journée régionale de criminologie. Organisée par l'Equipe « Recherche sur la politique criminelle », cette rencontre était consacrée à l'évaluation du travail d'intérêt général en Languedoc-Roussillon. Dans son allocution de bienvenue, le doyen Lacave se félicita des rapports ainsi noués entre les universitaires et les professionnels du monde judiciaire. Paroles particulièrement de circonstances, il est vrai, puisqu'une centaine de magistrats, psychologues, psychiatres, délégués des comités de probation ... se sont ainsi retrouvés sur les bancs de la faculté au côté des étudiants et des enseignants. Le président de l'Association française de criminologie, M. Susini, profita de l'occasion pour rappeler que cette université avait en 1968, sous l'impulsion de M. le Professeur Aussel, organisé le congrès de criminologie dont les travaux sur le fonctionnement de la justice pénale furent sur bien des points prémonitoires. Tradition oblige, c'est encore Montpellier, qui cette fois à l'initiative de Mme le Professeur Lazerges prendra en charge l'organisation du prochain congrès de criminologie en 1987. Ces bilans et perspectives tracés, restait à entrer dans le vif du sujet. Dans son rapport introductif, Christine Lazerges brossa un tableau du travail d'intérêt général dans une perspective de politique criminelle judiciaire, c'est-à-dire, axée sur les acteurs appelés à mettre en œuvre cette nouvelle peine : magistrats, comités de probation, services municipaux ou établissements publics, associations ... A l'audace du législateur qui avec engouement a institué le travail d'intérêt général, correspond-il une audace identique du pouvoir judiciaire et du corps social ? La réponse n'est pas aisée tant les recherches évaluatives dans le champ des politiques sociales recèlent d'incertitudes et doivent conduire l'observateur à la prudence. Le doute ..., telle fut l'interrogative principale de M. Djouldem qui n'a manifestement pas été séduit par cette nouvelle figure de pénalité. Dans une intervention volontairement provocatrice, il s'efforça, au delà des textes, de faire apparaître l'inavoué. Pour lui le travail d'intérêt général est destiné à plier les corps en les rendant dociles grâce à la discipline du travail. Refusant de voir dans cette peine une mesure révolutionnaire, il pense même qu'elle renferme des symptômes de régression et n'a d'autre but que de relégitimer le pouvoir de punir ... Autant de propos qui suscitérent un vif débat entre partisans d'une criminologie au sens strict et partisans d'une criminologie ouverte vers la politique criminelle, voire les sciences politiques.

Les deux rapports suivants étaient consacrés à l'analyse statistique des pratiques au niveau local et national. Les résultats firent apparaître de notables similitudes. Au plan national, M. Tournier montra que le « tigeste » est jeune (25 ans en moyenne), que le T.I.G.

est subi essentiellement au profit d'une collectivité publique (70,2 %), un établissement public (8,3 %), une association (21,5 %). Dans 69,8 % des cas, le T.I.G. constitue une peine principale et dans 30,2 % une obligation — en général la seule — d'un sursis avec mise à l'épreuve. Les 2/3 des T.I.G. concernent des travaux d'entretien. Quant au taux global d'incidents — ce terme désignant tout événement ayant entraîné le renvoi devant le tribunal — il est de 14 % pour le T.I.G. peine principale et de 17 % pour le T.I.G. assuré dans le cadre d'un sursis.

Si les chiffres obtenus en Languedoc-Roussillon confirment avec des nuances non significatives les statistiques nationales, l'enquête menée par Mlle Santucci avec l'aide des étudiants du D.E.A. de droit pénal et politique criminelle de la Faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier présente un volet original puisqu'elle s'est efforcée de mesurer la perception de cette nouvelle peine auprès d'un public choisi parmi des populations étudiantes juristes et non juristes. Le T.I.G. apparaît ainsi comme une mesure reçue positivement dans le monde étudiant, avec cependant plus de réticences et de scepticisme chez les non-juristes, sans doute plus représentatifs de l'ensemble de la population. Un consensus se dégage pour admettre que l'expérience vaut d'être tentée et développée. Beaucoup pensent que les travaux offerts ne sont pas très bien adaptés au but de réintégration, mais les étudiants ne sont pas pour autant laxistes et considèrent qu'il est important que le T.I.G. garde son caractère de peine en étant contraignant. Pour eux, l'efficacité du T.I.G. dépendra de la perception de ce sujet par l'opinion publique.

Ces interventions furent suivies d'un débat particulièrement riche au cours duquel magistrats, éducateurs exprimèrent leurs espoirs mais également leurs craintes : faire en sorte que cette peine, relativement contraignante, remplace effectivement l'emprisonnement et ne soit pas prononcée contre des délinquants qui, sans elle, auraient bénéficié d'un sursis ou d'une légère amende, nécessite d'intégrer le « tigeste » dans une équipe, préoccupation exprimée par plusieurs délégués de comités de probation. Constatant que le choix de la peine est souvent fonction du mode de comparution, un magistrat, M. Bertrand, est convaincu que le succès de cette peine nouvelle passe par la fin de ce déterminisme judiciaire. Aussi, pour que soit renversée la logique pénale actuelle, souhaite-t-il que le T.I.G. puisse être également prononcé par le J.A.P. ou un tribunal d'exécution des peines. Il s'agirait donc de permettre la convertibilité de l'emprisonnement en T.I.G. ... proposition qui retint tout spécialement l'attention du président de séance, M. le Professeur Levasseur.

La journée s'acheva sur le regard du psychiatre. Montrant les similitudes des interventions psychiatriques et judiciaires, le docteur Ribstein dressa le portrait du psychopathe. Être asocial avant d'être antisocial, le psychopathe ne capitalise pas l'expérience. N'ayant pas réussi à s'identifier aux étapes critiques de l'existence, il essaie de se raccrocher à des groupes afin d'acquérir une identité d'appartenance, identité factice qui remplace celle qu'il n'a pas su se constituer. Or pour lui, non seulement l'enfermement ne favorise pas la resocialisation mais il est de surcroît source de névrose institutionnelle. En coupant le sujet du monde extérieur, en créant un système factice fait de mépris et de méfiance réciproques avec ses conséquences inéluctables (brimades, système de bouc-émissaire ...) l'enfermement conditionne le sujet afin qu'il renonce à développer toute personnalité et se soumette à l'arbitraire de l'institution.

Au contraire, depuis une quarantaine d'années, le travail est perçu comme moyen thérapeutique (ergothérapie) ainsi qu'en témoignent les résultats obtenus par cette méthode dans le traitement des grands blessés des deux guerres mondiales. Parce qu'il confère un statut social, le travail permet au sujet d'être reconnu par le groupe. Évalué par l'employeur, le sujet est revalorisé tant par rapport à lui-même, que par rapport aux tiers. Il peut ainsi se re-situer et acquérir la personnalité qui lui fait encore défaut et qui est à l'origine de son instabilité chronique. Telle est bien la situation du « tigeste », qui, intégré par son travail dans un groupe social donné, est en mesure d'acquérir ces points d'ancrage qui favoriseront sa réinsertion. Au cours du débat qui suivit ce rapport fort apprécié, des interrogations s'élevèrent sur la permanence du lien entre travail et punition ou travail et respect des droits de l'homme.

Autant de pistes tracées vers de nouvelles recherches ... c'est en tout cas le vœu que formula en guise de conclusion le président Susini. Nul doute que ces travaux vont être

facilités par l'Association régionale de criminologie Languedoc-Roussillon* dont la création mit le point final à cette journée particulièrement fructueuse.

Didier THOMAS

SOCIÉTÉ MONDIALE DE VICTIMOLOGIE

3^e COLLOQUE INTERNATIONAL SUR LES DROITS DES VICTIMES (Dubrovnik, 22-24 mai 1987)

La Société mondiale de victimologie organise le 3^e Colloque international sur les droits des victimes à Dubrovnik en Yougoslavie au mois de mai prochain*. Le thème du Colloque est le suivant : « Assistance globale à la victime ».

Etant donné que de nombreux pays cherchent activement à accroître leur aide aux victimes d'infractions, ce colloque se propose d'envisager des questions telles que :

- quelles sortes d'aide peut-on apporter aux victimes et qui peut l'apporter ?
- comment adapter les services sociaux et les services de police existant aux besoins et quels nouveaux services faut-il créer ?
- les atteintes contre des femmes ou des enfants réclament-elles une approche différente ?
- quelles sortes de formation sont nécessaires pour le personnel s'occupant de l'aide aux victimes ?
- comment et jusqu'à quel point les gouvernements devraient-ils développer l'aide globale aux victimes ?
- comment financer les nouveaux programmes d'aide aux victimes ?

Les travaux du Colloque se dérouleront en anglais.

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION JEAN BODIN

(Barcelone, 25-29 mai 1987)

La Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions tiendra son prochain Congrès à Barcelone du 25 au 29 mai 1987 sur le thème : la sanction pénale*. Une cinquantaine de rapports généraux et un nombre égal de rapports particuliers, traitant d'un aspect limité de ce sujet, feront l'objet de discussions et diverses tables rondes, centrées tantôt sur un espace géographique tantôt sur une période, seront organisées pendant le Congrès.

II. — BILAN D'ACTIVITÉ D'ORGANISMES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX

ACTIVITÉS DU CONSEIL DE L'EUROPE DANS LE DOMAINE DES PROBLÈMES CRIMINELS (1985-1986)

Attentif à l'évolution de la pensée criminologique ainsi qu'aux problèmes pratiques qui préoccupent ses Etats membres, le Conseil de l'Europe poursuit, depuis 1956, son action en matière de problèmes criminels. Le Comité européen pour les problèmes criminels

* A.R.C.L.E.R., Faculté de droit et des sciences économiques, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex.

* Pour tous renseignements complémentaires, s'adresser à Zvonimir Paul Separovic, Pravni Fakultet, 41000 Zagreb, Yougoslavie.

* Pour tous renseignements, prière de s'adresser au professeur J. Vanderlinden, Faculté de droit, C.P. 137, Université libre de Bruxelles, 50 av. F.D. Roosevelt, 1050 Bruxelles.

(CDPC), organe chargé de l'élaboration et de la mise en œuvre des programmes dans ce domaine, s'efforce de promouvoir la coopération européenne en matière pénale et à tracer les lignes directrices d'une politique criminelle commune pour les Etats membres du Conseil de l'Europe.

La 35^e session plénière du CDPC, du 3 au 6 juin 1986, a donné l'occasion à un examen des réalisations récentes et à la préparation des programmes futurs. Etablir ses priorités dans le cadre d'une austérité budgétaire inévitable, qui freine l'expansion souhaitée des activités, est un exercice difficile... Le CDPC a essayé, encore une fois, d'assurer un équilibre entre les activités pénales, pénologiques et criminologiques.

Un autre événement important, la 15^e Conférence des ministres européens de la Justice, tenue à Oslo les 17-19 juin 1986, a donné également lieu à la discussion de certains problèmes criminels importants¹ tels que la coopération européenne en matière pénale et l'abus des drogues.

Nous évoquerons ci-après les principaux problèmes pénaux, pénologiques et criminologiques traités par les organes du Conseil de l'Europe au cours de l'année passée ainsi que les perspectives qui se dégagent pour l'avenir.

I. — Coopération interétatique et établissement de lignes de politique commune en matière pénale

A. — Coopération interétatique.

Au nombre, déjà assez impressionnant, des conventions européennes en matière pénale, des protocoles et des recommandations relatifs, s'ajoutent chaque année de nouveaux textes.

Au cours de la période considérée, une nouvelle convention a été ouverte à la signature des Etats membres : la Convention européenne sur les infractions visant les biens culturels, qui réunit déjà 6 signatures. Par ailleurs, un projet de Recommandation, concernant l'application pratique de la Convention européenne d'extradition, relative à la détention aux fins d'exécution, a été approuvé par le CDPC en juin 1986 et est actuellement soumis à l'examen du Comité des ministres.

Toutefois, à l'effort d'élaboration de ces instruments ne correspond pas toujours un effort analogue de signature et de ratification de la part des Etats membres.

La 15^e Conférence des ministres européens de la Justice, ayant discuté largement de ce sujet, dans sa Résolution n° 3 (Préambule), énumère quelques-unes des raisons du phénomène précité : la complexité du sujet, les divergences du droit et de la pratique internes, la nécessité de promulguer une législation d'application et notamment le volume croissant de droit international dans ce domaine.

Dans le cadre de la recherche de solutions possibles à ces difficultés, l'idée de l'élaboration d'une Convention générale sur la coopération interétatique en matière pénale, par la fusion des conventions existantes, est plus que jamais présente. Un avant-projet d'une telle convention a été élaboré par un groupe d'experts réunis dans le cadre de l'Institut supérieur international de sciences criminelles de Syracuse, et a été présenté aussi bien à la 35^e session plénière du CDPC qu'à la 15^e Conférence des ministres européens de la Justice. La Conférence a recommandé des travaux dans ce domaine, exprimant le vœu qu'une telle convention générale puisse intégrer et simplifier les instruments européens en matière pénale.

Toutefois, aussi bien le ministre de Justice néerlandais, rapporteur sur ce sujet, que les ministres participants à la Conférence n'ont pas manqué de faire remarquer que l'élaboration de cette convention risquerait de ralentir davantage le rythme des ratifications des conventions existantes ; par ailleurs, la tentation d'y insérer des obligations additionnelles pourrait ajouter de nouvelles difficultés à la mise en œuvre des conventions.

En tout cas, la perspective de l'élaboration d'une Convention générale se concrétise de plus en plus : en juin 1986, le CDPC lui a accordé la priorité absolue dans le cadre de ses activités futures.

1. La Conférence a également examiné des questions de droit civil.

B. — Etablissement de lignes de politique commune en matière pénale.

L'harmonisation des législations pénales européennes est une œuvre de longue haleine, qui se heurte constamment aux dispositions et coutumes juridiques enracinées depuis longtemps. Ainsi, c'est dans le domaine des problèmes nouveaux, où les législations nationales ont encore des lacunes, que l'harmonisation au niveau européen a le plus de chances de réussir.

Un tel domaine est celui de la criminalité relative aux ordinateurs, examinée actuellement par un comité restreint d'experts. L'élaboration d'une terminologie commune, la recherche de solutions communes adaptées à l'évolution du monde technologique, sont parmi les tâches confiées à ce comité.

D'autres problèmes, ceux-ci traditionnels, peuvent recevoir des solutions communes nouvelles. Ainsi, l'étude de la simplification des procédures pénales par un Comité restreint d'experts du CDPC, dépassant les limites de la procédure pénale proprement dite, a abouti à l'examen, entre autres, des possibilités offertes par la déjudiciarisation.

La compétence extraterritoriale et la responsabilité pénale des personnes morales sont également des sujets examinés par des comités restreints en vue de la recherche d'une réglementation adaptée aux nouvelles réalités juridiques et sociales.

II. — Problèmes pénitentiaires

Le CDPC a élaboré un grand nombre de résolutions, recommandations et rapports sur des questions pénologiques qui reflètent les mouvements d'idées des dernières décennies mais qui sont constamment inspirés des principes établis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Parmi ces textes, les Règles minima pour le traitement des détenus (Résolution (73) 5), version européenne des *Règles minima* des Nations Unies sur le même sujet, étaient jusqu'à présent le document de base du Conseil de l'Europe dans le domaine considéré.

Toutefois, l'évolution des théories et des pratiques en la matière a, depuis quelque temps, indiqué la nécessité d'une révision de ces règles.

Un nouveau texte, intitulé *Règles pénitentiaires européennes*, a été établi par le Comité de coopération pénitentiaire. Accompagné d'un exposé des motifs et d'une introduction consacrée à « l'historique, la philosophie et l'évolution des règles européennes », ce texte a été examiné et approuvé par le CDPC lors de la session de juin 1986. Il est actuellement soumis à l'examen du Comité des ministres.

Ces règles reflètent l'évolution des idées en matière pénitentiaire. Se situant entre l'approche de la resocialisation du délinquant et les approches néo-classiques, ces règles retiennent l'idée du traitement, tout en tenant compte des échecs constatés dans ce domaine et en affirmant que la réussite du traitement « dépend de la volonté et de l'énergie des détenus eux-mêmes et du degré de coopération entre la prison et la société extérieure » (rapport explicatif, Introduction à la quatrième partie). En même temps ces règles soulignent tout particulièrement la nécessité de respecter ces droits individuels et la dignité humaine des détenus et d'assurer des conditions humaines en prison. En fait, des six principes fondamentaux énoncés au début des *Règles pénitentiaires européennes*, cinq visent principalement à assurer ces droits et conditions.

De plus en plus, le CDPC devient conscient de la nécessité d'élaborer également des règles minima pour le traitement non institutionnel. Des travaux en la matière seront entamés prochainement.

Dans le domaine pénitentiaire il faut également signaler la publication régulière du *Bulletin d'informations pénitentiaires* qui suscite un intérêt considérable auprès des administrations pénitentiaires et d'autres autorités.

III. — Recherches criminologiques et politique criminelle

Promouvoir la recherche criminologique et utiliser ses résultats pour établir des lignes de politique criminelle est une démarche que le CDPC a adoptée dès sa création. Les con-

clusions des colloques et conférences criminologiques, les avis du Conseil scientifique criminologique et des experts scientifiques offrent les bases théoriques et les données de recherches nécessaires pour l'étude des problèmes de politique criminelle qui préoccupent les gouvernements.

Plusieurs problèmes fondamentaux de politique criminelle sont actuellement à l'étude par des comités restreints d'experts du CDPC :

— *L'organisation de la prévention de la criminalité.*

Tandis que l'élaboration d'un projet de recommandation et d'un rapport en la matière touche à sa fin, une audition organisée en septembre 1986 sous les auspices de la Conférence permanente des pouvoirs locaux sera consacrée à « la violence et l'insécurité urbaines — le rôle des politiques locales ». Cette réunion examinera les structures de prévention locales et évoquera éventuellement l'idée de la création d'une association européenne de prévention, lancée il y a deux ans par M. R. Badinter, alors garde des Sceaux de la France.

— *La victime dans le cadre de la politique criminelle et sociale.*

La Recommandation (85) 11 sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale adoptée par le Comité des ministres en juin 1985 et son rapport explicatif ont fait l'objet d'une publication, parue en août 1985. Le Comité restreint d'experts qui a élaboré ces textes, ainsi que la Convention européenne sur le dédommagement des victimes d'infractions violentes, est actuellement en train d'élaborer un projet de recommandation et un rapport sur l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation.

— *La délinquance juvénile.*

Des projets de recommandation sur les réactions sociales à la délinquance juvénile en général et plus spécifiquement sur les réactions au comportement des migrants de la deuxième génération sont en cours d'élaboration.

— *Enfin, le terrorisme,*

problème épineux de politique criminelle et de politique tout court, est toujours à l'étude auprès des diverses instances du Conseil de l'Europe.

Depuis quelques années le CDPC ne s'occupait pas activement des questions relatives à la drogue se limitant à suivre avec intérêt les travaux accomplis par le groupe Pompidou, actuellement rattaché au Conseil de l'Europe. Toutefois, le besoin d'un examen juridique approfondi de l'évolution des législations et de la pratique dans ce domaine a mené à l'insertion de ce sujet dans l'ordre du jour de la XV^e Conférence des ministres de la Justice. Dans ce contexte ont été examinées des questions telles que :

- la pénalisation de l'usage et, surtout, du trafic illicite de la drogue ;
- la prévention de la toxicomanie et le traitement des toxicomanes ;
- la lutte contre la toxicomanie par des mesures telles que le blocage et la confiscation des recettes du trafic, qui brisent le marché des drogues, souvent lié au crime organisé ;
- l'utilisation de méthodes d'enquête actives (ex. : témoins anonymes, écoutes téléphoniques) et les problèmes juridiques qui s'y rapportent.

Le CDPC pourrait dans un proche avenir être appelé par le Comité des ministres à examiner certains de ces problèmes et même à élaborer une nouvelle convention, si les instruments européens existants n'offraient pas tous les moyens nécessaires pour la lutte contre la toxicomanie.

Le 7^e Colloque criminologique (novembre 1985) qui a examiné « la responsabilité pénale et le traitement psychiatrique des délinquants malades mentaux » a réuni un grand nombre de juristes et de psychiatres. Les discussions n'ont pas manqué de montrer les difficultés de communication entre ces deux groupes : aux appels des juges obligés à prononcer une décision basée sur la responsabilité pénale et la dangerosité de l'inculpé, les psychiatres se montrent assez réticents : la responsabilité pénale étant une notion juridique, il est impos-

sible pour un psychiatre de s'y référer. Par ailleurs, le pronostic de la dangerosité de l'inculpé est également difficile. Les recherches effectuées ne permettent pas de prédiction. L'évolution du sujet dépendra beaucoup du traitement qu'il recevra. Ces difficultés se reflètent aux conclusions du colloque. Des démarches telles que la constitution d'équipes multidisciplinaires qui auraient la tâche de se prononcer sur la dangerosité, la promotion de l'enseignement de la psychiatrie légale auprès des universités et les recherches sur la prédiction ou le traitement sont évoquées comme des solutions éventuelles aux difficultés précitées.

La 17^e Conférence de recherches criminologiques (1986) et le 8^e Colloque criminologique (1987) seront consacrés respectivement aux thèmes « Interactions au sein du système de justice pénale » et « Disparités dans le prononcé des peines (*sentencing*) : causes et solutions ». Les deux sujets se rapportent aux mécanismes, souvent cachés, du fonctionnement du système de justice pénale. Leurs conclusions, en éclairant ces mécanismes, seront utiles pour la recherche des réformes éventuelles.

Le sujet retenu, en principe, pour la 18^e Conférence de recherches criminologiques est « La privatisation du système de justice pénale ». Sujet étrange au premier abord, il s'impose pourtant à l'étude. En fait, si l'intervention de personnes privées dans certains domaines (la prévention) est pratiquement courante, dans d'autres domaines cette intervention (par exemple la prise en charge par des entreprises privées d'établissements pénitentiaires) est — pour les pays européens au moins — une nouveauté surprenante. Les travaux préparatoires de la conférence commenceront en 1987.

*
* *

Trente ans après sa création, le CDPC a déjà examiné la plupart des grands problèmes criminels qui préoccupent gouvernements et scientifiques. Toutefois, il est toujours nécessaire de revoir et reconsidérer les solutions. Par ailleurs, il faut aller au-devant des préoccupations des Etats membres pour les préparer à faire face aux nouveaux défis. Le souci des droits de l'homme et la recherche d'une politique criminelle à la fois humaine et efficace restent les phares qui illuminent ces activités.

Aglaia TSITSOURA*

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR 25 ANS DE CRIMINOLOGIE AU QUÉBEC

I. — Le Québec français d'avant la Révolution tranquille fut une société proche du modèle d'une société intégrée. Il y avait une large mesure de convergence entre les valeurs morales et les normes, les us et coutumes, les mœurs et le genre de vie ainsi que les lois promulguées par le Parlement. L'Eglise catholique avait le monopole de l'enseignement du primaire au supérieur. Elle gérait aussi les services de santé et d'assistance sociale. Bien que la presse et les autres médias ne fussent pas expressément catholiques, l'influence de l'Eglise s'y exerça sans véritable contrepoids spirituel ou idéologique. L'opposition ou la critique, qui s'élevait à l'égard de cet unanimisme étouffant, provenait aussi, pour l'essentiel, des sources catholiques : ceux qui se groupaient autour de « Cité Libre » n'étaient ni marxistes, ni libres penseurs, ni des militants athées. Ils étaient inspirés, pour la plupart, du personnalisme d'Emmanuel Mounier et de la démocratie chrétienne d'Europe occidentale de l'après-guerre.

Cependant, grâce à l'industrialisation qui a pris de l'ampleur après la crise des années trente, le caractère urbain de la population du Québec s'affirmait de plus en plus. Montréal devenait une ville de plus en plus cosmopolite. Les services de Radio-Canada décroïsonnaient de plus en plus le milieu. Il n'était donc guère étonnant que la sphère culturelle, siège

* Les idées exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les opinions du Conseil de l'Europe.

des valeurs et des normes, finisse par perdre son caractère homogène. C'est ainsi que la lecture et l'interprétation des faits de déviance, d'inadaptation ou de criminalité ont pu être diversifiées : au lieu de les considérer exclusivement en termes de moralité (la déviance et ses formes étaient des péchés, des atteintes à l'ordre divin en même temps qu'à l'ordre social), on les analysait également en termes psychologiques (développement de la personnalité), socio-économiques et culturels. Nous entrons, pour de bon, dans l'ère dominée par le modèle de société partiellement intégrée, lot commun des sociétés occidentales de type libéral. Si le patrimoine spirituel demeurerait enraciné dans l'héritage judéo-chrétien, une diversité de familles spirituelles se partageaient l'interprétation de ces valeurs. De Marx à Nietzsche, de Lukacs à Sartre et à Camus, les influences de la culture européenne pénétraient au Canada français, aux côtés des maîtres américains tels que Dewey, James, Skinner ou Erickson. Un foisonnement de publications, de livres et de périodiques, la constitution de cénacles, de mouvements, etc., se répandaient dans la sphère culturelle, nourrissant ainsi de nombreuses sous-cultures. Celles-ci partageaient les dépouilles de ce que Gérard Pelletier a appelé « feu l'unanimité ».

II. — On ne peut pas ne pas rappeler ce contexte, qui paraît pour les jeunes d'aujourd'hui si lointain alors qu'il est en vérité, si près de nous, lorsqu'on veut situer les origines de la criminologie dans notre milieu. La première impulsion venait des praticiens des sciences de l'homme — psychologues et psychiatres, qui avaient déjà droit de cité dans nos universités — qui questionnaient la validité du jugement binaire (bon-mauvais, vrai-faux, coupable-non coupable) propre au droit pénal et une philosophie morale simpliste. Le Père Mailloux et le Dr Cormier s'intéressaient à l'homme criminel *avant* de s'intéresser au fait criminel. Dans les années cinquante, on découvrait le scandale des mineurs dans des prisons pour adultes (le cardinal Léger dénonçait les insuffisances de la justice des mineurs devant le club Richelieu), les fous criaient au secours dans l'annexe psychiatrique de la prison de Bordeaux (titre du livre à grand retentissement de Jacques Hébert). L'action ne tardait pas à la suite de ces discours mobilisateurs : le Père Mailloux mettait au point un programme thérapeutique, avec Janine Guindon et Gilles Gendreau, pour faire de Boscoville une des premières communautés thérapeutiques du pays. Le Dr Cormier, devenu psychiatre en chef du pénitencier St-Vincent-de-Paul, a commencé ses recherches cliniques et a pris l'initiative des colloques de recherches dans le cadre de la Société de criminologie nouvellement fondée. Des juristes à l'esprit ouvert et de tendance réformiste comme les juges Fauteux, Ouimet et Loranger, des avocats comme J. Cohen, Guy Guérin et Cl. A. Sheppard, des fonctionnaires comme Adelard Godbout, Gernaey ou Surprenant, des policiers comme Gilbert et Vignola cherchaient à s'informer pour sortir les lois et les institutions d'un long hiver d'immobilisme. C'est en s'intéressant à la « criminalité », troisième élément du tryptique qui inclut le « crime » et le « criminel », que les sociologues se sont joints aux autres. En créant en 1960 un département autonome de criminologie à la Faculté des sciences sociales de l'Université de Montréal, on a pu procéder au développement d'une des premières unités d'enseignement interdisciplinaire. Les sociologues y côtoyaient des psychiatres, des juristes, des psychologues et des travailleurs sociaux. Le diplôme délivré se proposait de préparer des intervenants en matière de justice pénale et de prévention du crime. L'enseignement s'articulait autour d'une criminologie étiologique intégrée, suivant le modèle développé par Jean Pinatel. Rapidement, le département, puis l'Ecole de criminologie, est devenu le pivot, la plaque tournante de la recherche comme de l'action en matière pénale non seulement dans la Province mais également au Canada, puis sur le plan international.

III. — Le train de réformes qui caractérisait les scènes fédérale et provinciale au cours des derniers vingt-cinq ans n'a pas laissé de côté, loin de là, le champ de la criminalité et celui de la justice pénale. Rappelons seulement l'action des Commissions Fauteux, Ouimet, Prévost, la création de la Commission de la Réforme du droit, entre bien d'autres initiatives, pour indiquer les transformations profondes qui furent réalisées, des réformes mises en gestation. C'est dans la foulée de ces réformes — où les criminologues jouent, d'ores et déjà, un rôle non négligeable — que la jeune discipline s'est fait connaître et a investi, grâce à ses diplômés, ce nouveau secteur de l'administration publique en train de voir le jour.

La caractéristique principale et unique de notre criminologie résulte de ce contexte qu'on vient d'évoquer. Presque partout dans le monde, de longues incubations académiques

coexistaient avec des mouvements de réforme pragmatique, œuvres de praticiens (comme les *John Howard Societies* chez les anglophones, par exemple). Les idées et les propos des universitaires furent rarement soumis à l'épreuve des faits. En règle générale, ils furent enterrés, profondément, dans les fonds des bibliothèques. Leurs propos furent souvent tournés en dérision par la presse. Les praticiens vivant au ras des pâquerettes voyaient mal la pertinence de ces idées. Les initiatives de ces derniers prenaient rarement de l'ampleur, manquaient du souffle que seule une philosophie nouvelle, des faits nouveaux révélés par la recherche scientifique peuvent véritablement assurer. Or, chez nous, le développement social, tardif mais accéléré, a créé une dynamique d'interaction bien particulière. Les divers partenaires engagés en matière de justice pénale étaient liés, organiquement en quelque sorte, par une solidarité de fait. Chercheurs, professionnels, praticiens, cliniciens et administrateurs se confrontaient, échangeaient des idées, s'influençaient mutuellement, dès la naissance de la criminologie québécoise. Aucune doctrine, aucune pratique, aucune discipline ne devaient et ne pouvaient s'imposer unilatéralement. C'est par la convergence de leurs objectifs — la réforme pénale en vue d'une saine administration de la justice, le traitement des délinquants en vue d'une meilleure prévention du crime — que la criminologie et les criminologies devaient s'imposer dans notre milieu.

La critique sociale, propre aux sciences humaines, ne fut point absente dans ce concert de voix diverses. Elle n'a toutefois jamais récusé la légitimité démocratique de nos institutions : des sympathisants de l'abolitionnisme coexistaient avec des réformateurs modérés, les militants des droits de l'homme avec les chercheurs universitaires. Tous acceptaient le principe du dialogue, de la confrontation dans le respect mutuel des points de vue, le service de l'homme et de la société d'ici, qui est la nôtre, concrètement, avec ses faiblesses et ses forces.

IV. — La seconde caractéristique de la criminologie québécoise est sa capacité d'être à l'écoute du milieu, sa volonté de présence et de service auprès de ses concitoyens. Très conscients dès sa naissance de ses fragilités, de ses théories et de ses techniques incertaines, de son impact volatile sur les traditions représentées par des rigidités institutionnelles, les criminologues savaient qu'ils devaient s'imposer auprès des autres professionnels, auprès de l'opinion publique, auprès des autres disciplines scientifiques, par la qualité de leurs prestations. Durant les premiers vingt ans de notre courte histoire, nous avons investi, avec succès, l'université et le champ institutionnel de la justice pénale. Ces deux secteurs sont actuellement saturés et le demeureront probablement jusqu'à la fin de notre siècle. Notre discipline doit donc, pour survivre, renouveler la problématique de la question pénale afin de découvrir de nouveaux débouchés pour nos diplômés. Ceux-ci doivent retrouver l'esprit pionnier, la mentalité d'innovation de leurs aînés des années 60. L'horizon n'est point bouché à cet égard. La découverte et le recours à la communauté comme ressource de resocialisation et élément responsable dans l'administration de la justice recèlent des possibilités considérables. La redéfinition des seuils de tolérance de la communauté à l'égard des conduites déviantes permettra d'affiner la riposte pénale comme l'élaboration de stratégies alternatives pour la prévention et la resocialisation. Les techniques d'intervention auprès des délinquants, institutionnalisés ou non sont appelées à un développement.

V. — Finalement, la criminologie qui s'est développée à l'Université de Montréal s'est fortement arrimée aux traditions intellectuelles et scientifiques européennes et américaines. C'est là, à long terme, que peut être sa force principale. Car, malgré toute son implication dans le milieu, malgré le caractère « professionnel » qu'elle s'est donné dès ses débuts, malgré son attention très grande aux besoins du milieu, la criminologie, les criminologues de chez nous, se sont toujours définis comme des continuateurs d'une grande tradition intellectuelle et universitaire. Beccaria et Ferri, Stuart Mill et John Howard, Tarde et Durkheim sont des maîtres à penser, aux côtés de bien d'autres, qui ne sont étrangers à aucun criminologue d'ici. Une meilleure connaissance de l'homme et de la société, une meilleure protection de la qualité de vie démocratique — où le besoin de sécurité joue un rôle important —, un plus scrupuleux respect des droits de l'homme font partie, avant tout, d'une bataille d'idées. Si nous ne sommes pas à même d'actualiser et d'articuler en termes philosophiques, scientifiques, juridiques et politiques les besoins et les exigences de notre époque, comme l'avaient fait nos ancêtres dans le passé, notre discipline ne survivra pas.

Elle sera tributaire, tristement, des fluctuations, des modes intellectuelles, des emballages idéologiques, du sensationnalisme politique.

Afin d'éviter d'être un simple jouet dans les jeux du pouvoir, nous devons être partie de l'éternel dialogue que l'homme poursuit avec son destin. Le crime et son châtement, le droit et la responsabilité, la liberté et la contrainte, l'ordre et le changement font partie d'une problématique universelle qui confronte toute l'humanité. La plus modeste de nos tâches, la plus routinière de nos interventions doivent refléter que nous en sommes bien conscients. Elles doivent aussi contribuer à cette quête permanente de la liberté de l'homme face à son destin.

Denis SZABO

III. — RECHERCHES

GROUPE EUROPÉEN DE RECHERCHES SUR LES NORMATIVITÉS

(R.C.P. — C.N.R.S. N° 855)

A la suite d'une table ronde du C.N.R.S. tenue en 1984 sur le thème « normes, différences », a été décidé le montage d'un réseau interdisciplinaire (sociologie, histoire, sciences du droit, sciences du politique) et européen (Belgique, France, Italie, R.F.A., Suisse) sous le titre « Groupe européen de recherches sur les normativités » (G.E.R.N.)*.

Son thème est l'étude des systèmes de normes, des processus et institutions chargés de leur mise en œuvre, des stratégies et enjeux déployés par les acteurs et agents sociaux impliqués à divers titres dans les processus.

Des montages seulement nationaux ou mono-disciplinaires auraient paru trop étriqués pour structurer un champ de recherche actuellement très morcelé.

Le G.E.R.N. aidera à cette structuration par :

- un bulletin d'information (trois numéros déjà diffusés),
- des séminaires permanents (deux déjà lancés sur l'histoire de la répression pénale et sur les recherches concernant la police),
- des journées d'étude (six sont prévues en 1986 et 1987 à Bruxelles, Louvain-La-Neuve, Genève, Sarrebruck, Macerata),
- le montage d'un système documentaire automatisé relié à la base Francis,
- des recherches coordonnées européennes (une est en lancement entre le C.E.S.D.I.P. et des centres des Universités de Louvain, Genève et Macerata ; un autre en projet).

Une réunion d'organisation s'est déjà tenue les 24 et 25 janvier 1986 après une table ronde sur le thème « Pénal, Etat et contrôle social : une mutation ? » (panel composé de J. Capdevielle, Y. Castan, D. Monjardet, M. Perrot, Ph. Robert, J.P. Tricart et M. Van de Kerchove). Y ont pris part une cinquantaine de participants provenant de 25 centres répartis dans 6 pays.

Actuellement 22 unités (11 françaises et 11 des quatre autres pays) plus 15 chercheurs individuels participent au G.E.R.N. qui a été reconnu comme R.C.P. par le C.N.R.S. (n° 855). Le responsable est Ph. Robert, directeur de recherche (C.E.S.D.I.P.). Un Conseil scientifique est composé, outre le responsable, de J. Capdevielle (C.E.V.I.P.O.F.), Y. Castan (U. Toulouse II), D. Monjardet (G.S.T., C.N.R.S.), J. Pradel (U. Poitiers), C.N. Robert (U. de Genève), M. Sbriccoli (U. de Macerata), H. Zander (Goethe U., Francfort-sur-le-Main), L. Van Outrive (K.U.L.).

* Pour tout renseignement, s'adresser au : C.E.S.D.I.P. 4, rue de Mondovi, F. — 75001 Paris.

IV. — CIRCULAIRES ET RAPPORTS OFFICIELS

LES INSTITUTIONS PÉNITENTIAIRES AU JAPON EN 1985

De 1975 à 1984 la population pénale japonaise est passée de 45 690 détenus à 54 508, dont 9 274 seulement sont détenus avant jugement.

Il est intéressant de noter ces chiffres, extraits d'un opusculé publié par le ministère de la Justice du Japon*, à un moment où le nombre des détenus atteint en Europe un niveau critique, tout comme il nous paraît utile de signaler que cette publication expose d'une manière très claire, accompagnée d'organigrammes, de tableaux et de statistiques, l'organisation et le fonctionnement de l'Administration pénitentiaire nipponne. On y trouve en particulier présentées les compétences des divers services, des informations sur les régimes de détention, sur le travail pénal, le régime des mineurs et le personnel.

Nous avons déjà eu l'occasion de donner un aperçu des tendances de la criminalité au Japon d'après le *Livre blanc*, publié en 1984 (cette *Revue*, 1985, p. 899) et les renseignements contenus dans cette brochure viennent compléter utilement ces informations.

Jacqueline SACOTTE

* V. *Correctionnal Institutions in Japan*.

BIBLIOGRAPHIE

A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

Murder into Manslaughter. The Diminished Responsibility Defence in Practice, par Susanne Dell, New York, Oxford University Press, 1984, 79 pages.

Cette étude concernant le domaine de la responsabilité en matière pénale nous donne un aperçu du traitement juridique en Angleterre des personnes souffrant de troubles mentaux au moment des faits. Laissant de côté l'*insanity plea*, correspondant plus ou moins à notre article 64 du Code pénal, qui n'est appliqué que rarement, Susanne Dell se concentre sur une autre forme de défense : la responsabilité diminuée (*diminished responsibility plea*) ; si le recours à cette méthode de défense est fréquent en Angleterre et au Pays de Galles pour des faits constitutifs de meurtre, cela est dû au fait que le meurtre est obligatoirement sanctionné par la réclusion perpétuelle (ou avant 1965, par la peine capitale). Les juges, ne voulant pas se voir liés d'une telle façon, ont la possibilité d'accueillir la *diminished responsibility plea* qui permet de convertir le meurtre en *manslaughter* (correspondant plus ou moins à notre homicide involontaire ou sans préméditation) laissant les juges libres de choisir parmi plusieurs sanctions y compris des séjours dans des hôpitaux psychiatriques. Environ 20 % de toutes les condamnations pour *manslaughter* proviennent de l'application de ce moyen de défense et ce chiffre ne semble pas varier d'une manière significative depuis des années. Mais ce qui est remarquable d'après l'étude c'est le changement dans le traitement de telles affaires. Dans les années 60, 2/3 des personnes condamnées pour *manslaughter* en application du *diminished responsibility plea* se voyaient envoyées dans les hôpitaux psychiatriques tandis que seulement 1/3 finissait en prison. Mais vers la fin des années 70 on a pu constater le renversement complet de ces chiffres : 2/3 de ces condamnés sont envoyés en prison et 1/3 dans les hôpitaux. Utilisant un échantillon de 253 hommes condamnés pour *manslaughter* en application du *diminished responsibility plea* de 1966 à 1977, Susanne Dell cherche les raisons d'une telle modification.

Elle constate premièrement que ni les profils démographiques et criminels de ces hommes, ni la gravité ou la nature de leurs troubles mentaux n'ont changé d'une manière significative. En outre, elle ne peut pas trouver non plus une véritable différence dans les attitudes des juges qui suivaient pendant toutes les années de l'étude assez régulièrement les recommandations des experts médicaux. Ainsi a-t-elle découvert que c'était justement ces recommandations qui ont changé et cela pour plusieurs raisons. Premièrement les hôpitaux dits de haute sécurité se trouvant surchargés refusaient souvent l'admission de nouveaux condamnés, et pour éviter de mettre ces personnes dans les hôpitaux psychiatriques non surveillés, on les envoyait en prison. Deuxièmement, en raison de la prolongation de la période de détention provisoire, les personnes concernées souffrant souvent d'une dépression voyaient leur état s'améliorer en attendant leur procédure et n'arrivaient devant les experts que longtemps après les faits, ne méritant plus alors un traitement spécial.

La dernière raison suggérée par Susanne Dell nous semble conforme à un phénomène que l'on peut constater dans la politique criminelle de nombreux pays, à savoir le changement des opinions médicales quant à l'utilité de traitements médicaux spéciaux destinés aux psychopathes et autres criminels. Cette étude nous démontre comment cette nouvelle attitude a influencé les lois dans ce domaine et bien que ce livre soit sorti avant la promulgation du *Mental Health Act* de 1983, il reste entièrement pertinent.

E. SERVIDIO-DELABRE

II. — DROIT PÉNAL COMPARÉ

Legal Theory — Comparative Law (Théorie du droit, Droit comparé), *Studies in honour of Professor Imre Szabo* (Etudes en l'honneur du Professeur Imre Szabo), publié par Zoltan Peteri, Budapest, Akadémiai Kiado, 1984, 464 pages.

Sous le titre *Legal Theory — Comparative Law* (Théorie du droit, Droit comparé), ce livre d'hommages est offert à M. Imre Szabo, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Budapest, membre de l'Académie des sciences de Hongrie, à l'occasion de son 70^e anniversaire.

Après une introduction par le professeur Istvan Kovacs, membre de l'Académie des sciences de Hongrie, directeur de l'Institut des sciences juridiques et administratives de l'Académie des sciences de Hongrie, rédigée « En l'honneur de M. le Professeur Imre Szabo, membre de l'Académie, à l'occasion de son 70^e anniversaire », et retraçant sa vie et sa carrière, ce volume comprend vingt articles écrits par d'éminentes personnalités et présentés dans l'ordre suivant :

- « La confrontation des droits socialistes et des droits occidentaux », par Marc Ancel ;
- « The Self-Management Law or the Law of Self-Management », par Borislav T. Blagojevic ;
- « Tendances des dispositions récentes relatives au divorce dans le droit de famille des pays socialistes européens », par Witold Czachorski ;
- « La personne juridique comme sujet des droits intellectuels en droit socialiste roumain », par Yolanda Eminescu ;
- « Transcription into Law : an Efficient Appearance », par Gyula Eörsi ;
- « Socialist Legal Models for Africa », par John N. Hazard ;
- « The Appointment of Friedrich Julius Stahl (A Chapter from the History of the Philosophy of Law) », par Hermann Klenner ;
- « L'information en tant qu'objet de droit (Un essai du domaine de l'informatique juridique) », par Viktor Knapp ;
- « Civil Litigation and the Public Interest in German Civil Procedure », par Heinz Kötz ;
- « Politics and Law-Making in Central-East-Europe », par Kalman Kulcsar ;
- « Les Conventions internationales relatives aux droits de l'homme et la réglementation juridique de l'activité créatrice en République Socialiste Tchèque », par Otto Kunz ;
- « La liberté d'expression et de l'imprimé en République Populaire de Pologne », par Adam Lopatka ;
- « Value-Oriented Metamorphosis in Comparative Private International Law », par Ferenc Madl ;
- « The Dynamics of the Object of Legal Regulation and Legality under Socialism », par Karl A. Mollnau ;

- « Réflexions sur les rapports juridiques », par Vilmos Peschka ;
- « Le droit comparé et la théorie socialiste de droit », par Zoltan Péteri ;
- « The division and Mutual Effects of Social Rules (The Limitation and Relation of *Ius* and *Non-Ius*) », par Mihaly Samu ;
- « Politics and Law in the Period of Progressing towards and Advanced Socialist Society », par Gerhard Schüssler ;
- « Codification et réforme du droit », par Denis Tallon ;
- « On the Historical Nature of Basic and Human Rights », par Wolfgang Weichelt.

Cet ouvrage, qui représente par la richesse et la variété des thèmes traités un instrument précieux de travail pour les juristes qu'intéressent le droit comparé et les droits de l'homme, se termine par une bibliographie des œuvres du professeur Szabo.

Ginette MONGIN

III. — DROIT PÉNAL SPÉCIAL ET DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

Phenomenology of Kidnappings in Sardinia. Towards an international perspective of a local crime problem. par I.F. Caramazza et U. Leone, Rome, UNSDRI, Fratelli Palombi Editori, octobre 1984, 211 pages.

Cet ouvrage, qui constitue le n° 23 des publications de l'UNSDRI, est le résultat d'une recherche entreprise à la demande du ministère italien de la justice.

Après avoir pratiquement disparu du catalogue de la criminalité, les enlèvements ont fait, depuis la fin des années 60, une réapparition en force sur la scène internationale. De l'enlèvement « romantique » à l'enlèvement terroriste, pas moins de 14 formes différentes de ce crime ont été répertoriées. L'Italie avait été particulièrement frappée par le fléau et la Sardaigne, où existait une vieille tradition en la matière, constituait un laboratoire tout désigné pour étudier le phénomène.

La recherche a pris en compte tous les enlèvements commis ou tentés en Sardaigne du 1^{er} janvier 1965 au 31 décembre 1981, soit 199 cas. Toutefois, seulement 95 cas firent l'objet d'une analyse complète, les autres étant abandonnés pour des raisons techniques ou juridiques (affaires non résolues, dossiers indisponibles ou non communicables, etc.). À l'aide des questionnaires analysés par ordinateur, et parallèlement par des méthodes plus traditionnelles, les chercheurs de l'UNSDRI ont pu déterminer toutes les caractéristiques des enlèvements étudiés : typologie, horaires, lieux, origine des auteurs, armes utilisées, moyens de transport, milieu de la détention, durée, comportement des auteurs, les victimes, la rançon, les intermédiaires. Toutes ces données sont présentées sous forme de graphiques et de tableaux et font l'objet d'une intéressante analyse.

Sans entrer dans le détail de cette analyse, on notera que les enlèvements, qui constituaient autrefois une délinquance typique de la région pastorale des hautes terres de la Sardaigne centrale, se sont répandus dans les zones côtières plus riches. Toutefois les transformations du phénomène restent limitées : les tentatives d'utilisation à des fins politiques ou révolutionnaires ont échoué. Aucun lien n'a été établi avec les milieux du terrorisme international. Les enlèvements en Sardaigne demeurent donc essentiellement une délinquance traditionnelle, liée à la sous-culture très ancienne d'une société pastorale, celle de la « Barbagia », refusant l'organisation étatique considérée comme oppressive et étrangère.

La Magistrature sarde est parvenue à enrayer la vague des enlèvements. Mais les causes socio-génétiques du crime subsistent. Seule une véritable intégration de la société pastorale de la « Barbagia » au reste du pays permettra de rendre définitive cette victoire.

Jean-Charles SACOTTE

IV. — PROCÉDURE PÉNALE

Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 30 : Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal, 1983 (403 p. français, 356 p. anglais) ; Rapport 20 : L'euthanasie, l'aide au suicide et l'interruption de traitement, 1983 (37 p. français, 35 p. anglais) ; Document de travail 39 : Les procédures postérieures à la saisie, 1985 (84 p. français, 77 p. anglais) ; Document de travail 43 : Les techniques de modification du comportement et le droit pénal, 1985 (56 p. français, 48 p. anglais) ; Document de travail 44 : Les crimes contre l'environnement, 1985 (85 p. français, 75 p. anglais) ; Document de travail 46 : L'omission, la négligence et la mise en danger, 1985 (48 p. français, 42 p. anglais) ; Document de travail 47 : La surveillance électronique, 1986 (121 p. français, 109 p. anglais).

La Commission de réforme du droit du Canada poursuit ses travaux et un certain nombre de documents sont parvenus au secrétariat de la *Revue* cependant que les journaux juridiques canadiens ont rapporté la teneur d'autres documents de travail.

On peut signaler le sommaire d'un document d'étude sur « les fouilles, les perquisitions et les saisies en matière fiscale ». Le principe de l'auto-cotisation volontaire ne sera bien ressenti que si le contribuable perçoit que, d'une part les pouvoirs d'application de la loi sur l'impôt sont assez larges pour permettre au fisc d'obtenir les renseignements nécessaires pour veiller à l'application de la loi et que d'autre part ces pouvoirs sont nécessaires et utilisés de façon équitable. A l'heure actuelle, les pouvoirs de fouilles et de perquisitions du fisc sont trop vastes. Il faut faire attention à l'utilisation des systèmes de droit pénal dans le cadre du droit fiscal et éviter que toute infraction fiscale soit considérée comme une infraction pénale. Dès lors il est nécessaire que les pouvoirs de fouilles et de perquisitions soient limités. Ils doivent en tout cas tous être entourés du contrôle du juge, avant, pendant et après. Mais pour être acceptables, les pouvoirs coercitifs de l'Etat doivent être exercés de la façon la moins attentatoire possible aux droits à la vie privée des citoyens et leur limitation tient dans ces droits.

Le 20^e rapport traite, lui, de « l'euthanasie, de l'aide au suicide et de l'interruption de traitement ». Il est rappelé que la Commission recommande de ne légaliser ni décriminaliser sous aucune de ses formes l'euthanasie active volontaire et de continuer à traiter celle-ci comme un homicide coupable. Elle recommande aussi de ne pas faire du meurtre par compassion une infraction distincte de celle de l'homicide d'une part et d'autre part, de ne pas formellement reconnaître pour ce type d'homicide des modalités de sentence différentes de celles prévues pour le meurtre. Elle recommande de ne pas décriminaliser l'aide au suicide mais souhaite que soient incorporés dans le Code criminel des textes dont résulterait que rien ne devrait être interprété comme créant une obligation pour un médecin de continuer à administrer ou d'entreprendre un traitement médical lorsque la personne à laquelle ce traitement s'adresse a exprimé sa volonté contraire, de continuer à administrer ou d'entreprendre un traitement médical lorsque ce traitement est devenu thérapeutiquement inutile dans les circonstances et n'est pas dans le meilleur intérêt de la personne à laquelle il s'adresse. Rien non plus ne devrait être interprété comme empêchant un médecin d'entreprendre ou l'obligeant à interrompre l'administration de soins palliatifs et de mesures destinées à éliminer ou à atténuer les souffrances d'une personne pour la seule raison que ces soins ou ces mesures sont susceptibles de raccourcir l'expectative de vie de cette personne. Ces propositions sont précédées d'une longue étude et intéresseront dès lors tous ceux qui jusque-là ont réfléchi à ces problèmes.

Le document de travail n° 39 traite des procédures postérieures à la saisie. La Commission recommande de mettre en place un régime complet de procédures visant de manière générale toutes les choses saisies au cours des enquêtes de nature pénale, quel que soit le mode d'autorisation de la saisie, d'imposer des mécanismes de contrôle pour que toutes les choses saisies soient rapportées devant un fonctionnaire judiciaire, d'autres mesures pour que toutes choses saisies fassent l'objet d'une surveillance judiciaire, d'autres mesures encore pour que dans le cas où aucune procédure pénale n'aurait été intentée

l'ordonnance de saisie prene fin dans des conditions et selon des modalités spécifiquement définies, pour faire en sorte que la personne sur laquelle des choses ont été saisies ou chez qui ou dans le véhicule de laquelle des choses ont été saisies, de même que toute personne qui revendique la possession de choses saisies aient le droit de s'adresser au juge afin d'en demander la restitution ainsi que toutes mesures mettant en place l'exécution des ordonnances de restitution. Ce document ne semble pas en lui-même apporter de mesures bien différentes de celles que notre droit pénal connaît à l'heure actuelle.

Le document de travail n° 43 traite des techniques de modification du comportement et du droit pénal. Ces techniques de modification du comportement, qu'elles soient de nature médicale ou psychologique, auraient été rangées dans le domaine de la science-fiction à l'époque où le premier Code criminel canadien a été rédigé mais leur emploi est maintenant chose courante. Bon nombre de ces techniques peuvent apporter de grands bienfaits sur le plan thérapeutique, mais dans certains cas, elles peuvent aussi porter gravement atteinte à l'intégrité psychologique du sujet. Bien sûr, le droit pénal ne constitue pas le seul instrument susceptible de contrôler et de réprimer les abus en la matière mais il peut jouer un rôle important dans ce domaine. La Commission estime qu'il doit protéger l'intégrité psychologique de l'homme. La Commission conclut d'abord qu'une déclaration judiciaire ou administrative d'incapacité ou une décision d'internement ne doit pas constituer automatiquement une justification pour ignorer complètement les volontés de l'individu. Elle estime ensuite qu'il y a lieu d'élaborer une série de règles d'éthique touchant l'obtention du consentement, la confidentialité de la relation professionnelle ainsi que le rôle du thérapeute dans ses interactions avec les autorités de la prison ou les organismes de libération conditionnelle et les prisonniers. Il faut permettre à ceux-ci l'utilisation contrôlée de telles méthodes. Elle estime qu'il est particulièrement difficile d'admettre que la libération d'un prisonnier puisse être conditionnée par le suivi d'un traitement. Elle propose des modifications de texte pour la mise en place de ces indications.

Le document de travail n° 44 traite des « crimes contre l'environnement ». La Commission suggère à ce propos l'adjonction au Code criminel du Canada d'un nouveau texte d'incrimination. Ce texte s'ajoutant à ceux qui existent déjà devrait permettre de réprimer une infraction portant atteinte aux valeurs fondamentales de la société, gravement dommageables pour ces valeurs, et volontaires. En définitive il devrait surtout s'agir de la protection de l'environnement, de la vie et de la santé humaines.

Le document de travail n° 46 est relatif à « l'omission, à la négligence et à la mise en danger ». La Commission recommande là aussi une modification du Code criminel pour permettre à l'Etat de poursuivre quiconque ne prête pas secours à une personne dont la vie est en péril lorsqu'il est en mesure de le faire sans s'exposer à de graves dangers.

Cette nouvelle infraction devrait s'appliquer aux cas d'omission, de négligence et viser la simple tentative, c'est-à-dire le simple risque de mise en danger. La Commission propose à ce propos d'étendre l'obligation de protéger les enfants confiés à ses soins mais d'exonérer les médecins et autres professionnels de la santé de toutes responsabilités lorsqu'ils refusent d'administrer un traitement médical. C'est la liaison avec le document sur l'euthanasie rappelé tout à l'heure.

Le document de travail n° 47 se rapporte à « la surveillance électronique ». C'est la première étude indépendante et exhaustive portant sur la loi sur la protection de la vie privée depuis que ce texte législatif a été adopté au Canada en 1974. La Commission souhaite une modification et la mise en place d'un processus d'autorisation de l'écoute clandestine destinée à maintenir un équilibre entre les exigences d'une action efficace de la police en matière d'enquête et la nécessaire protection de l'intimité de la vie privée. Il faudrait rendre obligatoire l'obtention d'une autorisation judiciaire pour l'installation d'un dispositif de surveillance visuel, veiller à ce que le juge soit en possession de la totalité des éléments nécessaires à l'appréciation de sa décision, souligner les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le juge pourrait accorder l'autorisation, protéger la vie privée des personnes non soupçonnées, faire obstacle aux recherches poursuivies autrement que de manière précise, prévoir que l'entrée clandestine dans les lieux privés en vue d'installer ou d'enlever un dispositif devrait être assujetti à l'obtention d'une autorisation judiciaire, déterminer les conditions dans lesquelles les preuves de l'existence d'autres infractions que celles poursuivies pourront être utilisées par le juge et fournir en tout état de cause à la personne dont les communications ont été interceptées tous les renseignements sur les

conditions dans lesquelles cela a été effectué en lui permettant d'ailleurs d'intervenir auprès du juge pour obtenir la soustraction et la confidentialité de tout ce qui ne serait pas nécessaire à la poursuite de l'infraction même.

Comme les lecteurs de la *Revue de science criminelle* le voient, les juristes canadiens poursuivent avec acharnement leur effort de réflexion sur la mise en place d'un droit pénal nouveau adapté à la vie moderne nouvelle.

Philippe LAFARGE

De la captura a la excarcelacion (De la capture à la libération), 2^e éd., par Hernando Londoño Jimenez, Bogota, Editorial Temis Libreria, 1983, 449 pages.

Cet ouvrage du professeur colombien Hernando Londoño Jimenez est un travail qui se situe à l'intérieur d'un courant humaniste du droit pénal. Il y a une préoccupation privilégiée et constante pour la liberté. En s'opposant aux points de vue formalistes et quelquefois autoritaires, l'auteur conteste les interprétations rigides qui ont fait du système pénal un système inhumain. Il invoque même les ancêtres les plus lointains pour appuyer sa pensée, en se référant au droit pénal depuis les Romains en passant par Carrara, Beccaria, Carmelutti, Calanandrei et Gemelli.

Le thème traité correspond au droit de la procédure pénale, mais il existe une relation étroite entre celui-ci et le droit pénal substantif et même avec le droit constitutionnel. Cela est assez logique si nous considérons qu'il s'agit des garanties individuelles en ce qui concerne la liberté de l'homme. Plus particulièrement, M. Londoño Jimenez réalise dans son livre la coordination interprétative entre le code de procédure colombien de 1971 et le nouveau code pénal substantif (décret 100 de 1980) dont les principes directeurs doivent être appliqués aussi à la législation de procédure.

Le livre comprend trois chapitres. Le premier a pour titre *De la captura*, le deuxième : *De la detencion*, et le dernier : *De la excarcelacion*. Ce sont les trois aspects fondamentaux en ce qui concerne la liberté pendant le procès. L'auteur y étudie les nombreuses situations qui peuvent se présenter en les analysant judicieusement, toujours soutenu par sa préoccupation humaniste et sa vaste expérience en tant qu'avocat.

Malgré la promulgation de nouveaux textes de lois de procédure postérieurement à cette publication, nous pensons que l'ouvrage du professeur Londoño Jimenez conserve une très grande importance par ses analyses diverses et approfondies. Nous pouvons y voir les raisons fondamentales qui soutiennent les institutions du droit de la procédure en ce qui concerne la privation de liberté et la libération elle-même. Cet ouvrage nous permet de lire les normes avec un esprit plus ouvert et critique, plus proche de la réalité, et en conséquence plus proche de la justice.

M. Londoño Jimenez a siégé à la Commission d'experts qui a effectué la réforme du code de procédure pénale colombien. Il a écrit également d'autres livres comme : *L'homicide avant le juré* et *Les confessions d'un pénaliste*. Nous avons la certitude que le livre de M. Londoño Jimenez a eu la plus utile influence sur la pratique judiciaire colombienne parce qu'il apporte de grands éclaircissements sur le problème fondamental de la liberté durant le procès.

Fernando TOCORA

V. — PÉNOLOGIE ET DROIT PÉNITENTIAIRE

Parole Decision-Making in Canada. Research Towards Decision Guidelines (L'élaboration des décisions de libération conditionnelle au Canada. Recherche orientée vers l'établissement d'un guide de la décision), par Joan Nuffield, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982, 96 pages.

Cette recherche s'inscrit dans le mouvement qui vise, aux U.S.A. et au Canada, à supprimer l'indétermination de la peine et à limiter le pouvoir discrétionnaire des juges et des commissions de libération conditionnelle (*parole*). Il s'agit plus particulièrement ici de mettre au point un guide des décisions de libération conditionnelle qui apporterait au système canadien une meilleure visibilité et une plus grande équité.

A cet effet, Joan Nuffield, de la Division de la recherche au ministère du Solliciteur général du Canada, après avoir retracé l'évolution de la politique canadienne en matière de libération conditionnelle et passé en revue la littérature anglo-saxonne sur la question (p. 1-12 du rapport) a étudié la pratique du Comité national de Libération conditionnelle de 1975 à 1977 à partir d'un échantillon de 2 500 décisions de libération conditionnelle. Son analyse, qui met à jour les facteurs les plus étroitement liés aux décisions prises, lui a permis de construire un « modèle » ou description abstraite du processus de décision. Ce modèle fait ressortir que le taux des libérations conditionnelles ne suit pas toujours la gravité des infractions. Il est, par contre, lié à certaines caractéristiques du délinquant, qui renvoient elles-mêmes essentiellement au risque plus ou moins grand de récidive. Le modèle se base ainsi sur quatre facteurs principaux permettant de graduer le risque de récidive :

- nombre de condamnations antérieures
- âge à l'entrée en prison
- nombre d'évasions antérieures
- violation d'une libération conditionnelle antérieure.

Ces résultats ont alors conduit le chercheur à mettre au point un instrument de prévision du récidivisme. Tout en reconnaissant que les systèmes de prévision du récidivisme n'ont guère fait de progrès depuis quarante ans, qu'ils se fondent généralement sur des données connues à l'entrée en prison et sont incapables de prendre en compte l'influence du traitement — lorsque celui-ci a une existence réelle —, qu'ils se sont révélés incapables d'identifier les futurs récidivistes avec précision, ou à identifier les programmes qui pourraient diminuer les risques de récidive, l'auteur estime cependant que les méthodes statistiques de prévision présentent des avantages déterminants :

- qu'elles s'approchent davantage de la réalité que les jugements humains comme l'ont montré les recherches effectuées de Burgers (1928) à Gottfredson (1967); on a constaté notamment que les membres du Comité sont plus pessimistes qu'il ne conviendrait,
- incorporées dans un guide des décisions, elles contribueraient à rendre ces décisions plus équitables.
- elles rendraient plus visible la politique de libération conditionnelle : le public serait ainsi mieux informé, et les détenus seraient en mesure de contester les décisions, s'ils estimaient qu'elles étaient fondées sur des renseignements inexacts.

Trois techniques statistiques ont été utilisées pour établir des prévisions de récidive dans les trois années suivant la libération d'un condamné : l'analyse de régression, la *predictive attribute analysis* mise au point par Wilkins et McNaughton Smith en 1970, et finalement la méthode de la simple addition (Burgers et l'Unité de recherche du *Home Office*). C'est cette dernière méthode qui s'est révélée la plus efficace pour distinguer les détenus à haut risque et ceux à faible risque. La prévision de violence criminelle après la libération ne permet pas de déterminer avec précision les détenus à haut risque; elle est cependant capable d'identifier un grand nombre de détenus pour lesquels il est extrêmement peu probable qu'ils soient arrêtés à nouveau pour une infraction de violence.

Dans son dernier chapitre, Joan Nuffield propose d'incorporer systématiquement dans le processus de décision du Comité national de Libération conditionnelle cette technique statistique de prévision. Les délinquants classés comme « faibles risques » se verraient reconnaître une *présomption* favorable à l'octroi de la libération conditionnelle dès leur éligibilité (au tiers de la peine). La présomption jouerait à l'inverse contre la libération conditionnelle des détenus à risques élevés, pour lesquels serait établi un programme soigneusement agencé tendant à une libération graduelle. Le détenu serait informé par écrit de ce « score » et de ses implications, de façon à lui permettre de contester l'exactitude des renseignements sur lesquels reposent les calculs. Le Comité pourrait écarter la présomption favorable ou défavorable, en tenant compte de circonstances particulières : renseignements

non pris en compte, circonstances spécialement aggravantes, alternative en milieu ouvert satisfaisante, facteurs médicaux, facteurs familiaux, etc. Mais s'il n'y a aucune raison de renverser la présomption favorable, la libération conditionnelle serait accordée sans examen en commission. Il serait intéressant d'en savoir plus sur le fonctionnement pratique d'un tel système et notamment de savoir s'il apporte vraiment aux détenus un apaisement grâce à une fixation rapide de leur date de libération et s'il n'est pas de la nature de la libération conditionnelle de réintroduire dans l'examen par le Comité les perspectives de réinsertion sociale qui ont été écartées dans l'établissement de la présomption.

J. V.

The Pains of Imprisonment (Les souffrances de l'emprisonnement), publié par Robert Johnson et Hans Toch, Beverly Hills, Londres, New Delhi, Sage Publications, Inc., 1982, 335 pages.

Il s'agit d'un ouvrage collectif très complet, où les différents chapitres ont été rédigés par des criminologues et pénologues, ayant pour certains une formation de psychologie clinique. Sans prendre partie sur une politique criminelle accordant une place plus ou moins importante à la peine privative de liberté, les auteurs ont pour but de décrire les conditions actuelles de la vie en détention et ses conséquences, surtout psychologiques, sur les sujets détenus, avant de proposer des solutions pour réduire ce qui peut être particulièrement dommageable.

Dans son célèbre ouvrage « la société des détenus »¹, G. Sykes avait distingué cinq privations essentielles en prison : liberté, certains objets et services, relations hétérosexuelles, autonomie, sécurité personnelle. Depuis, indiquent les auteurs, des progrès ont été enregistrés qui ont été remis en cause en raison de la très forte surpopulation des prisons, sans que les ressources, en particulier en personnel, aient été augmentées en proportion. Les processus de victimisation tant physique que psychologique, économique et sociale, sont fréquents et nocifs.

Dans une seconde partie, des études particulières sont consacrées à certaines situations : le « choc » de l'arrivée en prison et du début de la détention, à l'opposé les condamnations à perpétuité ou à de très longues peines et les sentences indéterminées. Robert Johnson présente les résultats d'entretiens effectués avec 35 condamnés à mort détenus au quartier spécial de la prison de l'Alabama en septembre 1978 ; il y a observé, au plan psychologique, trois éléments principaux : l'impuissance, la peur et l'existence d'un vide émotionnel profond. Marc Benzema envisage la situation souvent anxiogène de la sortie de prison par des entretiens menés avec des libérés conditionnels. La période d'anxiété la plus forte se situe juste avant la sortie, suivie d'une baisse très marquée de la tension pendant les premiers jours de la vie à l'extérieur, avant de remonter ensuite, en particulier lorsque l'espoir d'arriver à un niveau de vie satisfaisant par des moyens légaux diminue.

La troisième partie est consacrée aux situations des adolescents, des minorités ethniques, des femmes et des malades mentaux. C'est Paul J. Wienn qui envisage ces derniers dans un excellent exposé des problèmes : écart trop important entre des programmes thérapeutiques parfois très avancés et des conditions de vie désastreuses qui empêchent la réussite de ces programmes, insuffisance des institutions psychiatriques pénitentiaires, recours trop fréquent aux transferts (« ping-pong » ou « traitement par l'autobus ») pour les sujets à l'origine d'incidents répétés, effets négatifs des mesures d'isolement chez des personnes qui auraient au contraire le plus besoin d'activités de type institutionnel.

Enfin, la dernière partie envisage les moyens de réduire les inconvénients du système, essentiellement en humanisant davantage les conditions de vie, en faisant participer plus activement les détenus aux programmes proposés et en ouvrant toujours plus l'institution à la communauté.

1. — G. M. SYKES. — *The Society of Captives. Study of a Maximum Security Prison*, Princeton University Press, Princeton, 1958.

La plupart des éléments décrits ici ont des correspondances souvent très précises avec la situation pénitentiaire actuelle de notre pays. C'est dire tout l'intérêt de l'ouvrage pour tous ceux, administrateurs et cliniciens, qui s'occupent de la « condition pénitentiaire ».

P. MOUTIN

VI. — DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Zarys prawa karnego miedzynarodowego (Précis de droit pénal international) par Lech Gardocki, Varsovie, Editions Scientifiques d'Etat, 1965, 236 pages.

A l'époque où les crimes de portée internationale — engageant parfois la responsabilité des Etats eux-mêmes — deviennent de plus en plus fréquents, le sujet qu'aborde M. Gardocki, professeur à l'Université de Varsovie, mérite tout spécialement d'être minutieusement analysé, approfondi et promu dans tous les pays¹.

En dépit de controverses, lenteurs et tergiversations que pratiquent les décideurs dans le monde entier (la convention contre le génocide, par exemple, a été ratifiée récemment par les Etats-Unis avec 37 années de retard ; la Pologne, partie à cette convention, surprend par l'absence dans sa législation pénale de dispositions sur les crimes correspondants), les juristes semblent autorisés à ne pas perdre tout optimisme. Leurs espoirs peuvent se fonder non seulement sur la rétrospection, remontant aux temps anciens où les massacres, opérés par des vainqueurs, des populations entières, femmes et enfants, ne suscitaient aucune désapprobation, même dans l'Ancien Testament, les exterminations ayant le caractère en quelque sorte biologique d'invasions meurtrières d'une espèce par une autre. Le sort réservé aux dirigeants allemands responsables des crimes de la première guerre mondiale (Guillaume II jouissant de l'asile aux Pays-Bas) et de la deuxième (les condamnés de Nuremberg) témoigne d'une évolution significative.

Partant des données et réflexions historiques succinctes, l'auteur définit le droit pénal international comme une branche de droit qui comprend, primo, les normes de droit international public déterminant, directement ou indirectement, la portée de la pénalisation ainsi que les principes de la responsabilité et de la procédure pénales ; secundo, les dispositions internationales et celles de droit interne concernant soit les infractions à élément d'extranéité, soit les institutions de coopération internationale en matière pénale.

L'analyse minutieuse du problème de la responsabilité des crimes internationaux révèle l'énorme diversité d'attitudes à son égard et en même temps les difficultés d'arriver à des résultats concrets. M. Gardocki trace au début la situation dans ce domaine avant la deuxième guerre mondiale, présente ensuite les mesures appliquées aux auteurs des crimes commis au cours de cette guerre et appuie ses développements sur une description des procès les plus importants : ceux de Nuremberg, de Tokio, devant certains tribunaux alliés, devant les tribunaux polonais. Un chapitre spécial est consacré aux poursuites des crimes nazis en Allemagne fédérale. Les deux sujets généraux : les standards internationaux du droit pénal (infractions « conventionnelles » et leurs types, l'application des standards, la protection de droits de l'homme) et le conflit de lois pénales, sont suivis d'une analyse des institutions juridiques particulières : l'extradition (en droit international et en droit polonais), la transmission des poursuites ainsi que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière pénale.

Il est naturel que chaque lecteur attribue individuellement une importance particulière à certains thèmes ou fragments de l'ouvrage qu'il vient de lire. Les raisons très personnelles de ma prédilection pour l'analyse approfondie, faite dans le livre, du droit de Nuremberg

1. Cf. le compte rendu de l'ouvrage de Lech Gardocki sur les problèmes que pose l'internationalisation de la responsabilité pénale pour les infractions commises à l'étranger, *Rev. science crim.*, 1982, p. 474 et 475.

sont claires. J'avais eu l'honneur de faire la connaissance du professeur Donnedieu de Vabres durant la phase finale du procès devant le Tribunal militaire international, dont il était membre, et c'est lui qui m'a greffé le profond respect du droit de Nuremberg quand j'avais eu le privilège de suivre, en 1948, à l'Université de Paris, son cours spécial de ce droit. Après toutes les tentatives de discréditer les règles établies pour et par le Tribunal de Nuremberg, il est réconfortant de savoir que la nouvelle génération de spécialistes du droit pénal international, représentée brillamment par M. Gardocki, continue cette œuvre, servant bien la justice dans son sens et sa portée les plus larges.

K. POKLEWSKI-KOZIELL

Krivichopravni status broda (Le statut de droit pénal du navire), par Ante Caric, Split, Izdavacki odbor Pravnog fakulteta Sveucilista u Splitu, 1985, 107 pages.

Le navire n'est pas seulement un instrument de déplacement de recherche ou de guerre, il peut aussi être un lieu où se produit la criminalité. En parcourant les mers et les océans, le navire franchit des parties de notre planète soumises à des droits différents, de sorte qu'apparaissent nombre de questions du domaine criminel. La question du statut criminel du navire n'intéresse pas seulement le domaine du droit pénal d'un Etat déterminé, elle prend également en compte le droit pénal international. Le droit pénal régissant le navire a donc un aspect interdisciplinaire. C'est cet aspect comparatif et interdisciplinaire complexe que veut saisir et exposer le livre du professeur Caric : « Le statut de droit pénal du navire ».

Le travail est divisé en cinq parties dans lesquelles sont traitées toutes les questions liées à une infraction commise sur le navire, infraction qui comprend le plus souvent des éléments internationaux. Dans la partie de l'étude qui parle de la mer comme « le seul espace soumis à différents régimes juridiques », il est traité de la mer intérieure, de la mer territoriale, du plateau continental, de la zone économique exclusive, de la ceinture épi-continentale et de la pleine mer ainsi que du régime qui régit ces divers domaines. Une attention particulière est consacrée au problème des « îles artificielles » qui ont un statut particulier, différent du statut du navire.

En cas d'infraction commise sur le navire, la première question d'où dépend le statut de droit criminel du navire est la détermination de la compétence législative. Il s'agit, en règle générale, du principe de territorialité et du principe du pavillon. La mobilité du navire rend importante et délicate la localisation du délit dans l'espace et le temps.

Le problème le plus complexe est celui de la compétence juridictionnelle concernant le délit commis sur le bateau. Le problème de la juridiction est un problème de procédure et doit être distingué de la question de l'autorité répressive en tant que problème de droit pénal matériel. Le statut légal du navire se détermine selon deux critères sur lesquels se fondent une partie de cette monographie : ce sont la nature du navire (de commerce ou de guerre) et le lieu maritime comme point d'un lieu possiblement immense d'accomplissement de l'infraction (mer intérieure, mer territoriale et pleine mer). Le lecteur trouvera résolus quantités de problèmes spécifiques qui intéressent le statut commercial ou de navire de guerre, comme l'abordage en pleine mer, la piraterie en tant que l'un des plus vieux fléaux de l'humanité, l'émission non autorisée à partir de la mer ouverte et autres délits internationaux, la question de l'immunité des navires de guerre, l'octroi de l'asile à un navire, etc.

L'intérêt tout particulier du livre consiste en ce que tous les problèmes juridiques y sont traités de manière comparative (selon le droit yougoslave mais aussi selon de nombreuses législations étrangères), ainsi qu'au regard du droit international (à l'aide de solutions tirées des diverses conventions internationales, y compris la plus récente, la Convention des Nations unies de 1982). A la lumière de ces conventions, l'auteur analyse des cas relevant du droit international et des cas d'espèces relevant des juridictions nationales (les cas du navire *Lotus*, *Franconia*, *Sally* et *Newton*, *Heleana*, *Granefoes* et autres cas). A ce propos, la méthode historique et la naissance des institutions en développement sont analysées (particulièrement en ce qui concerne le système juridictionnel français et anglais concernant les infractions commises sur des navires étrangers dans les ports).

Cette monographie repose sur une variété et un nombre impressionnant de sources (doctrine et jurisprudence étrangères et yougoslaves, réglementations et ordonnances, conventions internationales).

Rares sont de telles monographies qui, par leur richesse et l'importance des questions traitées, franchissent — comme le navire dont le statut criminel est l'objet — d'innombrables frontières et enrichissent au passage chaque lecteur de chaque pays cité. On peut peut-être regretter qu'un travail aussi intéressant n'ait pas été écrit en français ou en anglais afin de toucher un plus large auditoire.

Janie ECKERT

VII. — PROBLÈMES DE L'ENFANCE ET DE L'ADOLESCENCE

Verteidigung in Jugendstrafsachen (La défense dans les affaires pénales de la jeunesse), par Christian Kahlert, Heidelberg, R. V. Decker & C. F. Müller, 1984, 138 pages.

Cet ouvrage de M. Christian Kahlert, avocat à Munich, « *Verteidigung in Jugendstrafsachen* » (La défense dans les affaires pénales de la jeunesse), constitue une aide précieuse destinée aux praticiens confrontés aux problèmes qui se posent en ce qui concerne le droit pénal des mineurs et des jeunes de 14 à 18 ans, particulièrement par les divers conseils qu'il propose, relatifs aux différents stades de la procédure, et aussi par les exemples concrets qu'il contient, tirés de la jurisprudence des tribunaux de la jeunesse.

Après avoir souligné les différences de procédure existant entre le droit des adultes et le droit des mineurs, l'auteur présente cette étude comme un moyen mis à la disposition du défenseur spécialisé de la jeunesse pour l'aider à mieux connaître les questions d'ordre pratique ainsi que les nombreuses réglementations spécifiques procédurales en cette matière. Il est donc à souhaiter que ce travail de M. Kahlert atteigne son objectif d'information et suscite parmi les juristes le plus grand intérêt.

Ginette MONGIN

VIII. — SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

Ciume e Crime (La jalousie et le crime), par Roque de Brito Alves, Recife, Fund Antonio de Santos Abranches-FASA, 1984, 100 pages.

Dans cet ouvrage, M. Roque de Brito Alves, professeur de droit pénal à l'Université catholique et fédérale de Pernambouc et à la Faculté de droit d'Olinda, se penche sur la problématique de la jalousie en criminologie et fonde cette étude sur une analyse psychologique subtile, sans manquer d'évoquer les personnages qui, dans la littérature, ont illustré, à travers les âges, les affres de cette passion — d'Eschyle à Racine, en passant par Shakespeare.

Distincte de l'envie et de la haine, la jalousie est en principe axée sur quelque chose que l'on possède et que l'on craint de perdre, qui s'accroît par les doutes et peut ainsi devenir obsessionnelle. Elle présente ainsi, selon le sujet, des degrés divers — allant d'un sentiment qui peut être considéré comme normal à une forme paranoïaque. A la fin du XIX^e siècle, les psychologues ont eu tendance à la confondre trop souvent avec l'insanité mentale, découplant d'une hérédité pathologique ou de l'alcoolisme.

Après avoir étudié les causes psychologiques de la jalousie — traumatismes de l'enfance, immaturité affective, angoisse, volonté de possession égoïste — et analysé son contenu sexuel et passionnel, l'auteur passe en revue ses variations selon les types caractérolologiques, compare la jalousie des hommes, plus violente et centrée sur un seul être à celle de la femme chez qui elle paraît prendre une forme plus persistante et multiple, non seulement une rivale mais même les activités du mari pouvant en être l'objet, puis il détermine ses caractéristiques chez les homosexuels. La question de savoir si la jalousie est fonction de la race est controversée, certains criminologues estimant que si elle semble prédominer dans certains pays, particulièrement là où règne le machisme, elle résulte tout simplement de l'organisation de la société, de la persistance de certaines traditions.

Considérée comme le motif d'un crime, la jalousie peut, selon le Code pénal brésilien qui distingue le motif vil, du motif futile ou du motif noble, impliquant des valeurs morales et sociales, entraîner l'application des circonstances atténuantes ou des circonstances aggravantes. Toutefois il semble d'après la jurisprudence que les juges aient, a priori, aussi peu tendance à la ranger parmi les motifs vils que parmi les motifs nobles. La décision dépend souvent de la conduite de la victime. L'auteur insiste sur le fait que le criminel par jalousie ne saurait dans la plupart des cas être considéré comme un aliéné irresponsable et que ce n'est que lorsqu'elle prend la forme paranoïaque que l'article 22 du Code pénal brésilien qui prévoit l'exemption de la peine pour maladie mentale peut s'appliquer. Une brève étude de droit comparé et la référence aux statistiques de différents pays complètent cet exposé.

Cet ouvrage qui contient de nombreuses citations empruntées aux pénalistes et aux criminologues qui font autorité en la matière donne aussi une bibliographie internationale fort utile et comprend un abrégé en français et un autre en anglais. Fondé sur une documentation très complète, analysant la problématique de la jalousie dans toute sa complexité, il représente, sous une forme concise, un apport précieux à la littérature sur ce thème.

Denyse CHAST

Mental Health Law (Le droit de la santé mentale), par Brenda M. Hoggett, 2^e édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, 370 pages.

Depuis la première édition de cet ouvrage en 1976, la loi concernant les problèmes de santé mentale en Grande-Bretagne est devenue plus complexe. L'auteur, avocat et professeur de droit à l'Université de Manchester, a donc tenu compte des derniers développements, en particulier du *Mental Health Act* de 1983.

Ce qui frappe tout au long de ce livre, c'est sa grande clarté, malgré la grande quantité d'informations contenues. Il est destiné à tous ceux qui ont à faire avec le malade mental (médecins, infirmiers, travailleurs sociaux, juges et avocats). Tout en restant « un livre de droit écrit par un juriste », ainsi que le revendique l'auteur, il décrit fort bien les transformations importantes de la pratique psychiatrique depuis les années 50, principalement sous l'influence des nouveaux traitements chimiques qui ont favorisé l'ouverture des services de psychiatrie et ont ainsi été à l'origine des modifications des dispositions légales.

Il s'agit, en effet, d'un problème d'importance, tant par l'émotion suscitée dans l'opinion publique par certaines affaires, que par le volume même des cas. Ainsi, en 1973, en Grande-Bretagne, le nombre des admissions obligatoires dans les services d'hôpital psychiatrique était supérieur de 4 000 à celui des emprisonnements. B. M. Hoggett envisage ainsi en détail tous les problèmes légaux liés de plus ou moins près à la maladie mentale : conditions du placement dans les hôpitaux spécialisés, droits des malades hospitalisés de façon obligatoire, modalités des sorties, garanties et moyens de recours contre l'arbitraire, problèmes juridiques posés par les traitements externes dans la communauté, capacité civile et pénale des malades mentaux. Un chapitre particulier est consacré aux délinquants anormaux mentaux dans lequel l'auteur observe que la loi tend vers un certain idéal : essayer de soigner ceux qui doivent et peuvent l'être tout en protégeant la société contre ceux qui ne le peuvent pas. Mais il y a toujours des cas complexes et qui n'entrent pas dans des catégories préétablies.

Une bibliographie de 16 pages, des tables des textes légaux depuis le *Vagrancy Act* de 1713 et des décisions jurisprudentielles, un index thématique, ajoutent encore à l'intérêt de cet ouvrage, en particulier pour tous ceux qui s'intéressent à la comparaison des lois existantes dans ce domaine particulier.

P. MOUTIN

Insanity and Incompetence. Case Studies in Forensic Psychology (Trouble mental et irresponsabilité pénale. Etudes de cas en psychiatrie médico-légale), par Albert Levitt et David Lester, Cincinnati (Ohio), Pilgrimage, A Division of Anderson Publishing Company, 1984, 225 pages.

Bien que cosigné par D. Lester, c'est Albert Levitt qui semble avoir rédigé cet ouvrage consacré à un exposé très concret, appuyé sur la description de nombreux cas, des problèmes auxquels un psychologue clinicien expert auprès des tribunaux peut apporter une contribution positive. L'auteur observe avec raison que les bons psychiatres et psychologues experts sont rares, probablement du fait qu'ils doivent à la fois être d'excellents cliniciens, accepter de soumettre leurs avis à une discussion publique et posséder un minimum de connaissances juridiques. Les psychologues doivent, pour leur part, avoir un excellent maniement des tests qu'ils emploient et pouvoir adapter ceux-ci au problème qui leur est soumis. C'est ainsi que Levitt et Lester décrivent une technique particulière d'utilisation du test de Rorschach, avec un temps d'exposition limité pour chaque planche.

Les problèmes posés sont très variés, centrés cependant sur les notions de capacité et d'aptitude : pouvoir se servir d'une arme, affronter le procès, discerner le bien du mal ou le vrai du faux au moment des faits, être apte à supporter la prison, pouvoir mener ses affaires en liberté, apporter un témoignage crédible, etc. Chaque fois en s'appuyant sur des cas concrets très clairement exposés, l'auteur montre ce que l'expérience d'un bon psychologue peut apporter à un juge dans des affaires particulièrement complexes. Certes, les particularités de la procédure criminelle aux Etats-Unis, avec les joutes possibles entre experts de l'accusation et de la défense, le jeu subtil des avocats, compliquent parfois apparemment le problème mais d'autres caractéristiques, en particulier les possibilités de marchandage (*plea bargaining*) permettent dans certains cas de parvenir à des solutions plus souples et satisfaisantes pour toutes les parties.

Nous avons là, en somme, le livre d'un psychologue praticien expert au tribunal dont il faut encourager la lecture aussi bien aux magistrats qu'aux experts psychiatres et psychologues, ceux-ci étant encore, dans notre pays, trop peu reconnus.

P. MOUTIN

IX. — PROBLÈMES DE POLICE

Organizational Police Deviance. Its Structure and Control, par Clifford D. Shearing, Toronto, Butterworths, 1981, 208 pages.

Désormais les pratiques déviantes impliquant la structure même d'une organisation retiennent l'attention scientifique. S'agit-il d'une donnée politologique nouvelle ?

Le concept opératoire (ou indicatif) de « comportement déviant » s'affine. Il est à même de stocker une multiplicité croissante d'interactions et de données. W. Ed. Mann (sociologue de Toronto) souligne que cette approche atteint même et enfin les milieux les plus respectables (v. *Crime at the Top*). Cet ouvrage est loin d'être une charge contre la police. Que faut-il entendre par déviance ? Pourquoi certains comportements sont-ils qualifiés déviants ? Ils seraient déviants en raison de leur signification ! Sinon, les qualifier de « corruption » (ou de « bavure ») suffirait.

Apparemment dans cet ouvrage la notion de déviance s'oppose à celle de conformisme. La recherche anglo-culturelle fait état de nombreuses études sur les niveaux, les fonctions sociales inattendues, les concrétisations socio-structurelles et institutionnelles de la déviance comportementale. Faut-il s'intéresser, finalement, plus à la déviance qu'à ce dont elle dévie ? En un certain sens une trop forte insistance sur le concept de déviance n'est-elle pas suspecte ? N'y-a-t-il pas dans l'ombre, au-delà d'elle, un simple désir de normalisation ?

Toute cette évolution outre-atlantique a conduit à entreprendre l'étude systématique des pratiques déviantes de la police canadienne. Et ceci avec la volonté d'éclairer leurs implications sociologiques et politiques. Traditionnellement la corruption était perçue selon le paradigme de la « brebis galeuse ou de la pomme pourrie ». Désormais une tendance s'affirme qui voit en elle le signe révélateur d'un certain système interne d'infractions doublement ou conflictuellement significatives. Ceci introduit la notion d'*Organizational Police Deviance*. S'agit-il de recourir à un concept de portée sociologique générale ? Notamment dès qu'il y a entreprise organisatrice ! Ce qu'annonçait déjà le concept de « déviance structurelle ». Est-elle engendrée par la seule structuration à l'intérieur du système considéré ou n'ajoute-t-elle pas à son tour, aux facteurs structurels, une spécificité propre, au point que l'on puisse parler de « déviance structurée » ? D'où dans toute déviance constatée l'interaction de deux jeux de facteurs : les uns en réaction contre la stratégie organisante et les autres destinés à suppléer les lacunes ou à faire face aux contradictions intra-structurelles ! Et surtout à jouer excessivement le rôle du principe de réalité.

L'ouvrage a pour ambition de révéler cette forme de déviance sur laquelle les gestionnaires ont tendance à se montrer discrets. Elle est généralement traitée administrativement dans le chapitre : qui contrôle les contrôleurs ! Et, bien sûr, on imagine régler la question en surajoutant les contrôleurs les uns aux autres. Les centrobureaucraties se bornent à renforcer le contrôle central. C'est, apparemment, l'impasse bien connue.

Il convenait d'abord de définir opérationnellement la cible. Puis d'indiquer les voies d'approche où saisir les faits. Et de mobiliser l'imagination correctrice. Projet délicat. L'ensemble des contributions vise à la compréhension sociologique des inconduites organisationnellement conditionnées. De quelle sociologie s'agit-il ? Est-elle armée pour saisir les intentions, les symbolisations qui seraient symptomatiques de ce que les auteurs appellent l'« hypocrisie » fondamentale de l'entreprise organisationnelle ? Passons sur l'insuffisance de l'analyse axiologique de la notion de déviance. Prenons, avec les auteurs, à bras-le-corps, la *Police Occupational Deviance* (déviance policière professionnelle). L'approche traditionnelle, s'alignant sur le comportement administratif, minimisait la portée sociale et sociologique des faits (parjures, violences excessives, sexualité et travail, négligence, ivresse). Ces infractions internes sont à la fois d'ordre disciplinaire, légal et moral. Elles mobilisent plusieurs contrôles sociaux. Doit-on s'en tenir à la seule sociologie organisationnelle ?

Longtemps donc on s'est refusé à analyser de plus près la corruption. On n'allait pas plus loin que le constat de sa facticité, de son apparente individualisation. Comme du comportement criminel on s'efforçait d'en faire un errement personnel. A-t-on étudié systématiquement les Conseils de discipline, les Conseils de réforme et les Commissions d'avancement ? A supposer que l'on se doute que les comportements déviants puissent résulter de frustrations, de contradictions, d'obligations d'obéir et de se comporter de façon plus impopulaire qu'il ne convient, on s'est toujours arrangé pour n'en tenir compte que secrètement et négocier. L'entreprise canadienne a donc, quant à elle, choisi le réalisme.

Toutes les contributions de l'ouvrage soulignent notamment avec force un désaccord entre le respect des valeurs démocratiques proclamé par les responsables de l'institution et la culture opérationnelle des gens du terrain. Les fonctionnaires de base se plaignent de l'existence d'un double discours. On les inciterait à être efficaces avant tout. C'est un premier conflit de normes et de valeurs. Mais cela n'est pas suffisant pour expliquer les conflits internes et les manifestations de pratiques (ou de rationalisations) déviantes et d'auto-légitimisation.

Les premières recherches de cette sorte s'intéressaient aux rapports entre la déviance (corruption psycho-significative mais dénuée de tout gain personnel) et le jugement des

collègues. On s'efforçait de saisir et d'interpréter les attitudes admises relativement au « reportage » des faits. On s'installait dans l'horizon sous-culturel. Constaté ce repli eut dû inspirer l'idée d'un déchiffrement, la règle du silence n'étant pas reçue sans résistance. Elle engendre des conflits de rôles. Et ceci dans les deux sens (pour ou contre).

J. Hagan et C. P. Morden (Toronto et Wisconsin-Madison), dans une contribution intitulée *The Police Decision to Detain: A Study of Legal Labelling and Police Deviance* (où l'on considère la décision de la police de réclamer la détention, y voyant une action légale d'étiquetage pouvant, ultérieurement, au niveau de ses conséquences exercer une pression extra-légale au niveau du *Sentencing*) aborde la question de l'usage légitime de la *Police Discretion* si importante dans le système nord-américain. C'est dans cet espace d'action que la déviance peut s'inscrire. Une forme de déviance peut s'y développer, de façon insidieuse, invisible. Elle risque d'infliger au processus pénal un caractère différenciateur. La notion de déviance, devenant plus subtile, change de signification.

Clifford Shearing (sociologue criminologue de Toronto), dans un texte intitulé *Deviance and Conformity in the Reproduction of Order*, va policiologiquement encore plus loin. C'est le rôle de la police dans l'architecture sociologique qui est sans doute mis en cause. Il opte pour une vision de la police comme forme moderne de plus en plus diffuse de contrôle social. Pour lui une multiplicité de mécanismes assurent l'hégémonie de certaines classes (p. 29). Certains de ceux de la police destinés à « reproduire l'ordre » en seraient des exemples. Et selon cet auteur, la sous-culture policière coordonnerait les activités de la police dans ce sens. Elle aiderait à légitimer l'action de la police à partir du système légal et de la politique du service. Sa thèse est qu'il existe une accommodation réciproque entre le « pouvoir et les normes dans l'interaction sociale ». Au-delà d'une option idéologique plus engagée qu'il ne convient scientifiquement, cette thèse paraît empiriquement utile. En effet, l'auteur s'intéresse aux réponses individuelles des hommes de police aux attentes de la sous-culture policière aussi bien qu'à celles des valeurs formelles et des règles gouvernant l'organisation policière. C'est un problème classique de la sociologie de l'action : comment les attentes normatives se traduisent-elles en action sociale. A la contradiction des normes qui font pression sur eux, les acteurs du terrain répondent selon des modèles que l'on peut regrouper en quatre types : *Wise Officers, Real Officers, Good Officers, Cautious Officers*.

Le conflit de cultures central serait : comment est-il possible de cibler différenciellement des « populations-problèmes » en respectant les règles de la justice et de l'égalité sociales ? S'agit-il vraiment d'une forme de conflit de classes ? Cela n'est pas évident. Ne s'agit-il pas plutôt d'un conflit entre des représentations socio-collectives et des niveaux de culture (au sens classique). Il s'agit le plus souvent d'un insuffisant niveau de ressources pour investir l'espace décrit et visé par la formule *Police Discretion* : lieu de développement autonome de la fonction policière, désormais moins instrumentale et revendiquant le statut de *policing*. L'auteur, dans la perspective d'une théorie actionniste et volontariste, propose une explication où la liberté de réactions du niveau micrologique, reconnue par le commandement, s'intègre finalement à la maintenance d'une stabilité sociale.

John Alan Lee (Toronto), traite de la particulièrement « projective » relation de la police et des groupes minoritaires (*Some Structural Aspects of Police Deviance in Relations with Minority Groups*). Comment une police démocratique peut-elle violer les « droits civils » des minorités ? L'évolution de ces rapports sera le signe d'une profonde transformation de la police. Il s'ensuivra un accroissement d'efficacité sociale. Ce chapitre est stimulant, d'autant qu'il élargit infiniment la notion des minorités marginalisées, « assiégées ». Ce concept évolue. Il mêle des notions de classe et de signe visible d'appartenance à une sous-culture, une ethnie ou une idéologie. La police, née historiquement pour protéger d'abord les classes dominantes, selon l'histoire nord-américaine de cette institution, voit ses protégés se multiplier, se diffuser. Aux anciennes classes dangereuses il faut substituer de nouveaux objectifs. Une certaine frange de la population serait ainsi abandonnée à son pouvoir. Certains auteurs ont parlé de *police property*. Mais la société moderne est de plus en plus pluraliste et polyglotte. L'analyse structurelle indique que bien des comportements déviants vis-à-vis des minorités (pas seulement étrangères, ethniques, mais aussi de comportement, d'apparence ...), recouvrent des résidus de vieux conflits sociaux, de vieilles histoires internationales ou colonialistes. Dans toute déviance il convient donc de rechercher les structures conflictuelles les plus secrètes, sous-jacentes à de telles pratiques déviantes.

R. V. Ericson (Toronto), dans *Rules for Police Deviance*, plaide pour une méthodologie propre à l'étude de la déviance organisationnelle de la police. Il nous propose de comprendre la déviance par référence aux règles sociales utilisées pour construire l'ordre social. En examinant l'usage policier des règles dans le contexte de leurs activités organisées ou organisationnelles, on pourrait, pense-t-il, mieux étudier les propriétés des règles dans la vie sociale organisée en général. Il s'agit d'une réflexion approfondie sur les phénomènes et les processus de règle. Ce sont, souligne l'auteur, des « outils de reproduction de l'ordre ». Elles sont en outre des armes dans le conflit social ainsi que des justifications de l'action. Ceci vise l'ensemble régulateur : lois, règlements, normes sociales. La déviation consisterait en ce que cet arsenal en vienne à ne servir que des intérêts particuliers. Mais il peut aussi servir des intérêts généraux ! Au niveau de l'action de police sur le terrain, dans un face-à-face en situation, les règles, dont au aurait conscience et connaissance, aideraient à caractériser ladite situation. Permettant ainsi aux acteurs de se représenter leurs rôles. Elles n'ont pas besoin d'être exercées pour agir. D'où la fameuse *police discretion* qui repose sur une sorte de « contrat tacite ». Traditionnellement la police fondait sa légitimité sur ce contrat tacite (p. 84). Le lecteur pourra trouver dans ces réflexions serrées d'excellentes indications pour mieux comprendre la *police discretion*. L'auteur, finalement, s'interroge sur l'existence éventuelle de « règles déviantes ». Les policiers sont placés dans des situations où ils peuvent recourir à plusieurs systèmes de règles. Cela pour de multiples objectifs. C'est une servitude de l'époque. Leur mandat est de plus en plus large : responsabilité du contrôle de la criminalité, du contrôle de la déviance des autres et contrôle de l'ordre social. Ne sont-ils pas confrontés à des processus sociaux qui sont au-delà de tout contrôle institutionnel possible, étant noyés dans les structures sociales, culturelles, politiques et économiques de la société ?

Ils sont contraints de se rabattre sur la « manipulation des apparences » (p. 101). Et leur meilleur outil pour y parvenir c'est qu'ils disposent de règles variées. Cela créerait toutefois une *organizational hypocrisy*. Cela nuit aux relations avec la communauté, aux relations entre l'administration et les gens du terrain, aux relations des services spécialisés entre eux. Et ceci en raison des conséquences psycho-sociales et individuelles inévitables au niveau humain (tendances au secret, à la méfiance, au conservatisme, à la défiance...). Faut-il rénover le mandat de la police ? Au préalable, l'auteur conseille d'encourager l'étude de la manière dont les règles punitives (droit criminel, règlements de police, codes disciplinaires) sont utilisées. Il faut également intensifier les recherches sur les règles sous-culturelles qui guident l'action de la police. Comment se relient-elles aux règles administratives pour résoudre les tensions socio-conflictuelles extérieures à la police ? En somme, comment utilise-t-on les dysfonctions du système dans une stratégie d'ensemble !

Austin Turk (Toronto) dans *Organizational Deviance and Political Policing*, aborde un thème brûlant. Plus que jamais, à ce niveau, le problème du *controlling the controllers* se pose. D'intéressantes conclusions sont inventoriées (p. 122-123). Pour l'auteur, tout dépend de la valeur civique et civile de l'homme en fonction. Mais aussi de la sensibilité de l'ensemble des membres de la communauté !

J. P. Brodeur, dans *Legitimizing Police Deviance*, s'attaque au problème du contrôle de la police sur le terrain. Il ne pense pas que ce contrôle puisse n'être fondé que sur les lois, qu'il soit réalisable par un processus législatif ! Il a constaté que la loi pénale a souvent pour « rôle de légitimer justement pour la police ce qui est pénalement interdit à tous ». Etendre le contrôle légal à toutes les formes d'action de la police, notamment dans le cadre de ses choix opérationnels, en situation (*police discretion*), ne conduirait pas bien loin. On aboutirait, souligne l'auteur, à l'extension d'un simple « formalisme légal ».

Une approche criminologique montre que la police doit, en principe, contrôler la criminalité. Mais cela outrepassé ses possibilités opérationnelles. En sorte que ne pouvant contrôler, elle s'efforce de contenir, et finalement elle finit par s'en arranger.

C'est l'impuissance de la police qui engendrerait la déviance policière. Il faut veiller à ce que, poussée par l'excessive généralité de son mandat, la police n'en vienne à acquérir de nouveaux pouvoirs. Concernant le contrôle de la criminalité, elle manque encore de spécificité. A-t-elle enfin constitué un savoir criminologique réel, scientifiquement fondé, expérimenté, évalué ? Les statistiques de police montrent à l'évidence qu'elle s'intéresse à un nombre énorme de conduites qui n'ont rien de commun entre elles. Qui n'impliquent ni les mêmes moyens, ni les mêmes savoirs. La police, « bonne à tout faire », atteint les

limites de sa compétence. D'où des cas nombreux et variés d'*organizational police deviance*. Il faudrait redéfinir le mandat de la police. Mieux le focaliser, par exemple sur la criminalité. Et s'interroger, scientifiquement, sur les rapports entre la loi pénale et les réglementations de tout ordre qu'elle sanctionne.

L'auteur, qui ne voit dans la police qu'une activité anticriminelle, laisse de côté le *Policing* propre à la police administrative au sens français du terme. Cela tient sans doute à ce que la structure sociopolitique canadienne est différente de la nôtre. Faire de la police une fonction essentiellement criminologique est évidemment une excellente idée. Mais là encore il conviendrait de préciser de quelle approche criminologique il s'agit. Dans le cadre d'un droit policier authentique, étudié pour correspondre aux réalités du terrain, et en interaction avec une véritable recherche criminologique à base de sciences humaines et sociales, cela serait hautement souhaitable. Dans une perspective comparatiste il convient de dire que le problème canadien, voire nord-américain, n'est pas directement transposable dans le système français. Mais bien des difficultés sont de la même nature. Le profit comparatiste d'un tel ouvrage est incommensurable.

Jean SUSINI

X. — DROITS DE L'HOMME

Droits de l'homme en France (Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises), par Gérard Cohen Jonathan, Marc-André Eissen, Jean-Louis Gallet, Renée Koering-Joulin, Nicolas Pacaud, Georges Wiederkehr, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, Editions N. P. Engel, 1985, 195 pages.

L'adhésion d'un Etat à la Convention européenne des droits de l'homme peut être comparée à un mariage. Elle a comme conséquence nécessaire l'institution soudaine d'une cohabitation entre deux ordres juridiques qui, la veille, se trouvaient encore séparés. Et, comme tout mariage, elle engendre certaines difficultés.

D'une part, les représentants du droit national, les juridictions et surtout les instances suprêmes, doivent supporter un véritable choc. Jusqu'ici, en matière de droits fondamentaux, l'ordre juridique national, mis à part quelques brins exotiques de jurisprudence « luxembourgeoise », régnait en souverain absolu. Il y avait tout lieu d'en être fier, notamment en France, pays qui peut se considérer, grâce à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme l'un des berceaux des droits de l'homme. Or d'un jour à l'autre, voici tout un système de droit qui, à travers un texte relativement bref et banal il est vrai, mais déjà concrétisé par des centaines de décisions judiciaires, demande à être respecté. Et les juges suprêmes, habitués à tavailler dans l'air léger des sommets et à ne reconnaître au-dessus d'eux que Dieu et la Philosophie du droit, doivent supporter que désormais des juges européens puissent être appelés à revoir leurs arrêts et décisions. Choquant !

D'autre part, nul ordre juridique n'est parfait — même pas en France. Et partout et toujours il y a des gens critiques (ceux, par exemple, qui n'ont pas la chance de devenir juges suprêmes ?) qui se trouvent insatisfaits du degré de protection des droits individuels offert par leur droit national. Pour eux, la Convention risque de promettre l'impossible, de susciter des espérances exagérées, d'apparaître comme un messie.

Les deux attitudes sont aussi compréhensibles qu'inutiles : l'ordre juridique européen est une simple réalité qu'il faut accepter. Dans la conclusion de son rapport de synthèse M. Cohen Jonathan énonce une phrase merveilleuse : « Les magistrats, les avocats, l'administration et même les simples citoyens doivent donc apprendre le langage européen » (p. 187). C'est exactement la situation dans laquelle se trouvent non seulement les Français, mais tous les Européens de l'Europe des 21. Et l'apprentissage est long et difficile (plus

difficile d'ailleurs, pour des raisons pratiques, dans les pays de langues autres que le français et l'anglais).

Le présent volume n'est pas, à vrai dire, une « grammaire européenne », mais plutôt une étude scientifique approfondie sur les progrès des juridictions judiciaires françaises, dans leur apprentissage, ce qui n'empêche pas les auteurs d'adopter ici et là une attitude tout à fait pédagogique. Ainsi, M. Pacaud gronde très justement un avocat pour ne pas avoir pensé à invoquer à temps la Convention (p. 42), tout comme il tance un magistrat pour avoir tenu des propos dédaigneux à l'adresse de la Convention (p. 68 et s.; v. aussi, p. 140).

L'œuvre de réception n'est jusqu'ici pas très importante, comme le déplorent les auteurs. Ce n'est pas tellement surprenant puisque ce n'est que le 2 octobre 1981 que le recours individuel a été accepté. La relative rareté des décisions judiciaires faisant application de la Convention n'empêche cependant pas que cette étude soit d'une richesse foisonnante. Respectant strictement l'ordre systématique, les jugements et arrêts sont étudiés jusque dans le moindre détail et avec une très grande précision. Peut-être aurait-on pu souhaiter que « du côté européen » une place plus grande soit accordée à la jurisprudence de la Commission¹. Une autre remarque de peu d'importance : alors que les auteurs citent très abondamment la doctrine francophone, ils font très peu référence à des publications en d'autres langues. Mais bien sûr il ne peut être exigé des juristes « européens » qu'ils maîtrisent toutes les langues. Il serait ainsi très important que puisse s'établir un discours jurisprudentiel à travers les frontières, problème qui est encore loin d'être résolu.

Telles sont la richesse et la variété des questions soulevées dans ce volume dont il paraît impossible de rendre compte de façon équitable sans dépasser largement l'espace disponible. A titre d'illustration voici quelques points choisis plus ou moins au hasard.

Dans l'exposé de M. Eissen ce qui intéressera particulièrement le lecteur non-français est la procédure du renvoi en interprétation aux autorités gouvernementales (p. 16 s.), qui semble mal s'accorder avec le caractère quasi-constitutionnel de la Convention².

L'étude de M. Pacaud comprend une statistique très intéressante de l'application de la Convention sous l'angle numérique. Comme les autres auteurs du livre, M. Pacaud ne cache pas son enthousiasme pour le droit européen. Il déplore la rareté des jugements faisant référence à la Convention et y trouve des explications fort convaincantes³. S'il est permis d'ajouter à la liste, on est tenté de revenir à la reconnaissance tardive du recours individuel. N'a-t-elle pas eu pour conséquence de laisser sommeiller la Convention ? Les premiers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme mettant en cause la France pourraient susciter l'intérêt des médias et contribuer à la « popularisation » du droit européen. Ensuite, M. Pacaud se penche sur les juridictions judiciaires non répressives, devant lesquelles l'Etat ne se trouve qu'exceptionnellement impliqué, ce qui réduit le danger de voir les droits fondamentaux mis en cause. Si l'auteur pouvait étudier, selon les mêmes méthodes de sociologie judiciaire, la jurisprudence des institutions strasbourgeoises — projet dont la réalisation serait fort appréciée — il constaterait peut-être que la moyenne française de ce type d'affaires correspond à la moyenne européenne.

Sur le plan strictement juridique, l'on soulèvera une critique particulièrement importante. L'auteur s'en prend au caractère souvent trop sommaire de l'examen des moyens tirés de la Convention (p.e. p. 55). C'est là en effet que le processus éducatif doit commencer car c'est le sérieux de l'argumentation présentée qui souvent détermine l'attitude d'une juridiction vis-à-vis de la Convention.

Le lecteur de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* étudiera avec une attention particulièrement aigüe la plus importante des contributions de cet ouvrage, le rapport de Mme Koering-Joulin et de M. Gallet sur « L'application au fond de la Convention devant les juridictions répressives » (p. 77-138).

1. La jurisprudence de la Commission est justement citée, par Mme Koering-Joulin et M. Gallet à la page 131 où les auteurs posent la question de savoir si la Commission ira, pour la garde à vue « au delà du délai de 48 heures » : à ce sujet voir le résumé de la jurisprudence dans le rapport de la Commission du 15 juillet 1983 sur la requête n° 9017/80. *Mc Goff c. Suède*, § 28 : des délais allant jusqu'à 96 heures sont acceptés.

2. Ce qui est relevé à juste titre par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Debout*, p. 24 et s.

3. P. 38 et s.; v. à ce sujet également les obs. de M. Wiederkkehr, p. 140.

Ici encore, les auteurs se plaignent de l'attitude conservatrice des autorités judiciaires qui, plutôt que d'opérer une véritable interprétation de la Convention, se bornent à une citation de tel ou tel article « proche parfois de la clause de style, servant davantage à donner des satisfecit de principe à notre législation interne qu'à engendrer un doute salutaire » (p. 79).

Il est intéressant de noter que les problèmes de droit pénal matériel occupent une place importante dans cette contribution, alors que dans la jurisprudence strasbourgeoise il semble qu'on puisse observer une nette prépondérance des questions de procédure. Une spécialité française : la discussion de la compatibilité de l'article 334-2° et 3° du Code pénal avec l'article 12 de la Convention. La poursuite pour proxénétisme du mari cohabitant avec sa femme qui se livre habituellement à la prostitution porte-t-elle atteinte au droit de se marier ? Les auteurs sans céder à leur attirance pour la Convention répondent négativement à la question, de manière extrêmement convaincante (p. 89 et s.).

L'on relèvera encore la discussion approfondie, consacrée au droit à l'intimité (p. 94 et s.) qui révèle que le Conseil constitutionnel « paraît même aller au-delà des exigences de la Cour européenne puisqu'en rattachant l'inviolabilité du domicile à la liberté individuelle, il subordonne la validité des perquisitions à l'appréciation éclairée et au contrôle du juge judiciaire, garant des libertés individuelles » (p. 96).

Au sujet de l'article 7 de la Convention, les auteurs s'étonnent « du silence trop fréquemment gardé sur le § 1 » (p. 105). Y a-t-il vraiment de quoi s'étonner ? Cette garantie, qui trouve son origine dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et se voit reprise en substance par l'article 4 du Code pénal n'a-t-elle pas une histoire si profondément enracinée dans le droit français qu'il n'est point besoin d'une protection européenne ?

En revanche, en France comme dans un grand nombre de pays européens, la durée de la procédure semble poser des problèmes et c'est légitimement que les auteurs critiquent une jurisprudence nettement trop indulgente à cet égard (p. 117).

Les auteurs se sont aussi penchés sur le droit extraditionnel. Très justement, ils relèvent que le droit régissant la détention préventive ne s'applique pas à la détention de l'extradé. En conséquence l'article 148 du Code de procédure pénale est étranger à la matière. Faut-il pour autant en déduire que « rien ne permet d'impartir un délai au juge d'instruction pour statuer sur la demande de mise en liberté » (p. 135) ? L'article 5 § 4 de la Convention exigeant une décision « à bref délai », il est permis d'exprimer un doute.

L'examen du droit privé y compris la procédure civile a été confié à M. Wiederkehr. Ses observations sur le principe de la publicité des audiences (p. 143 et s.) suscitent un intérêt particulier, notamment en ce qui concerne les procédures disciplinaires. Mais l'auteur fait aussi état de difficultés posées par la notion d'égalité des armes dont il est dit justement qu'elle s'applique également aux procédures civiles (p. 147).

Dans son rapport de synthèse, M. Cohen-Jonathan constate « une familiarisation un peu plus grande avec le droit de la Convention, mais une application encore hésitante parsemée d'étranges silences... et surtout d'une appréhension insuffisante des enseignements de la jurisprudence européenne » (p. 167). Voilà un inconvénient auquel l'ouvrage dont nous venons de parler remédiera, au moins dans une certaine mesure, puisque l'objectif visé est différent.

Sans aucun doute, les auteurs de ce volume ont réalisé un travail scientifique qui, non content de mériter les applaudissements du chercheur, est également susceptible de contribuer de façon efficace à la « vulgarisation » du droit conventionnel dans les milieux judiciaires français. Il reste à espérer qu'il sera lu avec toute l'attention qu'il mérite.

Stephan TRECHSEL

B. — BIBLIOGRAPHIE DES PÉRIODIQUES DE LANGUE FRANÇAISE

I. — PUBLICATIONS À CARACTÈRE SCIENTIFIQUE

par Andrée MAYER-JACK,

*Maître-assistant honoraire à l'Université de droit,
d'économie et de sciences sociales de Paris*

I. — HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

1. — LORCIN (M.-T.), « De l'oustillement au villain ou l'inventaire sans raton-laveur », *Rev. histor.*, 1985.321.
2. — ROUSSEAU (J.-L.), « Violence, criminalité et répression dans une ville brabançonne », Nivelles, 1646-1695, *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.649.
3. — STANZA (W.), « La réforme du droit pénal en Autriche de 1945 à 1975 », *Dév. et soc.* (Genève), 1986.129.
4. — TUSCHETTI (M.), « Concorde ou tolérance, de 1562 à 1598 », *Rev. histor.*, 1985.341.
5. — WASOWICZ, « Influence de la pensée pénale française dans les ouvrages polonais au XIX^e siècle », *Rev. histor. dr. pén. et étr.*, 1986.231.

II. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

6. — CLERC (F.), « Paul Cornil, 1900-1985 », *Rev. pén. suisse*, 1986.88.
7. — D. (F.), note sous Trib. grande instance Lyon 23 mai 1986 : application dans le temps des dispositions pénales de la loi du 26 janvier 1985, résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation, *D.* 1986.358.
8. — FAVOREU (L.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 86 de la Constitution. A propos des arrêts de la Chambre criminelle du 25 avril 1985 sur le contrôle d'identité des étrangers, la magistrature constitutionnelle gardienne des libertés individuelles ; application par la Cour de cassation des décisions du Conseil constitutionnel », *d.*, 1986, *Chron.* 169.
9. — JEANDIDIER (W.), note sous *Crim.* 13 févr. 1985, pouvoirs de la Chambre d'accusation, appréciation de la régularité d'une commission rogatoire, finalité véritable ou apparente, connaissance des circonstances des infractions et des buts de leurs auteurs, devoir de s'expliquer sur les liens pouvant exister entre les diverses infractions, *J.C.P.*, 1986.20.587.
10. — JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, *Chron.* 197.
11. — LAHAYE (N.), « Le droit criminel face aux techniques modernes de communication », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.383.
12. — PRADEL (J.), « Tentative et abandon, en cas de participation de plusieurs personnes à une infraction », *Rev. internat. dr. comp.*, 1986.735.
13. — ROUILLER (Ch.), « L'évolution du concept de délit politique en droit de l'entraide internationale en matière pénale », *Rev. pén. suisse*, 1986.24.
14. — SOMERHAUSEN (C.), « La prévention du crime par la liberté, la justice, la paix et le développement », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.475.

III. — PROCÉDURE PÉNALE

15. — BLOCH (E.), note sous Crim. 22 mai 1985, conditions de la détention provisoire, prolongation au-delà d'un an ; art. 145, al. 3, C. proc. pén. ; nature du débat contradictoire, obligations du ministère public et du juge d'instruction, *J.C.P.*, 1986.29620.
16. — BOSLY (H.-D.) et BARON (J.), « La criminologie au prétoire », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.481.
17. — BOULOC (B.), « Droits de la défense et simplification de la procédure pénale (art. 28 à 30 de la loi du 30 déc. 1985 et art. 183 C. pr. pén.) », *D.* 1986, Chron. 226.
18. — BOUZON (B.), note sous Crim. 11 déc. 1984, indépendance du Ministère public à l'égard de la juridiction de fond ; chambre d'accusation ; cancellation des mentions du réquisitoire définitif, *J.C.P.*, 1986.20626.
19. — CHAVANNE (A.), « Les résultats de l'audio-surveillance comme preuve pénale », *Rev. internat. dr. comp.*, 1986.749.
20. — CLERC (F.), « Publicité de la procédure pénale ; introduction », *Rev. pén. suisse*, 1986.49.
21. — DERRIDA (F.), note sous Crim. 10 mars 1986, application dans le temps des dispositions pénales de la loi du 25 janvier 1985, *D.* 1986.182.
22. — FAVOREU (L.), v. ci-dessus, n° 8.
23. — FRANCK (Cl.), « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la 7^e législature », *J.C.P.*, 1986.I.3256.
24. — JEANDIDIER (W.), v. ci-dessus, n° 9.
25. — JEANDIDIER (W.), note sous Crim. 22 avril 1985, détention provisoire ; exécution provisoire d'une ordonnance de mise en liberté malgré l'appel du ministère public ; l'arrêt de la chambre d'accusation qui infirme ou annule cette ordonnance rendant son plein effet au titre de détention initiale, doit être exécuté sans délai par le procureur général, obstacle à l'effet suspensif du pourvoi, *dr.*, 1986.20594.
26. — JEANDIDIER (W.), note sous Crim. 3 juill. 1985, durée de la détention provisoire, calcul de quantième à quantième ; domaine d'application de l'article 801 c. pr. pén., *dr.*, 1986.20602.
27. — MAYER (D.), note sous Crim. 15 oct. 1985, motif de la décision de détention provisoire tenant à la présence de trouble à l'ordre public causé par l'infraction, *D.* 1986.170.
28. — MAYER (D.), note sous Crim. 6 mars 1986, Convention européenne des droits de l'homme et détention provisoire, *D.* 1986.315.
29. — MOUSSA (T.), « A propos des nouvelles règles de l'expertise en matière pénale », *Actual. législ. Dalloz*, 1986, Chron. législ. 69.
30. — PIGUET (J.-P.), « La publicité de l'enquête pénale : le point de vue du défenseur », *Rev. pén. suisse*, 1986.76.
31. — THUILLIER (H.), note sous Trib. corr. Reims, 21 oct. 1985, champ d'application du secret notarial, opposabilité d'une demande de communication fondée sur l'ordonnance du 30 juin, *J.C.P.*, 1986.20554.
32. — VINEY (G.), v. ci-dessous, n° 54.

IV. — DROIT PÉNAL SPÉCIAL

33. — BENNETT (T.), « Légaliser l'abus des drogues : quelques implications », in *Déb. La politique des drogues, Dév. et soc.* (Genève), 1986.193.

34. — BERTRAND (M. A.), « Permanence des effets pervers et résistance au changement des lois sur les drogues », in même *Déb.*, *d*^o, 1986.137.
35. — BOUVIER (F.), « Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives. Les enseignements du Colloque "Génétique, procréation et droit" de janvier 1985 », *J.C.P.*, 1986.I.3249, spéc. nos 9 et s.
36. — BOUZAT (P.), « Chronique de droit pénal des affaires », *Rev. trim. dr. com. et dr. écon.*, 1986.300.
37. — BOUZON (B.), note sous Trib. corr. Foix 26 avril 1983, qualification, compatibilité, destruction, dégradation, dommages, *J.C.P.*, 1986.20.581.
38. — CALAIS (B.), note sous Trib. grande instance Paris 20 nov. 1985, suicide mode d'emploi (2^e épisode), non-assistance à personne en danger, *D.* 1986.369.
39. — DERRUPPE (J.), « Le contrôle des pratiques illégales et irrégularités au regard de la politique de protection des consommateurs », *Rev. internat. dr. comp.*, 1986.409.
40. — FAVOREU (L.), v. ci-dessus, n° 8.
41. — GAZOUNAUD (Cl.), v. ci-dessous, n° 49.
42. — GULPHE, concl. sous Civ. 1^{re} 18 mars 1986, champ d'application du secret médical, demande de certificat par l'assureur pour faire bénéficier l'assuré de la garantie, obligation d'observer le secret à l'égard des tiers, *J.C.P.*, 1986.20629.
43. — HACKLER (G.), « le prix de deux mondes », in *Déb. La politique des drogues, Dév. et soc.* (Genève), 1986.199.
44. — HENNAU-HUBLET (Ch.), « L'autorité médicale et les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.577.
45. — JEANDIDIER (W.), note sous Crim. 4 févr. 1985, éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux ; art. 426-4^o et 437-3^o de la loi du 24 juillet 1966, groupes de sociétés, *J.C.P.*, 1986.20585.
46. — LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'abus de fonctions (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 novembre 1986) », *D.* 1986, Chron. 143.
47. — LAVRIER-LOYER (C.), « Le sort des victimes de la circulation après la loi du 5 juillet 1985. Analyse de jurisprudence », *d*^o, 1986, Chron. 205.
48. — MARCHI (J.-P.), note sous Crim. 24 juill. 1985, délit de malversation et nouvelle législation de la faillite, *d*^o, 1986.220.
49. — MAYER (D.) et GAZOUNAUD (Cl.), note sous Crim. 16 janv. 1986, meurtre du cadavre ou survie du délit impossible, *d*^o, 1986.265 ; cf. ci-dessous n° 52.
50. — ONORIO (J.-B.), « La "Loi Veil" : réflexions sur un premier bilan », *J.C.P.*, 1986.I.3246.
51. — PARENT (C.), « La protection chevaleresque ou les représentations masculines du traitement des femmes dans la justice pénale », *Dév. et soc.* (Genève), 1986.147.
52. — PRADEL (J.), note sous Crim. 16 janv. 1986, meurtre du cadavre ou survie du délit impossible, *D.* 1986.267 ; cf. ci-dessus, n° 49.
53. — VIALARD (A.), note sous Paris 26 févr. 1986, responsabilité contractuelle d'une société de surveillance d'un entrepôt, avec mise à disposition de personnel ; impossibilité d'échapper à cette responsabilité à la suite d'un cambriolage, sous prétexte que l'acte répréhensible du préposé avait été accompli en dehors de ses fonctions ; responsabilité des manquements, même dolosifs, *d*^o, 1986.397.
54. — VINEY (G.), « Réflexions, après quelques mois d'application, des articles 1^{er} à 6 de la loi du 6 juillet 1985 modifiant les droits à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation », *d*^o, 1986, Chron. 209.

V. — PROBLÈMES DE L'ENFANCE ET DE L'ADOLESCENCE

- 55. — BERISTAIN (A.), v. ci-dessous, n° 69.
- 56. — STETTLER (M.), « Une révision totale du droit pénal des mineurs, options générale et particulière », *Rev. pén. suisse*, 1986.129.
- 57. — ZERMATTEN (J.), « Prise de position sur la révision des dispositions pénales applicables aux mineurs », *d°*, 1986.146.

VI. — SCIENCE PÉNITENTIAIRE

- 58. — BARRE (M.-D.), « 130 années de statistiques pénitentiaires en France », *Dév. et soc.* (Genève), 1986.107.
- 59. — DEBROGARD (A), DELFOSSE (J.-P.), PILLOT-BOUZEGZA (M.-Cl.), PRAGER (A.), et TOUSSAINT (Ph.), « Approche de la situation sportive dans les établissements pénitentiaires belges », *d°*, 1986.363.
- 60. — DETIENNE (J.), HOUCHON (G.) et PETERS (T.), « Conseil supérieur de la politique pénitentiaire. Rapport sur les travaux, avis et grandes options de politique pénitentiaire, 1978-1982 », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.693.
- 61. — PEETERS (J.), « Les mesures alternatives au Tribunal de la jeunesse de Malines », *d°*, 1986.465.
- 62. — PETERS (T.), v. ci-dessus, n° 60.
- 63. — PILLOT-BOUZEGZA (M.-L.), v. ci-dessus, n° 59.
- 64. — PRAGER (A.), v. ci-dessus, n° 59.
- 65. — SNACKEN (S.), « L'application de la courte peine de prison en Belgique », *d°*, 1986.555.
- 66. — TOUSSAINT (Ph.), v. ci-dessus, n° 59.
- 67. — WURZER-LEENHOUTS, « L'évolution récente du système pénitentiaire aux Pays-Bas », *d°*, 1986.325.

VII. — DROIT ÉTRANGER ET DROIT COMPARÉ

- 68. — BASSIOUNI (M.-C.), « Les sources de la loi islamique et la protection des droits de l'homme dans le système de droit pénal islamique », *Rev. internat. dr. pén.*, 1985.425.
- 69. — BERISTAIN (A.), « Les tendances de la politique criminelle espagnole concernant les mineurs et les jeunes délinquants », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.473.
- 70. — CLERC (F.), v. ci-dessus, n° 20.
- 71. — CLERC (F.), « Chronique helvétique trimestrielle », *Rev. pén. suisse*, 1986.89.215, 317 et 408.
- 72. — DEBROGARD (E.), v. ci-dessus, n° 59.
- 73. — DELFOSSE (J.-P.), v. ci-dessus, n° 59.
- 74. — DETIENNE (J.), v. ci-dessus, n° 60.
- 75. — HOSNI (N.), « Le droit pénal de l'Islam », *Rev. internat. dr. comp.*, 1985.401.
- 76. — HOUCHON (H.), v. ci-dessus, n° 60.
- 77. — JESCHECK (H.-H.), « Droit pénal islamique, droit pénal laïque », *d°*, 1985.419.

78. — PEETERS (J.), v. ci-dessus, n° 61.
79. — PETERS (J.), v. ci-dessus, n° 60.
80. — PILLOT-BOUZEGZA (M.-Cl.), v. ci-dessus, n° 59.
81. — ROUSSEAUX (J.-L.), v. ci-dessus, n° 2.
82. — STANZA (W.), v. ci-dessus, n° 3.
83. — SNACKEN (S.), v. ci-dessus, n° 65.
84. — STETTLER (M.), v. ci-dessus, n° 56.
85. — TOUSSAINT (Ph.), v. ci-dessus, n° 59.
86. — VANDENBOSCHE (D.), « Le droit pénal anglais confronté aux crimes et délits commis par les hooligans au Heysel », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.447.
87. — VANDENBROCKE (M.), « Les Commissions de défense sociale instituées par les lois de défense sociale à l'égard des criminels et des délinquants d'habitude des 9 avril 1930 et juillet 1964 ». Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 2 septembre 1985, *ibid.*, 1986.145.
88. — WASOWICZ (M.), v. ci-dessus, n° 5.
89. — WURZER (S. M.), v. ci-dessus, n° 67.
90. — ZERMATTEN (J.), v. ci-dessus, n° 57.

VIII. — DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE

91. — BONICHOT (J.-Cl.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *Rev. internat. dr. comp.*, 1986.689.
92. — HAQUANI (Z.), « La Convention des Nations Unies contre la torture », *Rev. gén. dr. internat. publ.*, 1986.127.
93. — MAYER (D.), v. ci-dessus, n° 28.
94. — ROBERT (J.), « La France et la protection transnationale des droits de l'homme », *Rev. internat. dr. comp.*, 1985.635.
95. — ROUILLER (Cl.), v. ci-dessus n° 13.

IX. — CRIMINOLOGIE ET SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

96. — BENNET (T.), v. ci-dessus, n° 33.
97. — BERTRAND (M. A.), v. ci-dessus, n° 34.
98. — BOSLY (A.) et BARON (J.), v. ci-dessus, n° 16.
99. — KELLENS (G.), « De l'utilité de la criminologie spéciale », *Rev. dr. pén. et criminol.* (Bruxelles), 1986.639.

II. — PÉRIODIQUES PROFESSIONNELS ET ASSIMILÉS

par Michel GENDREL

*Ancien chargé de cours des Facultés de droit
Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles
à l'Université de Paris-Sud*

I. — HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

II. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

1. — BERNARDINI (R.), « Légitime défense », *Répert. dr. pénal et procéd. pénale Dalloz*, 1986, 9 pages.
2. — BETEILLE (R.), « Politique pénale. Est-ce vraiment un échec ? », *La Revue de l'A.P.M. (Assoc. professionnelle des magistrats)*, 1986, janv.-mars, p. 14.
3. — TERRAIL (A.), « Qu'est-ce que le "badintérisme" ? », *d°*, 1986, janv.-mars, p. 13.

III. — PROCÉDURE PÉNALE

4. — ANGEVIN (H.), « Contumace », *Juris-cl. procéd. pénale*, art. 627-641, 6-1985, 14 pages.
5. — ANGEVIN (H.), « Cour d'assises. Composition. Jury », *d°*, art. 240-267, fasc. 2, 6-1985, 15 pages.
6. — ANGEVIN (H.), « Cour d'assises. Jugement. Délibération », *d°*, art. 355-365, 9-1985, 23 pages.
7. — BLIN (H.) et GONNARD (J.-M.), « Etat d'urgence », *Juris-cl. pén. annexes*, 6-1985, 4 pages.
8. — BRAUNSCHWEIG (*), « Réflexions sur la procédure d'instruction », *Rev. pénit.*, 1986, p. 12-17.
9. — COUV RAT (P.), « Nullités de procédure », *Répert. dr. pén. et procéd. pénale Dalloz*, 1986, 15 pages.
10. — ESCANDE (P.), « Interrogatoires et confrontations », *Juris-cl. procéd. pénale*, art. 114-121, 9-1985, 25 pages.
11. — GUTH (J.-M.), « Infractions. Recours en indemnité ouvert à certaines victimes de dommages résultant d'une infraction », *d°*, art. 706-3 à 706-15, 6-1985, 14 pages.
12. — HASSLER (T.), « La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale », *Bull. S.P.E.S. (Service provençal d'encouragement et de soutien. Marseille)*, 1985, oct.-déc., p. 12-18 (résumé de l'étude publiée in *Rev. sc. crim.*, 1983, p. 437-461).
13. — LE CLERE (M.), « Et si on ne nous parlait plus de Grégory », *Rev. administrative*, 1985, p. 409 et 410.

14. — MONGIN (P.), « Presse. Compétence », *Juris-cl. pén. (sic)*, App. art. 283-294, fasc. 16, 11-1985, 14 pages.
15. — PARLANGE (J. M.), « Juridictions. Y a-t-il un procureur dans la salle ? », *La Revue de l'A.P.M.* (Assoc. professionnelle des magistrats), 1986, janv.-mars, p. 11 et 12.
16. — VIVIER (J.-L.), « Les compagnies d'assurances devant les juridictions pénales », *La Vie judiciaire*, 1986, 13-19 janv., p. 5.
17. — X..., « Appel répressif », *Juris-cl. Pratique des parquets*, 6-1985, 19 pages.
18. — X..., « Chambre d'accusation », *d°*, 6-1985, 44 pages.
19. — X..., « Compétence », *d°*, 6-1985, 22 pages.
20. — X..., « Détention provisoire et mise en liberté », *d°*, 6-1985, 16 pages.
21. — X..., « Le secret de l'instruction », *Bull. S.P.E.S.* (Service provençal d'encouragement et de soutien, Marseille), 1985, oct.-déc., p. 19-21.
22. — X..., « Le secret de l'instruction et l'information du tribunal de commerce dans les procédures collectives », *La Vie judiciaire*, 1986, 10-17 févr., p. 15.
V. aussi, *infra*, nos 42, 43, 49 et 101.

IV. — DROIT PÉNAL SPÉCIAL

23. — CALENDINI (J. M.), « L'action en redressement judiciaire contre les dirigeants », *Les Petites affiches*, 1986, 5 févr., p. 10-25.
24. — CALLU (M. F.), « Attentats aux mœurs. Bigamie », *Juris-cl. pén.*, art. 340, 11-1985, 10 pages.
25. — CATHÉLINEAU (J.), « Lotissement », *Répert. dr. pén. et procéd. pén.* Dalloz, 1986, 3 pages.
26. — COLLET (A.), « La réglementation du commerce des armes », *Rev. administrative*, 1985, p. 249-253.
27. — CREDOT (F. M.), « A propos de la responsabilité pénale de l'agent de Banque », *Banque*, 1985, p. 1012-1019.
28. — DAIGUEPERSE (C.), « Animaux », *Répert. dr. pén. et procéd. pén.* Dalloz, 1986, 22 pages.
29. — GABORIAU (S.), « La répression de la délinquance routière. Attention au dérapage », *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1986, févr., p. 36-39.
30. — GALLET (C.-H.), Note sous Trib. corr. Paris, 7 nov. 1985, *Les Petites affiches*, 1986, 19 févr., p. 28 (le délit d'acquisition indirecte des biens d'un débiteur : L. 13 juill. 1967, art. 95 et 146).
31. — GUÉRIN (H.), « Infractions économiques. Ententes et positions dominantes. Législation interne relative à la concurrence » (= fasc. 4), *Juris-cl. pén. annexes*, 6-1985, 41 pages.
32. — GUÉRIN (H.), « Infractions économiques. Ententes et positions dominantes. Droit communautaire européen » (= fasc. 5), *d°*, 6-1985, 24 pages.
33. — GUTH (J.-M.), « Agents d'affaires », *Répert. dr. pén. et procéd. pén.* Dalloz, 1986, 14 pages.
34. — LASSALLE (J.-Y.), « Contraventions et peines (troisième classe). Exercice irrégulier de la profession de photographe-filmeur », *Juris-cl. pén.*, art. R. 34-14°, 8-1985, 4 pages.
35. — LASSALLE (J.-Y.), « Contraventions et peines (quatrième classe). Distribution illicite de documents ou d'objets aux automobilistes », *d°*, art. R. 38-13°, 8-1985, 3 pages.
36. — LASSALLE (J.-Y.), « Démarchage financier et opérations de financement et d'assurance », *Juris-cl. pén. annexes*, 6-1985, 12 pages.

37. — MAYAUD (Y.), « Subornation de témoins », *Juris-cl. pén.*, art. 365, 11-1985, 27 pages.
38. — MONGIN (P.), « Presse. Presse étrangère », *d°*, App. art. 283-294, fasc. 7, 11-1985, 13 pages.
39. — MONTREUIL (J.), « Délit de fuite. Circonstance aggravante de fuite. Contravention relative au comportement en cas d'accident de la circulation routière », *d°*, 1^{er} App. art. 319 à 320-1, 8-1985, 24 pages.
40. — REINHARD (Y.), « Homicides, blessures et coups involontaires », *d°*, art. 319 à 320-1, 8-1985, 28 pages.
41. — REINHARD (Y.), « Contraventions et peines (cinquième classe). Blessures involontaires », *d°*, art. R. 40-4°, 11-1985, 3 pages.
42. — X..., « Infractions douanières et cambiaires », *Juris-cl. pratique des parquets*, 6-1985, 46 pages.
43. — X..., « Infractions fiscales », *d°*, 6-1985, 57 pages.
44. — X..., « La dénonciation des mauvais traitements à enfants. L'enfance maltraitée », *Bull. S.P.E.S.* (Service provençal d'encouragement et de soutien, Marseille), 1985, oct.-déc., p. 4-11.

V. — DÉLINQUANCE JUVÉNILE ET ASSISTANCE ÉDUCATIVE

45. — CARBONNIER (J.), « Autorité parentale. Déchéance », *Juris-cl. pén.*, App. art. 312, fasc. 2, 11-1985, 12 pages.
 46. — LEONE (U.), « Perspectives en matière de recherche opérationnelle : jeunesse, criminalité et justice juvénile », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 107-116.
 47. — PEYRE (V.), « Délinquance juvénile et développement socio-économique : regard en arrière sur une recherche comparative », *Annales de Vaucresson*, 1985, n° 1, p. 53-65.
 48. — X..., « La dénonciation des mauvais traitements à enfants. L'enfance maltraitée », *Bull. S.P.E.S.* (Service provençal d'encouragement et de soutien, Marseille), 1985, oct.-déc., p. 4-11.
- V. aussi, *infra*, nos 56 et 60.

VI. — DROIT PÉNAL MILITAIRE

VII. — SCIENCE PÉNITENTIAIRE

49. — FERRIER (B.), « Pour un véritable statut de la médecine pénitentiaire », *Rev. pénit.*, 1986, p. 29-51.
50. — GLEZER (D.), CANO (N.), EYNAUD (M.), COHEN-ADAD (A.) et ZEKRI (J. R.), « Secret médical et pratique carcérale », *Bull. S.P.E.S.* (Service provençal d'encouragement et de soutien, Marseille), 1985, oct.-déc., p. 22-24.
51. — HOVRE (B. de), « L'éducation dans la prison », *Bull. Adm. pénitentiaire* (Bruxelles), 1984, p. 157-185.
52. — JANSSEN (J.), « La sécurité des établissements pénitentiaires », *d°*, 1984, p. 149-155.

53. — RUTHERFORD (A.), « Les prisons et la procédure répressive. Le défi réductionniste », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 13-30.
54. — « De la liberté à la détention », *Bull. S.P.E.S.* (Service provençal d'encouragement et de soutien, Marseille), 1986, janv.-mars, p. 7-17 (étude suivie, p. 19-22, d'intéressants « Impressions et commentaires »).
- V. aussi, *infra*, n° 106.

VIII. — DROIT PÉNAL ÉTRANGER ET DROIT PÉNAL COMPARÉ

A. — Droit pénal étranger

1. Belgique.

55. — « Statistiques-Population. Population des établissements pénitentiaires et de défense sociale », *Bull. Adm. pénitentiaire* (Bruxelles), 1984, p. 209-211 et l'encart.

2. Canada.

56. — LEBLANC (M.), « Boscoville ou les paradoxes de la rééducation », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 50-70.

3. Etats-Unis d'Amérique (U.S.A.)

57. — MC INTYRE (T. J.), « le *Freedom of Information Act* » (la loi sur la liberté d'accès aux informations). « Une analyse du point de vue des agents chargés de l'application pénale de la loi », *Rev. intern. police crimin.*, 1986, p. 58-64.

4. Grèce.

58. — PROTONOTARIOS (P.), « La police portuaire grecque et ses missions », *Rev. intern. police crimin.*, 1986, p. 20-22.

5. Japon.

59. — YOKOO (T.), « La stratégie de la police japonaise face aux Boryokudan », *Rev. intern. police crimin.*, 1986, p. 38-45 (les Boryokudan = la pègre).

6. Pologne.

60. — MALEWSKA (H.), KICINSKI (K.), KURCZEWSKI (J.) et PYTKA (L.), « Les difficultés de la comparaison. Une expérience franco-polonaise à propos d'une recherche pilote sur la pensée morale des jeunes », *Annales de Vaucresson*, 1985, n° 1, p. 127-143.

B. — Droit pénal comparé

61. — LOVASZ-BOUDER (A.), « Errants d'ici et d'ailleurs », *Inform. sociales*, 1985, n° 5, p. 72-79.
62. — MALEWSKA (H.), « La recherche comparative internationale » (titre créé), *Annales de Vaucresson*, 1985, n° 1, p. 5-12.
63. — « Les T.I.G existent aussi à l'étranger », *La Vie judiciaire*, 1986, 3-9 mars, p. 7 et 8 (reproduit des *Dossiers de la Chancellerie*).

IX. — DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

64. — SCHUTTER (B. de), « L'harmonisation du droit pénal et la coopération pénale internationale comme instruments de protection des biens culturels », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 71-86.

X. — CRIMINOLOGIE ET SCIENCES DE L'HOMME

65. — BARUCH-GOURDEN (J.-M.), « L'intolérable vagabond », *Inform. sociales*, 1985, n° 5, p. 5-11.
66. — BENNETT (R. R.) et SHELLEY (L. I.), « Criminalité et développement économique : une analyse internationale longitudinale », *Annales de Vaucresson*, 1985, n° 1, p. 13-32.
67. — BRILLON (Y.), « Quelques paradigmes fondamentaux de la criminologie africaine », *d°*, 1985, n° 1, p. 67-81.
68. — BYK (C.), « La sécurité des personnels judiciaires », *Rev. administrative*, 1985, p. 282 et 283.
69. — BYK (C.), « Les statistiques de la justice et de la délinquance », *d°*, 1985, p. 177 et 178 (*Annuaire statistique de la France pour 1983*).
70. — COURNOT (J.), « La galère », *Inform. sociales*, 1985, n° 5, p. 39-42.
71. — COUSIN (O.), DELISLE (J. P.) et RIGAUD (A.), « L'alcoolisme. Réponses institutionnelles », *d°*, 1985, n° 8, p. 68-73.
72. — GESSNER (V.), « Problèmes théoriques et pratiques de la sociologie juridique comparative », *Annales de Vaucresson*, 1985, p. 95-108.
73. — HAURIE (J.-L.), « La misère au soleil », *Inform. sociales*, 1985, n° 5, p. 43-45.
74. — JOLIET (J.), MALDANT (P.) et QUARETTA (B.), « Assumer "ses" errants », *d°*, 1985, n° 5, p. 47-53.
75. — KRIKORIAN (G.), « La stratégie préventive dans la lutte contre la délinquance urbaine : de la théorie à son application pratique à un cas local en France », *Rev. intern. police crimin.*, 1986, p. 71-80.
76. — LE CLERE (M.), « Faire face au vandalisme », *Rev. administrative*, 1985, p. 202-204.
77. — LE CLERE (M.), « Dérèglement et subversion », *d°*, 1985, p. 630 et 631.
78. — LEAMY (W.), « La drogue dans le monde. Quelques caractéristiques inquiétantes du phénomène actuel de la drogue », *Rev. intern. police crimin.*, 1986, p. 2-6.
79. — LEPOINTE (E.), « Les comportements déviants associés aux désastres », *d°*, 1986, p. 7-19 (reproduit — après adaptation — de la *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1984, p. 290-313).
80. — LISCIA (C.), « Errants et pauvres », *Inform. sociales*, 1985, n° 5, p. 12-20.
81. — PAILLET (P.), « L'errance au quotidien », *d°*, 1985, n° 5, p. 21-35.
82. — PICCA (G.), « La contribution de la criminologie à la justice pénale », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 87-94.
83. — REYNES (L.), « La manche », *Inform. sociales*, 1985, n° 5, p. 36-38.
84. — STEUDLER (F.), « Mythologie de l'alcool au cinéma », *d°*, 1985, n° 8, p. 14-19.
85. — TREMBLAY (P.), « La stabilité de la peine : une perspective anti-évolutionniste », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 31-49.
86. — « La drogue dans le monde. Situation en Europe (1983-1984) », *Rev. intern. police crimin.*, 1986, p. 46-54.

87. — « La drogue dans le monde. Situation en Afrique (1982-1984) », *d°*, 1986, p. 65-70.
88. — « L'errance. Une situation, une réponse », *Inform. sociales*, 1985, n° 5, p. 64-68. V. aussi, *infra*, nos 95 et 107.

XI. — MÉDECINE LÉGALE ET MÉDECINE MENTALE

XII. — POLICE SCIENTIFIQUE ET POLICE TECHNIQUE

A. — Police scientifique

89. — MATHYER (J.), « Quelques remarques au sujet de l'examen de lettres anonymes manuscrites », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 117-124.

B. — Police technique

90. — COSKER (*) et LANGAREL (*), « Les pirates de la vidéo », *Gendarm. nationale*, 1986, janv., p. 18-20.
91. — FABRE (*), « Saphir informatique ou télécommunications », *d°*, 1986, janv., p. 32-35 (le réseau de transmission de données Saphir).
92. — GIROUX (M.), « La fraude téléphonique à l'ère de l'électronique », *Rev. intern. police crimin.*, 1986, p. 23-26 (reproduit de *Sûreté du Québec*, juin 1984).
93. — LACROIX (*), « Informatique et enquête judiciaire », *Gendarm. nationale*, 1986, janv., p. 27-31.
94. — X..., « Halte aux escrocs à domicile », *Liaisons* (Rev. inform. Préfect. police), 1986, janv.-févr., p. 12-22.

XIII. — VARIA

A. — Etudes

95. — ALLOUIS (*), « A travers les sondages », *Gendarm. nationale*, 1986, janv., p. 6-10 (l'image de la gendarmerie dans l'opinion publique).
96. — BROUILLET (*), « Apologie pour l'histoire », *d°*, 1986, janv., p. 11-15 (son utilité au sein de la gendarmerie).
97. — CHARLES (P. A.), « La Convention européenne des droits de l'homme », *La Vie judiciaire*, 1986, p. 1, 5 et 6.
98. — SINGER (J.), « Une question de sécurité : les sociétés de surveillance et de gardiennage », *Rev. administrative*, 1985, p. 175 et 176.
99. — X..., « Il était une fois : les motards », *Liaisons* (Rev. inform. Préfect. police), 1986, janv.-févr., p. 23-30 ; mars-avr., p. 23-33.
100. — X..., « La direction des services techniques de la Préfecture de police », *d°*, 1986, mars-avr., p. 4-22.

101. — X..., « Le droit à l'information. Les relations Presse-Justice », *Bull. S.P.E.S.* (Service provençal d'encouragement et de soutien, Marseille), 1985, oct.-déc., p. 25-34.
102. — « Le point sur ... Activité 1985 », *Liaisons* (Rev. inform. Préfect. police), 1986, janv.-févr., p. 4-9.

B. — *Affaires criminelles*

103. — BAUMGARTEN (R.), « L'affaire Vintras ou le "nouveau prophète en prison" », *La Vie judiciaire*, 1986, 13-19 janv., p. 9-11 (une escroquerie au XIX^e siècle ...).

C. — *Biographies*

104. — ANCEL (M.), « Hommage à Paul Cornil », *Rev. pénit.*, 1986, p. 9 et 10.
105. — SCREVEVS (R.), « Paul Cornil », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 138 et 139.

D. — *Congrès et autres rencontres*

106. — BURLATS (C.) et HUSSON (A.-C.), « Le citoyen détenu. Le droit à la liberté humaine », *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1986, févr., p. 4-6 (18^e Congrès).
107. — CLAVEL (E.), « Le droit et la prostitution », *Le Nouveau pouvoir judiciaire*, 1986, mars-avr., p. 15 et 16 (Colloque Paris, 18 oct. 1985).
108. — ROUCHEREAU-CAMUS (F.), « Le VII^e Congrès de Milan pour la prévention du crime et le traitement des délinquants », *Rev. intern. criminol. et police techn.*, 1986, p. 95-106. (Milan, 26 août-6 sept. 1985).

C. — OUVRAGES REÇUS*

Théorie générale du droit pénal, politique criminelle et ouvrages auxiliaires.

- ALBANESE (Jay S.), *Justice, Privacy and Crime Control*, Lanham MD, Londres, New York, University Press of America, Inc., 1984, VII + 59 pages.
- Archives de philosophie du droit*, tome 30, *La jurisprudence*, Paris, Editions Sirey, 1985, 446 pages.
- Courts and Criminal Justice. Emerging Issues*, publié par Susette M. TALARICO, Beverly Hills (Cal.), Londres, New Delhi, Sage Publications, 1985, 175 pages.
- European Colloquium on the Role of Decriminalisation in Criminal Policy. Colloque européen sur le rôle de la décriminalisation dans la politique criminelle*, Jarvenpää, 20-22 juin 1982, Helsinki, Research Institute of Legal Policy, 1982, 115 pages.
- GARLAND (David), *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategy*, Aldershot, Gower Publishing Company Limited, 1985, 297 pages.
- LOPEZ REY Y ARROJO (Manuel), *Compendio de criminología y política criminal*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1985, 239 pages.

* Ces ouvrages pourront faire l'objet d'un compte rendu bibliographique.

- Nations unies. Règlement intérieur du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, New York, Nations Unies, 1986, version japonaise, 32 pages, version anglaise, 33 pages, version française, 34 pages, version russe, 31 pages, version espagnole, 31 pages.
- Projet de loi portant réforme du Code pénal présenté au nom de M. Laurent Fabius, Premier Ministre, par M. Robert Badinter, Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Sénat, Deuxième Session extraordinaire de 1985-1986, annexe au procès-verbal de la séance du 20 février 1986, n° 300, 134 pages.
- RYAN (Mick), *The Politics of Penal Reform*, Londres et New York, Longman Group Limited, 1983, 150 pages.
- Solon. Raison pour la justice*, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1986, 210 pages.
- TWINING (William), *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1973, réimp., 1985, 574 pages.
- CLINARD (Marshall B.), *Corporate Ethics and Crime. The Role of Middle Management*, Beverly Hills (Cal.), Londres, New Delhi, Sage Publications, 1983, 189 pages.

Droit pénal général.

- KIMMINICH (Otto), *Grundprobleme des Asylrechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983, 197 pages.
- RASSAT (Michèle-Laure), *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. Mémentos Thémis, 1986, 208 pages.
- WESSELS (Johannes), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 15^e éd., Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985, 285 pages.

Droit pénal spécial et droit pénal économique.

- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. *Série droit pénal. Document de travail 33 : L'homicide. Working Paper 33 : Homicide*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984, 129 pages en français, 117 pages en anglais.
- BURCHELL (Jonathan M.), *The Law of Defamation in South Africa*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, Juta & Co, Ltd., 1985, 359 pages.
- CARIC (Ante), *Krivičnopravni status broda*, Split, Izdavački odbor pravnog Fakulteta Sveučilista, 1985, 107 pages.
- CAS (Gérard), FERRIER (Didier), *Traité de droit de la consommation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, 592 pages.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. *Série droit pénal. Document de travail 48 : L'intrusion criminelle. Working Paper 48 : Criminal Intrusion*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1986, 30 pages en français, 25 pages en anglais.
- EGLI (Heinz), *Grundformen der Wirtschaftskriminalität. Fallanalysen aus der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1985, 262 pages.
- WESSELS (Johannes), *Strafrecht. Besonderer Teil-1 : Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 9^e éd., Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985, 222 pages.

Procédure pénale.

- ASHWORTH (Andrew), *The English Criminal Process : a Review of Empirical Research*, Oxford, Centre for Criminological Research, University of Oxford, Occasional Paper n° 11, 1984, 135 pages.
- ASHWORTH (Andrew), GENDERS (Elaine), MANSFIELD (Graham), PEAY (Jill), PLAYER (Elaine), *Sentencing in the Crown Court. Report of an Exploratory Study*, Oxford,

- Centre for Criminological Research, University of Oxford, Occasional Paper n° 10, 1984, 71 pages.
- BALDWIN (John), *Pre-Trial Justice. A Study of Case Settlement in Magistrates' Courts*, Oxford, New York, Basil Blackwell, 1985, 184 pages.
- BORÉ (Jacques), *La cassation en matière pénale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, 1232 pages.
- CARLSON (Ronald L.), *Criminal Justice Procedure*. 3^e éd., Cincinnati (Ohio), Anderson Publishing Company, 1985, 372 pages.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. *Rapport 27 : La façon de disposer des choses saisies. Les procédures postérieures à la saisie. Report 27 : Disposition of Seized Property. Post-Seizure Procedures*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1986, 83 pages en français, 76 pages en anglais.
- CRISTIANI (Antonio), *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, 201 pages.
- INGRAM (Jefferson), *Cases and Materials on Criminal Procedure*, Cincinnati (Ohio), Anderson Publishing Company, 1986, 412 pages.
- JEANDIDIER (Wilfrid) avec le concours de BELOT (Jacques), *Procédure pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. Thémis, Les grandes décisions de la jurisprudence, 1986, 246 pages.
- KAPARDIS (Andreas), *Sentencing by English Magistrates as a Human Process*, Nicosie, Chypre, Asselia Publishers (distributeur : NST Bookservice Ltd.), 1985, XI + 288 pages.
- LÖWE-ROSENBERG, *StPO. Grosskommentar*. 24^e édition refondue, publiée par Peter RIESS, 9. Lieferung, §§ 48-71, préparé par Hans DAHS ; 10. Lieferung, §§ 151-157, préparé par Peter RIESS, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1986, 231 et 250 pages.
- MARSHALL (Tony F.), *Alternatives to Criminal Courts. The Potential for Non-Judicial Dispute Settlement*, Aldershot, Gower Publishing Company Limited, 1985, 310 pages.
- VENTURATI (Piero), *Aspetti della tutela penale del processo nella nuova disciplina degli artt. 334 e 338 Cod. pen.*, Padoue, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, 272 pages.
- TWINING (William), *Theories of Evidence : Bentham and Wigmore*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1985, 265 pages.

Droit pénal international.

- ALAOUİ BOUKHRISS (Hafid), *La coopération pénale internationale par voie d'extradition au Maroc*, Préface de Marc ANCEL, Postface de Mohamed DRISSI ALAMI, Casa blanca. Les Editions Toubkal, 1986, 384 pages.
- New Horizons in International Criminal Law. Nouveaux horizons du droit pénal international. Nuovi orizzonti del diritto penale internazionale. International Conference. Conférence internationale. Conferenza internazionale. May-Mai-Maggio 7-12, 1984, Noto (Sicilia), Toulouse, Editions Erès, Association internationale de droit pénal, Syracuse, Institut supérieur international des sciences criminelles, 1985, 156 pages.*

Pénologie et droit pénitentiaire.

- ALONSO DE ESCAMILLA (Avelina), *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid, Editorial Civilitas, S.A., 1985, 190 pages.
- I Jornadas penitenciarias andaluzas (12 y 13 de noviembre de 1982)*, Seville, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 1983, 118 pages.
- Prison Violence in America*, publié par Michael BRASWELL, Steven DILLINGHAM, Reid MONTGOMERY, Jr., Cincinnati (Ohio), Anderson Publishing Company, 1985, 180 pages.

Droit pénal comparé et droit pénal étranger.

Law and Order and British Politics, publié par Philip NORTON, Aldershot, Gower Publishing Company Limited, 1984 (réimp. ; 1986), 224 pages.

BIANCO (G. Pietro), *La repressione dell'illecito. Codice dei fatti illeciti (progetto Ferrini). Progetto organico di riforma del sistema punitivo italiano. Presentazione del magistrato Francesco Labruna*, Naples, Simone, 1981, 256 pages.

JACKSON (Bruce), *Law and Disorder. Criminal Justice in America*, Urbana et Chicago, University of Illinois Press, 1984, 324 pages.

Código penal (Parte geral - Arts 1^o a 120), lei n^o 7.209, de 11-07-1984. Lei de execução penal, lei n^o 7.210, de 11-07-1984, Sao Paulo, Editora Atlas, S.A., 1985, 123 pages.

Code pénal portugais (loi n^o 24/82 du 23 août 1982, décret-loi n^o 400/82 du 23 septembre 1982), traduit du portugais par Eva BACELAR, Lisbonne, sans éditeur, 1985, 312 pages + VII pages.

Unlawful Sex. Offences, Victims and Offenders in the Criminal Justice System of England and Wales. The Report of a Howard League Working Party, Londres, Howard League for Penal Reform, Waterlow Publishers Limited, 1985, 236 pages.

The Swedish Penal Code 1986. The translation is that of the wording of the Penal Code as at April 1, 1986, Stockholm, The National Council for Crime Prevention Sweden, May 1986, Report 1986 : 2, 110 pages.

GOODSTEIN (Lynne), HEPBURN (John), *Determinate Sentencing and Imprisonment. A Failure of Reform*, Cincinnati (Ohio), Anderson Publishing Company, 1985, 244 pages.

Problèmes de l'enfance et de l'adolescence.

VITO (Gennaro F.), WILSON (Deborah G.), *The American juvenile Justice System*, Beverly Hills (Cal.), Londres, New Delhi, Sage Publications, Inc., 1985, 133 pages.

Sciences criminologiques.

ALBANESE (Jay), *Organized Crime in America*, Cincinnati (Ohio), Anderson Publishing Company, 1985, 142 pages.

CLINARD (Marshall B.), QUINNEY (Richard), *Criminal Behavior System. A Typology*, 2^e éd., Cincinnati (Ohio), Pilgrimage, A Division of Anderson Publishing Company, 1986, 274 pages.

DEBUYST (Christian), *Modèle éthologique et criminologie*, Bruxelles, Pierre Mardaga, Editeur, 1985, 188 pages.

HODGSON (Derek), *Profits of Crime and their Recovery*, Londres, Heinemann Educational Books, Ltd., 1984, 165 pages.

MANTOVANI (Ferrando), *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padoue, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, 682 pages.

MERZAGORA (Isabella), *L'incesto. Aggressori e vittime. Diagnosi e terapia. Con appendice di L. Lanza, L'incesto in Italia*, Milan, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1986, 218 pages.

MOORE (Colin) et BROWN (John), *Community Versus Crime*, Londres, Bedford Square Press of the National Council for Voluntary Organisations, 1981, 150 pages.

The Politics and Economics of Organized Crime, publié par Herbert E. ALEXANDER et Gerald E. CAIDEN, Lexington (Mass.), Toronto, Lexington Books, D. C. Heath & Company, 1985, 175 pages.

SCHWIND (Hans-Dieter), *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1986, 372 pages.

Problèmes de police.

- BARKER (Thomas), CARTER (David L.), *Police Deviance*, Cincinnati (Ohio), Pilgrimage, A Division of Anderson Publishing Company, 1986, 377 pages.
- GLEIZAL (Jean-Jacques), *Le désordre policier*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Politique d'aujourd'hui », 1985, 202 pages.
- HALBWAX (Rémy) avec la collaboration de ROUXEL (Elyane), *Justice pour la police*, Paris, Editions de La Table Ronde, 1985, 285 pages.

Varia.

- ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Expressions latines du droit français*, 2^e éd., Lyon, Editions L'Hermès, 1985, 528 pages.

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

CI. ARRIGHI, Conseiller à la Cour d'appel de Poitiers. — **J.-M. AUSSEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. — **F. BOULAN**, Doyen de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille. — **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). — **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. — **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. — **A. CHAVANNE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth. — **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon. — **J. COSSON**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. — **A. DECOQ**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). — **J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut des sciences criminelles de l'Université de Bordeaux 1. — **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. — **J. DUBOIS**, Avocat à la Cour, ancien Membre du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris. — **B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE**, Conseiller à la Cour de cassation. — **M. EZRATTY**, Avocat général à la Cour de cassation. — **H. FERAUD**, Chef (E.R.) de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. — **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson. — **J.-C. FOURGOUX**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. — **M. GENDREL**, Ancien Chargé de cours des Facultés de droit, Maître-Assistant de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Paris-Sud. — **P. GRAPIN**, Directeur de recherche honoraire au C.N.R.S. — **M. JEOL**, Avocat général à la Cour de cassation. — **L. JOSEPH**, Vice-Président honoraire du Tribunal de grande instance de Paris. — **R. KIEFF**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. — **R. KOERING-JOULIN**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg. — **Ph. LAFARGE**, Bâtonnier désigné de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris. — **J. LAFON**, Médecin-chef au Centre psychiatrique Sainte-Anne, Expert près les tribunaux. — **Ch. LAZERGES**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. — **A. LAINGUI**, Professeur à la Faculté des sciences juridiques de Rennes. — **M. LE CLERE**, Professeur à l'Institut de criminologie de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. — **C. LE GUNHEC**, Conseiller à la Cour de cassation. — **P. LUTZ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. — **A. LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. — **G. MARC**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. — **M. MARCUS**, Magistrat. — **M. MASSE**, Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. — **P. MONZEIN**, Conseiller à la Cour de cassation. — **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. — **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université, Directeur du Centre de sciences criminelles de l'Université de Pau et des pays de l'Adour. — **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers. — **M.-L. RASSAT**, Professeur de droit pénal à l'Université de Paris 12. — **J. ROBERT**, Ancien Procureur général près la Cour de cassation. — **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. — **L. ROCHE**, Professeur à la Faculté de médecine Alexis-Carrel de Lyon. — **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. — **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. — **V. V. STANCIU**, Professeur à l'Ecole supérieure d'anthropobiologie. — **E. SCHLIANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. — **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président de l'Association française de criminologie. — **F. TEITGEN**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. — **A. TOUREN**, Premier avocat général honoraire à la Cour de cassation. — **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général du Centre de recherches de politique criminelle. — **R. VIENNE**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation.

COLLABORATEURS ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS

J. ANDENAES, Professeur à la Faculté de droit d'Oslo. — **Igor ANDREJEW**, Professeur à l'Université de Varsovie. — **Inkeri ANTILA**, Professeur émérite de droit pénal à l'Université d'Helsinki, Directeur de l'Institut d'Helsinki pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, affilié à l'Organisation des Nations Unies. — **M. BARBERO SANTOS**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal de la Faculté de droit de l'Université de Madrid. — **M. Ch. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal. — **S. BATAWIA**, Professeur honoraire à l'Université de Varsovie. — **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie yougoslave des sciences et de l'art. — **Ramsès BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. — **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général près la Cour d'appel de Milan, Secrétaire général du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. — **A. BERISTAIN**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal de la Faculté de droit de Saint-Sébastien, Directeur de l'Institut basque de criminologie. — **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel.

- F. CLERC, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. - J. CONSTANT, Procureur général émérite près la Cour d'appel de Liège, Professeur émérite à l'Université de Liège. - J. CORDOBA RODA, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal à la Faculté de droit de l'Université de Barcelone, Directeur de l'Institut de criminologie. - Eduardo CORREIA, Professeur de droit pénal à la Faculté de droit de Coïmbre. - P.-J. DA COSTA, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.
- J.-Y. DAUTRICOURT, Vice-Président honoraire au Tribunal de première instance de Bruxelles, Professeur émérite à l'Université de Louvain. - C. DEBUYST, Professeur ordinaire à l'Université de Louvain. - S. DONMEZER, Professeur à l'Université, Directeur de l'Institut de droit pénal et de criminologie de l'Université d'Istanbul. - I. DRAPKIN, Professeur (E.R.) de l'Université hébraïque de Jérusalem. - M. DRISSI ALAMI, Professeur à la Faculté de droit de Rabat. - J. DUPREEL, Secrétaire général honoraire du ministère de la Justice de Belgique, Président honoraire de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire.
- Chr. J. ENSCHEDE, Professeur honoraire de l'Université d'Amsterdam, Ancien Conseiller à la Cour suprême (La Haye).
- J. de FIGUEIREDO DIAS, Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coïmbre.
- C. GARDIKAS, Professeur de criminologie à l'Université d'Athènes. - K.-H. GOSSEL, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg. - J. GRAVEN, Professeur honoraire de l'Université, Ancien Président de la Cour de cassation de Genève. - R. GUNZBURG, Professeur émérite de l'Université de Gand, Professeur à l'Université de Rotterdam.
- J. HALL, Professeur honoraire de l'Université d'Indiana. - J.-M. HÄUSSLING, Recteur de l'Université de Wuppertal, Directeur du Centre international de documentation et d'études sur les conflits des jeunes. - L. H. C. HULSMAN, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. - J. HURTADO POZO, Conseiller à la Cour suprême de Lima.
- H.-H. JESCHECK, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président de l'Association internationale de droit pénal.
- G. KELLENS, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. - H.-J. KERNER, Professeur à l'Université de Hambourg. - Burhan KÖNI, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université d'Ankara, Avocat.
- Francisco P. LAPLAZA, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. - R. LEGROS, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. - L.-H. LEIGH, Professeur à la London School of Economics and Political Science. - T. S. LODGE, Ancien Directeur de la recherche scientifique et des statistiques, Home Office, Londres.
- F. H. Mc CLINTOCK, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Edimbourg, Directeur du Centre for Criminology and the Social and Philosophical Study of Law. - K. MADLENER, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau. - T. MORISHITA, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. - Norval MORRIS, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice. - M. MOSTAFA, Ancien Doyen de la Faculté de droit, Président de la Section des sciences criminelles de l'Université du Caire.
- A. NELSON, Professeur honoraire de l'Université d'Upsal. - Eduardo NOVOA MONREAL, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et sociales de Caracas.
- E. OLIVEIRA, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazone.
- O. PERIC, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. - G. D. PISAPIA, Professeur à l'Université de Milan. - S. PLAWSKI, Professeur de droit. - C. POKLEWSKI-KOZIELL, Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo*, Institut des sciences juridiques, Varsovie.
- C. RACZ, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. - Sir Leon RADZINOWICZ, L.L.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. - L. RIBEIRO, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. - J.-P. RICHERT, Associate Professor of Law and Political Science, Stockton College, Pomona (N.J.). - H. ROSTAD, Conseiller à la Cour suprême de Norvège, Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. - E. ROTMAN, Visiting Researcher à la Harvard Law School.
- H. SCHULER-SPRINGORUM, Professeur à l'Université de Munich, Président du Conseil scientifique criminologique du Conseil de l'Europe. - H. SCHULTZ, Professeur émérite de l'Université de Berne. - Louis B. SCHWARTZ, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. - R. SCREVEN, Président de la Cour de cassation, Professeur honoraire des Universités de Bruxelles. - Thorsten SELLIN, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. - A. SOROUR, Vice-président de l'Université du Caire. - I. STRAHL, Professeur honoraire à l'Université d'Upsal. - Dr. G. STURUP, Ancien Directeur de l'Etablissement de Herstedvester (Danemark). - D. SZABO, Professeur à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.
- K. TIEDEMANN, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brigau. - Luis Fernando TOCORA, Professeur à l'Université San Buenaventura, Magistrat au Tribunal superior de Buga (Colombie).
- G. VASSALLI, Professeur à l'Université de Rome. - J. VERHAEGEN, Professeur à l'Université de Louvain. - C. N. VOUYOUCAS, Professeur à la Faculté de droit de l'Université aristotélique de Thessalonique.
- K. WAABEN, Professeur à l'Université de Copenhague.

Le droit administratif est un droit très vivant.
 Vous ne pouvez en ignorer les réalités et les évolutions.
 Alors, vous êtes lecteur
 de la Revue française de Droit administratif.

Vous êtes abonné à la
**Revue française de Droit
 administratif :**

● **PARCE QU'ELLE SUIT VOS PRÉOCCUPATIONS**

Revue d'information, la *Revue française de Droit administratif* traite tous les deux mois les grands problèmes du droit administratif par thèmes ou groupes de thèmes. Seize rubriques présentent et analysent les événements jugés les plus significatifs.

● **PARCE QU'ELLE RÉUNIT DES "SIGNATURES"**

Revue de référence, la *Revue française de Droit administratif* est l'œuvre d'une équipe de trente responsables de rubrique, qui associe universitaires et praticiens (membres des grands corps de l'État, avocats, etc.), tous spécialistes reconnus de leur discipline. Sur tous les sujets, elle accueille des auteurs qui vous sont familiers et qui font autorité.

● **PARCE QU'ELLE OUVRE DES HORIZONS**

Revue d'ouverture, la *Revue française de Droit administratif* touche aux disciplines voisines dans l'ordre interne, qu'il s'agisse de droit public ou de droit privé, - au droit administratif des pays étrangers et notamment à celui de nos partenaires européens, - à l'avenir du droit administratif français dont les sources se renouvellent.

Carrefour d'idées et de propositions, outil de réflexion et d'information, la *Revue française de Droit administratif* - créée en 1965 - témoigne de la vitalité du droit administratif français dans le monde contemporain.

REVUE FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF
 sous la direction des Professeurs
 Franck MODERNE
 et Pierre DELVOLVÉ
 bimestrielle
 format : 21 x 27
 Éditions Sirey - Diffusion Dalloz

Abonnement 6 n°s 1987 :
 France et D.O.M. : 460 F - Étranger : 530 F.

SAUF MÉMOIRE ADMINISTRATIF,
 JOINDRE VOTRE PAIEMENT :

DALLOZ

35, rue Tournfort
 75240 Paris Cedex 05
 TÉL. : (1) 43 31 04 85 - TÉLEX : F 206 446

revue française de droit administratif

Article
 Fr. Rubio Llorente
 Les relations entre le pouvoir central
 et les pouvoirs territoriaux
 dans la jurisprudence constitutionnelle

Rubriques
 Actes unilatéraux et contrats
 Biens et travaux
 Collectivités locales
 Contentieux
 Droit administratif comparé
 Droit public économique
 Fonction publique
 Police - Libertés publiques
 Responsabilité
 Urbanisme et environnement

Droit administratif et droit communautaire
 Droit administratif et droit constitutionnel
 Droit administratif et droit international
 Droit administratif et droit privé
 Droit administratif et droit social
 Droit administratif et finances publiques

SEIZE RUBRIQUES

• ACTES UNILATÉRAUX ET CONTRATS
 • BIENS ET TRAVAUX • COLLECTIVITÉS
 LOCALES • CONTENTIEUX • DROIT
 ADMINISTRATIF COMPARÉ • DROIT
 PUBLIC ÉCONOMIQUE • FONCTION
 PUBLIQUE • POLICE - LIBERTÉS PUBLI-
 QUES • RESPONSABILITÉ • URBANISME
 ET ENVIRONNEMENT

• DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT
 COMMUNAUTAIRE • DROIT ADMINIS-
 TRATIF ET DROIT CONSTITUTIONNEL •
 DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT INTER-
 NATIONAL • DROIT ADMINISTRATIF ET
 DROIT PRIVÉ • DROIT ADMINISTRATIF ET
 DROIT SOCIAL • DROIT ADMINISTRATIF
 ET FINANCES PUBLIQUES

En tête de livraisons,
 la *Revue française
 de Droit administratif*
 a présentée, en 1985,
 des dossiers sur :

- Nouvelles données du droit de l'extradition.
- Nouveaux instruments de l'action locale.
- Les Collectivités publiques et l'école.
- La loi sur le développement et la protection de la montagne.