ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE
BIBLIOTHEQUE

revue de science criminelle et de droit pénal comparé

n° 1 janvier-mars 1991 trimestrielle nouvelle série

sirey
22, rue soufflot
75005 paris

BIBLIOTHEQUE DE L'E.N.A.P.
1 0000002031

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication (ou le présent ouvrage), faite sans l'autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, et, d'autre part, les analyses et courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées (loi du 11 mars 1957, art. 40 et 41, et code pénal, art. 425).

Toutefois, des photocopies peuvent être réalisées avec l'autorisation de l'éditeur. Celle-ci pourra être obtenue auprès du Centre français du Copyright, 6 *bis* rue Gabriel Laumain — 75010 Paris, auquel les Editions Sirey ont donné mandat pour les représenter auprès des utilisateurs.

© Editions SIREY — 1991

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 Panthéon-Assas (Paris 2) (URA n° 166).

avec la collaboration de
l'INSTITUT DE CRIMINOLOGIE de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).

RÉDACTEUR EN CHEF

Mireille DELMAS-MARTY, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) Directeur de la Section de science criminelle de l'Institut de droit comparé de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Vice-Président de l'Association internationale de droit pénal.

SECRÉTAIRES GÉNÉRAUX

Pierre COUVRAT, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Secrétaire général de l'Association française de criminologie. – **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 Panthéon-Assas (Paris 2).

COMITÉ DE RÉDACTION

Mireille DELMAS-MARTY, Yvonne MARX, Bernard BOULOC, Pierre COUVRAT, Danièle MAYER, Christian PIERRE, Jacques VÉRIN.

COMITÉ DE PATRONAGE

P. ARPAILLANGE, Ancien Garde des Sceaux, Président de la Cour des Comptes, Président d'honneur du Centre de recherches de politique criminelle. – **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. – **P. DRAI**, Premier Président de la Cour de cassation. – **J. IMBERT**, Membre de l'Institut, Président honoraire de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **Ph. LAFARGE**, Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, Président du Centre de recherches de politique criminelle. – **L.-E. 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 Panthéon-Assas (Paris 2), Président du Centre français de droit comparé, Membre du Conseil constitutionnel. – **S. ROZÈS**, Premier Président honoraire de la Cour de cassation, Président de la Société internationale de défense sociale. – **G. VEDEL**, Doyen honoraire de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Membre du Conseil constitutionnel.

COMITÉ DE DIRECTION

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. – **M. EZRATTY**, Premier Président de la Cour d'appel de Paris. – **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 Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur honoraire de l'Institut de criminologie de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **R. LEGEAIS**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Ancien Président de l'Université de Poitiers. – **C. LE GUNEHEC**, Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. – **G. LEVASSEUR**, Professeur honoraire de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **Cl. LOMBOIS**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Recteur de l'Académie de Limoges. – **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 Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur de l'Institut de droit comparé de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **A. VITU**, Professeur émérite de la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy.

SECRÉTAIRES DE RÉDACTION

Ginette MONGIN, Ingénieur au C.N.R.S. – **Marina KRIVITZKY**, Ingénieur à l'Université de Paris 2.

SOMMAIRE DU N° 1 - 1991

Hommage au Président Marc Ancel

Simone ROZES. — *Le Président Marc ANCEL et sa carrière judiciaire* 2
Albert BRUNOIS. — *Le Président Marc ANCEL, membre de l'Académie des sciences morales et politiques* 6
Georges LEVASSEUR. — *L'influence de Marc ANCEL sur la législation répressive française contemporaine* 9
Adolfo Beria di Argentine. — *L'influence de l'œuvre de Marc ANCEL sur le mouvement de défense sociale* 25
Raymond SCREVENS. — *Le Président Marc ANCEL et le droit comparé* 29

ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

Heike JUNG. — *L'expérimentation sur les êtres humains — Réflexions d'un juriste allemand* 33
Wilfrid JEANDIDIER. — *La présomption d'innocence ou le poids des mots* 49
Gérard LORHO. — *Les alternatives à l'emprisonnement ou l'art baroque en droit pénal* .. 53
Guy CASADAMONT. — *Notes pour une sociologie du rapport surveillant(s)/détenu(s)* ... 58

CHRONIQUES

A. — Chronique de jurisprudence :

I. — *Droit pénal général*, par André VITU 67
II. — *Infractions contre la chose publique*, par Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE .. 75
III. — *Infractions contre les personnes*, par Georges LEVASSEUR 79
IV. — *Infractions contre les biens*, par Pierre BOUZAT 84
V. — *Infractions contre l'ordre financier*, par Jacques BEAUME 89
VI. — *Infractions contre l'ordre économique*, par Jean PRADEL 99
VII. — *Infractions contre la qualité de la vie : construction et urbanisme*, par Fernand BOULAN 103
VIII. — *Infractions relevant du droit social*, par Antoine LYON-CAEN 106
IX. — *Infractions relevant du droit de l'information et de la communication*, par Jacques FRANCILLON 109
X. — *Procédure pénale*, par André BRAUNSCHWEIG 116

B. — Chronique législative, par Bernard BOULOC 121

C. — Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines. L'évasion d'un extradable, par Pierre COUVRAT et Michel MASSÉ 134

D. — Chronique internationale :

I. — *Droits de l'homme*, par Louis-Edmond PETTITI 142
II. — *Droit pénal international. Droit de l'extradition et évasion*, par Michel MASSÉ 147

E. — Chronique de criminologie, par Reynald OTTENHOF 148

F. — Chronique de défense sociale. L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions, par Anne d'HAUTEVILLE 149

INFORMATIONS

I. — Congrès, colloques, séminaires : XLIV[e] Cours international de criminologie (Saint-Marin, 6-10 mai 1991), p. 159. — XII[e] Congrès international de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre (Bruxelles, 27-31 mai 1991), p. 159. — Colloque EUROTOX 93 « Drogues, valeurs et politiques » (Bruxelles, 13-15 juin 1991), p. 160. — II[e] Congrès mondial sur la violence et la cœxistence humaine (Montréal, 13-17 juillet 1992, p. 162. — II. — Enseignement, Recherches : La mise en œuvre judiciaire et sociale du travail d'intérêt général, p. 162. — Prix Gabriel Tarde, p. 166. — III. — Droits étrangers : La police de l'an 2000 made in Canada, p. 166. — D'un modèle criminel à un modèle administratif non pénal pour l'observation des textes réglementaires au Canada : leçons du droit comparé, p. 168. — Criminalité et crise en Chine, p. 170.

BIBLIOGRAPHIE

A. — Notes bibliographiques 173
B. — Bibliographie des périodiques de langue française : Périodiques professionnels et assimilés, *par Michel GENDREL* 199
C. — Ouvrages reçus 207

Hommage au Président Marc Ancel

C'est en 1936 que le président Marc Ancel avait accepté, à la demande du professeur Henri Donnedieu de Vabres, d'assurer le « démarrage » de cette *Revue* comme secrétaire général. Pour dix-huit mois, deux ans au plus. Comme il le dit très simplement dans ses *Souvenirs personnels* publiés en 1986, à l'occasion du Cinquantenaire de la *Revue* (cette *Revue* 1986.783) : « C'est ainsi que j'entrai, à titre très provisoire, dans cette rédaction, que je n'ai plus jamais quittée. Toute ma vie s'en est trouvée transformée ».

Devenu rédacteur en chef, puis directeur, Marc Ancel souligne lui-même ce que cette *Revue* représentait dans sa vie : « Ce n'était pas seulement une obligation continue – quatre numéros d'environ 250 pages par an qu'il fallait alimenter, animer et équilibrer – mais une pensée constante et presque, si je puis dire, une manière, sinon presque une raison de vivre ; j'avais pris déjà l'habitude d'avoir à chaque instant en moi la préoccupation de la *Revue* ».

La rédaction de cette *Revue* est aujourd'hui en deuil et nous avons voulu rendre au président Marc Ancel un hommage qui, sans prétendre être l'équivalent du *Recueil* en deux volumes publié en 1975 en son honneur, marque du moins un témoignage et comme un engagement.

Plusieurs des amis du président Ancel ont en effet accepté de présenter, pour ouvrir cette année 1991, différentes facettes des multiples activités qui furent les siennes dans divers domaines de la science juridique.

Des activités multiples, mais jamais éclatées car elles portent toutes la marque d'une curiosité toujours en éveil et surtout d'une tolérance active qui n'est jamais signe de compromis car elle s'accompagne, tout au long de sa vie et de son oeuvre, de l'exigence et de l'obstination d'un homme qui ne renonça jamais.

Et par delà la volonté d'inscrire ces témoignages dans la mémoire de ceux qui demeurent, nous avons voulu aussi évoquer ce qui est encore à venir. Ces dernières années, le président Ancel aimait à dire, avec un sourire, qu'il vivait depuis toujours, et plus que jamais, dans l'avenir. Et lui, qui savait si bien goûter et faire partager la saveur de l'instant présent, était d'une extrême sensibilité à tout ce qui bouge ou va bouger, à ce qui est encore invisible, comme en suspension dans l'air, mais déjà chargé d'énergie. Anticiper, saisir puis accompagner certains mouvements, résister à d'autres, telle était tout naturellement sa démarche. Pour nous, il ne s'agit pas seulement de suivre le chemin déjà tracé mais de garder, comme lui, les yeux ouverts et l'esprit en alerte pour inventer la suite du chemin.

Mireille DELMAS-MARTY

Le Président Marc Ancel et sa carrière judiciaire

Simone ROZES

Premier président honoraire de la Cour de cassation
Président de la Société internationale de défense sociale

En ce début du mois de septembre 1990, à La Havane, au cours du VIII[e] Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, nous parvint la nouvelle de la mort de Marc Ancel. Sa disparition y fut vivement ressentie et, en prélude solennel à la dernière réunion de cette assemblée mondiale, un hommage vibrant lui fut rendu : un représentant de chacun des continents réunis à Cuba tint à prendre la parole pour exprimer avec émotion, non seulement la peine éprouvée, mais aussi l'apport de sa pensée, sa contribution à l'élaboration d'une politique criminelle humaniste, son influence souvent déterminante sur l'orientation des législations pour que l'impératif de la défense sociale soit un des éléments à considérer et pour assurer un meilleur respect des droits de l'homme.

Il nous était ainsi donné à nous, ses amis, ses élèves, de mesurer mieux encore combien ce magistrat, juriste éminent, écrivain, avait incarné dans le monde entier la belle figure d'un « homme de justice ».

Homme de justice il l'était, certes, puisqu'il avait opté très jeune pour une carrière judiciaire, et qu'entre les diverses possibilités offertes il avait choisi d'être magistrat. Il lui avait semblé que, dans l'exercice de telles fonctions, il aurait davantage encore la possibilité de répondre concrètement aux exigences fondamentales qui étaient les siennes et qui devaient l'inspirer, soustendre ses actions tout au long d'une carrière exemplaire qui le mena aux plus hautes responsabilités.

Marc Ancel est né à Izeste, dans les Basses-Pyrénées, le 14 juillet 1902. Faut-il lire dans ce « jour de gloire » la promesse d'un indéfectible attachement à un respect intransigeant des droits de l'homme ? Peut-être. Toujours est-il qu'après des études secondaires effectuées au niveau terminal au Lycée Henri IV à Paris il prépare en même temps une licence *ès* lettres (lettres et littératures anglaises) et une licence en droit, puis un doctorat en droit. Il devient assistant à la faculté de droit de Paris, et c'est nanti de ce bagage prometteur qu'il se présente à l'examen professionnel d'entrée dans la magistrature le 18 novembre 1929. Ses titres constituent déjà une garantie de succès, surtout lorsqu'on sait que les certificats qui accompagnent son diplôme de doctorat ont été obtenus en « histoire du droit et droit romain », « sciences économiques » et « droit privé ». Le candidat manifeste ainsi une ouverture d'esprit assez inhabituelle pour un futur magistrat ; il devait donc débuter brillamment. C'est ce qu'il fit en étant reçu « premier et distingué » à ce concours de novembre 1929. La distinction représentait alors le moyen pour

le jury du concours de témoigner de l'excellence des lauréats. Elle était d'ordinaire réservée au plus aux deux premiers, mais pouvait également ne pas être attribuée, car elle était étroitement liée à la qualité des prestations tant écrites qu'orales. Outre le prestige qu'elle conférait à son bénéficiaire, elle lui permettait d'échapper aux deux années de suppléance obligatoires pour tous les autres jeunes magistrats en étant nommé directement au parquet au grade de substitut de 3e classe suivant la hiérarchie des postes alors en vigueur.

Marc Ancel débute donc en cette qualité et il est affecté au tribunal de Valenciennes le 29 décembre 1929, où il prit effectivement ses fonctions. Il ne devait pas tarder à les quitter, car la Chancellerie, toujours soucieuse d'assurer pour ses services un recrutement d'élites, a son attention particulièrement attirée sur ce brillant débutant : une note impérative figure au dossier : « Faire revenir au plus tôt Marc Ancel comme magistrat détaché à la Chancellerie ». Motif : Marc Ancel est « un magistrat très remarquable » vivement réclamé sur Paris par le professeur Lévy-Ullmann. Le retour s'effectue donc dès le 23 mars 1930, et Marc Ancel est affecté à la Direction des affaires civiles et du sceau, où il aura pour directeur Charles Frémicourt, le futur premier président de la Cour de cassation. Il est un collaborateur précieux, qui « justifie pleinement les espérances que faisait concevoir son classement à l'examen d'entrée dans la magistrature. Il est assurément très supérieur à la moyenne de ses jeunes collègues », dira de lui ce haut magistrat. La carrière est dès lors tracée de façon linéaire, et les inscriptions aux tableaux (alors multiples) se succèdent au meilleur rythme, comme les promotions, mais avec une constante : Marc Ancel est installé par écrit, pour être aussitôt redétaché à la Chancellerie, qu'il ne quittera que pour rejoindre le Palais de Justice. En effet Charles Frémicourt, nommé d'abord procureur général près la Cour de cassation avant d'en être le premier président, rappelle aussitôt près de lui cet éminent jeune collègue pour lui confier les fonctions de secrétaire en chef de son parquet, puis de la première présidence : il sait qu'il peut avoir aveuglément confiance en lui et qu'il saura rapidement s'adapter au service qu'il est appelé à diriger.

Marc Ancel restera parisien, ce qui lui permet plus facilement de se tourner vers des activités internationales. Il sait toute la richesse du droit comparé, toute l'utilité des confrontations des systèmes mis en place, toute l'importance de regarder « ailleurs » avant de prendre des décisions d'ordre interne. La consultation de la jurisprudence, non seulement nationale – et il est alors au coeur de son élaboration suprême – mais encore des juridictions étrangères, lui apporte un enseignement fécond. Il lui est donné de participer à des conférences internationales, et ce civiliste distingué s'intéresse passionnément au droit pénal. Il collabore avec des magistrats de haut rang appelés à ces conférences, et son concours est hautement apprécié et signalé. On note que, « par la souplesse de sa dialectique, la finesse de son jugement et sa parfaite connaissance du droit, (Marc Ancel) a exercé une influence des plus utiles sur les travaux de la Commission ». L'auteur de ces flatteuses appréciations, membre de la Cour de cassation, tient à souligner « la grande impression qu'a produite Marc Ancel dans ce milieu international de juristes ».

La voie royale se dessine, Marc Ancel sera un magistrat éminent qui saura ne pas limiter ses efforts à l'exercice de ses fonctions judiciaires proprement dites, mais y ajoutera, sans que les premières puissent en souffrir, une acti-

vité constante et de qualité dans le domaine international, où il brillera aussi bien dans le droit pénal que dans le droit civil.

Chaque année les magistrats font l'objet de « notations » de la part de leur supérieur hiérarchique. Si leur rédaction relève souvent d'un « genre » littéraire particulier, elles permettent néanmoins de discerner la personnalité réelle du magistrat concerné. A travers elles, il nous est facile de nous représenter le jeune magistrat avec ses qualités d'homme et ses talents de praticien. Marc Ancel est un jeune homme « très distingué », d'une « éducation parfaite », « de relations courtoises et de caractère facile », dont les « qualités sont tout à fait remarquables ». Sa très grande modestie surprend par rapport à sa culture juridique et littéraire des plus développées « qui l'autoriserait à adopter un comportement plus audacieux sans encourir pour autant de critiques ». Ses connaissances juridiques sont très « sûres et étendues » et lui permettent d'étudier des questions juridiques difficiles et importantes « qu'il règle en témoignant d'une grande maturité d'esprit et un sens très net des réalités : il sait remarquablement mettre en oeuvre son savoir. Travailleur acharné, il ne se contente pas de remplir au mieux ses fonctions, mais s'intéresse de près et de plus en plus aux activités internationales ».

Aussi est-il souvent désigné dans les congrès internationaux, où ses interventions sont souvent remarquées. Il devient secrétaire général de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris et du Comité de législation étrangère du ministère de la Justice. Il est en outre rédacteur en chef de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, collaborateur de revues juridiques et ne tarde pas à dépasser le cadre des articles pour publier ses premiers ouvrages, en particulier sur *La condition de la femme dans la société contemporaine* et sur *Le traité de la capacité de la femme mariée*, mais aussi sur *La Convention de La Haye sur le chèque et la lettre de change*, le *Code pénal annoté* de Garçon, *Les contraventions*.

Parallèlement se poursuit sa carrière de magistrat parisien : nommé juge au tribunal de grande instance de la Seine le 4 octobre 1940, il sera président de section le 22 février 1944, puis vice-président le 1er juin 1944. Il est naturellement affecté à la première chambre, première section, de cette juridiction. Il continue de recueillir les appréciations les plus flatteuses sur sa façon d'exercer ses fonctions et il est souligné que les qualités de clarté, de logique et d'élégance de ses jugements en font de « véritables modèles ». Au surplus, dans la période difficile de la guerre, il assiste le président du tribunal dans l'administration de cette juridiction, ainsi qu'à la Libération : il est un collaborateur immédiat et précieux dans une époque particulièrement délicate.

Il rejoint la cour d'appel de Paris le 26 avril 1946 en qualité de conseiller, affecté rapidement, là encore, à la première chambre, où l'étendue de sa science juridique, son sens averti du droit et la sûreté de son jugement, sa connaissance de la doctrine et de la jurisprudence sont extrêmement appréciés. Il accède dès 1951 au grade de président de chambre, qu'il quittera le 15 décembre 1953 pour rejoindre la Cour de cassation. Il deviendra président de la Première Chambre de la prestigieuse juridiction en décembre 1968.

Il y sera tout naturellement un remarquable rapporteur et un président exceptionnel : il suffit de relire le discours prononcé par Maurice Aydalot — alors premier président de la Cour de cassation — à l'occasion de la remise solennelle de l'épée d'Académicien, car il est reçu à l'Académie des sciences morales et politiques en 1970.

« Qui ne vous a entendu au terme de débats complets ramener le problème à ses éléments fondamentaux, ramener aussi le préopinant fougueux ou téméraire ... à ce qui est l'essentiel, c'est-à-dire à l'arrêt attaqué et les moyens produits et puis, de la même voix égale et mesurée, vous élever, nous élever insensiblement à la hauteur des principes, expliquant de-ci de-là les constantes de la jurisprudence, ses infléchissements et ses revirements ... Celui qui n'aurait pas eu cette exceptionnelle chance de carrière ne saurait jamais ce qu'un délibéré peut avoir d'enrichissant... ».

Cette opinion est partagée par ses collègues. Il suffit aujourd'hui encore d'entendre M. Roger Vienne, président honoraire de la Chambre commerciale, évoquer avec émotion la façon magistrale et la clarté lumineuse avec lesquelles le président Ancel « ramassait » le débat et apportait ou orientait la solution qui allait s'imposer : mais chaque opinion exprimée avait été pesée, chaque avis avait été examiné pour rechercher ce qu'il pourrait avoir de valable. La pensée d'autrui était toujours digne d'être considérée avec respect, et cette parfaite courtoisie valait à ce grand magistrat un infini respect.

En juillet 1972 intervint la mise à la retraite. Si elle mettait un terme à la carrière judiciaire de Marc Ancel, elle lui laissait un peu plus de loisirs pour se dévouer tout entier à sa carrière littéraire, à sa carrière scientifique évoquées par ailleurs. Oui, Marc Ancel a bien été ce travailleur infatigable, ce magistrat dont la culture juridique était si vaste qu'elle couvrait le droit privé, le droit comparé, le droit pénal. Oui, son esprit était si curieux et son intelligence si vive qu'il a pu percevoir l'évolution des sciences humaines, en sentir le riche apport, et son rayonnement personnel lui a permis d'exercer une profonde influence pour voir s'appliquer un « système résolument humain de prévention sociale » dont il a été l'ardent promoteur.

Ainsi les espérances qui avaient accompagné ses débuts de carrière ont fait place à la certitude qu'une personnalité exceptionnelle, supérieure, en un mot un « homme de justice », avait su porter très haut le renom de la magistrature française.

Le Président Marc Ancel, membre de l'Académie des Sciences morales et politiques

Albert BRUNOIS

Membre de l'Institut
Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris

« Ceux qui vivent ce sont ceux qui luttent ; ce sont ceux dont le dessein ferme emplit l'âme et le front, ceux qui d'un haut destin gravissent l'âpre cime ».

Victor HUGO

L'Académie des Sciences morales et politiques, comme les quatre autres Académies que groupe l'Institut de France, constitue un foyer exceptionnel de réflexions. Ses cinquante membres (et douze associés étrangers) élus par leurs pairs appartiennent à des disciplines servant la philosophie, l'histoire, la géographie, l'économie, la morale, la politique, les finances et le droit ; ils y confrontent publiquement leurs raisons répondant aux affirmations et aux interrogations que l'actualité suscite ou qui leur sont soumises par des confrères ou des personnalités extérieures que le président choisit.

Fils d'un avocat protestant partisan de la Révolution française, guillotiné sous la Terreur comme fédéraliste, François-Pierre Guillaume Guizot (1787-1874), ministre secrétaire d'Etat au département de l'Instruction publique, rédigea le rapport à Louis-Philippe précédant l'ordonnance du 26 octobre 1832 qui rétablissait l'ancienne Classe des Sciences morales et politique sous le nom d'Académie. Après avoir rappelé que « les sciences morales et politiques ont exercé de tout temps un grand attrait sur les esprits et une grande influence sur les peuples », le ministre affirmait que la décision royale « prouvera que la France toujours fidèle à elle-même est toujours digne de la mission glorieuse qu'il lui est donné d'accomplir dans le monde civilisé ». L'institution n'a cessé de respecter cette mission, en recrutant des notabilités dignes de sa confiance. Marc Ancel a bien servi l'Académie.

Six sections composent l'Académie des Sciences morales et politiques ; celle de Législation, Droit public et Jurisprudence comportent huit membres représentant l'Université, les magistratures administratives et judiciaires et le Barreau. Marc Ancel, auteur notamment d'un ouvrage essentiel, *La Défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste* que l'Académie avait couronné en 1956, fut élu le 10 février 1970 pour occuper, après le doyen Léon Julliot de La Morandière, le troisième fauteuil.

Une règle coutumière commande que l'académicien des Sciences morales et politiques soit institutionnellement honoré après sa mort par son successeur. Avant que celui-ci prenne la parole le président salue l'orateur. Le mardi 9 février 1971, le président Victor L. Tapié s'adressa en ces termes à Marc Ancel qui allait évoquer les oeuvres de son prédécesseur : « Humaniste. Mon cher confrère, depuis plusieurs mois que vous siégez parmi nous, permettez-

moi de vous dire que nous avons reconnu, puis de plus en plus apprécié vos qualités d'humaniste. Votre assiduité aux séances, la lumière de vos communications, la discrétion et la sagesse de vos interventions, nous ont révélé le confrère efficace à l'opinion duquel il faut recourir dans cette défense des valeurs de l'homme qui constitue la mission même de notre académie. Vous dirai-je que nous n'avons pas été surpris d'apprendre que, dans votre existence, vous accordiez une place aux arts, ce qui ne détourne personne de ses activités professionnelles mais peut prêter à tout ce qu'on entreprend plus de richesse intérieure. Vous êtes musicien, comme Léon Julliot de La Morandière était peintre... ».

Il plaisait à notre ami, au cours de confidences dont au demeurant il était avare, de marquer ce qu'il appelait sa dérive de juge civil. En effet, magistrat de droit privé qui avait accédé en 1968 à la présidence de la première Chambre civile de la Cour de cassation, c'est comme défenseur d'un droit pénal rénové respectant en tous lieux l'autonomie naturelle de l'individu et comme philosophe d'un comparatisme juridique en quête patiente d'une universalité qu'il avait acquis une réputation éprouvée et animé les réflexions de l'Académie. Pendant vingt ans, il y fut en effet le représentant écouté d'une philosophie libérale du droit pénal au service de l'homme porteur de libertés inaliénables que vient éclairer le futur prochain de l'Europe, le tenant d'un mondialisme du droit civilisé s'appuyant sur l'étude comparative des normes, des législations et des usages étrangers.

Ses démarches scientifiques sont présentement évoquées et commentées dans d'autres articles que signent d'éminents spécialistes. Qu'il suffise ici de dire que les travaux académiques de Marc Ancel dépassent la centaine ; il est donc vain de vouloir pour chacun d'eux en commenter la pertinence. Mais il faut savoir que l'Académie était à ses yeux le lieu vénérable où il pouvait donner à ses desseins doctrinaux, quels que fussent les succès remportés ailleurs, une audience exceptionnelle, parce que, s'adressant à une société assemblant des esprits diversement éclairés qu'il aimait et respectait, s'il en faisait un témoin, il lui désignait les chemins de l'avenir qui est « le gendarme de Dieu ».

Entendons-nous. Il n'y avait pas chez Marc Ancel la plus petite parcelle d'orgueil, mais il avait une foi inébranlable dans la justesse de ses idées. Il eut des détracteurs haut placés ; la générosité de ses doctrines l'emporta.

Sa réputation internationale était déjà grande avant qu'il entrât à l'Institut. Dans son remerciement, lorsque son épée d'académicien lui fut remise par son confrère, le premier président Marcel Rousselet, le 5 décembre 1970, à la Cour de cassation, il avait dit : « ... J'en suis arrivé à me griser de projets, à rester en marge de l'oeuvre accomplie ou à accomplir, à vivre dans l'avenir plus que dans le présent et à éviter de me retourner sur le passé ». Son titre nouveau augmenta légitimement son audience. Chaque fois qu'il publia un livre nouveau, un nouvel article, qu'il participa à des colloques en France et à l'étranger, il en rendit compte à ses confrères, moins pour être applaudi que pour être approuvé, et pour montrer qu'était justifiée la confiance mise en sa personne par la compagnie dont il servait le prestige. Jusqu'à sa mort, il fut sur la brèche. Voyageur infatigable, il fut le défenseur désintéressé et tolérant de notre culture mise au service de l'humanisation du droit répressif.

Avec MM. Pierre George et Alain Plantey, il représenta ses pairs au séminaire organisé à Belgrade du 24 au 27 octobre 1989 par l'Académie serbe des Sciences et des Arts sur le rôle de la Déclaration des droits de l'homme dans le développement de l'histoire politique et juridique de la Serbie. Les inter-

ventions françaises reçurent une approbation unanime de la part des universitaires et historiens serbes. Ce fut l'ultime mission à l'étranger de l'académicien Marc Ancel.

Sa communication dite à l'Académie le 25 septembre 1989 constitue sans doute son testament de philosophie judiciaire ; intitulée « Politique criminelle et droits de l'homme », elle appartient au cycle des exposés qui tout au long de l'année du Bicentenaire de la Révolution eurent pour thème « Origines et Résonances de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ». Il avait préparé cette communication durant l'été au fond de sa retraite cachée dans la ville aux parfums. Il montre comment la notion des droits de l'homme et celle de politique criminelle, qui est l'organisation rationnelle (réfléchie ou raisonnée) de la réaction sociale contre la criminalité, eurent dans leur évolution respective des développements parallèles au cours de ces deux derniers siècles. Il constate que depuis environ quinze ans « s'est manifesté un courant apparemment contraire à cette progression continue des droits de l'homme auxquels on a proposé des limitations diverses. L'originalité en a été ce qu'on appelle couramment le défi de la criminalité moderne ».

Il décrit les deux tendances (retour à la répression ancienne ou sévérité renouvelée dans des cas particuliers) qui, sans remettre en cause les droits de l'homme, tendent à durcir la politique criminelle moderne en instaurant ainsi, comme l'a dit le professeur Nuvolone de Milan, « une politique criminelle bipolaire ». Ecartant cette querelle, Marc Ancel déclare : « Pour terminer, nous dirons seulement que dans le monde actuel et avec le système d'idées et de valeurs, sinon même l'idéologie des démocraties occidentales du XX^{e} siècle, la garantie des droits de l'homme est devenue l'un des éléments dominants de notre patrimoine culturel et une des finalités essentielles de la politique criminelle. C'est ainsi qu'après deux siècles d'efforts, de conflits et parfois de contradictions, s'affirme encore aujourd'hui dans sa réalité internationale la rencontre naturelle de ces deux notions porteuses de tant de virtualités humaines que nous avons vu se dessiner, puis s'affirmer et enfin s'imposer dans la grande Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du mois d'août 1789 dont nous commémorons son bicentenaire ».

*
* *

Nous quittions souvent ensemble le palais de l'Institut avec Mme Suzanne Bastid et M. Henri Gouhier, membre aussi de l'Académie française.

Le 2 juillet dernier, devant son domicile, au 120 *bis* boulevard du Montparnasse, il déclara : « J'irai comme chaque année au festival d'Orange puis dans ma maison de Grasse où je retrouverai mes enfants et mes petits-enfants. Nous nous reverrons à la première séance de l'Académie en septembre. Je vous souhaite de bonnes vacances... ». Un peu voûté, le pas réduit mais assuré, il traversa la chaussée... En l'église Saint-Sulpice, le lundi 10 septembre, académiciens, magistrats, professeurs, avocats, disciples et amis ont dit adieu à Marc Ancel. M. Henri Amouroux ouvrant la séance académique du lundi 24 septembre rendit un hommage émouvant aux vertus du grand magistrat.

Au cours d'une cérémonie publique, son successeur aura l'honneur dans la grand'salle de l'Institut de rappeler la vie et les travaux du juriste humaniste qui, en sûreté de conscience, fournit des contributions prémonitoires au devenir du droit comparé et de la criminologie et qui proposa des routes conduisant à l'aide du droit vers la Paix toujours à conquérir.

L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine

Georges LEVASSEUR

Professeur honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

1. Le nom de Marc Ancel évoque immédiatement, sur le plan des grandes doctrines pénales, la « défense sociale nouvelle » avec laquelle il s'est identifié. Certes nul ne conteste, et Marc Ancel moins que personne[1], le rôle capital joué par le comte Gramatica, fondateur du Centre d'études de défense sociale fondé à Gênes en 1946, à la suite des enseignements apportés par la seconde guerre mondiale en complément aux idées originales qu'il avait développées dès 1934 dans ses *Principes du droit pénal subjectif*. Au sortir des années d'oppression, la liberté individuelle était apparue plus chère que jamais et un souci nouveau passait au premier plan, confirmant les idées fondamentales de Gramatica, celui de la protection de la dignité humaine et du respect de la personne, si effroyablement méconnu par les régimes totalitaires.

Marc Ancel joua un rôle de premier plan dans les réunions tenues à San Remo en 1947 puis à Liège en 1949 autour de Gramatica, entouré de sympathisants appartenant à diverses nationalités. C'est que lui-même était familiarisé depuis plusieurs années avec une large partie de ces idées nouvelles. Il avait appuyé, notamment, les principes de la réforme pénitentiaire entreprise dès fin 1944 par Paul Amor[2], et les efforts de Jean Chazal pour faire réformer la législation de l'enfance délinquante par l'ordonnance du 2 février 1945. Si ces réformes ne sont pas son oeuvre personnelle, elles traduisent l'esprit de la défense sociale nouvelle, et il n'est pas exagéré de dire que, d'ores et déjà, il avait su faire souffler cet esprit. Dès son numéro 1 de 1948, cette *Revue* comportait une chronique de défense sociale qui n'a pas cessé d'y figurer depuis lors.

Marc Ancel a souligné lui-même les points auxquels il adhérait parmi les idées de Gramatica[3] : une approche pluridisciplinaire du phénomène criminel, un point de départ subjectif fondé sur la notion d'antisocialité plutôt que sur la responsabilité pénale, une orientation de la réaction sociale vers la protection de l'être humain et l'amélioration de l'homme en garantissant ses droits fondamentaux selon une optique humaniste. Par contre, en dépit de son propre souci de « déjuridicisation », il ne pouvait suivre Gramatica dans son souci de bannir toutes expressions telles que culpabilité, pénalité, délit,

1. « Les aspects historiques du mouvement de défense sociale », cette *Revue* 1986.922 (communication aux Journées de défense sociale de Gênes en juin 1986).
2. P. Amor, « La réforme pénitentiaire en France », cette *Revue* 1947.1 (on trouvera les fameux principes de décembre 1944, p. 6).
3. Cf. cette *Revue* 1986.922.

délinquant, etc. Pour lui, le respect de l'Etat de droit, du principe de légalité et des garanties résultant d'une intervention du juge observant tous les droits de la défense, était essentiel.

Le Congrès de Liège (1949) décida donc l'établissement d'un programme minimum de défense sociale qui, nettement en retrait des conceptions de Gramatica, fut adopté unanimement (et sur les instances de Gramatica lui-même) au Congrès d'Anvers[4].

Les participants au Congrès d'Anvers eurent la primeur du petit livre que Marc Ancel publiait aux éditions Joly, n° 1 des publications du Centre d'études de défense sociale de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, intitulé *La Défense sociale nouvelle (un mouvement de politique criminelle humaniste)*[5]. Ce véritable manifeste allait devenir un brûlot, quoique l'auteur se défendît de fonder une école nouvelle mais se présentait comme le coordonnateur d'idées communément acceptées, se bornant à faire constater que la « défense sociale » existe, qu'elle concilie des opinions qui ne paraissaient opposées qu'en apparence, et que ses lecteurs en sont déjà les adeptes sans le savoir[6].

Dès lors le mouvement de défense sociale existait, doctrine mûrement réfléchie, solidement construite et habilement présentée. Ancel résumait ainsi l'engagement qu'impliquait l'adhésion à ce « mouvement » : « l'acceptation délibérée d'une certaine direction à donner à la justice pénale dans le respect de la dignité humaine et dans le souci de ramener à la société ceux-là même que la réaction sociale doit atteindre ».

Cette doctrine a connu un succès international[7] ; il n'est donc pas surprenant qu'elle ait influé sur l'évolution de la législation répressive française contemporaine.

2. A vrai dire cela a déjà été noté depuis longtemps, et exposé avec pertinence. En 1975, notre collègue Raymond Gassin intitulait sa contribution aux *Mélanges* offerts à Marc Ancel, qui ouvre le tome II de ces *Mélanges* (celui consacré au versant « science pénale » de la personnalité du maître) « L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain ». La présente étude est donc déjà écrite, réserve faite des quinze années qui se sont écoulées depuis l'hommage de notre collègue et ami.

Celui-ci voudra bien nous excuser, dans ces conditions, de mettre nos pas dans les siens, et d'adopter la division du sujet en deux étapes, l'une de 1945 à 1960 (1958 chez M. Gassin), l'autre ouverte en 1970 et que nous prolongerons jusqu'au décès de celui qui a donné tant de lustre à la doctrine de la défense sociale nouvelle que l'on peut penser, avec l'opinion commune, qu'il en est le fondateur et qu'elle s'est nourrie de sa pensée jusque dans l'évolution dont témoigne l'*addendum* au programme minimum adopté au Caire et à Milan en 1984[8].

4. Ce programme a été publié par cette *Revue* 1954.807, et commenté par Marc Ancel, cette *Revue* 1955.562.

5. Le livre n'a pas 180 pages ; la 3e éd. (1981) en comporte 380 dans une typographie beaucoup plus serrée. En fait le premier exposé de ses idées par Marc Ancel est peut-être contenu dans un article publié par cette *Revue* 1953.144.

6. V. notre compte rendu de la 1re éd. cette *Revue* 1954.428.

7. V. p. 123 à 175 de la 3e éd. (1981) : *adde* : Jescheck, « Politique criminelle moderne en Europe occidentale », *Archives polit. crim.* n° VII (1984), p. 23.

8. Marc Ancel, « Observations sur la révision du programme minimum », cette *Revue* 1982.665 ; *idem* « La révision du programme minimum de défense sociale », cette *Revue* 1983.533 ; *idem* « La

I. – LA PERIODE ANTERIEURE A 1960

3. On a souvent souligné que, dès son entrée dans la magistrature, Marc Ancel était civiliste et que c'était dans les juridictions civiles que s'était déroulée toute sa carrière professionnelle jusqu'à la présidence de la Chambre civile de la Cour de cassation inclusivement. Aussi bien, le tome I des *Mélanges* est-il consacré aux multiples hommages venus de cette activité.

Il convient cependant de noter que, si sa vocation de criminaliste était née, à l'en croire, du choix que Donnedieu de Vabres fit de lui en 1936 pour doter d'un rédacteur en chef la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* qu'il venait de fonder avec Louis Hugueney sous les doubles auspices de l'Institut de criminologie et de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, son attrait pour les sciences répressives et ses réflexions à leur sujet s'était manifesté auparavant.

Dès 1927, sa thèse de doctorat sur *La common Law d'Angleterre* avait analysé le système britannique en droit pénal et en procédure pénale[9]. En 1936, il se voyait investi des fonctions de secrétaire général du Comité de prophylaxie criminelle du ministère de la Justice[10], dont la guerre vint interrompre l'activité. L'année 1937 vit Marc Ancel participer successivement au Congrès international de droit pénal[11] tenu à Paris, puis au Congrès international de droit comparé tenu à La Haye ; dans l'un et l'autre il apporta une contribution personnelle, manifestant, à l'encontre des juristes allemands, son attachement au principe de la légalité[12].En 1938, il était présent, au Caire, à la septième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal[13].

A peine la guerre terminée, il était appelé à siéger non seulement dans la Commission de réforme du code civil, mais dans les commissions de haut niveau chargées, sur le plan international, de l'étude des problèmes criminels[14].

On notera aussi, dès ce moment, sa collaboration avec Rousselet et Patin, à la seconde édition du monumental *Code pénal annoté* d'Emile Garçon.

4. Il convient de reprendre ici, à propos des auteurs de grandes doctrines de politique criminelle, ce que M. Gassin dit de ces doctrines elles-mêmes[15], à savoir qu'elles ne constituent pas les seules forces créatrices du droit, et que les législateurs ne choisissent pas toujours consciemment entre les diverses solutions proposées par les écoles de criminalistes. Mais quand l'esprit d'une réforme coïncide avec celui de la défense sociale nouvelle et « porte ainsi

révision du programme minimum (suite et fin), cette *Revue* 1985.157. On trouvera le texte de l'*addendum* en question, cette *Revue* 1985.19.

9. V. les articles publiés par Marc Ancel au *Bulletin de la Société de législation française comparée* (1931, p. 91) et aux *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris* (1936, p. 245).

10. Schiff, « La prophylaxie criminelle et la collaboration médico-judiciaire », cette *Revue* 1936. 479 ; Baffas et Heuyer, « Les délinquants mentalement anormaux », cette *Revue* 1939.5 ; Brissard et Micoud, « De la réforme de l'expertise mentale en matière criminelle », cette *Revue* 1939.487.

11. V. son rapport, *Rev. int. dr. pén.* 1937.240.

12. Marc Ancel, « A propos de quelques discussions récentes sur la règle *nulla poena sine lege* », cette *Revue* 1937.670.

13. M. Ancel, « La VII[e] Conférence internationale pour l'unification du droit pénal », cette *Revue* 1938.278.

14. Comité des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants ; Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe. C'est de l'activité de Marc Ancel dans ces organismes que sont issues ses publications sur *Les mesures de sûreté en matière criminelle* (1950) et *La sentence indéterminée* (1953).

15. *Op. cit.* p. 3 et s.

cette dernière comme inscrite en filigrane derrière ses dispositions », on peut être sûr de trouver à l'origine de la réforme la pensée et l'activité de Marc Ancel.

Ajoutons que Marc Ancel n'entendait pas, surtout au début, présenter la défense sociale comme une doctrine (ou même comme un « mouvement ») issue de sa seule pensée et de sa seule réflexion. Dès cette époque, il s'était entouré non seulement de criminalistes tel le jeune Robert Vouin, mais de magistrats tels Amor, Rolland, Chazal, Cannat, J.-B. Herzog, Vienne, de médecins tels les docteurs Heuyer, Roumajon et Colin, de sociologues tels Michard et Sélosse, entre lesquels de fréquents contacts étaient organisés par la fidèle Yvonne Marx.

L'influence du président Ancel, à travers le mouvement de défense sociale, s'est exercée dans tous les secteurs de la politique criminelle.

A. – *Problèmes de procédure pénale*

5. Parmi les points où l'action personnelle de Marc Ancel a été la plus nette, nous citerons en premier lieu l'article 81 alinéa 6 actuel du code de procédure pénale sur l'*examen de personnalité*. Partisan de longue date d'un tel examen, il fut à l'origine de son insertion dans le projet par la commission, et insista à son sujet dans l'une ou l'autre de ces Journées de défense sociale qui, depuis 1953[16] se tenaient annuellement en divers points de la France, puis de l'étranger, tout comme il l'avait déjà fait auparavant dans les nombreuses réunions internationales où cette question avait été agitée avant l'élaboration du code de procédure pénale[17]. C'est d'ailleurs pour mieux organiser cet examen de la personnalité que le président Ancel a toujours proposé la « césure », c'est-à-dire la séparation du procès pénal en deux phases (conviction et sentence), sur laquelle il n'y a pas à insister ici puisque cette idée n'a pas reçu de consécration législative ni prétorienne[18].

Dès 1956, dans notre premier cours de doctorat à l'Université de Paris[19], nous avions mis en relief l'influence du mouvement de défense sociale et particulièrement de Marc Ancel dans la recherche d'une observation des délinquants avant de statuer sur la sanction sociale à leur appliquer.

6. Un immense espoir était né de l'innovation inscrite dans l'article 81 du code de procédure pénale (qui n'était d'ailleurs qu'une extension aux adultes du régime appliqué aux mineurs, dans les faits d'abord au tribunal pour enfants et adolescents de la Seine, puis en vertu de l'ordonnance du 2 février 1945) ; on en attendait une meilleure individualisation de la sanction. La jurisprudence de la Chambre criminelle vint, en 1960, entraver le développe-

16. Cette *Revue* 1954.173.

17. XII[e] Congrès international pénal et pénitentiaire, La Haye 1950 section I question 1 ; Cycle d'études de Bruxelles organisé par l'ONU en décembre 1951 (V. J.-B. Herzog, cette *Revue* 1952.162) ; Premier Cours international de criminologie, Paris, 1952, p. 216 (V. également la conférence de Mlle Marx, *ibid.* p. 305) ; 5[e] Cours international de criminologie, Rome 1955, p. 355. Il y a lieu de souligner également l'influence de Marc Ancel sur les résolutions adoptées à ce sujet par les Congrès de défense sociale tenus à la même époque (2[e] Congrès, Liège, 1949 ; session préparatoire Saint-Marin 1951 ; 3[e] Congrès Anvers, 1954).

18. On avait fait remarquer qu'une séparation se fait bien devant la cour d'assises. On peut également ajouter aujourd'hui que le système de la « dispense de peine » (art. 469-1 et s. c. pén.) sépare bien constatation de la culpabilité et prononcé de la peine éventuelle. Mais ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas, la « césure » n'implique un examen de la personnalité.

19. « Les problèmes juridiques posés par l'observation des délinquants », *Les Cours de droit*, 1956.

ment de l'institution[20]. Néanmoins, cette dernière a subsisté[21] et R. Gassin a bien eu raison d'y voir un « symbole fondamental ». Elle s'est même trouvée élargie, comme on le verra, par le recours aux « enquêtes rapides » et par la loi du 6 juillet 1989 rendant cette enquête obligatoire à l'égard des délinquants de 21 ans dont on envisage la détention provisoire. Signalons au surplus, à titre de souvenir personnel, que c'est sur la suggestion de Marc Ancel que M. Chazal rendit, le 6 mars 1956, dans une affaire exemplaire, une décision restée célèbre commettant le professeur Heuyer pour examiner un relégable, et détaillant la mission qui lui était confiée[22].

B. – *Problèmes relatifs à la sanction pénale*

7. Incontestablement, l'influence de Marc Ancel, animant le mouvement de défense sociale nouvelle, s'est manifestée dans la lutte contre l'*emprisonnement* et dans la recherche de substituts à cette peine qui monopolisait à peu près la répression en matière correctionnelle.

Certes, déjà à La Haye, en 1950, M. Cannat avait jeté un fameux pavé dans la mare en demandant la suppression des peines de prison inférieures à un an, répondant à ceux qui l'interrogeaient sur le remplacement de cette sanction, que les pouvoirs publics n'avaient qu'à faire preuve d'imagination. Au même Congrès, Mlle Marx proche collaboratrice de Marc Ancel présentait le rapport français sur les courtes peines d'emprisonnement et leur remplacement par d'autres mesures en s'inspirant des suggestions du droit comparé. Effectivement la question commençait à préoccuper toutes les sociétés savantes[23], notamment, l'Association internationale de droit pénal et la Société générale des prisons ; dans l'une et dans l'autre, Marc Ancel jouait un rôle très actif. Néanmoins, les efforts ne devaient aboutir qu'en 1975 (V. ci-dessous, nos 19 et 20).

8. En revanche, c'est encore le code de procédure pénale, qui institue dans ses articles 738 et suivants sous le nom de *sursis avec mise à l'épreuve*, le système de « probation » dont il était question depuis plus de dix ans[24]. Déjà un projet en ce sens avait été déposé en 1952, et adopté par le Conseil de la République en 1957, mais la Commission qui établit le livre V du code de procédure pénale organisa un système légèrement différent.

20. V. notre article « De la minimisation du dossier de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », cette *Revue* 1961.83.

21. Mlle Quenette, *L'observation et le dossier de personnalité devant les juridictions pénales*, thèse de doctorat Nancy, 1960 ; Dagonet, « L'utilisation du dossier de personnalité dans la pratique judiciaire », Congrès de Lyon, 1960 de l'Association française de criminologie ; Mme Coppard-Briton, *L'examen de personnalité (étude théorique et pratique)*, thèse Rennes, 1970 ; Akoudou, « L'étude de la personnalité en procédure pénale », *Rev. pénit.* 1981.259 ; Dobonne-Perret, « Mesures d'observations de la personnalité dans le procès pénal », *Travaux de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille*, p. 153.

22. *JCP* 1956.II.9338, note Levasseur. Par la suite, la loi du 17 juill. 1970 avait rendu l'examen de personnalité indispensable pour pouvoir prononcer la tutelle pénale, peine abolie par la loi du 2 févr. 1981. V. Gaultier, « L'examen médico-psychologique et social des relégables », cette *Revue* 1958.471 ; Legal, « L'individualisation judiciaire de la relégation », cette *Revue* 1956.837.

23. Cycle d'études de Londres, 1952 où Marc Ancel présentait un rapport, cf. Vienne cette *Revue* 1953.63, *adde* : Germain, cette *Revue* 1954.629.

24. M. Ancel, « L'institution de la mise à l'épreuve », *Rev. int. dr. comp.* 1950.409. M. Ancel, « La probation en France », 2e Cours international de criminologie, Paris, 1953, p. 425, *adde* : Mlle Marx, « Le système de la mise à l'épreuve », *Rev. int. dr. pén.* 1950.426 ; Mlle Marx, « La probation, état actuel et aspects sociaux », *Rev. pénit.* 1955.729 ; Poupet, *La probation des adultes en France*, thèse Paris, 1955.

Il faut souligner ici que cette institution à laquelle Marc Ancel était fort attaché avait été précédée par une expérimentation sur le terrain, la pratique de la « peine différée » organisée en 1950 dans les tribunaux correctionnels de Lille, Strasbourg, Mulhouse et Toulouse, et à laquelle cette *Revue* prêta la plus grande attention[25].

Les moyens employés consistaient à essayer de substituer à la peine soit la probation soit la semi-liberté (sur ce point, V. ci-dessous). Il est vraisemblable que les relations entre Marc Ancel d'une part et les directeurs et sous-directeurs de l'Administration pénitentiaire d'alors (Germain et Cannat) d'autre part aient favorisé la mise en place de ce système.

9. Ce sont les mêmes liens entre les personnes qui ont amené la modification, par la loi du 18 mars 1955, du régime de l'*interdiction de séjour*. Le régime nouveau devait amener cette institution à prendre son vrai visage[26], celui d'une mesure de sûreté[27], et faisait du Comité consultatif de l'interdiction de séjour un organisme rappelant les commissions annexes psychiatriques organisées par la loi belge de défense sociale du 9 avril 1930.

A vrai dire, l'interdiction de séjour nouvelle manière n'a pas donné tous les résultats attendus, faute de dynamisme des organes moteurs dans les années 1960 et, surtout peut-être, par manque de moyens[28].

10. Depuis le début des hostilités en 1939, l'exécution de la peine de la *relégation* ne pouvait plus se faire par transportation. Cette peine restait néanmoins automatique et perpétuelle, comme l'avait voulu la loi du 27 mai 1885. Un acte – dit – loi du 6 juillet 1942 avait organisé l'exécution en métropole, autorisant même la Libération conditionnelle de ces relégués non transportés. Après la libération, non seulement il ne fut pas question de rétablir le caractère colonial, ni le caractère perpétuel, mais la loi du 3 juillet 1954 fit cesser le caractère automatique[29]. Cette réforme était évidemment inspirée par le souci d'assurer une meilleure individualisation des sanctions, et répondait d'ailleurs à une suggestion du point n° 14 de la réforme pénitentiaire de 1944 dont nous avons dit que Marc Ancel avait été un des artisans[30].

25. Reboul, « Grandeur et misères de l'expérience toulousaine de la probation », cette *Revue*, 1954.497 ; Caleb, « L'expérience lilloise de la peine différée », cette *Revue* 1956.453 ; Grimal, « Une expérience au parquet de Mulhouse », cette *Revue* 1958.479 ; *adde* : Cannat, cette *Revue* 1954.146 ; Malherbe, cette *Revue* 1960.638 et s.

26. G. Levasseur, « Une mesure qui va prendre son vrai visage : l'interdiction de séjour », cette *Revue* 1956.1, soulignant que la loi nouvelle est inspirée par l'esprit de la défense sociale nouvelle (V. note p. 39). V. dans le même sens, J.-B. Herzog, *Bull. soc. int. Déf. soc.* 1955.1.

27. Marc Ancel, contrairement au soussigné, est hostile au dualisme « peine » et « mesure de sûreté ». Pour lui, « il y a non pas unification mais intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un système unitaire de sanctions pénales, et l'on est amené à passer de la peine à la mesure « en raison des considérations biologiques, médicales, psychologiques ou sociologiques... en raison de la prise en considération de la personnalité du délinquant » (*Défense sociale nouvelle*, 1re éd. p. 149). C'est bien ce qui s'est produit ici ; par la loi du 18 mars 1955, on est passé de la peine à la mesure de sûreté.

28. La Commission de réforme du code pénal avait décidé un moment de supprimer l'interdiction de séjour, dont les cas législatifs tendaient à se raréfier. Cependant, le projet déposé en février 1986 a maintenu cette sanction (art. 131-29). L'échec de la réforme de 1955 se marque notamment par le fait que 16 interdits de séjour seulement, bénéficiant de mesures d'assistance, étaient sous le contrôle des Comités de probation au 31 déc. 1988.

29. Elle remplace à l'article 4 les mots « Seront relégués... » par « Pourront être relégués » et ajoute « le reste sans changement ». Robert Vouin a ironisé sur une réforme aussi importante réalisée de façon aussi concise.

30. J.-B. Herzog salua la loi de 1954 dans sa chronique « Vers une législation de défense sociale », cette *Revue* 1954.592.

Depuis ce temps, la relégation, d'abord remplacée par la tutelle pénale par la loi du 17 juillet 1970 (V. ci-dessous) a été abrogée par celle du 2 février 1981, laissant ainsi sans solution le problème des récidivistes dits « incorrigibles ».

C. – *Problèmes relatifs à l'exécution des peines*

11. La mise en oeuvre de la réforme pénitentiaire est due, pour une large part, nous l'avons dit, à l'initiative de Marc Ancel et à ses rapports avec Amor, Germain et M. Cannat ainsi qu'à son activité au sein de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire[31]. Un décret du 1er avril 1952, que l'on attendait depuis plus de soixante ans, vint donner une réglementation de la *libération conditionnelle*[32], la matière n'allait pas tarder à être reprise par le code de procédure pénale dans ses articles 729 à 733[33].

Le même code instituait officiellement le *juge de l'application des peines* (art. 721 et s.). Mais il existait auparavant, en particulier depuis l'application progressive du programme de décembre 1944[34], avec l'appel fait à quelques magistrats qui pouvaient être qualifiés de « directeurs de conscience de l'administration pénitentiaire », dont l'un d'entre eux (M. Vienne) fut chargé d'un rapport sur cette question aux premières journées franco-belgo-luxembourgeoises en 1951[35]. Les origines de l'institution ont été assez clairement retracées[36] pour que l'on y retrouve l'influence de Marc Ancel[37], et son rôle se fera sentir, d'ailleurs, aux diverses étapes du développement de ce nouveau secteur du pouvoir judiciaire (V. ci-dessous).

Or, c'est précisément au juge de l'application des peines que le code de procédure pénale confiait (art. 722 et 723) le soin d'ordonner certaines modalités d'application de la peine d'emprisonnement prononcée, notamment le *travail à l'extérieur* et la *semi-liberté*[38], ainsi que d'accorder des *permissions de sortie*.

D. – *La prise en charge des déviants*

12. Parmi les inadaptés, les premiers dont le législateur ait été amené à s'occuper ont été les *mineurs délinquants*. On sait que le régime pénal particulier auquel les articles 66 et 67 du code pénal les avaient soumis avait été transformé en 1912. Nul n'ignore non plus que M. Jean Chazal a été l'artisan de l'ordonnance du 2 février 1945 (supprimant la question de discernement et posant en principe l'emploi exclusif de mesures de rééducation). Mais nul n'ignore davantage que Jean Chazal et Marc Ancel travaillaient en étroite collaboration, et il n'y a aucun doute que ce texte est une manifestation anticipée de l'esprit du mouvement de défense sociale[39], antérieure à sa formula-

31. V. rapport Ancel publié par la F.I.P.P. en 1951 sous le titre *Les méthodes modernes de traitement pénitentiaire*.
32. V. Gassin, *loc. cit.* p. 7 ; Cannat, cette *Revue* 1953.118.
33. Complétés par une abondante partie réglementaire (art. D. 520 à D. 544).
34. V. le point n° 9 de ce programme.
35. *Journées de science pénale*, Sirey, 1952, p. 100.
36. Cannat, « La genèse du juge de l'application des peines », *Rev. pénit.* 1967.21 ; G. Levasseur, « Un pilote nécessaire », *Rev. pénit.* 1972.743 ; Malherbe, « Le juge de l'application des peines », cette *Revue* 1959.635 et s.
37. Ancel, « La participation du juge à l'exécution de la sentence pénale », *Etudes pénit.* n° 3, juill. 1960.
38. Cannat, « La semi-liberté », cette *Revue* 1953.328 ; Ancel, « Les réformes apportées par le code de procédure pénale de 1958 au régime d'exécution des peines », *Ann. Fac. droit Liège*, 1961, p. 157.
39. V. Gassin, *op. cit.* p. 6.

tion en doctrine, de même qu'on a bien souvent résumé les réformes préconisées par la défense sociale comme une extension, adaptée aux majeurs, des idées fondamentales du droit des mineurs. C'est le même esprit qui inspira les améliorations apportées au texte par la loi du 24 mai 1951[40].

Mais la protection de la justice ne devait pas se limiter aux mineurs délinquants, elle devait s'étendre à tous les *mineurs en danger* (qui sont parfois les mêmes). Tel fut l'objet de l'ordonnance du 23 décembre 1958.

Dans les travaux qui préparèrent cette réforme, Marc Ancel joua un rôle capital grâce aux groupements scientifiques qu'il animait, en particulier, les Journées de défense sociale[41] et le Centre d'études de défense sociale qu'il avait fait créer un peu auparavant[42] ; aussi, Jean Chazal n'hésite-t-il pas à saluer l'ordonnance comme un « texte législatif de défense sociale »[43]. Trois mois avant l'ordonnance s'était tenu à Stockholm un congrès international de défense sociale sur « les enfants et adolescents socialement inadaptés » en vue duquel ce centre d'études français avait publié un important volume[44], et dans les années suivantes le même centre pluridisciplinaire, étendant sa recherche, élaborait en vue du Congrès de Belgrade un copieux rapport sur *Seuils d'âge et législation pénale*[45].

13. Il s'agissait alors essentiellement non plus des mineurs mais des « jeunes adultes » délinquants. En effet, un important mouvement international[46] tendait à soumettre cette catégorie (18 à 25 ans) à des mesures particulières. Il avait donné lieu en France à des études très poussées[47], auxquelles Marc Ancel prit une large part[48], mais qui n'aboutirent pas à une réalisation législative, même si ces jeunes adultes bénéficièrent souvent de mesures particulières d'indulgence dans les lois d'amnistie à partir de 1951.

14. Un autre échec a marqué cette période. Le Centre d'études avait travaillé, depuis les deuxièmes Journées de défense sociale tenues à Lille en 1954[49], sur un avant-projet de loi relatif aux délinquants anormaux mentaux[50]. Ces recherches donnèrent lieu à un ouvrage, *Les délinquants anormaux mentaux*[51]. Dans cet ouvrage, préfacé par Marc Ancel, nous n'avions pas hésité à intituler notre contribution : « La défense sociale nouvelle appelée à combler la lacune la plus importante du droit pénal français »[52]. En fait, si l'avant-projet en

40. Ancel, « L'évolution moderne des tribunaux pour enfants », *Rev. int. dr. pén.* 1948.281 et s. ; Ancel, « Le problème de l'enfance délinquante dans les législations modernes », *Journal des tribunaux*, janv. 1949, p. 1.

41. Notamment, Journées de Grenoble, 1958.

42. Cette *Revue* 1954.404.

43. Cette *Revue* 1960.729 ; l'auteur retrace l'élaboration du texte.

44. *Les enfants et adolescents socialement inadaptés, problèmes juridiques et médico-psychologiques*, préface Ancel, éd. Cujas, 1958 (n° VI des publications du Centre).

45. n° VIII des publications du Centre, éd. Cujas, 1961.

46. V. J.-B. Herzog, cette *Revue* 1957.460 ; 1958.678.

47. Rapport J. Chazal et Pinatel, *Rev. pénit.* 1953.57 et 509 ; 1954.53, 186, 657 ; 1956.319, 555 ; 1957.5, 731 ; 1958.11 et 225. Texte de l'avant-projet adopté le 15 févr. 1958 par l'Assemblée générale de la Société des prisons, *Rev. pénit.* 1958.539 ; Ph. Robert et Bismuth, « Les jeunes adultes délinquants », *Compte général* 1969, p. R. 61.

48. Communication au Colloque de Copenhague, cette *Revue*, 1958.680.

49. Cette *Revue*, 1954.809.

50. Un groupe lillois en contact direct avec l'application de la loi belge de défense sociale du 9 avr. 1930 avait travaillé sur un homologue français, au cours de nombreuses réunions dont Piprot d'Alleaume avait longuement rendu compte dans la chronique de défense sociale qu'il tenait depuis 1948 à cette *Revue* (1948.121, 594, 803 ; 1949.124, 405, 607 ; 1950.82, 462 ; *adde* : Vienne, *ibid* 1951.321.

51. N° VII des publications du Centre d'études de défense sociale, éd. Cujas, 1958.

52. *Ibid.* p. 1. La préface de Marc Ancel occupe les p. VII à XXIX.

question a soulevé un certain intérêt[53], il n'a pas eu les honneurs de la procédure législative. Sur ce point, Marc Ancel n'a pas eu d'influence. C'est une maigre consolation que de constater que la formule de l'article 64 du code pénal de 1810 subsiste, pratiquement intacte, dans l'article 122-1 du projet déposé au Sénat en 1986, alors que toutes les commissions qui s'étaient penchées sur ce texte clamaient bien haut la nécessité absolue de sa modification.

15. Trois autres modifications du droit français ont abouti avant 1960 à des textes qui ont pu être considérés comme dus à l'influence de Marc Ancel et de ses idées. Malheureusement les commentaires laudatifs qui les accueillirent firent place assez vite à la désillusion, là encore (comme pour l'interdiction de séjour) l'application qui en fut faite ne confirma nullement les espoirs qu'ils avaient fait naître.

La première en date de ces réformes date de la loi du 24 décembre 1953 modifiant l'article 528 *ter* du code de la santé publique. Elle autorisait le juge d'instruction à placer les personnes faisant usage de *stupéfiants*, et poursuivies à cette occasion, dans un établissement spécialisé à fin de désintoxication. Mais le règlement d'administration publique nécessaire ne fut pas pris et lorsque la loi du 31 décembre 1970 (V. ci-dessous) confirma cette possibilité (art. L. 628-2 c. santé publ.), elle se trouva englobée dans un plus vaste ensemble, entre les pouvoirs du procureur de la République et ceux de la juridiction de jugement.

La seconde réforme fut réalisée par la loi du 15 avril 1954 prévoyant des mesures de traitement coercitif pour les *alcooliques dangereux*[54] (art. L. 355-2 c. santé publ. modifié par décr. 11 mai 1955). Elle fut saluée comme une consécration des idées propagées par Marc Ancel[55]. En fait, elle n'a guère contribué à la solution du problème de l'alcoolisme en France.

La troisième réforme résultait d'un décret du 7 janvier 1959, qui permettait au procureur de la République, au lieu de poursuivre pour *vagabondage* un individu apte au travail et désireux de se reclasser, de le faire prendre en charge par le service de l'aide sociale[56] à la suite d'une ordonnance rendue par le juge de l'application des peines selon un régime organisé par un arrêté du 14 septembre 1959. Le texte paraît avoir reçu beaucoup moins d'applications qu'il n'était espéré, et d'autres projets n'ont pas abouti[57].

16. Si l'année 1960 marque la fin de la première étape, c'est qu'à partir de cette époque l'influence de Marc Ancel sur l'évolution législative fut mise en veilleuse pour une raison très simple. L'initiative des réformes appartient, en fait, au gouvernement, qui est pratiquement maître de l'ordre du jour des assemblées. Or, c'est à ce moment que fut appelé au ministère de la Justice notre collègue Jean Foyer, brillant juriste et professeur de droit pénal qui ne

53. Dr. Jorda, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, thèse droit Montpellier, 1966 ; Journées de défense sociale d'Edimbourg, 1974 (not. rapports Vienne et Levasseur), p. 58.

54. Lebret, « Quelques problèmes posés par le traitement des alcooliques », dans l'ouvrage collectif n[os] IV et V du Centre français de défense sociale, *La prévention des infractions contre la vie humaine*, éd. Cujas, 1956.I.153 ; *adde* : Bertrand, *Rev. pénit.* 1966.263 ; Dr. Hivert, *Rev. pénit.* 1966. 51 ; Journées de défense sociale tenues à Lyon en 1962.

55. Gassin, *loc. cit.* p. 8 ; Journées de défense sociale tenues à Montpellier en 1955, cette *Revue* 1955.578 et 724 ; 1956.162.

56. V. avant le texte en question : Vienne, « Vagabondage et défense sociale », cette *Revue* 1958. 460 ; postérieurement au texte : Vienne, « L'admission des vagabonds au bénéfice de l'aide sociale », cette *Revue* 1960.19.

57. V. Journées franco-belgo-luxembourgeoises, mai 1960 (*Rev. dr. pén. et crim.* mai 1960), notamment le Rapport Vienne contenant en appendice le texte d'un avant-projet.

partageait pas les idées de Marc Ancel et n'entendait pas suivre la politique criminelle de la défense sociale nouvelle[58] à qui il reprochait notamment son manque d'efficacité pratique. Il n'y eut d'ailleurs pas de retour en arrière, mais plutôt une stagnation ; le renouvellement des personnalités au pouvoir, même sans changement politique important, ajouté au développement de la défense sociale nouvelle sur le plan international, ainsi qu'aux résultats obtenus par certaines au moins des réformes de la première vague, suscitèrent vers 1970 l'apparition d'une seconde étape.

II. – LA PERIODE POSTERIEURE A 1970

Cette seconde vague a porté, elle aussi, sur la procédure, sur les sanctions, sur l'exécution de celles-ci, avant de déboucher sur certains problèmes plus larges de politique criminelle.

A. – *L'organisation de la procédure pénale*

17. On a longtemps discuté, dans l'entourage de Marc Ancel, de l'organisation d'un « procès de défense sociale ». Certaines de ces idées ont pénétré dans le domaine du droit positif, notamment par le renforcement des droits de la défense et le souci du respect des droits de l'homme[59].

La manifestation la plus nette en a été la réduction du domaine de la détention préalable par la loi du 17 juillet 1970 et l'institution corrélative du contrôle judiciaire (art. 137 c. pr. pén. ; art. R. 16 à R. 25, R. 121 et R. 121-1 c. pr. pén.). Ancel avait poussé à cette création comme à la nouvelle réglementation de la *détention provisoire*[60] résultant de la même loi, de même qu'il a approuvé les nombreuses modifications ultérieures qui sont allées dans le même sens (10 juin 1983, 9 juill. 1984, 6 juill. 1989) en particulier la reconnaissance (loi du 6 juill. 1989 modifiant art. 81 c. pr. pén.) des « enquêtes rapides » dont l'usage s'était répandu[61].

Il convient donc de mettre au crédit de l'influence de Marc Ancel les lois successives sur la mise en *détention provisoire* en matière correctionnelle d'abord (loi 9 juill. 1984), en matière criminelle ensuite (loi 6 juill. 1989). Ces lois ont limité les cas et la durée de cette détention et en ont assuré le contrôle et les sanctions (*adde* loi 6 août 1975 modifiant l'art. 148-4 c. pr. pén. et loi 10 juin 1983 modifiant l'art. 148-2 c. pr. pén.). Il ne faudrait pas oublier non plus la loi du 17 juillet 1970 (art. 149 et s. c. pr. pén.), qui a permis l'indemnisation en cas de détention provisoire abusive.

58. V. la conférence de J. Foyer au Centre national d'études judiciaires le 28 mars 1963 sur « La doctrine de la V[e] République en matière de répression » (Compte rendu par Aury, *Rev. pénit.* 1963. 281). On donne l'échec de la loi sur les alcooliques dangereux comme un exemple typique de l'inadaptation de la défense sociale nouvelle. Marc Ancel publia, en une sorte de réponse, longue et documentée, « Défendre la défense sociale ? », cette *Revue* 1964.188.

59. Sur cette préoccupation chez Marc Ancel, V. ses diverses publications : *La protection des droits de l'homme dans la procédure criminelle selon la législation française et les systèmes apparentés*, rapport au Cycle d'études des Nations Unies tenu à Vienne en 1960 ; Ancel, *Liber Amicorum René Cassin*, 1972.II.219 ; Journées de défense sociale de Fribourg, 1966, cette *Revue* 1967.7 ; *Mélanges Graven*, 1969, p. 1 ; V. un de ses derniers articles, « Les droits de l'homme et la défense sociale », cette *Revue* 1989.813.

60. XII[es] Journées franco-belgo-luxembourgeoises, Poitiers 1970 (*Rev. dr. pén. et crim.* nov. 1970) ; Journées régionales de criminologie, Aix-en-Provence 1973.

61. Vérin, cette *Revue* 1977.909 ; Mme Bernat de Célis, cette *Revue* 1981.57.

18. Mais Marc Ancel était surtout préoccupé du « *sentencing* », c'est-à-dire de la façon dont le juge utilise la latitude que lui laisse le législateur pour parvenir à l'individualisation de la peine (ne voyait-il pas dans Saleilles un précurseur de la défense sociale nouvelle ?). De nombreux écrits de sa part en témoignent[62] ainsi que les recherches qu'il avait dirigées[63], et c'est intentionnellement qu'il avait donné pour thème au VIII[e] Congrès international tenu à Paris en 1971, « Les techniques de l'individualisation judiciaire »[64]. L'évolution de ce problème depuis Saleilles a été parfaitement marquée par la contribution de R. Vienne aux *Mélanges Ancel*, « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure »[65]. C'est dire que toutes les modifications de la procédure doivent tendre à aboutir au prononcé d'une sanction adéquate.

B. — *L'éventail des sanctions*

19. La loi du 9 octobre 1981 proposée par le Garde des Sceaux R. Badinter a aboli la *peine de mort*. C'est là une des réformes où l'influence de Marc Ancel est le moins contestable ; depuis de longues années il militait pour son adoption[66].

De même la loi du 17 juillet 1970 remplaçant la relégation par la *tutelle pénale* correspondait à ses voeux[67]. Il dut moins apprécier, onze ans plus tard, la suppression pure et simple de cette mesure après que des efforts intéressants aient été faits pour la mettre en oeuvre dans l'esprit de la défense sociale, mais l'administration pénitentiaire traînait comme un boulet depuis près d'un siècle la gestion des multirécidivistes.

Les équipes animées par Ancel s'étaient penchées sur les *interdictions professionnelles*, qui prenaient une place de plus en plus grande en complément de l'emprisonnement[68]. Ces travaux contribuèrent à la loi du 11 juillet 1975

62. « Le rôle social du juge pénal », *Mélanges Beleza dos Santos*, 1964, p. 203 ; « Quelques observations sur le rôle du juge dans la fixation de la sanction pénale », *Ann. Fac. droit Thessalonique*, 1966, p. 161.

63. V. pour le Congrès de l'Association internationale de droit pénal tenu à Lisbonne en 1961 sur la question « Les méthodes et les procédés techniques employés dans l'élaboration de la sentence pénale », l'enquête rapportée *Rev. int. dr. pén.* 1960.54 à 159 ; Journées de défense sociale tenues à Londres 1965 sur la psychologie judiciaire.

64. Compte rendu Verin, Zeiller, Dutheillet-Lamonthezie et Schewin, cette *Revue* 1972.185 ; *idem* D.C. *ibid.* p. 203 ; *adde* : notre rapport de synthèse, cette *Revue* 1972.327 ; discours Ancel à l'ouverture et à la clôture, cette *Revue* 1972.369.

65. *Mélanges Ancel*, II, p. 177.

66. V. son article cette *Revue* 1960.447 sur l'exécution de Chessman ; *adde* « Les doctrines de la défense sociale devant le problème de la peine de mort », cette *Revue* 1963.404 ; « Le problème de la peine de mort », *Rev. dr. pén. et crim.* 1963.1964, p. 373 ; « La peine de mort dans les pays occidentaux », *Vie sociale*, 1966.55 ; « L'abolition de la peine de mort devant la loi et la doctrine pénale d'aujourd'hui », Colloque Coimbra 1967, publié dans *La pena di morte* 1967.II.415 ; « La peine de mort dans la deuxième moitié du XX[e] siècle », *Rev. Comm. int. juristes*, juin 1969, p. 37. *Adde* son activité au sein du Conseil de l'Europe et de l'ONU et les deux rapports publiés sous les auspices de ces organismes, à Strasbourg 1962 et à New York 1962. V. aujourd'hui : Mme Rozès, « La société internationale de défense sociale et la peine de mort », cette *Revue* 1988.379.

67. V. Travaux de la Société des prisons, *Rev. pénit.* 1968.609 ; 1969.9, 38, 249, 319 et 507. Sur l'institution nouvelle, cf. Stéfani, Levasseur et Jambu-Merlin, « Criminologie et science pénitentiaire », 4[e] éd. 1976.592 à 619 ; *adde* rapport Vienne au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire le 22 déc. 1971 ; Goldouzian, *La tutelle pénale ; prononcé et modalités d'application*, thèse dactylographiée Paris II, 1976.

68. Journées franco-belgo-luxembourgeoises tenues à Paris en nov. 1965, *Rev. dr. pén. et crim.* nov. 1965, notamment rapports Chavanne, Gagne et Robin ; « Les interdictions professionnelles et les interdictions d'exercer certaines activités », éd. Cujas, Rapport du Centre d'études de défense sociale au Congrès de Lecce, ouvrage collectif présenté par G. Levasseur. Au Congrès de Lecce, le rapport de synthèse fut présenté par Marc Ancel (cette *Revue* 1967.242).

qui entra dans la voie des *substituts à la peine de prison*, explorée depuis 1950[69]. L'article 43-1 du code pénal mentionne désormais les peines accessoires ou complémentaires comme substituts possibles ; de même, l'article 43-2 permet en outre d'utiliser aux mêmes fins l'interdiction de l'activité professionnelle ou sociale utilisée par le délinquant pour préparer ou commettre le délit[70].

20. Mais la liste des substituts allait plus tard recevoir des adjonctions majeures avec l'instauration, par la loi du 10 juin 1983 de deux nouvelles sanctions, qui ont obtenu un certain succès, le *travail d'intérêt général* au service de la communauté (imité d'une pratique britannique[71]) et les *jours-amendes* (développés depuis longtemps dans les pays nordiques et en Allemagne[72]). Dans l'émergence de l'une et de l'autre, les équipes de recherche de Marc Ancel avaient joué un rôle capital. La loi du 6 juillet 1989 modifiant l'article 747-8 du code de procédure pénale a d'ailleurs permis d'élargir l'application du travail d'intérêt général sur lequel on fonde beaucoup d'espoir.

Un choix plus audacieux avait d'ailleurs été offert au juge correctionnel par la loi du 11 juillet 1975 précitée qui, dans les articles 469-1 et 469-2 du code pénal, institua l'*ajournement et la dispense de peine* dans des conditions particulièrement favorables au prévenu, notamment si le reclassement de ce dernier est acquis et s'il a indemnisé sa victime, ce qui correspond aux objectifs de la défense sociale nouvelle.

21. On sait combien cette dernière doctrine est préoccupée par la réinsertion des délinquants, sur qui l'existence de la condamnation risque de faire peser un lourd handicap, tant par les incapacités qu'elle déclenche que par son insertion au casier judiciaire. La loi du 29 décembre 1972 a permis à la juridiction de jugement de décider, dès sa sentence, que la condamnation ne serait pas inscrite au bulletin n° 3 du *casier judiciaire*. La loi du 11 juillet 1975 a été plus loin, décidant que les condamnations inférieures à deux ans sans sursis ne seraient inscrites au bulletin n° 3 que sur décision expresse de la juridiction de jugement. Cette même loi (art. 775-1 c. pén.) a donné au tribunal correctionnel la faculté d'exclure la mention de la condamnation au bulletin n° 2, et ajouté que cette exclusion emporterait *relèvement* de toutes les interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient, résultant de cette condamnation. On comprend que ces réformes aient été saluées comme une consécration des idées de Marc Ancel[73].

22. Pour être complet dans le domaine de l'influence sur les sanctions, il faut noter que l'institution du *sursis avec mise à l'épreuve*, née officiellement avec le code de procédure pénale de 1958 (*supra* n° 8) n'avait cessé de s'amplifier au point de faire du « milieu ouvert » une branche importante de l'adminis-

69. L. de Wilde, « La transformation des peines accessoires en peines principales », *Rev. dr. pén. et crim.* 1976-1977.621.

70. Notons que Marc Ancel a toujours insisté pour que les « substituts à l'emprisonnement acquièrent une entière autonomie » (ce qui est acquis aujourd'hui pour le travail d'intérêt général et les jours-amendes).

71. V. les nombreuses études de Vérin, notamment, cette *Revue* 1979.636 ; 1982.399 ; Kramer et Leroy, cette *Revue* 1983.37 ; *adde* Couvrat, « Les trois visages du T.I.G. », cette *Revue* 1989.158.

72. Les jours-amendes avaient été longuement discutés, dès les années 1950, au sein de la Société générale des prisons. Sur l'expérience allemande, V. Grebing, cette *Revue* 1980.303.

73. G. Levasseur, « Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la défense sociale nouvelle », *Mélanges Ancel*, II, p. 35 ; Sacotte, « Casier judiciaire et défense sociale », *Mélanges Ancel*, II, p. 331. *Adde* : G. Renaud et S. Lorvellec, « Casier judiciaire et insertion professionnelle », cette *Revue* 1990.48.

tration pénitentiaire. Les lois du 17 juillet 1970 et du 11 juillet 1975 vinrent en élargir le domaine d'application. Les mêmes lois d'ailleurs élargirent également le domaine d'application du *sursis simple*, en facilitèrent l'accès, et en rendirent la révocation moins brutale. Elles introduisirent en outre, tant pour le sursis simple que pour le sursis avec mise à l'épreuve la possibilité de l'octroi d'un sursis partiel[74].

En dehors d'une dispense, d'un sursis ou d'un relèvement par le juge de jugement, il y a lieu d'exécuter la sanction prononcée.

C. – *L'exécution des sanctions*

23. Dans cette exécution des sanctions, tant en milieu fermé qu'en milieu ouvert, le *juge de l'application des peines* va jouer un rôle capital. Les lois du 17 juillet 1970, le décret du 12 septembre 1972 et la loi du 29 décembre 1972 vinrent le doter de pouvoirs étendus en milieu fermé, au moment même où une certaine effervescence régnait chez les détenus[75]. Désormais, le juge de l'application des peines, outre la semi-liberté[76], le travail à l'extérieur et les permissions de sortir (libres ou sous escorte), peut décider de diverses *réductions de peine*, et même de la *libération conditionnelle* si la peine n'excède pas trois ans. Il en fixe alors les conditions et peut les modifier au besoin en cours d'exécution. Il est assisté dans ses fonctions en milieu fermé, par une commission de l'application des peines dont le rôle, à l'origine purement consultatif, paraît être devenu pour partie collégial avec les lois du 2 février 1981 et du 9 septembre 1986 (modifiant l'art. 733-1).

Si ces dernières ne doivent rien à M. Ancel[77] les autres modifications vont bien dans le sens de ses idées puisque, présentant au Sénat le projet devenu la loi du 29 décembre 1972, le Garde des Sceaux[78] s'exprimait ainsi : « il contient toute une série de mesures qui visent à humaniser autant qu'il est possible et raisonnable la vie dans les prisons, à individualiser les modalités d'exécution de la peine en fonction de la personnalité de chaque détenu et à favoriser ses chances de réinsertion au sein de la société ».

24. Il convient de noter que les lois du 29 décembre 1972 et du 11 juillet 1975 (mentionnées *supra* n° 21) n'ont pas seulement, soit dispensé, soit autorisé les tribunaux à dispenser, de l'inscription de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire, mais ont également permis aux condamnés de solliciter après coup le *relèvement* des incapacités pesant sur eux, à titre accessoire ou complémentaire, du fait de la condamnation. La procédure en a été fixée par ces lois dans l'article 55-1 alinéa 2 du code pénal complété par la loi du 25 janvier 1985. Nous avons déjà signalé qu'une telle possibilité découlait directement de la pensée de Marc Ancel[79].

74. Sur les cas où les juges choisissent cette modalité, V. la recherche du Laboratoire de sociologie criminelle (Levasseur et Mme Champenois-Marmier, *Ann. internat. de criminologie*, 1978, p. 117).

75. Levasseur « Un pilote nécessaire », *Rev. pénit.* 1972.743, not. p. 749 ; *adde* : « Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives », *Rev. pénit.* 1983.327.

76. Que le tribunal peut désormais décider lui-même si la peine n'excède pas six mois d'emprisonnement (loi 17 juill. 1970 modifiant l'art. 723-2 c. pr. pén.).

77. Qui était l'un des huit signataires du manifeste contre le projet qui est devenu (après modifications) la loi du 2 févr. 1981 dite « sécurité et liberté ».

78. M. Pleven, qui avait accepté de patronner, en 1971, le VIII[e] Congrès international de défense sociale tenu à Paris.

79. Cf. notre contribution aux *Mélanges Ancel* II, p. 35, not. p. 43 et s. citant les travaux du Congrès tenu à Athènes en 1957 par l'Association internationale de droit pénal, ceux des X[es] Jour-

D. – *Les déviants et l'élargissement des objectifs de la politique criminelle*

25. Le problème des *mineurs* a été remis sur le chantier ; on attend encore de connaître le projet définitif qui sortira des travaux de la Commission et des débats de multiples colloques. Pour l'instant, on peut noter que la loi du 30 décembre 1987 a limité la possibilité donnée au juge de placer en détention un mineur de 16 à 18 ans, la détention d'un mineur de moins de 16 ans étant interdite en matière correctionnelle. D'autre part, la loi du 6 juillet 1989 a limité la durée de détention provisoire des mineurs qui peuvent être incarcérés. Ces lois ont modifié en ce sens l'article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945[80].

26. Le cas des *toxicomanes* est soumis, par la loi du 31 décembre 1970 insérée dans le code de la santé publique, à un régime qui s'est voulu rigoureux à l'encontre des trafiquants et compréhensif à l'égard des drogués. Si ceux-ci tombent désormais sous le coup de la loi du seul fait de la consommation, même individuelle, ils peuvent échapper à la condamnation et même aux poursuites en suivant un traitement de désintoxication (art. L. 627 à L. 630-3 c. santé publ.). Mais à partir de quelle quantité de drogue le possesseur est-il un « *dealer* » ? En France où l'on souhaite concilier la répression contre ceux qui propagent ce terrible fléau avec l'aide sociale à apporter à ceux qui en sont les victimes, c'est dans l'esprit de la défense sociale que l'on recherche une orientation. C'est à l'encontre des trafiquants exclusivement que la loi du 31 décembre 1987 a renforcé la répression.

Lorsqu'en 1988 Mme Lazerges organisa à Montpellier un colloque sur « Réponses aux toxicomanies »[81], Marc Ancel y assistait et en présenta les conclusions.

27. Mais la politique criminelle préconisée par Marc Ancel s'était récemment amplifiée de façon très sensible, comme il s'en est expliqué en proposant une révision du programme minimum de défense sociale[82].

Cet *addendum*, décidé par l'Assemblée générale de la Société de défense sociale au Caire en novembre 1984, et formulé à Milan en décembre 1984 par le Conseil de direction, est pratiquement l'oeuvre de Marc Ancel. Il tend à intégrer une très large part de la politique sociale dans une politique criminelle élargie. Le droit pénal « n'est ni le principal ni le meilleur moyen de lutte contre la criminalité ». Pour prévenir la délinquance et pour « socialiser » les déviants, il faut faire agir toutes les possibilités du droit civil, du droit administratif, des services éducatifs, des services de santé, des services d'assistance sociale, etc.

28. Ces nouvelles orientations, dégagées par Marc Ancel, à la fois préparent, suggèrent, confirment ou expliquent de nombreuses manifestations législatives qui ne sont pas toutes du domaine répressif.

Il en est ainsi, par exemple, d'une meilleure prise en considération des victimes. Dès la loi du 3 janvier 1977, élargie par celle du 2 février 1980, les victimes ont pu obtenir une certaine indemnité de l'Etat lorsque l'auteur des

nées franco-belgo-luxembourgeoises de 1965 et ceux du Congrès de la Société internationale de défense sociale de Lecce en 1966 dont Marc Ancel fut le rapporteur de synthèse.

80. Cf. Thomas, « La détention des mineurs », cette *Revue* 1990.417.

81. V. son rapport introductif, « Les fonctions de la peine et la toxicomanie », cette *Revue* 1988.857 et le compte rendu de ce colloque, cette *Revue* 1988.614.

82. Texte de l'*addendum*, cette *Revue* 1985.159. V. Ancel, cette *Revue* 1982.665 ; 1983.533 ; 1985.157. *Adde* : commentaire Mlle Marx, 1988.469.

infractions était non identifié ou insolvable. Le souci de la victime fut souvent répété dans la préparation et dans la formulation de l'*addendum*, au moment où le Garde des Sceaux R. Badinter entendait mettre l'accent sur la protection des victimes pour rassurer une opinion publique redoutant qu'il ne conduise une politique criminelle trop favorable aux délinquants.

L'existence aux Etats-Unis d'un service d'accueil aux victimes et témoins, créé par l'Institut Vera, avait attiré l'attention[83], et Mme Rozès avait institué un service analogue en juin 1980 au tribunal de Paris[84], tandis que Marc Ancel[85] attirait l'attention sur la situation juridique, économique et sociale des victimes[86]. En septembre 1982, Robert Badinter institua à la Chancellerie un bureau d'aide aux victimes dirigé par Mme de Liège. Les associations d'aide aux victimes se multiplièrent[87]. Un plan intérimaire fut établi. Une commission fut nommée sous la présidence de M. Milliez[88]. Il apparut nécessaire d'aider les victimes sur le plan judiciaire, administratif et social, mais aussi sur le plan patrimonial mieux que n'avaient commencé à le faire les lois précédentes.

C'est ainsi qu'intervinrent : d'abord la loi du 8 juillet 1983, puis celle du 6 septembre 1986 (modifiée le 30 décembre 1986) propre aux victimes d'actes de terrorisme au profit desquelles fut créé un fonds de garantie. Mais la législation française est apparue assez vite en retrait par rapport aux objectifs fixés par le Conseil de l'Europe, et par les règles de la Communauté européenne[89] ; aussi une nouvelle loi est-elle intervenue le 6 juillet 1990 après que la loi du 30 décembre 1988 eut autorisé la ratification de la Convention européenne.

Ainsi la Journée tenue le 7 décembre 1988 à la Chancellerie pouvait-elle conclure que les victimes étaient mieux aidées et mieux indemnisées[90].

29. La coopération des divers services publics ou privés, et surtout peut-être celle des collectivités publiques, départements et municipalités, allait bientôt entrer dans la phase pratique. L'élément déterminant fut le rapport de la Commission Bonnemaison, composée de maires des grandes villes, et qui, pour faire face à la délinquance, conclut à la trilogie : « prévention, répression, solidarité ». En conséquence, le décret du 8 juin 1983 établit un Conseil national de la prévention de la délinquance, et organisa la création de conseils départementaux et de conseils communaux[91]. Ceux-ci ne tardèrent pas

83. J. Vérin, cette *Revue* 1976.483.

84. Mme Bernat de Célis, « L'expérience du service d'accueil des témoins et victimes au tribunal de Paris », cette *Revue* 1981.695.

85. « La défense sociale devant le problème de la victime », cette *Revue*, 1978.179.

86. *Adde* : Vérin, « La victime et le système pénal », cette *Revue* 1980.763 ; Vérin, « Une politique criminelle fondée sur la victimologie et sur l'intérêt des victimes », cette *Revue* 1981.895.

87. Mme de Liège, « Première Journée de rencontre des associations et services d'aide aux victimes », cette *Revue* 1984.167 ; Mme Desdevises, « Les associations d'aide aux victimes », cette *Revue* 1985.541 ; Thomas, « Deuxièmes Assises nationales des associations d'aide aux victimes » tenues à Montpellier en juin 1987, cette *Revue* 1988.159.

88. Elle déposa son rapport en juin 1982. Cf. Mme Bernat de Célis, « Que faire de plus pour les victimes ? », cette *Revue* 1982.737.

89. Couvrat, « La protection des victimes d'infractions ; essai d'un bilan », cette *Revue* 1982.577 ; Vérin, « Les réformes pénales de 1983 du point de vue de la défense sociale », cette *Revue* 1984.377 ; Mme Delmas-Marty, « Des victimes : repère pour une approche comparative », cette *Revue* 1984.209.

90. Mme Lombard, « Les différents systèmes d'indemnisation des victimes d'actes de violence et leurs enjeux », cette *Revue* 1984.277 ; Mme Lombard, cette *Revue* 1985.193 ; *adde* : Mme Delmas-Marty réf. citée note précédente.

91. Marcus, « Un outil pour la politique criminelle : les conseils communaux de prévention », cette *Revue* 1984.47 ; Mme Bernat de Célis, « A propos du Conseil national de prévention de la délinquance », cette *Revue* 1984.579.

à prospérer[92], et les réalisations, au moins en certains lieux, ont été très encourageantes, associant vraiment les citoyens à la politique criminelle[93]. Ce mouvement a correspondu d'ailleurs aux préoccupations du Conseil de l'Europe largement imprégné, lui aussi, de la conception de la défense sociale dégagée par Marc Ancel, ainsi qu'à celles de la Société internationale de criminologie[94].

30. Reste alors le problème dit de la « déviation », de la « médiation », des « alternatives », etc. Il s'agit de faire régler, hors du circuit répressif, un conflit né d'un fait qui constitue, légalement, une infraction[95]. Il s'agit là d'un aspect de la « dépénalisation »[96] que Marc Ancel a toujours appuyé. Mais dépénalisation ne signifie pas « impunité » ; il s'agit d'obtenir le respect des règles sociales en faisant appel à une technique extra-pénale. C'est alors que se produit une certaine « déjudiciarisation », le juge pénal étant soulagé d'une tâche confiée à une autre autorité sociale, qui prendra une décision en prenant soin de respecter les droits de la défense. Il convient d'organiser des « processus non pénaux de solution des conflits individuels ou sociaux »[97].

Il s'agit d'une extension au droit pénal d'une technique admise par les autres branches du droit. Le juge de paix a longtemps joué un tel rôle ; à peine l'avait-on fait disparaître, que l'on dût avoir recours à des conciliateurs[98] et même à un médiateur national, version française de l'*ombudsman* scandinave, sans parler des médiateurs plus ou moins officiels appelés au secours dans les conflits collectifs du travail.

Le développement des associations d'aide aux victimes a favorisé le recours à ces procédés[99], et le droit comparé en a fourni des exemples[100]. Le législateur français n'en est encore qu'aux balbutiements, mais sans doute entendra-t-il, là encore, la voix autorisée de Marc Ancel.

Certes, on nous dira qu'il ne s'agit plus ici de la législation répressive française, et que la politique criminelle s'est élargie jusqu'à englober une bonne partie de la politique sociale. Telle est cependant la tendance internationale contemporaine, et l'on peut compter sur les disciples de Marc Ancel pour l'encourager et l'approfondir, suivant la direction que lui-même a tracée en inspirant (sinon même en rédigeant) l'*addendum* au programme minimum de la Société internationale de défense sociale.

92. Mme Lazerges, « La mise en oeuvre, par un Conseil communal de prévention de la délinquance, de l'idée de participation des citoyens à la politique criminelle ; l'exemple de Montpellier », cette *Revue* 1988.150 ; Marcus, « Une évolution marquante dans la prévention », cette *Revue* 1989.176 ; Mme Lazerges, « Une politique criminelle participative », *Arch. polit. crim.* X (1988), p. 91 ; Mme Lazerges, « La prévention réhabilitée », cette *Revue* 1990.178 ; J. Borricand, « Espace urbain et prévention de la délinquance ; nouvelles perspectives françaises », cette *Revue* 1990.622.

93. Vérin, « Participation du public à la justice pénale et à la prévention du crime », cette *Revue* 1981.417 (not. p. 422 et s.).

94. Vérin, « Le contrôle social extra-pénal et informel au Congrès de Vienne », cette *Revue* 1984. 143.

95. Comp. Levasseur, « Les mesures alternatives pour les infractions en matière de circulation », Journées franco-hispaniques, Barcelone, 1977, n° spécial de cette *Revue* 1979.145.

96. Ancel, « Réforme pénale et dépénalisation », Journées Aix-en-Provence, cette *Revue* 1983.145 ; Ancel, « A propos de l'*addendum* au programme minimum », cette *Revue* 1982.665.

97. M. Ancel, cette *Revue* 1983.539.

98. Décr. du 20 mars 1978. V. Kotz et Ottenhof, *Les conciliateurs ; la conciliation ; étude comparative*, éd. Economica, 1983.

99. J. Fauchère, compte rendu du Colloque tenu à Strasbourg en juin 1985, « Droit des victimes, réparation, *conciliation* », cette *Revue* 1985.911.

100. Vérin, « La médiation à San Francisco, à New York et à Kitchener (Ontario) », cette *Revue* 1983.293.

L'influence de l'oeuvre de Marc Ancel sur le mouvement de défense sociale

Adolfo BERIA di ARGENTINE

Secrétaire général de la Société internationale de défense sociale
Procureur général de la République près la cour d'appel de Milan

Lorsque nous parlons de « défense sociale » nous nous référons plus ou moins – en tant que praticiens du droit – à l'orientation générale qui attribue à la peine une fonction de prévention d'autres crimes – à poursuivre à travers un traitement pénitentiaire orienté vers la resocialisation du coupable – au lieu de lui attribuer celle d'expiation du crime.

L'orientation de la défense sociale a acquis une spécificité plus poussée avec la naissance du mouvement de la nouvelle défense sociale, expression de la Société internationale de défense sociale qui vit le jour en 1949. La théorie du mouvement a été brillamment illustrée par Marc Ancel président de la Société. Il en a également été le représentant principal grâce à l'ouvrage qui s'intitule justement *La nouvelle Défense sociale*, traduit dans un nombre infini de langues. Cet ouvrage a été, conjointement à onze Congrès internationaux et plus d'une quarantaine de Journées (européennes, sud- et nord-africaines, asiatiques et africaines), le véhicule principal de diffusion du mouvement dans le monde entier.

La nouvelle défense sociale, bien que dérivant d'une certaine manière de l'Ecole positiviste italienne, s'en détache fondamentalement car elle rejette toute référence dogmatique ou idéologique. Elle représente une tentative de renouveler en profondeur les systèmes de justice criminelle à travers la recherche pratique des mesures concrètement les plus appropriées à contenir les phénomènes de la criminalité dans la conviction que les interventions de simple répression ne suffisent pas à cette fin.

En 1954, le mouvement de la nouvelle défense sociale élabore, à l'occasion du troisième Congrès international d'Anvers, un programme-manifeste qui affirmait entre autres choses :

a) l'exigence d'un examen critique du système pénal classique ;

b) le besoin de recourir aux sciences de l'homme pour la réalisation d'une approche interdisciplinaire du problème criminel ;

c) la poursuite d'une finalité humanitaire pour garantir la protection des droits fondamentaux de l'homme parallèlement à la sécurité de la société.

La nouvelle défense sociale a subi de nombreuses contestations au cours des années. Dès son apparition, nous assistons à celle des écoles pénalistes classique et technico-juridique contre les critiques avancées par la nouvelle

défense à l'égard des postulats fondamentaux de ces écoles. Au cours de la dernière décennie, la contestation est venue également de certains milieux politiques et de quelques secteurs d'opinion publique selon lesquels à une criminalité cruelle et violente niant toute valeur humaine et s'abandonnant à tout excès, il faudrait répondre, libérés de tout sentimentalisme humanitaire, par une répression rigoureuse, opposant la violence légale à la violence illégale.

Sur une position radicalement opposée, d'autres criminologues et experts en politique criminelle n'ont pas manqué d'accuser à leur tour le mouvement de la nouvelle défense sociale de se poser pour objectif la resocialisation du coupable, de s'occuper donc exclusivement de l'homme délinquant et de sa personnalité et de négliger totalement l'analyse de la société dans son ensemble. Qui plus est, l'objectif de la resocialisation souligne de fait l'obligation de la part du déviant d'accepter la société alors que si la société est criminogène et marginalisante, c'est l'homme qui doit être protégé contre la société et non pas la société contre l'homme. Ainsi, selon ces adversaires, la nouvelle défense sociale se placerait également et toujours dans le cadre de l'appareil répressif dont elle ne refuserait que les aspects négatifs de la violence contre la vie, la santé, la liberté.

Ces derniers adversaires de la nouvelle défense sociale ont abouti en partie à la criminologie dite radicale ; ils donnent désormais pour acquis l'échec du système pénal sur le plan de la prévention aussi bien que sur le plan du traitement face à une criminalité organisée qui triomphe désormais sur tous les fronts et vont jusqu'à demander carrément son abolition. Ils affirment que la criminalité est un événement naturel, tout comme un tremblement de terre par exemple, de sorte que toute intervention répressive à son égard est vouée à l'échec. Ce qui, à mon avis, signifie entre autres choses négliger totalement le problème des victimes des crimes.

D'où l'intérêt tout particulier acquis par les cinquièmes Journées européennes de défense sociale (qui se sont tenues au mois de mars 1984 à l'Université de Wuppertal en Westphalie), dans la mesure où les criminologues, les pénalistes, les magistrats, les experts en politique criminelle du monde entier y ont été appelés à discuter pour la première fois du projet d'un « nouveau programme-manifeste de défense sociale », que Marc Ancel avait préparé sur la base des travaux élaborés par des scientifiques de très nombreux pays.

Trois positions au moins s'affrontèrent à Wuppertal : la première soutient qu'il est indispensable de maintenir le principe selon lequel la lutte contre la criminalité est l'une des tâches fondamentales de la société même si le système pénal n'est que l'un des moyens de mener cette lutte ; selon lequel la peine privant de la liberté ne doit être adoptée que comme *ultima ratio* alors que tous les autres types de sanctions (pécuniaires par exemple) doivent être prioritairement adoptées. La seconde position affirme – tout en considérant la lutte contre la criminalité comme l'un des objectifs les plus importants du mouvement – que la première condition pour qu'une telle lutte soit menée selon des méthodes rationnelles est l'étude critique du concept même de la criminalité qui ne peut pas être purement et simplement déduit des choix du législateur positif car il existe des instruments législatifs qui ne sauvegardent pas – ou ne sauvegardent qu'insuffisamment – certains biens fondamentaux

pour la vie sociale d'une part et qui assurent une protection excessive des biens retenus moins importants par la collectivité de l'autre.

Ces deux positions mettent en évidence que toute critique, même radicale, faite au système pénal actuel pour sa faible efficacité n'est pas à confondre avec les utopies abolitionnistes propres à la criminologie radicale ; le but que celles-ci se proposent n'est pas de remplacer le droit pénal mais d'en réaliser un meilleur qui rééquilibrerait les droits objets de protection et assurerait une action efficace de prévention pénale.

La troisième position, qui s'identifie dans sa teneur au projet du document élaboré par Marc Ancel, affirme notamment qu'un examen critique du système pénal existant peut aboutir à libérer la politique criminelle de défense sociale d'une conception purement juridique du problème et à affirmer que le système pénal est souvent le moyen le moins efficace de réaction contre la criminalité. D'où le besoin d'une approche criminologique liée à l'acte délictueux et à l'auteur de cet acte et une attention particulière au jeu complexe d'action et de réaction qui mène – à certains moments, dans certaines sociétés et concernant certaines personnes – à des situations conflictuelles ; cette position ramène tout particulièrement l'attention aux victimes des crimes, au-delà d'un état traditionnel qui leur accorde tout au plus une réparation des dommages subis et au-delà de la science de la « victimologie » qui tend par trop à étudier les victimes de la même manière que la criminologie traditionnelle étudie le délinquant. Selon cette orientation, le mouvement de la nouvelle défense sociale devrait élaborer une stratégie différenciée vis-à-vis de la criminalité, établissant une distinction fondamentale entre les phénomènes criminels qui menacent les bases et la survie même de la communauté et la petite délinquance qui doit faire l'objet d'interventions non pénales. A l'heure actuelle, un Etat moderne qui ne s'appuie pas seulement sur la force ou sur l'idéologie mais également sur le consensus des parties du contrat gouverne selon des critères utilitaristes. Ceux qui l'administrent doivent prouver à l'ensemble des citoyens que leurs choix sont efficaces et convaincants, fondés sur une analyse des coûts et des bénéfices et soumis à une vérification empirique.

Cette conception de l'Etat distingue également, dans le domaine du droit pénal, les partisans de la doctrine de la nouvelle défense sociale. Elle distingue notamment la position des partisans orthodoxes de la doctrine qui se resserrent autour du théoricien principal du mouvement, Marc Ancel. Leur idée, plus ou moins clairement exprimée, à travers de nombreuses nuances, se résume comme suit. Puisque les choix s'orientent sur la base des catégories de l'utile et puisque les vérifications empiriques sont acceptées, il n'y a aucune raison de refuser, dans le domaine de la justice pénale, l'apport des sciences sociales. Bien au contraire, nombreux sont les motifs pour exiger cet apport car les catégories de l'utile ont leur fondement et leur corollaire dans les sciences sociales. L'analyse et la vérification ne peuvent se faire qu'en utilisant leur méthodologie et leur cadre de référence qui situent l'homme dans un système de relations. S'il est vrai que le droit se distingue des sciences sociales parce qu'il est une discipline normative, parce qu'il s'occupe de prescriptions, de commandements ou d'interdictions, il est également vrai que pour remplir sa tâche, qui est d'orienter l'homme, le praticien du droit doit le connaître. Pour le connaître, il doit utiliser les moyens qui lui sont fournis par les sciences sociales. Dans ce rapport déterminé dans lequel se placent le droit et les sciences de l'homme on refuse l'idée que la prescrip-

tion, le commandement ou l'interdiction puissent être entièrement contenus dans la norme générale.

On confie au procès, autrement dit plus concrètement au juge, la tâche de définir le point de confluence entre l'utile et la norme et celui des deux qui prévaut d'une fois à l'autre de même que les techniques à travers lesquelles réussir à l'établir.

Marc Ancel a le très grand mérite d'avoir toujours poursuivi une grande cohérence de pensée ; une fois que l'on accepte de soumettre ses propres choix à une vérification empirique, on ne peut refuser d'y soumettre également ses postulats. Même l'*a priori* concernant une prétendue coïncidence entre Etat (norme juridique) et société (norme sociale) est donc à rejeter. Le problème de la nouvelle défense sociale ne peut pas être généralisé. Sa validité doit être jugée dans une société donnée, dans un moment historique donné.

C'est toujours à Marc Ancel que revient le mérite d'avoir bien précisé en maintes occasions, voire par écrit, que la nouvelle défense sociale n'est pas une école dans le sens doctrinal mais une tendance idéale qui se contente de demander à ses adhérents un *credo* limité et qui entend mettre en place un mode cohérent de voir les problèmes de la prévention criminelle sans formuler des prémisses dogmatiques à caractère philosophique, juridique ou criminologique et sans dicter des méthodes scientifiques précises.

Le mouvement de défense sociale est, conformément aux préliminaires humanistes, le partisan de l'utilisation la plus ample des sciences visant à la connaissance de l'homme et de la société. Il invoque le soutien des disciplines bio-psychologiques et sociologiques pour la contribution qu'elles peuvent apporter à la compréhension de la phénoménologie criminelle et à l'élaboration de mesures de traitement efficaces pour la réintégration sociale des sujets dangereux sur le plan criminel.

Je voudrais enfin rappeler que Marc Ancel appartient au groupe restreint d'hommes qui se sont battus – autour des années cinquante – pour obtenir un engagement de la part des Nations Unies dans le secteur de la prévention du crime, du traitement des délinquants et surtout de la protection des droits de l'homme. Il a occupé très longtemps, en fait, en sa qualité de représentant français, le sommet de la Commission des droits de l'homme à l'ONU.

C'est à lui – entre autres – que nous devons la création de la Section de défense sociale des Nations Unies, connue actuellement sous le nom de *Crime Prevention and Criminal Justice Branch*.

Le Président Marc Ancel et le droit comparé

Raymond SCREVENS

Président émérite de la Cour de cassation
Professeur émérite aux Universités de Bruxelles

Le président Ancel, c'est en Provence, à Saint-Jacques de Grasse, en famille, entouré de ses enfants et petits-enfants, que je le revois. C'est là que je l'ai rencontré pour la dernière fois. Sous le ciel bleu, à l'ombre d'un olivier ou d'un amandier au feuillage bruissant légèrement, au milieu du chant des cigales, nous parlions de bien d'autres choses que de droit... Nous revenions toutefois de temps en temps à ce qui constituait deux grands centres d'intérêt du président Ancel, la défense sociale nouvelle et le droit comparé.

La thèse de doctorat que Marc Ancel défendit en 1927 était déjà consacrée à *La Common Law d'Angleterre*. Il poursuivit dans cette voie en comparant l'élément légal de l'infraction dans « La création judiciaire des infractions pénales en droit anglais et en droit français »[1]. Cet attrait du droit anglais s'explique certainement par le fait que dès 1923 Marc Ancel, alors licencié en lettres, avait conquis le diplôme d'études supérieures en langue et littérature anglaises. Passant du droit pénal au droit civil et au droit judiciaire, il étudie « Le projet français sur la capacité de la femme et les enseignements du droit comparé »[2], puis s'attache à « L'étude comparative des cours suprêmes et le recours en cassation »[3].

Que Marc Ancel analyse en 1936 et 1937 la règle *nulla poena sine lege*[4] n'a rien d'étonnant, puisque d'une part ont été introduites dans nombre de législations des mesures de sûreté, parfois de durée indéterminée, à l'égard notamment des anormaux mentaux et des récidivistes, et d'autre part le principe de la légalité des infractions, qui constitue le second volet de cette maxime (*nullum crimen sine lege*), est battu en brèche au moins dans certaines législations. Par la loi du 28 juillet 1935 l'Allemagne nazie adopte le principe de l'analogie, déjà introduit depuis plusieurs années en URSS. Le juge allemand n'est plus tenu par la définition de l'infraction ; il doit statuer en s'inspirant de la pensée fondamentale de la loi pénale et du « sentiment sain du peuple ». Ainsi, tout acte qui porte atteinte au régime national-socialiste peut être réprimé, même en l'absence de disposition pénale expresse.

La limitation des droits du citoyen correspondant à l'apparition du totalitarisme dans certains Etats, notamment la Russie des Soviets, l'Italie mus-

1. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1931, p. 91 et s.
2. *Annales de l'Institut de droit comparé* de l'Université de Paris, t. I, 1934, p. 145 et s.
3. *Annales internationales de droit comparé* de l'Université de Paris, vol. III, 1938, p. 285 et s.
4. « La règle *nulla poena sine lege* dans les législations modernes », *Ann. inst. dr. comp.* de l'Université de Paris, vol. II, 1936, p. 245 et s. ; « A propos de quelques discussions récentes sur la règle *nulla poena sine lege* », cette *Revue* 1937.670 et s.

solinienne et l'Allemagne nationale-socialiste, et ses influences dans d'autres pays, est clairement décrite dans l'*Introduction comparative aux codes pénaux européens*[5]. Cette *Introduction* constitue une fresque magistrale du droit européen du début du XIX^e siècle aux années 1950, dont l'auteur souligne les grandes étapes.

Le code pénal français de 1810 marque évidemment la première moitié du XIX^e siècle en raison de l'expansion militaire et de l'importance politique de la France, mais on ne peut négliger le retentissement et l'emprise du code pénal bavarois de 1813 dans les Etats germaniques.

Les mouvements nationalistes du XIX^e siècle vont de pair avec l'adoption de codes pénaux de tendances surtout néo-classiques dans les nouveaux Etats.

Les influences du mouvement positiviste de la fin du XIX^e siècle se font surtout sentir dans la première moitié du XX^e siècle et plus spécialement dans la période de l'entre-deux-guerres où, comme je l'indiquais ci-dessus, des mesures de sûreté sont introduites dans nombre de législations qui subissent aussi les effets de régimes politiques totalitaires.

Après la guerre, se développent des tendances novatrices avec la défense sociale nouvelle, la prévention du crime et le traitement des délinquants.

Le principe de la légalité est rétabli en Allemagne dès 1945. Il faudra attendre 1958 pour qu'il le soit en URSS, précédée dans ce domaine par les autres Républiques populaires. On s'oriente de plus en plus vers la personnalisation des sanctions.

Ce sont ainsi des courants législatifs internationaux qui sont dégagés et soulignés par le droit comparé. C'est l'objectif essentiel de celui-ci – particulièrement du droit pénal comparé – parmi ceux qu'indique Marc Ancel. Il le dégage avec prudence, mais avec netteté, faisant apparaître que l'existence de ces courants amène à dépasser le cadre même de chaque système juridique. « Dès que l'on envisage la législation dans son aspect dynamique, dans ses transformations et dans ses courants profonds qui la modèlent ou la modifient à une époque donnée ou d'une époque à l'autre, on est nécessairement amené à dépasser non seulement la formulation de la règle de droit *stricto sensu*, mais le cadre même du système juridique envisagé dans sa technique propre. Sur le plan de la politique criminelle comparée, c'est-à-dire saisie dans sa portée et dans son évolution internationales, les différenciations fondées sur la seule technique juridique apparaissent bientôt suffisantes, ou illusoires »[6].

Pour que les grands courants législatifs puissent être dégagés, il faut connaître les législations ; les traductions des codes en facilitent l'accès. Si les codes pénaux européens sont traduits en français dans les cinq volumes du Centre français de droit comparé, les éditions Walter de Gruyter & Co publient la traduction en langue allemande de nombreux codes pénaux et les « American Series » des traductions en langue anglaise sous la direction de G.O.W. Mueller, (avec une introduction de Marc Ancel)[7], donnant ainsi un retentissement supplémentaire aux droits étrangers.

5. Nouvelle collection du Comité de législation étrangère et de droit international, Centre français de droit comparé, Paris, 1956, p. II à LXVII, spéc. p. L. et s., n^os 56 et s.

6. *Idem*, n° 8, p. X et n° 69 et s., p. LVIII et s. voyez aussi sur la notion de système juridique, entendu ici dans son sens étroit : M. Ancel, ***Utilité et méthodes du droit comparé***, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, Imprimerie H. Messeiller, 1971, p. 39 à 41.

7. ***The American Series of Penal Codes***, sous la direction de Gerhard O.W. Mueller, South Hackensack N.J., Fred B. Rothman & Co ; Sweet & Maxwell Limited, Londres.

Parmi les nombreuses traductions qui voient le jour, on ne peut oublier le volume consacré à *La réforme pénale soviétique*, publiée aussi par le Centre français de droit comparé avec une préface et une introduction au système de droit pénal soviétique du président Ancel[8]. Le droit pénal soviétique y est décrit et analysé de la Révolution d'octobre 1917 aux codes de 1960, établis suivant les *Principes fondamentaux* promulgués par le Soviet suprême de l'Union, le 25 décembre 1958. Sont publiés en langue française, dans ce volume, la loi d'organisation judiciaire, le code pénal et le code de procédure pénale, tous du 27 octobre 1960, de la République socialiste fédérative des Soviets de Russie (R.S.F.S.R.), la plus importante des républiques fédérées de l'URSS.

Les principales caractéristiques de ce droit relevées par le président Ancel sont un retour aux grands principes traditionnels (principe de la légalité des incriminations et des peines, principe de la responsabilité morale, perfectionnement de la technique juridique) et un souci d'humanisation et de modernisation du système répressif[9], lequel a toutefois mis longtemps à se concrétiser, même partiellement. Le droit pénal soviétique n'en reste pas moins un droit autoritaire, politique et socialiste[10].

En 1969, paraît le *Livre du centenaire de la société de législation comparée* dont le président Ancel écrit l'introduction ayant pour objet « Cent ans de droit comparé en France »[11].

Après avoir tracé l'historique du droit comparé en France et rappelé les manifestations auxquelles il a donné lieu, le président Ancel constate que « la tendance actuelle est de l'utiliser pour permettre au juriste de mieux comprendre son propre droit, d'en mieux apprécier la structure fondamentale, de mieux apprécier sa place parmi les autres systèmes et de découvrir par là ses possibilités véritables de développement » ; il souligne de nouveau que « seule une étude comparative peut faire apprécier la force, la direction exacte et la réception possible des grands courants législatifs, ou des grandes orientations juridiques internationales »[12]. « La recherche comparative peut fournir les éléments d'une prospective juridique raisonnée ; car elle enseigne que le droit vivant est un phénomène socio-humain en perpétuel devenir. Mais elle découvre aussi que cette réalité obéit à des constantes qui sont, elles aussi, humaines et sociales. Tout système de droit tend naturellement à consacrer et à conserver des valeurs communes permanentes »[13].

La synthèse de la pensée du président Ancel sur le droit comparé se retrouve dans l'ouvrage *Utilité et méthodes du droit comparé*[14]. Ce petit livre de 119 pages est riche d'enseignement.

Les questions que pose le droit comparé, notamment son développement, les problèmes méthodologiques, la façon dont il faut l'envisager, et les conséquences de celle-ci, y sont étudiées, ce qui mène l'auteur à déterminer la signification actuelle du droit comparé[15]. Il insiste d'abord sur la nécessité inéluctable de l'examen comparatif des droits caractérisés par une internationa-

8. Nouvelle collection du Comité de législation et de droit international, Centre français de droit comparé, Paris, 1962, p. III à LXIX.
9. *Idem*, p. LXIII et s.
10. *Idem*, p. LXVI et s.
11. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 3 à 21.
12. P. 21.
13. *Idem*.
14. Cité ci-dessus, en note 6.
15. *Idem* p. 104 et s.

lisation grandissante des concepts juridiques. Il relève ensuite que la recherche est actuellement facilitée par l'existence d'organismes internationaux qui, tant sur le plan régional que sur le plan mondial, agissent en faveur de la coopération juridique comparative, par le développement de l'enseignement qui, suivant le niveau où il se situe, sera une confrontation de systèmes ou un exposé comparatif d'un sujet technique, et par la prolifération d'instituts spécialisés favorisant le travail d'équipe[16].

Cette étude peut actuellement aboutir à des résultats positifs qui doivent permettre de comprendre l'économie, le fonctionnement positif et l'équilibre respectif des systèmes[17].

Ainsi, le droit comparé dégage et « permet de comprendre la politique juridique des différents pays » et « d'apercevoir les grands courants législatifs ou plus exactement les grands courants réformateurs dans leur action internationale ». C'est « à la fois un moyen et une expression de la coopération internationale sur le plan juridique », qui « fait apparaître la relativité du droit national existant » et pousse « à dépasser la simple formulation de la norme écrite comme la seule considération de la loi territoriale et de la technique juridique particulariste »[18].

« Le droit comparé moderne développe donc bien, de par un *consensus* général, une vocation, et aussi un esprit universaliste. Sa mission finale, dans la mesure où il dépasse les technicités nationales et même les particularismes régionaux, est sans doute de servir d'expression à la conscience juridique universelle ou du moins – quels que soient leurs régimes autonomes d'organisation ou leurs idéologies – de dégager la conscience des nations évoluées et parvenues à un niveau analogue de civilisation à un moment donné de l'histoire de l'humanité »[19].

Dépassant ainsi les techniques, on retrouve l'homme pour dégager une règle de morale universelle[20]. Peut-il y avoir plus belle conclusion pour une vie consacrée à l'étude du droit et de ses résonances humaines ?

Quand on évoque l'activité de droit comparé du président Ancel, on ne peut s'empêcher d'y associer le Centre français de droit comparé, lieu de rencontre privilégié de nombreux comparatistes. Quels souvenirs pour ceux qui ont eu la chance de participer à quelques réunions !

Le parcours à travers l'oeuvre de droit comparé du président Ancel, auquel je vous ai conviés, en a nécessairement ignoré de nombreux chemins et sentiers, même en droit pénal comparé, auquel je me suis attaché un peu plus par une longue déformation. J'espère cependant avoir pu rappeler et souligner l'importance de cette oeuvre dans laquelle tout comparatiste trouvera des lignes de conduite et des sources exceptionnelles[21].

16. *Idem*, p. 105 à 108.
17. *Idem*, p. 108 à 115.
18. *Idem*, p. 116 à 119.
19. *Idem*, p. 119.
20. M. Ancel, « L'avocat et le droit comparé », *Journal des tribunaux*, 1950, p. 218.
21. Une bibliographie étendue des travaux du président Ancel a été publiée dans les *Aspects nouveaux de la pensée juridique — Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, éd. Pedone, 1975, t. I, p. XXXII à XXXV et t. II, p. XXXIV à XXXVII. D'autre part, des notes bibliographiques ont été rassemblées par lui dans le livre *Utilité et méthodes du droit comparé*, cité à la note 6, p. 121 à 134.

L'expérimentation sur les êtres humains* Réflexions d'un juriste allemand

Heike JUNG

Professeur à l'Université de Sarrebruck

Dans l'histoire de la médecine, le médecin expérimentateur a toujours suscité des sentiments ambivalents. D'un côté, il est considéré comme l'indispensable garant du progrès médical ; de l'autre, il risque toujours l'échec fatal. Le développement de la bio-médecine, le développement des techniques de manipulation ou d'intervention dans la substance héréditaire, en particulier, ont de nouveau et d'une manière jusqu'alors inconnue souligné cette ambivalence. Aussi, la vitesse et la dimension du progrès médical constituent-ils une tentation constante pour le médecin de dépasser les limites. Le chercheur est poussé non seulement par sa curiosité scientifique, mais également par un nouveau type de patient, convaincu de la toute-puissance qui entoure la médecine moderne[1]. En même temps, la société s'inquiète de plus en plus des risques qu'elle court en tolérant des projets de recherche encore plus hardis et sans issue évidente. Le progrès médical tend à isoler médecin et patient ; dans les hôpitaux, les rôles « patient » et « objet de recherche » ont fusionné[2]. Partout, on se plaint d'un développement plus rapide de la science que de l'éthique. On a peur de tomber dans le vide juridique, formule populaire qui entraîne « rapidement un appel aux juristes d'avoir à produire le règlement ou la loi adéquate »[3]. Cette crainte est partagée en particulier par les médecins qui, d'une façon paradoxale, ne cessent de réclamer en même temps un vaste pouvoir discrétionnaire.

L'impression d'une lacune juridique ne correspond pas tout à fait à la réalité. Mais on ne peut nier que les réglementations juridiques relatives à l'expérimentation sur l'homme manquent de clarté et, d'un point de vue international, d'uniformité. On ne peut même pas s'accorder sur la terminologie, ce qui indique que les délimitations du sujet ne sont pas du tout certaines. Aussi est-on arrivé, semble-t-il, à une densité de

* Cet article est tiré du rapport national allemand pour la Section V A 2 du XIII[e] Congrès international de droit comparé de Montréal. Je remercie Mme le docteur Françoise Furkel du Centre d'études juridiques françaises de l'Université de la Sarre d'avoir bien voulu relire le manuscrit.

1. Cf. Siegrist, « Der Wandel der Medizin und der Wandel der Arzt-Patient-Beziehung », *in* Jung, H.W. Schreiber (eds.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, Enke, Stuttgart, 1981, p. 54.

2. Cf. Bohlken, « Rechtliche Probleme im Krankenhaus aus medizin-soziologischer Sicht », in Jung-Meiser-Müller (eds.), *Aktuelle Probleme und Perspektiven des Arztrechts*, Enke, Stuttgart, 1989, p. 137, 145.

3. Thouvenin, « La référence au contrat de soins dans l'expérimentation sur l'homme » *in La fabrique du corps humain. Ethique médicale et Droits de l'homme*, Paris, 1988, p. 123-124 ; Hennau-Hublet, « L'activité médicale et les délits d'atteinte à l'intégrité physique et la santé des personnes », *in Rev. dr. pén. et crim.* 1986.577, 597 souligne à juste titre la normalité d'une telle insécurité face à des phénomènes nouveaux.

problèmes exigeant la redéfinition des positions afin de mettre à jour et préciser la cartographie morale et juridique de l'expérimentation sur l'homme.

La doctrine juridique et médicale a produit une littérature abondante en la matière, ce qui souligne en même temps l'urgence du problème[4] et l'importance attachée au discours interdisciplinaire. En l'absence d'une jurisprudence fréquente[5], ce discours prend une importance particulière[6]. Les efforts faits pour élaborer, adapter et harmoniser les règles ont déjà culminé dans maintes déclarations provenant soit du cadre médical soit du cadre juridique. La naissance des comités d'éthique reflète aussi la complexité de la matière qui semble exiger des instruments nouveaux et souples. Enfin, l'expérimentation sur l'homme passe au premier plan sur l'agenda des législateurs[7] et des organisations supra-nationales. Mais on est toujours loin d'un consensus sur les options de contrôle : la loi, la « *soft law* », la déontologie, le comité des sages représentent tous différents concepts et approches quant au rôle du législateur, de la société et des professions. D'une façon plus juridique, il s'agit d'apprécier l'interaction entre les règles déontologiques et les règles du droit ou, sur un plan général, entre l'éthique et le droit. Face à une telle tâche pratiquement impossible, il faut trouver des clauses de sauvegarde pour ne pas plier sous un fardeau trop lourd.

Tout d'abord, on ne doit pas attendre d'une telle analyse des lignes directrices remplaçant d'un seul coup les compromis flous. Une telle analyse ne prétend pas livrer des solutions claires dans une matière qui échappe, de toute manière, aux formules simplistes. De manière plus réaliste, il s'agit de faire entendre sa voix dans un concert international et interdisciplinaire, une voix qui ne peut cacher ses incertitudes quant aux finesses de la mélodie. La voix allemande reçoit son timbre spécifique de son propre cadre juridique général relatif à l'action médicale. De plus, la voix allemande ne peut se dissocier d'une gêne historique due à la mise en oeuvre par les Nazis de leur programme criminel d'expérimentation et d'extermination. Cette expérience historique a apporté au droit allemand une sensibilité particulière pour tous les cas limites en matière de protection de la vie humaine.

I. — UN PEU D'HISTOIRE

Une lettre de Louis Pasteur à l'empereur du Brésil nous révèle non seulement ses craintes quant à l'expérimentation sur l'homme mais aussi « sa » solution du problème : « Je n'ai rien osé tenter jusqu'ici sur l'homme ... Je crains trop un échec ... Je veux tout d'abord réunir une foule de succès sur les animaux ... Mais alors même que j'aurais multiplié les exemples de prophylaxie de rage sur les chiens, il me semble que la main me tremblera quand il faudra passer à l'espèce humaine. C'est ici que pourrait intervenir très utilement la haute et puissante initiative d'un chef d'Etat pour le plus grand bien de l'humanité. Si j'étais roi ou empereur ou même président de la

4. Pour la République fédérale d'Allemagne, cf. seulement Grahlmann, ***Heilbehandlung und Heilversuch***, Enke, Stuttgart, 1977 ; Deutsch, ***Das Recht der klinischen Forschung am Menschen***, Lang, Francfort, etc. 1979 ; Deutsch, ***Arztrecht und Arzneimittelrecht***, Springer, Berlin, etc. 1983, p. 214 et s., 272 ; Eser, « Das Humanexperiment. Zu seiner Komplexität und Legitimität », ***in Gedächtnisschrift für Schröder***, Beck, Munich, 1978, p. 191-215 ; Schimikowski, ***Experiment am Menschen***, Enke, Stuttgart, 1980 ; Eberbach, ***Die zivilrechtliche Beurteilung der Humanforschung***, Lang, Francfort, 1982 ; Biermann, ***Die Arzneimittelprüfung am Menschen***, thèse Giessen, 1985 ; Laufs, ***Arztrecht***, 4e éd. Beck, Munich, 1988, p. 219 ; Cloidt-Stotz, ***Der Schadensausgleich für Probanden der humanmedizinischen Forschung***, Heymanns, Cologne, 1990.

5. Seule décision rendue par le Bundesgerichtshof BGHZ 2O, 61.

6. V. par ex. V. Troschke, H. Schmidt (eds.), ***Ärztliche Entscheidungskonflikte***, Enke, Stuttgart, 1983, une collection de ces cas limites discutés sous l'angle médical, juridique et éthique.

7. La France, notamment, a légiféré sur la matière. Cf. la loi n° 88-1138 du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JO* 1988, p. 160932 ; pour les détails V. le commentaire législatif par Thouvenin, *ALD* 1989.89, 105, 117, qui prend une position critique ; et les commentaires par Auby, *JCP* 1989.I.3384 et Borricand, *D.* 1989.chron.167.

République, voici comment j'exercerais le droit de grâce sur les condamnés à mort. J'offrirais à l'avocat du condamné, la veille de l'exécution de ce dernier, de choisir entre la mort imminente et une expérience qui consisterait dans les inoculations préventives de la rage... »[8].

Alors que les condamnés à mort ont joué un rôle spécifique dans l'histoire de l'expérimentation, Claude Bernard, dans son oeuvre *L'introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, soutient la position générale suivante : « Les malades ne sont au fond que des phénomènes physiologiques dans des conditions nouvelles qu'il s'agit de déterminer »[9].

La société, tout en profitant du progrès médical et tout en s'apercevant du conflit du chercheur, a essayé depuis longtemps déjà de formuler des limitations et des conditions restrictives quant à la recherche médicale sur un plan général. La perspective de risque accompagnant une médecine de plus en plus envahissante explique le renforcement du contrôle social sur la profession médicale vers la fin du XIX^{e} siècle[10]. Contrairement à la France qui a opté en 1988 pour une loi unique, on peut détecter, en Allemagne, deux voies régulatoires spécifiques, l'une concernant l'expérimentation médicamenteuse et l'autre concernant l'expérience sur l'homme dans un sens général. Un décret de l'empereur allemand de 1875 concernant le trafic des médicaments et le *Arzneimittelgesetz* (AMG) de 1976 marquent les deux bouts de la chaîne en matière du contrôle du développement et de la production industrielle des médicaments. Les paragraphes 40 et 41 *Arzneimittelgesetz* statuant sur l'expérimentation et les essais thérapeutiques vont tout particulièrement retenir notre intérêt.

L'expérimentation sur l'homme a fait l'objet de deux circulaires ministérielles. La première datant de 1900, édictée par le ministre prussien des affaires spirituelles, s'adresse aux directeurs de clinique et interdit les expérimentations sur les personnes incapables de contracter ou non informées. La deuxième, du ministre de l'Intérieur du Reich, concerne les essais thérapeutiques et la recherche scientifique humaine. Il s'agit d'un système de règles assez complet et différencié distinguant déjà entre essais thérapeutiques et expérimentation. Cependant, une telle réglementation n'a pas pu prévenir l'abus criminel d'expérimentations sur l'homme au cours de la période nazie. Ceci traduit le fait qu'il ne faut pas avoir trop confiance dans les textes.

Les événements nazis ont fait naître une nouvelle approche plus réfléchie et approfondie sur le plan national et international à l'égard de l'expérimentation. Le procès des médecins dans le cadre du Tribunal militaire de Nuremberg en 1946-1947 a donné lieu à un débat international sur l'éthique médicale et les principes de l'expérimentation en médecine. L'influence immédiate du code de Nuremberg, partie intégrante du jugement prononcé par le tribunal, n'est pas facile à apprécier. Mme Ambroselli l'a probablement interprétée de façon juste : « Cet effort d'humanisation des droits de l'homme, humanisation dans la responsabilité et dans la protection des êtres humains, marque le statut, le jugement et l'influence du Tribunal militaire international dans la culture occidentale »[11]. Ainsi, les dix points du code de Nuremberg, malgré l'incertitude subsistante sur leur caractère juridique et malgré quelques lacunes, marquent l'ouverture d'une nouvelle ère, dans le procès d'élaboration des

8. Lettre de Louis Pasteur à l'empereur du Brésil du 22 déc. 1884 citée par Raichvarg, « Expérimentation et histoire : Pasteur et la rage », *in La fabrique du corps humain*, *op. cit.* (note 3), p. 155, 164.

9. Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* (1865), Garnier-Flammarion, Paris 1966, cité d'après Ambroselli, *L'éthique médicale*, Presses universitaires de France, Paris, 1988, p. 265.

10. V. H.W. Schreiber-Rodegra, « Die Entwicklung der Medizin im Einflussbereich juristischer Kategorien » in Jung-H.W. Schreiber, *op. cit.* (note 1), p. 27, 45 et s.

11. Ambroselli, *op. cit.* (note 9), p. 90.

règles[12]. A l'ombre des expérimentations criminelles de la période nazie, la communauté internationale s'est emparée du sujet : l'Association médicale mondiale a adopté des directives déontologiques à Helsinki (1964), révisées à Tokyo (1975) et à Venise (1983). Bien que de telles déclarations ne représentent que des normes internes de ladite association[13], elles exercent une grande force persuasive en pratique ; cela ne justifie pas, toutefois, qu'on leur attribue le caractère de droit coutumier[14].

La Pacte international sur les droits civiques du 19 décembre 1966, en vigueur en République fédérale d'Allemagne dès 1976, touche au sujet en exprimant que personne ne peut sans son consentement libre être soumis à une expérimentation médicale. Il semble que nous soyons maintenant au milieu d'une phase de cristallisation due à la fois au développement en bio-génétique et en matière des droits de l'homme. Le XIV[e] Congrès international de l'Association internationale de droit pénal (1989) s'est prononcé sur l'expérimentation sur l'homme[15]. Le Conseil de l'Europe, par son Comité d'experts sur la recherche sur les êtres humains (CAHBI-RE), s'efforce d'arriver à un standard commun, afin que les Etats membres légifèrent en ce sens. Ethique et théologie offrent leurs contributions[16]. En somme, un discours est mis en marche partout, un discours qui touche aux fondements non seulement de la médecine, mais aussi de l'existence humaine.

II. – TERMINOLOGIE ET DELIMITATION DU SUJET

Le terme « expérimentation » ne semble pas exiger de grandes explications : « connaître par expérience, éprouver, employer systématiquement de l'expérience scientifique » figurent parmi les synonymes. Mais à partir du moment où l'on établit la relation avec la médecine, l'incertitude intervient. On pourrait tout d'abord mettre en question cette focalisation sur la médecine. N'y a-t-il pas de nombreuses expérimentations psychologiques méritant d'être examinées de plus près[17] ? Et même si l'on refuse de traiter l'expérimentation sur l'homme dans sa globalité, le traitement médical ordinaire n'est-il pas une application systématique d'un certain fond d'expérience scientifique ? De surcroît, si l'on met l'accent sur le risque encouru, quelle est donc la différence entre une expérimentation d'un côté et le traitement non orthodoxe d'un malade de l'autre ? Enfin, peut-on utiliser le terme d'expérimentation lorsqu'il s'agit du traitement d'un malade individuel ? Le terme « expérimentation » n'est-il pas réservé à la recherche de base ?

Il va de soi qu'une étude terminologique peut en même temps passer pour une délimitation du sujet. En effet, la réalité est plus complexe que la liste des synonymes ne semble le suggérer. En plus, le résultat de notre étude peut différer selon son objectif. S'il s'agit d'optimaliser la protection du « patient », il faut utiliser le terme « expérimentation » dans un sens large, sens dans lequel une distinction entre expérimentation et essai thérapeutique serait de nature purement académique. Il n'est pas surprenant

12. Cf. pour les détails Deutsch, « Die zehn Punkte des Nürnberger Ärzteprozesses über eine klinische Forschung am Menschen : der sog. Nürnberger Codex », *in Festschrift für Wassermann*, Luchterhand, Neuwied, 1985, p. 69 et Ambroselli, *op. cit.* (note 9), p. 91.

13. Cf. Eser, *op. cit.* (note 4), p. 193 et s.

14. Comme le fait Cloidt-Stotz, *op. cit.* (note 4), p. 25.

15. V. les résolutions de la Section II, (Droit pénal et techniques biomédicales modernes) du XIV[e] Congrès international de droit pénal (1989) qui vont être publiées dans la *Rev. int. dr. pén.* 1990. Les rapports nationaux (1987) sont rassemblés dans la *Rev. int. dr. pén.* 1988, n[os] 3-4.

16. Cf. Jonas, « Philosophische Betrachtungen über Versuche an menschlichen Subjekten », *in* Doerr, Jacob, Laufs (eds.), *Recht und Ethik in der Medizin*, Springer Heidelberg, 1982, p. 3 ; du point de vue théologique Boeckle, « Zur Ethik des medizinischen Fortschritts aus der Sicht der Theologie », *in* Doerr, etc. *op. cit.* p. 25.

17. Dans le même sens Eser, *op. cit.* (note 4), p. 197 et s.

que la thèse de Mme Cloidt-Stotz qui traite de l'expérimentation sous l'angle du risque assuré favorise une telle position[18].

Autrement, du point de vue du médecin ou du chercheur, il importe non seulement de différencier entre « expérimentation » et « essai thérapeutique », mais aussi de rapprocher le plus possible du moins « l'essai thérapeutique » du traitement médical « normal ». Lorsque des dispositions du droit pénal relatives aux blessures ne s'appliquent pas au médecin ayant seulement négligé l'auto-détermination du patient[19], ce rapprochement entre l'essai thérapeutique et le traitement médical joue son rôle parce qu'il permet de relaxer le médecin de sa responsabilité pénale ou de transformer son comportement — comme en droit autrichien — en un autre délit. Il apparaît logique que M. Burgstaller, pour le droit pénal autrichien, mette l'essai thérapeutique *grosso modo* au même rang que le traitement médical[20]. Pour le droit allemand, M. Laufs soutient une position un peu semblable en proposant que les règles de l'essai thérapeutique découlent de celles du traitement médical[21].

Même si l'on ne suit pas ces positions, il importe que les expériences aient lieu dans le cadre d'un traitement individuel. Une expérimentation sans la finalité de « guérir un patient » requiert un autre ensemble de mesures de précautions. Ce point de départ est reconnu de plus en plus[22]. La ligne de démarcation n'est pas facile à tracer. Tout d'abord on ne peut pas juxtaposer « malade » et « sain » parce que les malades eux aussi peuvent être soumis à une expérimentation sans finalité thérapeutique. Restent trois éléments, auxquels on pourrait recourir : le risque, le degré de déviation des coutumes de la profession et la finalité. Le risque encouru ne peut servir de critère de distinction : il existe des traitements médicaux très dangereux et des expérimentations qui ne comportent pratiquement pas de risques. La déviation des coutumes de la profession distingue le traitement « normal » de l'essai thérapeutique, ce qui requiert des précautions supplémentaires[23]. Au lieu d'évoquer le risque, ne devrait-on pas mettre l'accent sur le fait que l'essai est caractérisé par sa « potentialité », tandis que les espérances dans un traitement médical sont plus « calculables » ?

Certes, on pourrait traiter les méthodes non conformistes telles que l'homéopathie ou les méthodes naturelles comme essais thérapeutiques. Or, la référence au terme « non orthodoxe » souligne une autre idéologie de traitement[24]. Le traitement non orthodoxe devrait donc suivre les règles conçues pour le traitement médical, exception faite de certaines clauses restrictives. Celles-ci ressemblent néanmoins aux conditions formulées pour les essais thérapeutiques. Apparemment, les ressemblances dans cette matière sont plus manifestes que les différences.

A vrai dire, nos tentatives terminologiques ont l'air anodines. On peut toutefois s'accorder sur un point : sur l'échelle de protection, l'expérimentation « pure » exige le maximum de précautions. On est même tenté d'opposer l'expérimentation pure aux autres phénomènes qui se ressemblent ou que l'on réunit, peu ou prou, sous la ru-

18. Cloidt-Stotz, *op. cit.* (note 4), p. 11 et s.

19. Position toujours soutenue par la plupart des auteurs en doctrine (cf. Hirsch, *in Leipziger Kommentar*, 10e éd., de Gruyter Berlin, 1981, vor § 223 n° 3) contre une jurisprudence bien établie dès RGSt 25, 375.

20. Burgstaller, *in Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manz, Wien (Stand 1989), § 90 n° 105. Mais il propose des préalables particuliers pour une telle classification de l'essai thérapeutique, ce qui prouve qu'il ne le traite pas tout à fait de la même façon.

21. Laufs, *op. cit.* (note 4), p. 224.

22. Même pour ceux qui — comme Mme Labrusse-Riou — utilisent le même terme « expérimentation ». Cf. Labrusse-Riou, « Expérimentation humaine et éthique », in Edelman-Hermitte (eds.), *L'homme, la nature et le droit*, Bourgeois, 1988, p. 144, 148. Le législateur français distingue entre « recherche biomédicale sans finalité thérapeutique » et « recherche biomédicale à finalité thérapeutique ». Pour le droit allemand, cf. Laufs, *op. cit.* (note 4), p. 223. Eser, *op. cit.* (note 4), p. 198. Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 336.

23. Cf. Eser, *in* V. Troschke, H. Schmidt, *op. cit.* (note 5), p. 124 et s.

24. Cf. Jung, « Aussenseitermethoden und strafrechtliche Haftung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, p. 47-67.

brique « thérapeutique ». Mais cette approche négative (expérimentation = non-thérapeutique) met en doute l'importance de l'élément scientifique dans l'expérimentation[25]. Au contraire, on devrait se demander si le but scientifique et le cadre médical ne justifieraient pas de privilégier l'expérimentation médicale par rapport à l'expérimentation sans base scientifique. L'expérimentation médicale, malgré toutes les questions de justifications et de limites qui s'y rapportent, mérite toujours plus de faveur que l'expérimentation quelconque.

La leçon est la suivante : le compromis entre flexibilité et protection, entre intérêts de l'individu et intérêts de la société ne se produit pas dans des catégories de « oui » ou « non » ou de « rien » ou « tout », mais dans les catégories du « plus » ou « moins ». C'est pourquoi nous ne pouvons pas, en traitant l'expérimentation sur les êtres humains, laisser de côté les essais thérapeutiques. Ils ont un peu l'air d'un caméléon qui change de couleurs selon l'entourage ou bien selon le point de vue. Du point de vue « contrôle de risque » pour les patients, les essais thérapeutiques ne peuvent pas échapper à l'ombre jetée par l'expérimentation. A l'opposé, malgré l'interpénétration souhaitée entre la recherche et la thérapie, il reste une différence de catégorie qui risque d'être camouflée si l'on se réfère à une terminologie uniforme.

III. — LES APPROCHES ET MOYENS DE REGULATION

Notre analyse terminologique provoque un équilibre instable, typique pour les cas limites dans la médecine. Les intérêts de l'individu, de la science et de la société doivent être réconciliés. Une telle situation produit un mélange spécifique d'approches régulatoires. On pourrait imaginer que le droit abandonne le terrain en faveur de formes de contrôle professionnelles et scientifiques. Une telle approche respecterait le savoir professionnel d'une façon absolue. Autrement dit, l'individu et la société se livreraient totalement à la communauté scientifique. Une telle solution corporaliste n'est pas conforme aux principes de la participation démocratique exigeant que les normes soient définies par le législateur[26]. De plus, l'individu intervient avec ses propres intérêts encadrés d'une façon générale dans les droits de l'homme. La triade « législateur », « profession/science » et « individu » ne représente pas la totalité des perspectives. Il manque le chercheur individuel avec ses ambitions, mais aussi son sens des responsabilités.

Le résultat d'un tel mélange d'intérêts est connu. Le législateur s'exprime sur les valeurs et leurs priorités. Tout en respectant l'autonomie de l'individu et des sciences, on impose des limites au nom de la société. La complexité des intérêts en jeu favorise des normes à contenu variable, une forme de semi-intériorisation des règles internes de la profession et des solutions procédurales[27]. Le résultat théorique qui en découle est un catalogue de variables de transmission sous la couverture d'un nombre limité de principes. Un certain manque de positivité est le prix que l'on doit payer pour la flexibilité requise, cas type du « flou du droit » analysé par Mme Delmas-Marty[28]. Même si l'on ne craint pas, comme Mme Thouvenin[29], que le corps social des médecins tente d'ébranler par ses propres interprétations la rationalité des règles juridiques, il faut éviter que le paternalisme traditionnel du corps médical resurgisse sous l'argument de flexibilité.

25. Cf. Eser, *op. cit.* (note 4), p. 200 et s.
26. Quant au rôle du législateur dans ce domaine cf. Jung, « Die Rolle des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Arztrechts », in Jung, H.W. Schreiber, *op. cit.* (note 1) p. 189, 196 et s.
27. H.L. Schreiber, « Recht und Ethik am Beispiel des Arztrechts », *in Festschrift für Dünnebier*, de Gruyter, Berlin, 1982, p. 633, 642 parle de simple « Transferformeln » (« formules de transfert »).
28. Cf. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF Paris, 1986, p. 204 et s., 240.
29. Thouvenin, *op. cit.* (note 3), p. 143.

Dans le cas de l'expérimentation, rien ne peut être effectué contre l'auto-détermination de l'individu, mais on peut s'interroger sur les limites de celle-ci. Il s'agit donc de préciser les préalables de cette décision autonome, de fixer les limites régulatoires du consentement et de vérifier la validité globale de ce principe.

IV. — QUELQUES PREALABLES ET LIGNES DIRECTRICES DU DROIT ALLEMAND

Si l'on ne se contente pas, comme M. Deutsch, de toucher du doigt la « coopération » entre déclarations internationales, droits nationaux et éthique médicale[30], la mosaïque régulatoire s'avère aussi différenciée que le phénomène même : un mélange de droit pénal, de droit privé, de droit administratif et surtout de droit constitutionnel nous attend. Sur le plan du droit constitutionnel, la liberté des sciences garantie par l'article 5 alinéa 3 *Grundgesetz* (Loi fondamentale) rivalise avec les garanties constitutionnelles accordées à l'individu, en particulier aux articles 1 et 2 alinéa 2 *Grundgesetz*. Ce conflit de valeurs nous conduit à un examen de la spécificité du cas individuel. Par conséquent, le conflit se reproduit dans le droit « simple », c'est-à-dire le droit non constitutionnel.

En pénal, il faut s'attendre à ce que le droit allemand ne connaisse pas de privilèges de responsabilité ni pour l'activité médicale ni pour la recherche. Les dispositions relatives aux blessures s'appliquent en principe au médecin, selon la jurisprudence même dans l'hypothèse où le médecin a réussi à préserver la vie ou la santé. Malgré les critiques subsistant de la part des médecins et des juristes, la jurisprudence ne dévie pas de cette position[31]. Une telle approche pénalise d'une façon non discriminatoire l'acte de mauvais soin et le fait de ne pas s'être assuré du consentement libre et éclairé du patient. L'intérêt se focalise donc sur le consentement du patient et ses préalables. En droit privé et pénal allemand le consentement de la victime sert de fait justificatif. Mais le pouvoir dispositif de celle-ci n'est pas absolu. La victime ne peut pas consentir à sa mort. En cas de blessures, les bonnes moeurs marquent la frontière. Cette disposition du § 226*a* StGB (c. pén.) joue un rôle-clef dans notre matière parce qu'elle prescrit une certaine supervision de l'autonomie personnelle par la société. Il est certain que les expérimentations se prêtent à une telle supervision. Le filtre des bonnes moeurs s'opère sans doute dans le cas d'expérimentation pure, parce que personne ne met en doute leur caractère lésionnel. La position ambivalente des essais thérapeutiques s'exprime dans la question de savoir si l'on doit étendre — au bénéfice des médecins — ladite interprétation restrictive des délits d'atteinte à l'intégrité physique. Le projet-loi du code pénal allemand de 1962, qui avait proposé une incrimination spécifique pour la (seule) violation de l'autonomie du patient, est resté un peu vague sur ce point. En se référant aux principes de la conscience médicale, ce projet semblait incliner toutefois vers une protection équivalente de l'essai thérapeutique et de l'expérimentation par la simple application des délits relatifs à l'intégrité corporelle[32].

Par conséquent, quelle que soit la qualification juridique du traitement médical, le § 226*a* StGB doit être invoqué même dans le cas de l'essai thérapeutique[33]. Le § 226*a* StGB figure parmi les clauses classiques à contenu variable du droit allemand,

30. Deutsch, *Arztrecht*, *op. cit.* (note 4), p. 219.

31. Au contraire, on commence à trouver des partisans de cette idée dans la doctrine ; cf. Horn, *in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Metzner, Francfort-Neuwied, § 223, n° 35 et s.

32. E 1962, p. 298, 300.

33. Laufs, *op. cit.* (note 4), p. 227 et s. ne fait pas valoir le rôle décisif du § 226*a* StGB. Du moins ne s'y réfère-t-il jamais lorsqu'il traite de la matière. Hirsch, *op. cit.* (note 19), § 226 *a* Nr. 47 semble appliquer le § 226 *a* StGB à l'essai thérapeutique malgré son opposition à la position de la jurisprudence quant au traitement médical.

son interprétation étant guidée seulement par quelques règles de procédure et de proportionnalité difficiles à manoeuvrer[34].

Du point de vue du droit privé, on s'exprime dans les catégories du contrat. En ce qui concerne le patient, on retrouve très rapidement le même fondement, c'est-à-dire le rôle décisif du consentement. Certes, l'autonomie privée ne peut être absolue. Nous voilà de nouveau confrontés, tout particulièrement en ce qui concerne l'expérimentation pure, aux restrictions imposées par les bonnes moeurs. L'expérimentation se déroule normalement sous forme d'un contrat d'épreuve, dont le caractère juridique est discuté. Selon M. Eberbach et M. Biermann, il s'agit d'un contrat *sui generis*, distinct du contrat de soins[35]. En simplifiant un peu les choses on peut constater que — du point de vue du fait dommageable ou de la légitimité de l'expérimentation — on arrive *grosso modo* à la même situation juridique, que l'on se place sur le terrain du droit pénal ou du droit privé délictuel ou contractuel. Cette convergence est due au fait que l'intérêt public intervient soit sous forme du § 226*a* StGB soit sous forme des conditions de validité du contrat. M. Schimikowski, qui préfère arriver à un modèle de libre échange entre le chercheur et le sujet[36], semble négliger ce dernier point. Reste quand même à préciser les limites du contrôle fiduciaire de la société sur l'autonomie individuelle.

La loi relative aux médicaments (*Arzneimittelgesetz*) représente une émanation spécifique de droit public, voire administratif, qui traite de notre sujet dans une approche préventive, sanctionnée cependant par des dispositions de droit pénal[37]. On y trouve des régulations administratives bien détaillées relatives à l'expérimentation et l'essai thérapeutique, qui font partie de la procédure d'admission de médicament. Abstraction faite de quelques différences spécifiques, les formules de base sont les mêmes : consentement libre et éclairé, évaluation des risques et des chances, etc. On peut donc constater, quant aux principes régulateurs de l'expérimentation sur l'homme, une interpénétration entre les différents domaines du droit qui permet, oblige même, à mettre l'accent plus sur les principes de base que sur les différentes approches des diverses branches du droit. Pourtant, notre référence au droit constitutionnel avec son degré d'abstraction devrait nous garder de mettre tout notre espoir dans les compromis brumeux au niveau des principes, les critères et les conditions de leur application s'imposant énergiquement à toute discussion.

V. — LE REGIME DU CONSENTEMENT : SA LEGITIMITE, SA MARGE DE TOLERANCE ET SES INSUFFISANCES

Pour ceux qui acceptent, en principe, une justification des formes d'expérimentation sur les êtres humains, celle-ci découle tout d'abord du consentement personnel du sujet. Une telle position se prête à maintes critiques. En particulier, on prétend que le consentement ne suffit pas. M. Eser et M. Grahlmann, par exemple, souhaitent ajouter un élément supplémentaire qui serait l'évaluation des chances et des risques[38]. M. Eser va encore plus loin en proposant que le consentement puisse dans certains cas être remplacé par les maximes de nécessité comprises au § 34 StGB[39]. Je n'ai pas l'intention d'aborder une critique détaillée d'une telle position. A mon avis, le principe du consentement érige, du point de vue de l'individu, la meilleure barrière contre l'in-

34. Cf. Roxin, « Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht », *Juristische Schulung*, 1964, p. 373.
35. Cf. Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 306.
36. Schimikowski, *op. cit.* (note 4), p. 55.
37. Le *Arzneimittelgesetz* ne représente pas le seul texte de droit administratif ; rappelons qu'il est accompagné de la *Strahlenschutzverordnung* qui vise à protéger patient et sujet des risques de la radioactivité ; V. en particulier les §§ 41, 42 de ce décret.
38. Eser, *op. cit.* (note 4), p. 208 ; Grahlmann, *op. cit.* (note 4), p. 32.
39. Eser, *op. cit.* (note 4), p. 210.

fraction et la manipulation. De toute manière, on rejoindra, dans un sens matériel, M. Eser au moment où la portée justificative du consentement sera discutée. Autrement dit : l'élément supplémentaire selon M. Eser et M. Grahlmann peut apparaître comme clause restrictive dans le cadre dudit § 226*a* StGB. Sans doute y a-t-il des cas limites susceptibles d'ébranler notre approche du consentement, en particulier l'expérimentation sur les enfants et sur l'embryon dont on parlera ultérieurement. Mais, semble-t-il, ces cas n'impliquent pas le changement de notre position. On pourrait même dire que leur existence la renforce. Plus on prend le consentement au sérieux et plus on doit examiner ces cas d'une manière extrêmement prudente. Aussi, la justification par nécessité qui peut être accordée selon la disposition du § 34 StGB est généralement limitée à des situations particulières[40]. De surcroît, le § 34 StGB lui-même manque de précision. Il faut donc se satisfaire du concept du consentement qui, même interprété de façon large, doit toujours servir de fil d'orientation. D'une certaine manière, il semble préférable d'aller jusqu'à la limite de sa dénaturation plutôt que de renoncer au principe du consentement comme point de départ.

Il va de soi que le consentement doit être pleinement libre et averti. Cela signifie que le sujet doit être informé d'une façon scrupuleuse. En cas d'expérimentation, celui-ci doit en particulier savoir que l'intervention n'est pas faite dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt collectif. En cas d'essai thérapeutique, l'information devrait s'étendre à la nouveauté de la méthode appliquée. Une difficulté particulière est posée par la pratique des essais contrôlés de nouveaux médicaments. Si ces essais sont pratiqués sous forme de « double-aveugle », le sujet par définition doit ignorer la nature du produit qu'il reçoit, même s'il s'agit d'un placebo. Le dilemme est évident : d'un côté on ne peut pas renoncer aux préalables méthodiques de l'essai contrôlé. De l'autre, le sujet doit être informé[41]. Le compromis sera le suivant : le participant à un essai « double-aveugle » recevra une information complète sur le cadre institutionnel de l'essai contrôlé et ses implications. Bien que l'incertitude quant aux détails de l'information subsiste, le sujet devrait du moins être averti sur le fait qu'il participe à un essai contrôlé sous la forme de double-aveugle[42]. L'application d'un placebo suit les règles de l'expérimentation : le § 40 *Arzneimittelgesetz* exige un avertissement sur le non-traitement potentiel et par conséquent un « consentement alternatif »[43]. De deux choses l'une : soit les puristes en méthodologie se satisfont de cette formule de compromis, soit l'essai de contrôle n'aura pas lieu.

Bien qu'un patient puisse normalement renoncer à être informé sur l'intervention médicale, l'expérimentation ne peut s'opérer que sur la base d'une information solide du sujet. Dans cette hypothèse, la renonciation, même si elle est valable, requiert toutefois une telle somme d'informations qu'elle apparaît sans intérêt[44]. De toute manière, le sujet doit être informé sur l'ensemble des risques courus. Pour les essais thérapeutiques, le § 41 n° 7 *Arzneimittelgesetz* prévoit — en l'absence d'une volonté expresse contraire du patient — un certain « privilège thérapeutique » de non-information, si l'information risque de compromettre le succès de la thérapie.

Certes, les règles du *Arzneimittelgesetz* relatives au consentement peuvent servir d'orientation générale. Mais il faut se rendre compte qu'elles sont faites spécifiquement pour les contrôles et l'admission des médicaments. Le § 40 alinéa 2 phrase 1, n° 2 prévoit par exemple un consentement par écrit. Cette formalité, si elle correspond aux exigences du contrôle des médicaments, n'apparaît pas appropriée aux autres formes d'expérimentation.

40. Position reconnue par Eser, *op. cit.* (note 4), p. 212.
41. Pour le droit allemand M. Fincke a été le premier à aborder ce problème, bien que ses thèses rigides soient contestées, cf. Fincke, *Arzneimittelprüfung-Strafbare Versuchsmethoden*, Müller, Karlsruhe, 1977.
42. Cf. Schimikowski, *op. cit.* (note 4), p. 24 et s. ; Burgstaller, *op. cit.* (note 20), n° 107.
43. Cf. pour les détails Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 386 et s.
44. Cf. Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 329.

Assurément, la conception du consentement *libre* exclut la contrainte et la tromperie. On peut se demander également si cette liberté est garantie dans l'hypothèse d'une rémunération du sujet de l'expérimentation. Parce que nos doutes sont de nature morale, nous les évoquerons dans notre analyse relative à la conformité du consentement aux bonnes moeurs.

D'un point de vue contractuel, Mme Thouvenin soutient la thèse selon laquelle il ne suffit pas de voir dans l'obtention du consentement une obligation contractuelle de l'expérimentateur. Pour elle, le consentement forme une condition préalable prescrite par l'Etat et les Droits de l'homme, en particulier par le Pacte international sur les droits civiques. Autrement dit, un contrat qui ne respecte pas le consentement serait illégal et non valable[45]. Quelle que soit la position du droit français, on aboutit au même résultat en droit allemand par la voie du « simple » droit privé. Dans un contrat d'expérience, nettement différencié d'un contrat de soins, le consentement éclairé joue un rôle différent, voire constitutif. Un tel contrat implique la soumission du sujet à un certain projet d'expérience, ce qui n'est pas possible en l'absence d'information préalable[46]. La nullité du contrat laisse intacte l'obligation du chercheur d'obtenir le consentement. Cela signifie que le sujet peut, en l'absence de consentement, demander des dommages-intérêts sur la base contractuelle selon la formule de *culpa in contrahendo* aussi bien que sur la base délictuelle ou encore sur la base d'une assurance.

Les restrictions de nature d'ordre public interviennent dans le cadre du § 226*a* StGB exprimant — comme ses cousins de droit privé, les §§ 134, 138 BGB — les limites de la doctrine de l'autonomie privée. Le contenu vague du § 226*a* StGB implique une interprétation stricte. Autrement dit : on doit éviter de qualifier toutes les clauses relatives à l'expérimentation d'éléments constitutifs des bonnes moeurs. Sur un plan plus général, on touche ici du doigt la différenciation entre le système répressif et le système préventif : un grand nombre des règles déontologiques et de nature administrative poursuivent un but préventif et on risquerait de les dénaturer si on les introduisait dans le § 226*a* StGB. Mais la distinction n'est pas claire car une formule aussi vague que celle de violation des bonnes moeurs se nourrit de nombreux emprunts, en particulier de l'éthique de la profession, situation que M. Deutsch a voulu qualifier par sa formule de « coopération ». Il importe tout d'abord, lorsqu'on recherche les éléments susceptibles de remplir le contenu variable des bonnes moeurs, d'examiner le caractère et l'étendue du risque en jeu. Les règles destinées à éviter un risque immédiat d'une certaine étendue peuvent à juste titre neutraliser la décision autonome de l'individu. Aussi peut-on envisager un seuil de tolérance de la part de la société, lorsque les fondements de la vie sociale sont touchés. Le dernier type de limite est représenté par la question de *gratuité*. En principe, le corps humain devrait rester « *extra commercium* ». Cela n'exclut ni un remboursement des frais ni le payement d'une indemnité en compensation des contraintes, prévues par exemple par la législation française (cf. art. L. 209-7 c. santé publ.). La ligne névralgique est franchie, comme M. Biermann l'a souligné, lorsque le versement peut être interprété comme contrepartie du risque encouru[47]. Une telle forme de payement mériterait donc d'être qualifiée « contre les bonnes moeurs ».

La référence au risque de danger immédiat se manifeste sous deux formes. D'un côté le risque ne doit pas être totalement disproportionné par rapport aux avantages tirés par la science médicale. De l'autre, le risque concret d'un danger mortel marque la limite absolue qu'il ne faut pas dépasser. Cette condition double est attaquée par

45. Thouvenin, *op. cit.* (note 3), p. 141 et s.
46. Pour les détails, V. Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 320 et s.
47. Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 287. La Résolution n° 2-8 de la Section II du XIV[e] Congrès international de droit pénal a pris une position pareille en statuant : « La rémunération pour une recherche non thérapeutique devrait être limitée au remboursement des frais, et à une indemnisation pour les conséquences éventuellement dommageables ; une rémunération pour prise de risque devrait être exclue ».

M. Schimikowski[48] qui met en doute l'exigence d'une certaine proportionnalité et qui se borne à formuler une limite absolue : le risque de blessures graves selon le § 224 StGB. A mon avis, il importe d'insister sur une évaluation de ladite « proportionnalité ». Cette proportionnalité est même exigée pour les essais thérapeutiques.

Certes, une démarcation absolue est difficile à fixer. La référence au § 224 StGB ne me semble pas satisfaisante. Si l'on met l'accent sur le risque pour la vie même, l'on adopte une formule plus familière : on se trouve dans la sphère du § 216 StGB, dont découle la thèse selon laquelle on ne peut pas consentir à être tué. Bien sûr, une telle limite ouvre un champ de manoeuvre plus vaste, pour le chercheur. Mais, si l'on prend conjointement les deux conditions, ce champ de manoeuvre apparaît réduit parce que de graves blessures ne pourraient être justifiées qu'à titre d'exception[49]. M. Biermann, qui adopte une position encore plus permissive, en ne respectant comme limite absolue que la finalité mortelle[50], ne peut se référer au code de Nuremberg qui a, au contraire, dans son article 5 érigé une barrière contre les expériences risquant d'engendrer la mort à l'exception des auto-expérimentations[51]. Il est vrai que le risque de mort disparaîtra des directives qui suivront le code de Nuremberg. Mais ne faudrait-il pas revenir aux sources ?

VI. – LE CADRE PROTECTEUR

Le droit, en matière de droit médical, a développé un système subtil de contrôle social dont le droit pénal et le droit privé délictuel ne forment qu'une partie. L'harmonisation des exigences de la flexibilité d'un côté et de la protection de l'autre relève pour une grande partie des règles procédurales. On utilise toute une série de « ceintures de sécurité » qui, dans leur ensemble, forment un système préventif très élaboré. On y a déjà fait allusion en évoquant les règles du *Arzneimittelgesetz*. Celles-ci représentent peu ou prou un substrat essentiel du « droit commun » de l'expérimentation sous forme de droit administratif sanctionné par le droit pénal, ce qui obscurcit les inter-relations entre les matières.

Je me limiterai maintenant à discuter encore cinq éléments de ce système protecteur.

1. Les comités d'éthique

Partout en République fédérale d'Allemagne, soit dans le sein des facultés de médecine soit dans le cadre des chambres des médecins, des comités d'éthique ont été établis. Il s'agit de comités consultatifs qui donnent leur avis sur demande. Bien que leur position concrète n'ait pas été circonscrite assez précisément, ils forment un cadre institutionnalisé pour la formulation d'une position d'éthique susceptible d'aider le chercheur dans sa propre décision[52]. Le chercheur n'est pas obligé, au sens strict du terme, d'obtenir l'avis d'un comité d'éthique. Mais en l'absence d'un tel avis, il court certains risques dans les cercles scientifiques (e.g. refus de crédits). Toutefois, il n'est pas prévu dans l'immédiat de transformer ce modèle flexible en une obligation sanctionnée par le droit pénal[53].

De même, il ne serait pas souhaitable que les bonnes moeurs, d'après le § 226*a* StGB, exigent le recours préalable à un comité d'éthique, même si on accepte que

48. Schimikowski, *op. cit.* (note 4), p. 51.
49. V. aussi Burgstaller pour le droit autrichien *op. cit.* (note 20), Nr. 14.
50. Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 266.
51. Cf. Deutsch, *op. cit.* (note 11), p. 75 ; Ambroselli, *op. cit.* (note 9), p. 107.
52. Plus détaillé, Bork, ***Das Verfahren vor den Ethikkommissionen der medizinischen Fachbereiche***, Duncker, Berlin, 1984 ; Deutsch, ***Arztrecht***, *op. cit.* (note 4), p. 232 ; cf. sur le caractère purement consultatif Jung, « Quelques réflexions sur le rôle des comités d'éthique », ***Déviance et société*** 1989, p. 251 et s. ; Laufs, *op. cit.* (note 4), p. 226.
53. Encore indécis sur ces questions, Eser, *op. cit.* (note 4), p. 215.

l'avis d'un comité puisse servir de fil d'orientation pour la précision de ce terme à contenu variable. Autrement, on risquerait de « suradministrer » ces institutions. A l'opposé, un médecin qui a soumis son projet à un comité d'éthique ne peut pas invoquer automatiquement la relaxe d'une erreur de droit selon le § 17 StGB, si le comité a approuvé le projet[54].

2. Documentation

L'expérimentation doit être documentée. La documentation est requise par les déclarations d'Helsinki/Tokyo. Elle assure la transparence de la qualité scientifique de la recherche, et permet le contrôle et la fixation des responsabilités.

3. Les règles de précaution

Il incombe au chercheur, dans toutes les phases de l'expérience, d'observer les règles de précaution. En particulier, il doit arrêter l'expérience lorsqu'un risque inattendu intervient ou lorsque les résultats de celle-ci ne sont plus tolérables d'un point de vue éthique. Ce point est bien illustré par les essais thérapeutiques en double-aveugle de l'AZT où, très rapidement, on n'a plus admis pour des raisons d'éthique le placebo.

4. L'indemnisation

L'indemnisation intégrale des conséquences dommageables doit être assurée. S'il s'agit d'une expérimentation de médicaments, tout risque corporel qui peut en résulter doit être couvert par une assurance aux termes du § 40 alinéa 1, n° 8, alinéa 3 AMG[55]. Pour les autres formes de l'expérimentation le droit allemand ne connaît pas encore une telle prescription[56].

5. Défense de publication

Les déclarations d'Helsinki/Tokyo favorisent une interdiction de publication des expériences contraires aux règles d'éthique. Mais M. Eser[57] et M. Schimikowski[58] ont déjà souligné qu'une telle interdiction pourrait être contre-productive. La publicité servirait, malgré tout, de base à la critique et au contrôle public.

VII. – LES CAS PARTICULIERS

Toute discussion sur l'expérimentation culmine dans la dramaturgie de l'insoluble : les enfants, les malades psychiatriques, les prisonniers, les malades en état végétatif chronique, sujets de l'expérimentation ! En outre, sans doute convient-il d'ajouter

54. En ce sens Samson, « Über Sinn und Unsinn von Ethikkommissionen », *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 1981, p. 667, 669 ; *adde* Eser-Koch, « Zum rechtlichen Wert von Ethik-Kommissionen », *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 1982, p. 443, 446, qui sont plus favorables à un tel recours.

55. Il est intéressant de jeter un coup d'oeil sur les « conditions-modèles » de cette assurance (*Allgemeine Versicherungsbedingungen für klinische Prüfungen von Arzneimitteln* [*Probandenversichung*]). Il me semble trop restrictif que, selon le § 4, cette assurance ne couvre pas les dommages qui se manifestent plus de trois ans après l'expérience.

56. En faveur d'une responsabilité sans faute, Eser *op. cit.* (note 4), p. 214 ; Eberbach, *op. cit.* (note 4), p. 150. Le droit français vient d'établir un système de responsabilité sans faute qui pourrait servir d'exemple même dans sa différenciation entre expérimentation et essai thérapeutique ; V. art. L. 209-7 c. santé publ. Les problèmes d'assurance sont traités en détail par Cloïdt-Stotz, *op. cit.* (note 4).

57. Eser, *op. cit.* (note 4), p. 244 et s.

58. Schimikowski, *op. cit.* (note 4), p. 57.

quelques remarques sur l'embryon, même si on laisse de côté la controverse sur le rôle juridique et social de celui-ci et la connotation plus restrictive du terme « être humain ».

1. Le cas de l'embryon

Le progrès de la fécondation *in vitro* et de la bio-génétique a ouvert la porte à une recherche sur l'embryon même. En RFA, on ne disposait pas jusqu'à présent, à l'exception de la réglementation sur l'interruption de grossesse, de prescriptions spécifiques concernant l'embryon, susceptibles notamment de protéger l'oeuf fécondé dans la phase antérieure à la nidation. Dès lors, l'embryon fécondé *ex utero* et non encore replacé pouvait être l'objet de recherche en l'absence de normes régulatoires juridiques. Malgré un consensus sur la nécessité de parvenir à une meilleure protection de l'embryon, consensus qui se manifeste dans maintes résolutions sur le plan national et international, la question de la recherche sur l'embryon suscite toujours de vifs débats[59]. Les uns mettent l'accent sur le risque pour l'humanité et le manque de perspectives scientifiques convaincantes. Les autres soulignent le potentiel thérapeutique d'une telle recherche. La nouvelle loi allemande a adopté une position fort restrictive quant à la recherche en ne permettant aucune forme de recherche non thérapeutique sur l'embryon[60]. Ainsi sur le plan international la RFA prend une position extrêmement rigide à l'égard de la recherche sur l'embryon[61].

Il est évident, qu'il ne s'agit pas ici d'une question dont la solution peut être trouvée à l'aide du principe de l'auto-détermination. Il incombait donc au législateur de prendre position par des règles qui respectent le cadre de protection de la vie humaine prévu par la loi fondamentale[62].

2. Le cas des enfants

L'expérimentation sur les enfants représente le cas limite par excellence. D'un côté, l'intérêt d'une recherche sur ce groupe ne peut être nié. De l'autre, la justification d'une telle recherche n'est pas facile à établir si l'on prend comme point de départ le principe de l'auto-détermination. Certes, le problème perd de son acuité si l'on prend en considération le fait que la capacité de consentir doit être appréciée, en droit pénal allemand, indépendamment de l'âge de la majorité établi par le droit civil. Cependant, il existe un groupe de personnes non capables de consentir, notamment les nouveau-nés susceptibles souvent d'être soumis à des expériences en l'absence de leurs parents.

Il est certain que l'essai thérapeutique dont le mineur peut profiter directement ne nous inquiète pas de la même façon que l'expérimentation. Chaque fois que l'on peut attendre de l'essai un bénéfice direct, on utilisera les instruments traditionnels de l'autorité parentale exercée sous le contrôle potentiel de la justice suivant le § 1666 BGB (c. civ.). Lorsqu'il s'agit d'une expérience pure, cette voie paraît barrée. Par définition le mineur ne tire pas de bénéfice direct de l'expérimentation. L'autorité parentale étant limitée aux actes qui concernent le mineur personnellement, le cas d'ex-

59. Cf. Eser, « Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht », *in* Günther-Keller (éds.), ***Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik — Strafrechtliche Schranken ?***, Mohr, Tübingen, 1987, p. 263.

60. Cf. les §§ 1, 2 de la loi du 13 déc. 1990 relative à la protection de l'embryon (BGBl.I,2746).

61. Selon la loi britannique, le ***Human Fertilisation and Embryology Act 1990***, quelques formes de recherche sur l'embryon peuvent être autorisées jusqu'à l'âge de 14 jours. Cf. pour les détails de la discussion allemande H. Jung, « Biomedizin und Strafrecht », ***Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft***, 1988, p. 3, et pour la discussion controverse en Autriche, Schick « Zur Zulässigkeit des Machbaren », *in* ***Festschrift für Göppinger***, Springer, Heidelberg, 1990, p. 611.

62. Cf. pour une approche de philosophie de droit Neumann, « Die "Würde des Menschen" in der Diskussion um Gentechnologie und Befruchtungstechnologien », ***Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft*** n° 33, 1988, p. 139.

périmentation au bénéfice de la science ne se prête pas facilement à une substitution du consentement[63].

Cherchons tout d'abord à établir la base commune : personne ne semble prêt à accorder aux parents le droit de consentir à des interventions qui s'accompagnent d'un risque d'une certaine gravité pour le mineur. Aussi faut-il toujours rechercher la position du mineur lorsque celui-ci est apte à exprimer sa volonté, même si cette expression ne représente pas encore une décision valable selon les règles individualisées du droit pénal. Autrement dit, la controverse se restreint aux expérimentations peu risquées sur un groupe de jeunes enfants incapables encore d'exprimer une propre volonté. Bien que M. Schimikowski et M. Schmidt-Elsaesser[64] semblent opposés à toute forme d'expérimentation sur les mineurs, M. Eberbach[65], M. Koch[66] et M. Burgstaller[67] acceptent la substitution parentale du consentement en cas de risque minime. M. Eser semble permettre de telles expérimentations sans se pencher sur la question du consentement[68].

Que dit le législateur ? Le § 40 alinéa 4 n° 2 AMG — malgré sa formulation un peu vague — interdit *a contrario* toute recherche médicamenteuse de caractère expérimental sur les mineurs[69]. A l'opposé, le § 41 AMG permet de soumettre un mineur à un essai thérapeutique. Ces dispositions ont bien sûr un caractère d'indice, mais ne peuvent pas forcément être généralisées et appliquées aux recherches qui ne se déroulent pas dans le cadre du *Arzneimittelgesetz*. Le nouvel article L. 209-6 du code de la santé publique français est plus permissif. Il vient d'admettre — sous réserve du consentement parental — les recherches sans finalité thérapeutique directe sur les mineurs à trois conditions :

— absence de risque sérieux prévisible pour leur santé ;

— utilité pour des personnes présentant les mêmes caractéristiques ;

— absence d'autre moyen de réalisation.

En ce qui concerne le droit positif allemand, la controverse se réduit au régime applicable aux expérimentations autres qu'un « examen clinique » d'un médicament. On retombe, quant au rôle des parents, sur les incertitudes qui entourent la catégorie du « *Kindeswohl* » — traduit approximativement par « l'intérêt de l'enfant » — comme fil d'orientation de la compétence parentale[70]. A première vue, une décision prise dans l'intérêt de la société, d'un groupe de personnes ou d'un tiers ne semble pas être réconciliable avec l'intérêt individuel de l'enfant. Mais en réalité cette distinction ne peut pas être opérée d'une façon stricte. Certes, il ne faut pas dissimuler le problème derrière une prétention pédagogique. Mais, pratiquer la formule « dans l'intérêt de l'enfant » d'une façon puriste même vis-à-vis des intrusions minimes risquerait de mettre en doute « le cadre social » dans lequel toute décision parentale est prise. Pour ainsi dire, il incombe aux parents un pouvoir minime annexé à leur pouvoir classique d'agir toujours dans l'intérêt de l'enfant, pouvoir qui doit cependant être interprété restrictivement dans cet intérêt. On pourrait alors envisager une solution quelque peu semblable à la solution française qui consisterait à légitimer le consente-

63. V. en particulier Schimikowski, *op. cit.* (note 4), p. 22 ; cf. aussi la position semblable de Thouvenin pour le droit français, *op. cit.* (note 7), p. 114.

64. Schmidt-Elsaesser, *Medizinische Forschung an Kindern und Geisteskranken*, Metzner, Francfort, 1987, p. 228.

65. Eberbach, *op. cit.* (note 4), p. 170 et s.

66. Koch, « Medical Research on Minors in the law of the Federal Republic of Germany — Viewpoints of Penal Law », *in* Dierkens (éd.), *Jus Medicum*, Gand, 1984, p. 281, 284 et s.

67. Burgstaller, *op. cit.* (note 20), n° 111.

68. Eser, *op. cit.* (note 4), p. 212 et s.

69. Pour les détails cf. Biermann, *op. cit.* (note 4), p. 366 ; Schmidt-Elsaesser, *op. cit* (note 64), p. 132.

70. Cf. en détail Schmidt-Elsaesser, *op. cit.* (note 64), p. 72.

ment des parents en cas d'expérimentation sous réserve de certaines restrictions[71] ; mais personne ne peut forcer les parents à utiliser ce pouvoir. A l'opposé, l'action des parents est toujours soumise au contrôle du juge des enfants[72]. En particulier, l'enfant ne peut pas contre sa volonté expresse être forcé à participer à une expérimentation[73]. En ce qui concerne la dimension de risque tolérable, la notion de « risque marginal » me semble préférable à la formule française plus large, parce que toute concession aux exigences sociales doit être limitée strictement afin de ne pas trop s'éloigner du point de départ, c'est-à-dire, de l'intérêt de cet enfant. En somme, les efforts pour minimaliser « l'instrumentalisation » de l'enfant renforcent le régime d'autodétermination plus qu'ils ne le sapent.

3. Le cas des malades mentaux

On est tenté de traiter le cas des malades mentaux de la même façon. Ne trouve-t-on pas ici les mêmes valeurs antagonistes en jeu ? Je crois cependant pouvoir détecter une différence susceptible d'engendrer certains doutes. De nombreux malades mentaux, sinon la plupart, se trouvent dans une institution : cela affaiblit leur position. Ne se prêtent-ils pas tous facilement à une expérimentation ? C'est pourquoi une prudence, nourrie de surcroît par l'expérience historique, est de rigueur. Le *Arzneimittelgesetz* a — pour sa part — en pénalisant les expérimentations médicales sur les malades mentaux internés (cf. le § 40 al. 1 n° 3 AMG), tiré les conséquences de cette situation. Sans doute doit-on être conscient du prix payé, si l'on refuse les expérimentations sur les malades mentaux. Malgré tout, les essais thérapeutiques ne sont pas touchés par ce verdict.

4. Le cas des prisonniers

Les prisonniers ont été les sujets « traditionnels » d'expérimentations, en particulier aux Etats-Unis. Leur statut juridique, inférieur à celui des citoyens, explique ce phénomène peu compréhensible d'après les règles contemporaines. L'Etat de droit exige que l'on mette le prisonnier au même rang que le citoyen en liberté, exception faite de la privation de liberté engendrée nécessairement par l'emprisonnement. De plus, le prisonnier a en pratique une position plus vulnérable en raison de son emprisonnement. Il risque surtout d'être poussé par des pressions diverses typiques pour le cadre pénitentiaire. C'est pourquoi le prisonnier doit se trouver sous la protection spécifique de l'Etat. Pour éviter toutes pressions en cas d'expérimentation, ledit § 40 alinéa 1 n° 3 AMG s'applique aussi aux détenus. Mais les essais thérapeutiques ne sont pas concernés. Il manque en droit allemand une prescription expresse analogue pour les autres formes d'expérimentation, autres que celles qui sont réglées par le *Arzneimittelgesetz*. Le droit autrichien, pour sa part, interdit toute expérimentation sur les prisonniers et les prévenus (cf. les § 67, 167, 170, 178 code de l'exécution des peines autrichien et les § 183, 429 al. 5 code de procédure pénale autrichien)[74].

5. Le cas des malades en état végétatif chronique

Le malade sujet d'expérimentation suscite déjà une prudence extrême, parce qu'il est livré au médecin-chercheur. Le problème des malades en état végétatif chronique

71. Evidemment le droit américain donne aux parents un pouvoir de substitution encore plus vaste que la solution française. Cf. Deutsch, *Das Recht*, *op. cit.* (note 4), p. 112.

72. La Résolution n° 25 de la Section II du XIV[e] Congrès international de droit pénal (note 15) requiert même que le consentement *préalable* de l'instance de supervision compétente soit donné.

73. Cf. Eberbach, « Familienrechtliche Aspekte der Humanforschung an Minderjährigen », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1982, p. 450, 455.

74. Cf. Burgstaller, *op. cit.* (note 20), n° 115. La Résolution n° 2.5 de la Section II du XIV[e] Congrès international de droit pénal (note 15) s'est exprimée aussi en faveur d'une interdiction totale.

ou coma dépassé se pose encore d'une façon plus aiguë. D'un côté ces êtres n'ont plus le pouvoir de s'exprimer, de l'autre ils semblent représenter aux yeux de quelques médecins un réservoir pour l'expérimentation sur l'homme. En bref : une telle exploitation de l'homme mourant ou mort n'est ni moralement, ni légalement admissible[75]. Elle n'est guère en conformité avec un concept de consentement libre et éclairé. Seule l'expérimentation post-mortale serait possible, c'est-à-dire après la mort cérébrale, expérimentation légitimée par le consentement exprès du décédé analogue à celui concernant le don de son corps pour les études anatomiques. Il convient cependant de demander pour quel bénéfice et pour quelle durée la société est prête à tolérer un tel stade intermédiaire constitué par un « mort à la machine ». En cas de transplantation, le bénéfice immédiat pour une personne individualisée est manifeste. Le bénéfice de la science, en général, représente — me semble-t-il — une catégorie plus lointaine et plus médiatisée.

*
* *

La rhétorique du discours sur l'expérimentation en doctrine juridique est caractérisée soit par un manque de précision soit par un échange de constatations quelque peu gratuites. Un tel diagnostic n'est pas surprenant. Il correspond au fait qu'il existe toujours une catégorie de problèmes où le discours se limite à un échange de simples proclamations qui se réfèrent à telle ou telle valeur. Cela conduit à des compromis flous qui n'engendrent rien de très concret. Les juristes ne sont pas responsables de cette incertitude. Celle-ci révèle l'existence de situations qui, par nature, échappent à une réglementation détaillée soit parce que la société ne peut pas s'accorder sur les détails de celle-ci, soit parce que les faits mêmes du problème disposent d'une propre logique régulatoire qui s'impose dans la solution normative. Néanmoins, on peut constater dans l'histoire de la recherche médicale l'ascension graduelle et constante de l'étoile « autodétermination ». Corrélativement la magie du progrès scientifique qui a régné depuis le siècle du positivisme a perdu de sa fascination. On devient de plus en plus sensibilisé au risque du développement technique[76]. Même la recherche médicale ne mérite pas d'être poursuivie à tout prix. Le cadre juridique d'aujourd'hui nécessite donc une adaptation à cette situation. Avant tout, l'internationalité de la recherche et du concept des Droits de l'homme exige qu'on renonce au particularisme national en faveur de modèles harmonisés à travers le monde entier.

75. La position prise par la nouvelle législation française quant aux recherches sans finalité thérapeutique sur les comateux manque de clarté, ce qui reflète peut-être les finesses de la discussion française sur les différenciations entre « mort cérébrale », « état végétatif chronique », « coma dépassé » et « coma chronique ». Si l'on suit l'interprétation donnée par Thouvenin, « La notion de recherche bio-médicale au sens de la loi nouvelle », *in*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille. Institut de sciences pénales et de criminologie (éd.), ***Journée d'études sur la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales***, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 7, 22, la position du législateur français semble être plus permissive que la mienne. Thouvenin évoque cependant le conflit avec les exigences d'un consentement éclairé (p. 24 et s.). Borricand, *op. cit.* (note 7) p. 173 exprime aussi quelques doutes quant à la position de la loi de 1988.

76. Cf. Jonas, *op. cit.* (note 16), p. 14 qui met en doute le caractère obligatoire du progrès scientifique.

ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE BIBLIOTHÈQUE

La présomption d'innocence ou le poids des mots

Wilfrid JEANDIDIER

Professeur agrégé des Facultés de droit

1. Deux arrêts récents de la Chambre criminelle de la Cour de cassation montrent combien peut être vulnérable un grand principe comme la présomption d'innocence. Dans la première affaire (Crim. 4 janv. 1990, *Bull. crim.* n° 5, arrêt *Cisse*) un inculpé s'était pourvu contre un arrêt de la chambre d'accusation de la cour de Paris qui avait confirmé l'ordonnance du juge d'instruction ayant rejeté sa demande de mise en liberté. Le troisième moyen de cassation invoqué par le demandeur au pourvoi se prévalait d'une violation de la présomption d'innocence, la juridiction d'instruction ayant énoncé que « des indices sérieux de culpabilité sont en l'état réunis » contre l'inculpé. La Chambre criminelle rejette le pourvoi, estimant que la chambre d'accusation ne s'est pas prononcée sur la culpabilité de l'inculpé mais a seulement relevé les charges existant contre lui.

Le deuxième arrêt (Crim. 6 mars 1990, inédit, arrêt *Rondet*) est encore plus significatif car il a trait au fond et non plus au contentieux marginal de la détention provisoire. Dans son pourvoi contre un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Grenoble le renvoyant aux assises pour viol, le demandeur reprochait à la cour d'appel d'avoir affirmé qu'il existait contre lui « des indices graves et concordants de culpabilité ». La réponse de la Chambre criminelle est similaire et même plus étoffée, ce qui permet de conclure à la consolidation de cette jurisprudence. La chambre d'accusation « n'a en aucune manière préjugé de la culpabilité de cet inculpé mais (...) seulement constaté, ainsi qu'elle en avait l'obligation, l'existence au sens des articles 211 et 214 du code de procédure pénale de charge suffisantes pour justifier la mise en accusation de Rondet et son renvoi devant la cour d'assises ».

2. La démarche suivie par les juges du fond est classique, fille d'une routine séculaire. Le poids de la tradition a été le plus fort et c'est bien malencontreux. Si l'on s'en tient d'abord aux articles 211 et 214 du code de procédure pénale, il faut noter qu'aucun de ces textes ne fait la moindre allusion à la culpabilité d'un inculpé. Le premier vise les charges suffisantes pouvant exister contre lui et le second fait référence aux faits retenus à sa charge. Pour respecter scrupuleusement ces textes qui ne sont pas contraires, loin de là, aux monuments élevés à la gloire de la présomption d'innocence (art. 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques), les juges auraient dû se garder d'écrire le mot fatidique de « culpabilité ». Mais, objectera-t-on, n'est-ce pas jouer sur les mots, faire un procès d'intention aux magistrats, s'adonner aux délices malsaines d'un juridisme incongru ? Les droits de la défense ne sont-ils pas entiers devant la juridiction de jugement ? Et comment comparer un ou plusieurs indices de culpabilité à une véritable déclaration de culpabilité ? Une telle démarche lénifiante minore cependant abusivement le poids de l'appréciation portée par la juridiction d'instruction. N'oublions

pas que celle-ci instruit — en principe — à charge et à décharge. Si au terme de ses investigations elle conclut à l'existence d'indices graves et concordants de « culpabilité », sa décision implique déjà un jugement sur la faute : la décision de renvoi devient un pré-jugement, l'ébauche du futur jugement qu'elle porte en germe. L'autorité d'une ordonnance ou d'un arrêt de renvoi se trouve encore accrue dans un système où la procédure d'instruction préparatoire tend à se rapprocher toujours plus de celle de jugement. Et que dire de l'égalité des armes lorsque, comme c'était le cas dans l'affaire *Rondet*, l'accusé conteste avec véhémence la version de l'accusation et de la partie civile entérinée par la juridiction d'instruction ? Un pré-coupable est voué à devenir un coupable. Autre élément troublant : alors que Rondet invoquait dans son pourvoi l'article 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Chambre criminelle ne souffle mot des ces textes. Pourtant la présomption d'innocence est inéluctablement atteinte par l'affirmation selon laquelle il existe contre un individu des indices de culpabilité. Pour être sûr du contraire, il faudrait simplement dire qu'il existe contre l'intéressé des charges justifiant son renvoi devant la juridiction de jugement. C'est toute la différence entre une analyse objective — qui s'attache à la présence matérielle des charges — et une démarche subjective — qui relie définitivement ces charges à un individu en lui imputant l'infraction. Il est décidément bien difficile de se défaire de mauvaises habitudes qui ne sont pas si anodines qu'il y paraît ! Les juges ne sont d'ailleurs pas les seuls sur la sellette. Prenons ainsi le terme « inculpé ». Son étymologie le condamne assurément au regard d'une présomption d'innocence clairement comprise. Le législateur devrait s'ingénier à trouver un synonyme moins compromettant, quitte même à en inventer un.

3. Si la Cour de cassation persiste dans sa jurisprudence *Cisse-Rondet*, peut-on au moins espérer une chance de correction de cette mauvaise pratique au niveau européen ? Le célèbre arrêt *Minelli* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 mars 1983 entretient quelque espérance. Selon la Cour de Strasbourg la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Or en l'espèce, pour statuer sur les frais de justice, la chambre d'une cour d'assises suisse avait retenu des éléments concernant le fond de l'affaire et conclu que sans la prescription l'article écrit par un journaliste et incriminé aurait « très probablement » conduit à la condamnation de son auteur ; ce qui était une violation de la présomption d'innocence. Mais l'espérance ne devient-elle pas vaine si on prend connaissance d'un arrêt plus récent de la Cour européenne, son arrêt *Nölkenbockhoff* rendu le 25 août 1987 (cette *Revue*, 1988.136) ? Un citoyen allemand avait frappé d'appel une décision l'ayant reconnu coupable de plusieurs délits, mais son appel n'avait pas été examiné par la juridiction supérieure en raison de son décès. Dans le contentieux relatif au remboursement des frais exposés par l'intéressé, contentieux repris après son décès par sa veuve, la juridiction saisie (tribunal régional) avait repoussé les prétentions de la partie demanderesse, relevant notamment que « l'on pouvait s'attendre presque certainement à ce que l'inculpé eût été condamné ou la condamnation maintenue ». Ultérieurement dans cette procédure la Cour constitutionnelle fédérale devait atteindre des sommets de subtilité en jugeant que s'« il est vrai que les décisions incriminées impliquent un pronostic quant au résultat auquel aurait probablement abouti la poursuite de la procédure, pareille évaluation implique cependant un constat non de culpabilité, mais seulement la persistance d'un état de suspicion, et ne porte donc pas atteinte à la présomption d'innocence ». Ce raisonnement a été entériné par la Cour européenne des droits de l'homme.

Et dans un autre arrêt du même jour (arrêt *Lutz c/ R.F.A.*, cette *Revue*, 1987.929), la Haute instance a encore jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 2 de la

Convention européenne, mais cette fois à propos d'une procédure de remboursement de frais de justice dont l'origine était une contravention administrative dans le domaine de la circulation routière. L'exposé de cette jurisprudence enseigne la relativité de la portée de la conception très protectrice portée par l'arrêt *Minelli*. Le recours aux juges européens peut entraîner des désillusions, comme d'ailleurs un passé récent le démontre avec le thème des écoutes (V. les deux arrêts du 24 avr. 1990, *Gaz. Pal.* 1er mai 1990).

4. Le bilan est plutôt sombre si l'on évoque les dix dernières années. Outre les deux arrêts de la Cour de cassation relatifs aux indices de « culpabilité », deux autres décisions portent des coups bas à la présomption d'innocence. L'une (Crim. 27 avr. 1984, *Bull. crim.* n° 149) juge l'article 357-2, alinéa 3 du code pénal conforme à l'article 6 § 2 de la Convention européenne, le premier de ces textes posant une présomption d'intention dans le cadre du délit d'abandon pécuniaire de famille. Logiquement pourtant ce devrait être à la partie poursuivante de prouver non seulement le défaut de paiement de la pension alimentaire pendant plus de deux mois au mépris d'une décision de justice exécutoire, mais encore le caractère fautif de ce défaut de paiement. L'autre arrêt (Crim. 30 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 33) ne trouve rien à reprocher à l'article 418 du code des douanes qui institue une présomption d'introduction en contrebande pour les marchandises prohibées ou fortement taxées trouvées en certaines circonstances, par exemple dans la zone terrestre du rayon douanier sans être munies d'un acquit de paiement. Selon la Chambre criminelle la Convention européenne ne met pas obstacle aux présomptions de fait ou de droit instituées en matière pénale, dès lors que lesdites présomptions, comme celle de l'article 418 du code des douanes, prennent en compte la gravité de l'enjeu et laissent entiers les droits de la défense. Ici à nouveau, logiquement, ce devrait être à la partie poursuivante de prouver l'irrégularité de la situation et non à la défense de prouver son innocence. Le renversement de la charge de la preuve affecte indubitablement les droits de la défense. Le handicap initial qui lui est imposé sera difficile, voire impossible à surmonter. C'est inadmissible. Soutenir le contraire, c'est énoncer une contre-vérité. Les droits de la défense ne peuvent être entiers lorsqu'une présomption interfère. La satisfaction de voir le principe du contradictoire régir la procédure d'audience est toute platonique, puisque le mal est fait...

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, son arrêt *Salabiaku* du 7 octobre 1988 (cette *Revue*, 1989.167) est lui aussi à verser au passif. Cette décision ne condamne pas le mécanisme de la présomption qui est admissible à la condition que l'Etat considéré lui assigne des limites telles qu'elles prennent en compte la gravité de l'enjeu et préservent les droits de la défense ; formule reprise plus tard par la Cour de cassation ainsi qu'on peut le vérifier *supra*. En l'espèce c'était l'article 392 § 1 du code des douanes qui était en cause, établissant au bénéfice de l'administration des douanes une présomption de fraude chez le détenteur d'une marchandise de fraude, présomption ne pouvant être dans la pratique renversée que par la preuve d'un cas de force majeure. Les juges européens se sont satisfaits de cet état de droit, comme l'avait fait la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans cette même affaire (Crim. 21 févr. 1983, inédit). Quel est dès lors l'intérêt de la présomption d'innocence si elle peut être bafouée aussi facilement ?

D'autres atteintes existent, parmi lesquelles on citera la présomption de mauvaise foi en matière de diffamation, la présomption d'intérêt à la fraude en matière douanière, la présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon. Quelques éclaircies toutefois dans ce ciel de nuages noirs. Ainsi la Chambre criminelle a cassé le jugement d'un tribunal de police intitulé « collectif » qui regroupait des procédures n'ayant aucun lien de connexité et qui contenait des motifs insuffisants et hypothétiques communs à tous les prévenus (Crim. 19 mars 1986, *Bull. crim.* n° 113). Ainsi une cour d'assises a été approuvée pour avoir décidé d'une part de passer outre à

l'absence d'un témoin défaillant en raison d'une hospitalisation, et d'autre part pour avoir rejeté une demande de transport sur les lieux, dès lors que les motifs de ses deux arrêts incidents n'impliquaient nullement que la culpabilité de l'accusé fût établie (Crim. 23 janv. 1985, *Bull. crim.* n° 37).

5. La présomption d'innocence est bien malade. Certes elle est gênante. Mais d'un autre côté c'est une conquête révolutionnaire, un des plus beaux fleurons des droits de l'homme. Proclamé, puis contourné et méconnu, le principe évoque un mort-vivant. Rien pour l'instant n'a pu remédier à cette grande hypocrisie du droit pénal. Le salut pourtant est à portée de main. Il faut une profonde transformation des mentalités, une prise de conscience (V. ainsi la synthèse des réponses aux principes publiée en annexe au rapport sur la mise en état des affaires pénales, juin 1990, élaboré par la Commission Justice pénale et droits de l'homme, p. 12). A cette condition uniquement un arrêt *Rondet* sera inconcevable. A cette condition seulement de nombreuses dispositions textuelles connaîtront les bouleversements obligés, c'est-à-dire seront éradiquées du droit positif. Si c'est trop demander, autant supprimer la présomption d'innocence. Avec une présomption de culpabilité, contorsions intellectuelles et faux semblants deviendraient inutiles. Avec une présomption de culpabilité, la détention provisoire acquerrait enfin ses lettres de noblesse. Avec une présomption de culpabilité, la pratique de l'instruction préparatoire serait en accord avec sa théorie. Le droit positif, en un mot, aurait le mérite de la franchise. En refusant un choix net, le présent système fait songer à l'âne de Buridan.

Les alternatives à l'emprisonnement ou l'art baroque en droit pénal

Gérard LORHO

Magistrat, chef du bureau des affaires juridiques du Casier judiciaire national

On a longtemps déploré que le juge pénal ne disposât que d'un clavier restreint pour infliger au condamné la sanction appropriée. Emprisonnement ou amende, les possibilités de combinaisons paraissaient à l'évidence bien limitées.

Avec l'introduction des sanctions de substitution en 1975, un processus de variété et d'individualisation d'abord limité a été amorcé qui, à partir de 1983, s'est subitement accéléré au point qu'aujourd'hui on peut légitimement se demander si les praticiens le maîtrisent encore. Pour reprendre notre comparaison, liminaire et musicale, notre pianiste a-t-il bien les bras assez amples pour jouer de toutes les octaves offertes et plusieurs notes trop difficiles ne risquent-elles pas de n'être peu ou pas jouées ? Pourtant une étude attentive de l'ensemble des notes ouvre la voie à des accords insoupçonnés, des plus subtils aux plus incongrus...

Notre propos, qui ne prétend surtout pas à l'exhaustivité, sera donc d'explorer la richesse de la gamme « Travail d'intérêt général » (I) puis de rechercher quelques combinaisons hardies avec les diverses mesures restrictives du droit de conduire (II).

I. – LES TRAVAUX D'INTERET GENERAL OU COMMENT PASSER DU GENERAL AU PARTICULIER

Prenons un pénaliste moyennement averti, pour reprendre la terminologie du consumérisme, gageons qu'il pourra aisément distinguer deux formes de travail d'intérêt général : le TIG prononcé à titre de peine de substitution de l'article 43-3-1 du code pénal et le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un TIG (STIG) des articles 747-1 à 747-7 du code de procédure pénale.

Si notre homme suit avec attention — et il en faut — la production législative, il aura noté que ce type de sanction, par essence, alternative à l'emprisonnement, est désormais parfaitement compatible avec ce dernier, le TIG pouvant être prononcé à titre de peine complémentaire sur le fondement de l'article L. 1er-1 du code de la route et en répression de délits routiers telle la conduite en état d'ivresse ou malgré la suspension du permis, le délit de fuite, les refus d'obtempérer et de restituer le titre malgré suspension (loi du 10 juill. 1987 et 10 juill. 1989).

Outre le fait que dans cette hypothèse le TIG devient une peine complémentaire et que la prohibition de l'article 43-5 (impossibilité de prononcer l'emprisonnement quand il est fait usage des peines de substitution) est donc levée, on remarque que la condition d'absence relative aux antécédents judiciaires qui limitait l'octroi du TIG dans l'article 43-3-1 a disparu puisque l'article L. 1er-1 précise bien que le TIG sera alors prononcé selon les *modalités* prévues à l'article 43-3-1 et dans les *conditions* pré-

vues aux articles 43-3-2 à 43-3-5 du même code. Cette solution est heureuse, le travail (essentiellement dans des établissements hospitaliers) ayant vocation à être prononcé à l'encontre d'adeptes de la violence routière.

Cette levée de la condition d'absence d'antécédents est intéressante à plus d'un titre. On constate en effet au fil des ans une désaffection[1] envers le TIG et un transfert des prononcés au profit du STIG qui offre un meilleur contrôle, une amnistie plus prudente, une réinsertion meilleure par le régime du non-avenu plus rapide et moins compliqué que les curieuses et contradictoires règles de réhabilitation des articles 775-11° et 784-2° du code pénal[2].

L'article L. 1er-1 du code de la route ne peut que nous inciter à aller plus loin. Nous savons alors qu'en cas de commission d'infractions aux articles L. 1er, L. 4, L. 12, L. 19 peut être prononcé un TIG à titre de peine complémentaire. Nous savons par ailleurs que « lorsque l'auteur d'un délit encourt soit de plein droit, soit par l'effet d'une condamnation obligatoire ou facultative, une sanction pénale autre que l'emprisonnement ou l'amende, cette sanction peut être prononcée à titre de peine principale » (art. 43-1 c. pén.).

Rien n'empêche donc un tribunal déclarant un individu coupable de délit de fuite de le sanctionner par un travail d'intérêt général de l'article L. 1er-1 prononcé à titre de peine principale sur le fondement de l'article 43-1 sans être contraint par les conditions d'antécédents de l'article 43-3-1 du code pénal. Voilà donc une quatrième forme de TIG, le TIG peine complémentaire prononcé à titre de peine principale.

L'inventaire est-il complet ? Certes non, notre « boîte de base » peut, grâce aux coffrets complémentaires que constituent les textes successifs, nous offrir, tel un « meccano »[3], de multiples combinaisons et des heures de distraction...

Aussi savons-nous que le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un TIG est possible. Mais peut-on prononcer un TIG (art. 43-3-1) avec sursis ? La réponse est positive même si cette possibilité semble de médiocre intérêt compte tenu des possibilités offertes précisément par les articles 747-1 à 747-7 du code de procédure pénale. En effet, l'article 743-1 du code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi du 11 juillet 1975 dispose que le sursis est applicable aux condamnations prononcées en application des articles 43-1 à 43-5 du code pénal. Or, la loi du 10 juin 1983 qui a institué le TIG a inséré un article 43-3-1 entre l'article 43-1 et l'article 43-5. Le TIG peut donc bien être prononcé avec sursis.

On peut concevoir que la singularité de la sanction séduise. Un examen plus attentif devra cependant dissuader le tribunal en mal d'originalité. En effet, on cherchera vainement de quel délai d'épreuve est assorti ce sursis et quelles sont les conditions de révocation.

En avons-nous terminé ? Le TIG peine de substitution, sursis TIG, TIG avec sursis, TIG peine complémentaire, TIG prononcé à titre de peine principale, la palette paraît suffisamment riche. Ce serait oublier le petit dernier issu de la loi du 6 juillet 1989. En application de l'article 747-8 du code de procédure pénale le tribunal peut en effet, dans certaines conditions, et sur saisine du juge de l'application des peines, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à six mois et que le condamné accomplira un TIG dans les conditions des articles 747-1 (3° et 4° al.), 747-2 à 747-5.

Sursis à l'exécution d'une peine, comme dit expressément le texte, conversion suivant la rédaction de la circulaire d'application Crim. 89-8-F-1 du 28 juillet 1989, suspension conditionnelle d'exécution ? L'article 747-8 n'a pas fini de susciter des inter-

1. Rapports de l'Administration pénitentiaire.
2. Disparition du bulletin n° 2 du casier judiciaire dans un délai de cinq ans à compter du *caractère définitif* de la condamnation selon l'article 775-11° ; réhabilitation — dont l'effet majeur est l'effondrement du bulletin n° 2 — après un délai de cinq ans à compter de l'*expiration* de la sanction.
3. Pour changer un peu des références musicales.

rogations quant à sa nature encore que semble se dégager l'opinion majoritaire de regarder cette disposition comme une modalité d'exécution d'une peine plutôt que comme une commutation. Pour ce qui intéresse notre propos, bornons-nous à constater qu'est consacré un nouveau régime de prononcé et d'exécution d'un travail d'intérêt général.

On ne saurait clore ce chapitre sur l'inventaire des formes de TIG sans aborder, succinctement, les délices de l'exécution et surtout de l'inexécution du travail d'intérêt général.

L'inexécution du TIG peine principale est une *infraction autonome* prévue par l'article 43-6 du code pénal.

L'inexécution du TIG assortissant l'emprisonnement avec sursis est sanctionnée, comme pour le probationnaire défaillant, sur le fondement des articles 747-3, 742-2, 742-3 du code de procédure pénale[4].

Une fois encore la souplesse — ou l'absence de verrous — du système peut conduire à des solutions surprenantes. L'exemple qui va suivre n'est pas inventé pour les besoins de la démonstration, il a réellement été rencontré.

Un voleur fut un jour condamné à un TIG sur le fondement de l'article 43-3-1 du code pénal. N'ayant nulle reconnaissance envers les juges qui lui avaient évité la prison, ni le moindre respect de sa propre parole, il n'exécuta pas le TIG et fut poursuivi sur le fondement de l'article 43-6 du même code. Le tribunal le condamna alors, par défaut, à six mois d'emprisonnement ferme ; l'intéressé fit opposition mais le tribunal estimant que la crédibilité de l'institution des peines de substitution avait été parfaitement estimée par les premiers juges, prononça une sanction au *quantum* identique.

Soucieux de ne pas en rester là, et éventuellement de s'assurer du bon fonctionnement de tous les rouages de la justice, notre homme fit alors appel. La cour confirma alors le *quantum* mais l'assortit du sursis ... avec obligation d'accomplir un TIG !... La fable ne dit pas si le TIG fut ou non exécuté et si l'histoire se poursuit toujours...

II. — TOUT CE QUI EST « PERMIS » PEUT ETRE SUSPENDU — OU EN MATIERE DE SUSPENSION TOUT EST PERMIS

A la permanence de la délinquance routière a répondu la prolifération des textes répressifs et les différentes formules de restriction du droit de conduire prennent aujourd'hui leur source dans de multiples textes permettant d'audacieuses et inépuisables combinaisons.

On sait ainsi que la suspension du permis pendant trois ans au plus peut être ordonnée sur le fondement de l'article L. 14 du code de la route pour :

1) délits des articles L. 1er à L. 4 L. 7, L. 9 et L. 19 du code la route ;

2) homicide et blessures involontaires causés par la circulation ;

3) contraventions au code de la route et à la réglementation relative à l'assurance obligatoire (art. R. 265 et R. 266 du code de la route).

On sait également que l'article 43-1 du code pénal permet de prononcer, à titre de peine principale, toute mesure autre que l'emprisonnement ou l'amende prononcée

4. Ce rappel peut paraître pesant, pourtant il est arrivé que des personnes n'exécutant pas le TIG assortissant une peine d'emprisonnement avec sursis soient poursuivies sur le fondement de l'article 43-6 du code pénal. L'article 747-3 du code de procédure pénale, qui renvoie obscurément pour ce qui concerne l'essentiel du régime du STIG à celui du SME, explique certainement ces errements. D'une manière générale, légiférer par renvoi ne conduit que rarement à la clarté.

à titre de peine complémentaire et que cet article est applicable aux délits et contraventions.

En conséquence, c'est très fréquemment que sont condamnées à titre principal et pour une durée maximale de trois ans, à la suspension du permis de conduire, les personnes coupables d'avoir abusivement marié Bacchus et Saint-Christophe.

On sait moins en revanche que la suspension du permis pouvait être encourue pour une durée plus longue, sur le fondement de l'article 43-3 du code pénal.

En effet, la conduite sous l'empire d'un état alcoolique est bien un délit, puni de l'emprisonnement, qui rend l'intéressé passible des sanctions de l'article 43-3 du code pénal au titre desquelles figure la suspension du permis de conduire pour une durée de cinq ans au plus. Or, il n'existe aucune prohibition, quand l'article 43-1 est applicable, de lui préférer l'article 43-3.

On peut donc parfaitement parvenir aux combinaisons suivantes :

— soit un individu poursuivi pour avoir conduit sous l'empire d'un état alcoolique et, par exemple, circulé sur la partie gauche de la chaussée (art. R. 4), il pourra donc être condamné :

1re configuration

— *à titre principal*, à la suspension du permis de conduire pour une durée de quatre ans pour les délits sur le fondement de l'article 43-3-1 du code pénal ;

— *à titre principal*, à la suspension du permis de conduire pour une durée de un an[5] pour la contravention sur le fondement de l'article 43-1. L'article 473 du code pénal rendant l'article 43-1 du même code applicable aux contraventions.

2e configuration

— à la confiscation d'un de ses véhicules (art. 43-3 3°) ;

— à l'immobilisation d'un autre (art. 43-3 3 *bis*) en répression du délit ;

— à une suspension de trois ans de son permis sur le fondement de l'article 43-1 pour la contravention.

3e configuration

Pour le délit :

— à la confiscation d'un de ses véhicules (art. 43-3 3°) ;

— à une suspension du permis de conduire pour une durée de six ans à titre de peine complémentaire (l'intéressé, nous avions omis de le signaler, étant en récidive) par application combinée de L. 14, L. 17 du code de la route et 43-1 du code pénal ;

— à une peine d'amende pour la contravention.

4e configuration (l'intéressé étant toujours en récidive de l'art. L. 1er)

Pour le délit :

— à un TIG (art. 43-3-1 ou art. 43-1 et L. 1er-1 c. route) prononcé à titre de peine principale ;

— à la confiscation du véhicule dont l'intéressé s'est servi pour commettre l'infraction, article L. 10 du code de la route (loi du 10 juill. 1987) ;

— à des jours-amendes à titre de peine complémentaire (art. L. 1er-2) ;

5. Il ne paraît pas possible en effet, pour l'addition des durées des suspensions prononcées au titre du délit et de la contravention, de dépasser le maximum légal encouru dans une poursuite unique, soit cinq ans. Mais la question mérite d'être posée. Elle ne constitue d'ailleurs que l'une des multiples interrogations que suscitent les peines de substitution au regard des dispositions de l'article 5 du code pénal sur le non-cumul des peines.

— à une suspension de permis de conduire pour une durée de cinq ans (art. 43-1 c. pén., L. 14 et L. 17 c. route).

Pour la contravention :

— à une suspension de permis de conduire pour une durée de un an, (art. 43-1 et 473 c. pén.).

5e configuration

— à une amende ;

— à la suspension du permis de conduire pour une durée de trois ans à titre de peine complémentaire.

Nous arrêterons là l'énumération. Les possibilités semblent infinies et relèvent de l'analyse combinatoire au point que tout semblant permis en matière de suspension la décision qui, par impossible, ne serait pas conforme à la règle de droit présenterait tous les aspects d'une décision irréprochable.

Que conclure ? Le pessimiste dira qu'il est urgent de simplifier ce qui peut apparaître comme un fouillis, l'optimiste soulignera la richesse des combinaisons permettant une réelle individualisation des sanctions, le pénaliste pervers jouira à l'infini...

Il est certain qu'à force d'individualisation on arrive à une difficulté de maniement des textes qui ne peut que conduire ou conforter un grand nombre de magistrats, d'ordinaire peu enclins à la modernité, à délaisser le domaine décidément ésotérique des peines de substitution au profit des « bonnes vieilles recettes » qui ne font pourtant plus leurs preuves, l'emprisonnement et l'amende.

Notes pour une sociologie du rapport surveillant(s)/détenu(s)*

Guy CASADAMONT

Docteur en sociologie
Chargé de cours aux Facultés de droit et science politique
des Universités de Paris X et de Reims

Au seuil de ces notes relatives à l'appréhension de quelques traits d'une sociologie du rapport surveillant(s)/détenu(s), nous poserons cette assertion du sociologue Alain Touraine (1984) pour qui le problème le plus général de l'analyse sociologique est de comprendre comment une société peut être à la fois une et divisée. Selon lui, la sociologie n'appréhende pas la société comme une essence, mais comme un événement, elle s'interroge sur les rapports sociaux et l'action sociale, et non plus sur la nature de la société. La société est un drame, ni situation, ni intention, mais action sociale et rapports sociaux.

La sociologie des rapports sociaux ne croit pas que la société ait un esprit ; sur les ruines de l'idée — inutile — de société, se développe *l'historicité*, comme principe organisateur d'un champ de pratiques et de relations. Non pas une société de production, mais production de la société, production d'actions à travers des rapports sociaux entremêlés. Pour A. Touraine (1980 : 241) la société apparaît comme étant « un réseau de rapports sociaux entre des acteurs unis et opposés à la fois par leurs conflits pour la mise en forme sociale de la capacité qu'ont les collectivités d'agir sur presque tous les aspects d'elles-mêmes ».

Si l'objet de la sociologie est l'étude des rapports sociaux, la proposition la plus élémentaire de la sociologie est que tous les rapports sociaux sont des rapports de pouvoir ; même s'ils ne s'y réduisent pas. Cette remarque de Roland Barthes (1977 : 12) : « Pluriel dans l'espace social, le pouvoir est, symétriquement, perpétuel dans le temps historique ». Pour le sociologue Pierre Bourdieu (1980, 1987) dès qu'il y a un espace social, il y a lutte de domination, avec un pôle dominant et un pôle dominé, et dès ce moment-là il y a des vérités antagonistes. Quoi qu'on fasse, la vérité est antagoniste. S'il y a une vérité, c'est que la vérité est un enjeu de lutte(s). La vérité est un enjeu de lutte(s) en tout champ, en d'autres termes, en tout champ il y a une lutte pour le monopole de la légitimité, laquelle est lutte pour le pouvoir de produire et d'imposer la vision du monde social légitime, lutte pour l'imposition du principe de vision et de division légitime, lutte pour l'imposition de la définition de la pratique sociale légitime.

* Texte revu et augmenté d'une communication aux Journées de rencontres sur le thème : ***Eviter l'incarcération des mineurs***, organisées à Clermont-Ferrand, les 24 et 25 mai 1988, par l'Association d'action éducative du Puy-de-Dôme, le C.R.F.E.S. Rhône-Alpes-Auvergne, et le C.F.E.E.S. de Vaucresson.

Nous remercions nos collègues du S.E.O. (Service des études), des Bureaux G.1 (détention) et G.2 (réinsertion) de la Direction de l'Administration pénitentiaire, d'avoir accepté de discuter ce texte, lors d'une séance de travail en commun, le 22 sept. 1988. La version ici publiée engage notre seule responsabilité. Pour les références, V. ce numéro de cette ***Revue, in fine***, p. 215 et s.

Les notes ici proposées à la lecture prendront la forme de propositions élémentaires numérotées. On aimerait, aussi, que de vraies propositions soient des petites annonces (Deleuze et Parnet, 1977 : 78) ; les unes sont la reformulation de rappels, les autres sont à lire comme autant d'appels.

1.1. On le sait, l'espace carcéral est un espace qui se définit d'emblée par une double limite. La première limite de l'espace carcéral est celle qui sépare un dehors d'un dedans, le dehors de la société ouverte au dedans de l'établissement pénitentiaire. La seconde limite de l'espace carcéral est celle qui sépare les regardants des regardés, les « gardiens » des gardés, et tout spécialement les surveillants des détenus. Le regard est ici ordonné à la garde, on re-garde pour garder. Cette seconde limite trace une ligne de démarcation sur laquelle chacun prend nécessairement ses marques. En effet, l'espace carcéral se constitue d'une ***ligne dichotomique***, celle qui sépare, vise et divise, les « gardiens » des gardés.

1.2. Le lieu, statique, « d'aboutissement » de la ligne dichotomique est le lieu même de la cellule. La cellule est le point de « chute » et comme le point de réduction de la ligne dichotomique. Au total, double limite, double séparation, double vision, division(s) ; concrétisation cellulaire de la ligne dichotomique.

2.1. On le sait aussi, à la différence de l'internement asilaire, l'enfermement carcéral relève exclusivement de l'espace pénal, le droit sort ses effets de définition, droit pénal spécial et autorité judiciaire « ordonnent » l'espace carcéral.

2.2. L'espace carcéral est forclos par un appareillage de sûreté — appareils matériels de contrainte voire de coercition — par quoi passe l'observation de la discipline carcérale, corps de règles de conduites, lequel enjoint le détenu à l'obéissance carcérale. Sûreté administrée et sûreté subie délimitent les zones de « frottements » entre surveillants et détenus ; sont ici *juxtaposés* voire opposés le corps des surveillants et l'ensemble des détenus. Question : surveillant(s)/détenu(s), deux ensembles antagonistes et anonymes ?

2.3. La discipline carcérale constitue pour le détenu une expérience imposée de limites multiples, laquelle est spécifiquement l'expérience de la détention, expérience qui est aussi une expérience-limite, si l'on veut bien se souvenir que l'être humain est un être-pour-la-liberté (Clastres, 1976).

3. L'espace carcéral est un espace d'autorité (Sennett, 1980), soit un espace d'interactions sociales dissymétriques. Le sociologue Erving Goffman (1953 : 102) a pu écrire « qu'il est souvent préférable de concevoir l'interaction non comme une scène d'harmonie mais comme une disposition permettant de poursuivre une guerre froide ». Or l'espace carcéral se spécifie d'une autorité dont la particularité est d'être une *autorité biface*. L'autorité biface spécifique à l'espace carcéral prend appui d'une part sur l'autorité professionnelle hiérarchique qui fait « lien » entre les personnels, selon la modalité dominante de l'exercice hiérarchique du pouvoir — direction hiérarchisée/surveillance hiérarchisée, chacune dans son corps et la seconde à la première —, et d'autre part sur l'autorité pénale carcérale qui établit le rapport dissymétrique entre l'ensemble des personnels et l'ensemble des détenus. La ligne hiérarchique est une ligne scalaire, la ligne dichotomique est une ligne binaire.

Subordination hiérarchique et obéissance carcérale sont deux formes distinctes de rapport de pouvoir, rapport inégalitaire, le pouvoir étant une relation dissymétrique entre au moins deux personnes, cette relation étant aussi fonction de la position occupée par ces personnes dans un espace social. Précisément, le pouvoir en tant qu'il est relation et non substance est un mode d'action sur une action, conduite de conduite(s) (Foucault, 1975, 1976, 1982).

4. L'autorité biface spécifique à l'espace carcéral est ordonnée à un objectif élémentaire qui veut que les détenus demeurent détenus ; il s'agit de « tenir la détention ». En d'autres termes, l'impératif professionnel des personnels est d'abord d'assurer *la détention de la détention* ; c'est d'ailleurs l'évasion d'un ou plusieurs détenus qui signe l'échec de cet impératif carcéral.

5.1. L'impératif professionnel de détention de la détention se noue sur le rapport surveillant(s)/détenu(s), en tant qu'il est un rapport de surveillance. Qu'est-ce qu'un rapport de surveillance ? En matière carcérale, le rapport de surveillance semble se caractériser au moins à titre tendanciel, par des traits de structure associés. Le rapport de surveillance est un rapport optique voire *panoptique*, le surveillant étant sommé d'être « l'oeil qui voit tout », selon la formule benthamienne, pour voir sans être vu...

Comme tout rapport de pouvoir, le rapport de surveillance est un rapport *dissymétrique* quant à la position occupée dans l'espace carcéral selon une métrique du haut et du bas. Le rapport de surveillance est un rapport *agonistique* quant à son type de rationalité, en tant qu'il pose, juxtapose et oppose deux ensembles, celui des « gardiens » et celui des gardés. Le rapport de surveillance est un rapport *mutique* en tant que la parole n'est pas la condition de son exercice. Enfin, le rapport de surveillance est un rapport *anonyme* en tant que la connaissance du nom propre du détenu n'est pas une condition de son effectuation.

5.2. Dans l'espace carcéral, quels sont les principaux points de focalisation du rapport de surveillance ? Hors mirador(s), c'est d'abord la surveillance, diurne et nocturne, du détenu en cellule. Il n'est pas de porte de cellule sans oeilleton, *garde-de-face-à-face*, l'oeilleton en étant l'instrument. C'est aussi la surveillance du détenu dans l'ensemble des mouvements qu'il peut effectuer dans la journée. Il n'est pas de cour de promenade ou de terrain de sport, sans surveillance. Il n'est pas d'atelier de production ou de formation professionnelle, sans surveillance. Il n'est pas de salle de loisirs, de spectacles, de cultes, sans surveillance. Ce peut être encore le passage qui s'opère, de l'audience disciplinaire du chef d'établissement au quartier disciplinaire, en sa cellule de punition. Panoptique, dissymétrique, agonistique, mutique, anonyme, tel est, en creux, le rapport de surveillance particulier à l'espace carcéral.

5.3. Sur fond de « prison », le rapport de surveillance met aux prises des personnes engagées dans des *comportements-de-face-à-face*, lesquels ont été un objet privilégié de la sociologie goffmanienne (Goffman, 1967, 1982). L'espace carcéral ordonne des relations de face-à-face, soit de seul-à-seul, soit de plusieurs-à-plusieurs, selon les situations. L'espace carcéral met aux prises des personnes prises tantôt dans des comportements de face-à-face articulés selon une polarité duale, par exemple un surveillant et un détenu dans une cellule, tantôt dans des comportements de face-à-face articulés selon une polarité « collective », par exemple un surveillant et des détenus dans un quartier de détention, par exemple des surveillants et des détenus sur une coursive de détention ou sur une cour de promenade. Situations plurielles, duales ou « collectives ». Nous nous demanderons à quelles conditions des situations plurielles peuvent être dites « groupales ». S'entendre sur la signification du mot groupe est l'un des principaux soucis de ces Notes. L'ensemble des surveillants est-il un groupe ? L'ensemble des détenus est-il un groupe ? La question est : comment ces ensembles tiennent-ils ensemble ?

6.1. L'on sait que, au regard du droit public, statutairement, le personnel de surveillance est un *corps* ; professionnel, dont l'objet commun est une charge commune à l'ensemble du corps : la détention de la détention. La détention elle-même touche au corps quant elle n'est dite que privative de liberté, et elle y touche de part et d'autre, mais différentiellement puisque le poids en pèse d'abord sur les détenus dont c'est la

sanction, et empèse parallèlement les surveillants dont c'est la charge. On pourrait écrire que la détention de la détention est ce qui *fait corps* pour un corps et pour des face-à-face qui sont encore des corps-à-corps.

6.2. A l'instar de tout corps professionnel, le personnel de surveillance est soumis à des pressions « corporatistes » ; le corporatisme est sans doute ce qui du corps fait système pour qu'un corps professionnel fasse corps avec lui-même. Le corporatisme est peut-être la figure collective de ce que la psychanalyse pointe sous le nom de narcissisme, et que Pierre Legendre (1985 : 55) désigne sous la formule de l'homme enlacé dans son désir, tellement enlacé qu'il fait corps avec lui ou plutôt avec ça, qui ne peut être un désir nommé, c'est-à-dire parlé, autrement dit divisé par rapport à soi. La crispation corporatiste est un corps professionnel enlacé sur lui-même. Ou encore, ce qui menace le corps du personnel de surveillance, c'est de « fonctionner » précisément selon une logique « clanique ». La psychanalyse montre que le clan est un groupe plus une famille (Anzieu, 1975), non pas l'articulation, sans doute impossible, de l'un et de l'autre, mais la confusion de l'un sur l'autre. La tentation familialiste, telle est l'aspiration du clan ; groupe de pression, telle est sa pointe, agonale voire polémogène.

A l'inverse, le politologue Claude Lefort (1981, 1986) reconnaît la révolution démocratique à cette mutation : point de pouvoir lié à un corps. Le lieu du pouvoir devient un *lieu vide*. Trait révolutionnaire et sans précédent de la démocratie, le pouvoir comme lieu vide interdit aux gouvernants de s'approprier, de s'incorporer le pouvoir. Exigence de désincorporation.

7.1. Pour la démographie plus que pour la sociologie, l'ensemble des détenus constitue une population, soit un ensemble de personnes résidant habituellement sur un même territoire, mais aussi un ensemble de personnes traversé par un même événement : ici l'incarcération. Si l'ensemble des détenus constitue une population, c'est en ce qu'ils sont assignés à un même lieu, l'espace carcéral, et en ce qu'ils sont tous frappés par un même événement à durée variable, la privation de liberté. En effet, la population incarcérée se caractérise d'abord en tant que telle, par une co-existence sur fond d'épreuve solitaire : l'imposition pour chaque détenu de vivre en/et la détention, d'y être confronté et affronté.

L'ensemble des détenus est-il une simple collection de personnes multiples, série purement additive de personnes seulement juxtaposées ? C'est-à-dire un simple agrégat ? Démographes et sociologues pourraient s'entendre pour définir une population comme un ensemble de personnes seulement liées par des rapports d'interaction dispersée ; d'une telle population, une file d'attente est un exemple. Peut-être oser cette question : l'ensemble des détenus n'est-il comme population qu'une file, en attente ... de libération ? Ni plus, ni moins ? file concentrée, mais aussi dispersée ; file enfermée mais aussi libérable. Sous ce rapport, la population incarcérée nous semble un *agrégat dispersé*.

7.2. Au corps professionnel des surveillants, lié et relié hiérarchiquement sur la détention de la détention, est juxtaposé voire opposé l'ensemble des détenus, dé-composé sur ce fait que chaque détenu y éprouve à son corps défendant, la suspension voire la brisure de sa propre histoire. Surveillant(s)-collègue(s), détenu(s) solitaire(s) ; collégialité d'une profession, individualité de la sanction. D'un côté l'engagement dans une profession collective, de l'autre côté, l'épreuve solitaire de la détention.

7.3. On le voit, l'ensemble des surveillants est d'abord un corps professionnel qui a à se désincorporer, l'ensemble des détenus est d'abord un agrégat dispersé en équilibre instable. Pour que de la singularité soit possible de part et d'autre, pour dissoudre l'excès de corps (corporatisme) et l'excès de dispersion (atomisme), la figure du groupe a sans doute à faire valoir sa logique tierce. Par parenthèse, que le cadre

constitutif des formations initiale et continue du personnel de surveillance soit le groupe — groupe dont il relève d'une déontique du formateur de ne pas le cliver par couplage(s) — est isomorphe au fait que la profession des surveillants tende vers un travail de groupe, comme au fait que le social se constitue du chiffre 3 ; ainsi de la sociologie (Freund, 1983).

8.1. Le fait est aussi que, l'événement se produit tel un éclair, en France mais aussi ailleurs — la révolte d'Attica en septembre 1971 est encore présente à notre mémoire — les établissements pénitentiaires sont le lieu de « mouvements collectifs » par lesquels l'espace de la détention vole en éclats. Il y a eu les révoltes de l'été 1974 qui présidèrent à la réforme pénitentiaire de 1975 (Dorlhac de Borne, 1984), et plus récemment, l'agrégat dispersé des détenus a opéré une fusion qui a fait masse sur fond de horde : à Fleury-Mérogis en mai 1985, aux Baumettes à Marseille en août 1987, à Châteauroux Saint-Maur en novembre 1987, à Ensisheim en avril 1988. Tout se passe comme si la quasi-permanence du face-à-face virait à l'explosion d'un affrontement sans merci qui est un front-à-front ; mais alors les casquettes des surveillants se retirent de la détention, y pénètre le rang serré et armé des casques à bulle des forces de l'ordre. L'agrégat dispersé se concentre et fait masse pour faire front, non plus un simple agrégat, mais une masse voire une horde, revirement, volte-face, révolte... Mais alors à la horde « sauvage » réagit la horde « policée ».

8.2. Ce constat, d'un simple agrégat dispersé qui brusquement et brutalement se condense à faire masse, nous conduit à la question : qu'est-ce qu'une masse ? La masse est un ensemble transitoire, compact, anonyme, homogène, qui a affaire avec Mimésis mais aussi avec Eros, à des tendances mimétiques et à des tendances érotiques comme nous le rappelle Serge Moscovici (1981) retraçant son appréhension notamment à partir des travaux de G. Le Bon et G. Tarde, et aussi, longuement, de ceux de S. Freud. Dans sa présentation de « L'oeuvre au noir » du fondateur de la psychanalyse, S. Moscovici (1981 : 374-355) exprime en ces termes la composition psychique de la foule : « A la verticale, l'élan amoureux de chaque individu vers le chef. A l'horizontale, une multitude de personnes qui ont le même objet pour idéal du moi et, par conséquent, s'identifient les unes aux autres. Chez elles, l'identification remplace, par voie régressive, les attachements libidinaux. (...) Retenons cette asymétrie de distribution des attachements humains. Chaque désir est réservé de préférence à un des termes : l'Eros au chef, la Mimésis à la foule ». Surtout : « L'impératif de la psychologie des foules toujours et partout s'énonce : ce que commence l'Eros, la Mimésis l'achève ». Eros s'efface, Mimésis s'impose, dans sa répétition et sa sécheresse.

8.3. A Mimésis, il faut encore ajouter Thanatos, et pas seulement parce que la psychanalyse nous a rendu sensible à la polarité aimer-haïr qu'elle relie à une opposition postulée entre pulsions de vie et pulsions de mort — les pulsions sexuelles étant les représentantes les plus pures des pulsions de vie (Freud, 1920) —, mais aussi parce que s'agissant d'une population incarcérée sa formation en tant que telle a pour traits lourds l'atomisation *et* la coercition de ses membres. Eros est ici posé d'emblée en absence... au plus vif du sujet de la peine privative de liberté ?

Il y a dans Freud (1921 : 162) cette notation : « Le meneur ou l'idée menante pourraient aussi, pour ainsi dire, devenir négatifs ; la haine envers une personne ou une institution déterminées pourrait tout aussi bien avoir une action unificatrice et susciter les mêmes liens affectifs que l'attachement positif ». Dans cette situation, Thanatos règne en maître, Mimésis est son valet ; Eros, le tiers par excellence, est, par définition, absent de ce ballet à deux ; d'un deux qui ne fait qu'un. D'où cette interrogation : le carcéral ne fait-il pas figure de mauvais objet introjecté dont la compulsion au clan et/ou à la horde est la formation d'expulsion ? Le carcéral comme sol négatif ? Il n'est pas de détention normale, mais il est des détentions ordinaires, c'est peut-être la particularité de la totalité carcérale que d'(h)ordinariser ceux qu'elle

frappe, mais aussi ceux qu'elle touche ; potentiellement, la puissance de la détention est sa faiblesse.

De part et d'autre de la ligne dichotomique, le carcéral est peut-être ce sol négatif à partir duquel le personnel de surveillance ne peut être assujetti qu'à faire corps, d'un raidissement clanique jusqu'à la récente extrémité d'un coude-à-coude compact et agonistique contre les forces de l'ordre ; sol négatif encore sur lequel la population incarcérée ne peut être assujettie qu'à faire masse... Que d'un gouvernement de la France à l'autre, les détenus montent sur les toits tandis que les surveillants descendent dans la rue, ces deux mouvements inversés et asymétriques disent la tentation si commune et si extrême de la « horde sauvage », dans laquelle tous n'existent qu'à faire qu'un, pour l'un — principe du chef —, contre un — principe de fureur. Ne faire qu'un, pour l'un, contre un, l'Un Seul. Tout se passe comme si le carcéral venait tenir lieu d'*impropre*, d'Un propre à partir duquel des surveillants s'insurgent et des détenus surgissent. Le carcéral « met en abîme » les conditions de travail des surveillants et les conditions de vie des détenus, potentiellement pour le pire.

9.1. Les lignes qui précèdent engagent à resserrer l'énoncé d'une hypothèse quant à ce qui est de structure relativement au carcéral en général et au rapport surveillant(s)/détenu(s) en particulier. Sociologie et psychanalyse ne sont pas en contradiction. On connaît la réticence de Freud (1921 : 180/196) à l'endroit de la relation hypnotique qu'il analyse comme « une formation en foule à deux » ; ainsi du rapport des masses à leurs chefs. Expression saisissante destinée à opérer un dessaisissement.

Les termes mêmes du commentaire d'Eugène Enriquez (1983a : 75-76) sont précieux, précisant que le rapport hypnotique représente « une formation collective à deux ». Ne sommes-nous pas devant la formule de l'équation carcérale ?

9.2. Qu'est-ce que le carcéral ? Sur fond de clôture, le carcéral est une formation collective à deux ; sa dimension arithmétique — deux ou plus — étant indifférente à sa structure. Le rapport surveillant(s)/détenu(s) est structurellement *un rapport duel*. (Enriquez 1983a : 78). Le carcéral est un rapport structuré autour du couplage surveillant(s)/détenu(s), que ceux-ci soient deux, ou trois, ou plus. Le carcéral se joue toujours entre quatre yeux.

Carcéralité partagée mais sur un mode dissymétrique, sur la ligne dichotomique, le surveillant est au détenu son *double inversé*, l'un et l'autre étant partie constitutive d'un rapport duel. Une formation collective à deux est une totalité close, à unité factice, à finalité sauvage... Comme une sphère en fer ? Il est vrai aussi qu'à ceux qui composent ces formations, il a été rarement possible d'exercer leur condition de sujet parlant, condition dont l'assomption est proprement humaine. Or, à prendre si peu la parole, on finit par perdre l'oreille... Impossibles otobiographies ? (Derrida, 1984).

Si l'espace carcéral est le lieu d'un double mouvement pivotal autour duquel oscillent voire vacillent surveillants et détenus dans des logiques agonistiques du pire, des surveillants faisant corps, des détenus faisant masse, logique défensive de surveillants, logique offensive de détenus ou inversement ; si donc surveillants et détenus sont pris dans ces logiques (h)ordinaires, alors seuls des dispositifs tiers vont à l'encontre, pour une rencontre. La rencontre est au point d'articulation d'une figure géométrique singulière : celle de triangles dans des cercles.

10.1. Au quotidien de la détention, la figure absente du rapport surveillant(s)/détenu(s) est précisément celle du *groupe* comme objet de travail commun aux surveillants et aux détenus, groupe animé par un tiers extérieur à l'établissement pénitentiaire ; groupe dont l'objet de travail serait le groupe lui-même rapporté à la question de la place de chacun eu égard à la détention. Certes, jusqu'à présent, les détenus s'inscrivent-ils dans différents groupes, ce sont les groupes de formation professionnelle, universitaire ou scolaire, ce sont les activités physiques et sportives, ce sont les

activités de loisirs. Si toutes ces formes d'activités s'efforcent à faire lien entre les personnes, si des tiers y interviennent, sans doute le groupe en est l'enveloppe, mais il n'est pas l'objet même du travail.

10.2. Précisons donc la configuration d'un groupe qui est à lui-même l'objet de son travail. Et tout d'abord, qu'est-ce qu'un groupe ? Un groupe est le nom que l'on prête à la situation sociale dans laquelle un ensemble de personnes — au moins *trois* — sont réunies autour d'un objet commun, objet de travail et/ou de jeu. Un groupe se spécifie de son intention d'opérer une mise, en commun. En effet, le groupe se construit sur un espace-temps commun, autour d'un objet commun et selon une loi commune, laquelle, égale pour tous, prévoit une place pour tous, que chacun a à tenir pour lui-même dans le cadre du groupe. Le groupe est un lieu commun peu ordinaire, un temps commun peu partagé.

Le groupe est une construction qui se fonde sur un projet de communauté, organisé par une loi commune, pour faire oeuvre commune ; si ces conditions sont tenues, le groupe est alors un artifice fécond.

Mais, la condition de principe pour qu'une loi commune ait ses chances, est la présence dans le groupe d'un *tiers* extérieur aux parties en présence — parties en face-à-face quasi-permanent — tiers qui « soufflant la loi » jusque dans ses silences (Nasio, 1987), occupe la place d'animateur du groupe. L'animateur du groupe a vocation à occuper une *place tierce*, aux yeux de tous. Son extériorité aux parties en présence voire en conflit est l'une des conditions de sa reconnaissance par tous ; position que l'on pourrait comparer à celle du juge judiciaire, mais un animateur ne condamne pas, il invite à un travail, hors visée stigmatique. En effet, le groupe comme objet de travail est la mise en scène d'une procédure pour que jouent des processus, sans procès... Il s'agit de compter sur des règles, et non de régler des comptes.

Or, nous y insistons, la figure absente des établissements pénitentiaires est l'objet groupe, ici en tant qu'objet intergroupal entre surveillants et détenus. Ce qui, à l'avenir, nous paraît capital pour chahuter voire subvertir les effets mortifères du rapport surveillant(s)/détenu(s) en tant que rapport duel, c'est de travailler à la constitution d'un inter-groupe surveillants/détenus, animé par un tiers, psychosociologue.

La psychosociologie nous paraît être le cadre de référence propice à une telle perspective. Dans le très bel éloge qu'il en a dressé, E. Enriquez (1983 *b*) inscrit la psychosociologie au lieu même de l'étude des groupes, des organisations, des institutions, en tant que l'invention démocratique y est au travail et en jeu à travers les rapports de pouvoir, sensible qu'elle est aux processus conscients et inconscients tant individuels que collectifs qui président à la formation de ces ensembles sociaux sans lesquels l'individu ne serait qu'animal, et la société qu'une horde...

10.3. Le psychosociologue, en tant qu'il est fidèle à sa perspective théorique, a vocation à tenir la place du *tiers*, tiers extra-pénitentiaire, plus largement, tiers extra-étatique. Extra-territorialité. Il est, l'oreille aux aguets, une figure de la société civile, porteur d'une logique de l'extériorité de *l'autre*, conforme aux exigences de la socialité. Relation dia-logale, relation éthique, modalité de l'approche d'autrui, relation avec l'altérité in-com-préhensible, éthique de l'altérité. Visage ou non-autochtonie (Lévinas, 1987). Alors, « les lignes se débarrassent de leur fonction de squelettes pour devenir l'infini des rapprochements possibles » (Lévinas, 1949, 218). Sans contradiction, la pratique psychosociologique peut être cet art d'instaurer de justes distances entre les personnes, non pas hiérarchiques, mais géométriques (Deleuze, 1988), non pas autorité verticale, mais configuration géométrique, non pas autorité hiérarchique, mais tiers géométrique. C'est la signification de la métaphore des triangles dans des cercles. Il n'est de groupe de travail digne de ce nom, que de compter parmi ses membres une référence tierce qui en est structurellement la pointe. On le sait, des

cercles sans triangle voient leurs membres se disloquer de tourner en rond... Malaise égo-centrique, égologie.

11.1. Lancinantes mais permanentes questions : quel est le rapport du surveillant(s) au(x) détenu(s) du haut d'un mirador ? De part et d'autre d'une grille de détention ou d'une porte de cellule ? Sur une cour de promenade ou dans un atelier ? Nous avons mis en relief que ce rapport de surveillance est, au moins en creux, un rapport panoptique, dissymétrique, agonistique, mutique, anonyme, rapport de face-à-face, rapport duel, « foule à deux », pour reprendre l'expression freudienne, formation collective anonyme et homogène, donc doublement indifférenciée. Seule une problématique tierce, notamment de forme groupale, prenant la vie quotidienne en détention comme objet de son travail, en co-présence de ceux dont les conditions de vie sont en jeu et de ceux dont les conditions de travail sont en question, est à même sinon de dénouer au moins de chahuter un rapport structurellement duel.

L'articulation de médiations groupales, médiations proprement sociales, est à même de contredire à la logique « quasi-délinquante » de la connivence voire de la complicité, à la logique de l'affront, de l'affrontement et du front, comme à l'atomisme et à l'homéostasie spécifiques à l'espace carcéral. Eu égard à l'exigence du social, une logique « quasi-délinquante » se moque du tiers comme du quart, puisqu'elle se définit d'être dans la fascination du duo amoureux et/ou du duel agonistique. Le couplage est négation du tiers et dénégation du social. Professionnels ou non, le pire pour des pairs est d'être des paires. La conscience et la justice naissent de la présence du tiers, entrée du tiers dans l'intimité ou l'hostilité du face-à-face (Lévinas, 1974). Dans l'espace carcéral, concevoir pour l'ensemble des surveillants comme pour l'ensemble des détenus, de passer des seuls rapports de face-à-face à des rapports de côte à côte dans un espace groupal, dispositif articulé à la fonction créatrice de la parole ; la parole corps subtil ? (Lacan, 1953, 1954). Non pas une facialité sans visage, mais une latéralité qui envisage...

11.2. A lire ces lignes, le lecteur aura peut-être l'impression que le groupe est posé comme panacée, non pas, car le groupe n'est pas un univers — le carcéral non plus —, il est un cadre, pour un travail. Il n'échappe d'ailleurs pas à ce que D. Anzieu (1971, 1985) a appelé « l'illusion groupale », soit cet état psychique collectif que les membres d'un groupe ressentent et expriment, de constituer un bon groupe. Le groupe est cependant un dispositif de *transformation* (Kaès, 1986) pour chacun de ses membres *et* pour l'ensemble groupal donc chacun est partie prenante. Il rend possible la transformation de structures psychiques et donc de positions subjectives et donc aussi des agencements institutionnels. Le groupe est aussi objet transitionnel par quoi le sujet peut s'éprouver comme être autonome, capable de désir et de secret (Enriquez, 1987), ouverture à la dimension, abyssale, de la singularité.

12.1. Aux clans et à leurs parrains dans les organisations font pendant, dans le siècle, les masses et leurs chefs ; logiques du pire. En contrepoint, a été justement soulignée l'étrangeté du politique contemporain comme politique éclaté (Michaud, 1978), dont la question, exprimée en termes deleuziens, est celle, non pas d'un avenir-majoritaire mais d'un devenir-minoritaire ; insistance d'une micro-politique. G. Deleuze et Cl. Parnet (1977 : 160) écrivent : « On ne sort effectivement des dualismes qu'en les déplaçant à la manière d'une charge, et lorsqu'on trouve entre les termes, qu'ils soient deux ou davantage, un défilé étroit comme une bordure ou une frontière qui va faire de l'ensemble une multiplicité, indépendamment du nombre des parties. Ce que nous appelons agencement, c'est précisément une multiplicité. Or un agencement quelconque comporte nécessairement des lignes de segmentarité dure et binaire, non moins que des lignes moléculaires, ou des lignes de bordure, de fuite ou de pente ». Pour la politique pénitentiaire, la question pourrait alors être celle de la transformation du « corps » des surveillants comme de la « masse » des détenus, en *multiplici-*

tés. Cette notion de multiplicité a également été mise en avant par Jean-François Lyotard (1979) pour qui majoritaire ne veut pas dire grand nombre, mais grande peur. L'idée dont nous avons besoin pour trancher en matière politique n'est pas l'idée d'une totalité ou d'une unité d'un corps, mais celle d'une multiplicité ou d'une diversité. Ni totalité, ni unité, ni finalité, mais multiplicité, pluralité, diversité. Non pas l'édification d'une majorité, mais une attention aux minorités ; sous un certain rapport, il n'est pas d'ensembles intérieurs à l'espace carcéral qui ne soient minoritaires, cela est vrai sans doute des détenus, mais aussi des surveillants, mais encore des travailleurs sociaux ou des directeurs...

Dans un petit livre d'une grande portée, Jean-Claude Milner (1983 : 109) évoque ces rassemblements qui font Un, ensembles dont les membres ne se rassemblent que parce que, hors de toute ressemblance antérieure, ils comptent pour Un. Pour rien ? Or il des multiplicités réelles, dont le mode est la dispersion, et le principe, le réel d'un désir. Par l'intercession et l'inter-session du groupe, travailler à la transformation du « corps » des surveillants et de la « masse » des détenus en multiplicités, sensibles à cette lente découverte et ce long acquiescement à la liberté, comme pratique, de la singularité. La politique pénale comme mise en perspective minoritaire ?

12.1. Naguère, Bernard Edelman (1981) traçait l'opposition, trait pour trait, entre l'homme du droit et l'homme des foules, et entre l'Etat de droit et la horde sauvage. Aujourd'hui, l'institution pénitentiaire est toujours à la croisée des chemins, puisqu'elle ne saurait se soustraire à l'option qu'il lui faut sans cesse lever, entre Etat de droit et état de faire, entre culture et déréliction, entre corps-masse et groupe/multiplicités, entre dualisme et altérités, entre duelisme et singularité. De fait, l'institution pénitentiaire est placée devant cette alternative, soit elle s'abandonne à « cet étrange et long nihilisme » (Schayewski, 1988), soit elle accentue le travail qu'elle a à effectuer sur elle-même. Dans cette accentuation, il n'est nul confort. « Confort est crime, m'a dit la source en son rocher », (René Char).

A. – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

I. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

André VITU

Professeur émérite à la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy

1. *L'application de la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie*

Parce qu'elle constitue un ensemble clos et qu'elle est indépendante de celles qui l'ont précédée, chaque loi d'amnistie véhicule son contingent de difficultés et de problèmes épineux. La loi du 20 juillet 1988 en apporte une fois de plus la preuve. Choisissons, parmi les décisions parvenues à notre connaissance, celles qui illustrent certaines de ces difficultés.

1) A côté d'arrêts classiques rappelant que l'amnistie, quand elle est prévue pour « les délits pour lesquels seule une peine d'amende est encourue » (art. 2-1°, L. 1988), ne peut pas être étendue à des délits auxquels, outre l'amende, s'attache une peine complémentaire, par exemple l'affichage ou la publication de la décision de condamnation (Crim. 14 nov. 1989, *Bull. crim.* n° 410 ; 4 juill. 1900, *Deleens*, inédit), voici une décision plus intéressante, qui montre que l'on ne doit pas chercher dans l'amnistie le remède à tous les maux.

En application de la loi du 13 juillet 1967, une commerçante avait été frappée par le tribunal de commerce de Paris de l'interdiction de gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale. Radiée du registre du commerce et des sociétés, l'intéressée, se prévalant de la loi d'amnistie, tenta, mais en vain, d'obtenir du juge commis à la surveillance de ce registre qu'il rapporte la mesure. L'appel qu'elle a formé contre le refus du juge n'a pas eu plus de succès devant la cour d'appel de Paris (1er mars 1990, 1er arrêt, *Gaz. Pal.* 25-26 avr. 1990, note J.-P. Marchi). Dans leurs motifs, les magistrats parisiens rappellent que, si elle admet au bénéfice de l'amnistie les auteurs des délits de banqueroute simple ou frauduleuse et des délits assimilés que punissait la loi de 1967, ou encore les coupables de la banqueroute telle qu'elle est maintenant définie par la loi du 25 janvier 1985, la loi du 20 juillet 1988 écarte expressément de ses prévisions la faillite personnelle et les autres sanctions prévues par les articles 105 et suivants de la loi de 1967, parmi lesquelles, spécialement, l'exclusion de toute fonction de direction, de gestion ou de surveillance dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée (art. 20, L. 1988) : ces « sanctions » constituent de véritables mesures de sûreté, fondées sur l'inadaptation de l'individu visé à exercer utilement et efficacement une fonction dans le monde du commerce : il n'est pas au pouvoir du législateur de rendre à l'intéressé, par un coup de baguette magique, les qualités intellectuelles et psychologiques qui lui font défaut.

En revanche, la voie de la réhabilitation judiciaire, comme le suggère d'ailleurs la cour de Paris dans l'arrêt cité, ou mieux encore la procédure du relèvement différé, auraient été des moyens plus efficaces pour obtenir satisfaction, parce que fondées sur la démonstration que le demandeur avait conquis, ou retrouvé, les qualités nécessaires pour diriger une société de commerce. Encore une fois, l'amnistie n'est pas et ne peut pas être la solution miracle pour toutes les situations difficiles.

2) De son côté, la cour d'appel d'Aix-en-Provence (24 nov. 1989, *Gaz. Pal.* 27-28 avr. 1990, note A. Damien) a refusé le bénéfice de l'amnistie à un avocat poursuivi disciplinairement pour des faits contraires à l'honneur (propos d'une violence extrême à l'encontre des membres de la cour d'assises qui venait de condamner son client, et attitude rageuse tendant à exciter le public, qui avait marqué sa vive désapprobation à l'énoncé du verdict, à invectiver et agresser physiquement les magistrats et les jurés à leur sortie du Palais de justice), alors que le Conseil de l'ordre des avocats lui avait fait application de la loi du 20 juillet 1988. Tout le problème était de savoir si les faits reprochés pouvaient, ou non, entrer dans les prévisions de l'article 14, alinéa 3, qui écarte du champ de l'amnistie « les faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes moeurs ou à l'honneur ».

Dans la note savante qu'il a rédigée sur l'arrêt de la cour d'Aix-en-Provence et qui est jalonnée de références à la jurisprudence civile et administrative, à l'occasion de poursuites disciplinaires à l'encontre d'avocats ou de fonctionnaires, le bâtonnier A. Damien examine sous tous leurs aspects les définitions qui ont été données de l'honneur. De cette longue étude, il conclut que la faute contre l'honneur suppose, cumulativement ou non, deux éléments : le caractère frauduleux de la faute, et d'autre part la nature et l'importance des dommages que cette faute entraîne ou risque d'entraîner. Poussant plus loin, il estime que seuls portent atteinte à l'honneur « des faits mettant en cause l'honnêteté, la probité, et dans lesquels le goût du lucre a été le moteur de la mauvaise action commise par le délinquant », toutes circonstances qui, de l'avis du bâtonnier Damien, étaient absentes de l'espèce jugée, ce qui le conduit à désapprouver le refus opposé par la cour d'appel à l'application de l'amnistie.

S'il est exact que, fort souvent, les juridictions civiles ou administratives, qui ont eu à connaître de contestations relatives à l'application de l'amnistie dans l'ordre disciplinaire, qualifient, cumulativement et sans distinguer, d'atteintes à l'honneur et à la probité les agissements soumis à leur approbation (aux nombreux arrêts cités par le bâtonnier Damien, on ajoutera par ex., Civ. 1re, 17 mai 1988, *D.* 1989.IR.153 ; Paris, 22 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989.2.617), il demeure pourtant nécessaire de rechercher une définition spécifique des manquements à l'honneur. En citant l'honneur à part, dans une énumération alternative (« manquements à la probité, aux bonnes moeurs *ou* à l'honneur ») où chaque terme revêt nécessairement un sens qui lui est propre, la loi de 1988, comme toutes les lois d'amnistie qui l'ont précédée et ont reproduit exactement la même formule, a entendu montrer qu'elle offre le moyen d'écarter du bénéfice de l'indulgence légale ceux qui, sans commettre d'atteinte à la probité, manquent cependant à l'honneur : l'affaire jugée à Aix-en-Provence est un exemple typique, dans lequel la probité de l'avocat n'était nullement suspectée.

Il apparaît donc plus satisfaisant de modeler une définition de l'honneur qui dégage celui-ci de tout rapport avec l'appât du gain ou le goût du lucre. Avec la cour d'appel d'Aix-en-Provence, on pourrait dire que l'honneur est « le vif sentiment de sa propre dignité qui anime un individu et qui le pousse à agir de manière à conserver l'estime des autres ainsi que les principes moraux qui sont à la base de ce sentiment ». De leur côté, H. Blin, A. Chavanne, R. Drago et J. Boinet (*Droit de la presse*, fasc. 140, n° 15), à propos de l'infraction de diffamation, écrivent que « l'honneur est un bien qui consiste pour un individu à n'avoir rien à se reprocher qui soit contraire à la morale ; l'homme d'honneur est celui qui a accompli son devoir et agi selon sa conscience », définition qui est à rapprocher de celle donnée, par l'auteur de la présente chronique (*Droit pénal spécial*, II, n° 1950), toujours en matière de diffamation : « l'honneur est un bien d'ordre moral qui résulte, pour chaque homme, du

sentiment personnel d'agir conformément aux exigences de la morale et du devoir d'état ».

Sous des aspects légèrement différents, ces formules se rejoignent pour condamner l'attitude de l'avocat jugé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence : n'est-ce pas déshonorer la profession d'avocat, se déshonorer aux yeux des tiers et même à ses propres yeux, que de donner le spectacle d'un défenseur versant dans le langage ordurier, insultant magistrats et jurés, vociférant et trépignant comme un forcené ? On ne peut donc partager l'opinion du bâtonnier Damien, telle qu'elle a été rappelée ci-dessus.

3) Pour la Cour de cassation, « les lois d'amnistie sont des lois d'exception qui doivent être appliquées dans leurs termes mêmes et il n'appartient pas au juge d'ajouter à la loi une condition non prévue par celle-ci » (cf. par ex., 23 mars 1989, *Bull. crim.* n° 148, *D.* 1989.518, note D. Mayer, cette *Revue* 1989.726).

Ainsi à l'occasion d'un conflit du travail (art. 2-2°, L. 1988 ; Crim. 13 mars 1990, *Bull. crim.* n° 116). Mandataire d'un salarié dans une instance prud'homale dirigée contre l'employeur, un délégué syndical avait réclamé à celui-ci le versement d'une somme rondelette pour mettre fin à l'action engagée, en le menaçant, en cas de refus, de révéler au fisc des fraudes commises dans l'entreprise : ce chantage, dit la Chambre criminelle, est couvert par l'amnistie car, d'une part, la loi de 1988 ne distingue pas entre les conflits individuels et les conflits collectifs du travail et, en second lieu, elle n'exige pas que le prévenu soit « partie prenante et directe » dans le conflit individuel.

Solution retenue dans une affaire de blessures provoquées par la collision d'une automobile avec un camion arrêté sur la chaussée à cause d'un barrage dressé par des manifestants : commis à l'occasion d'un accident de la circulation, le délit de blessures involontaires ne devait-il pas échapper à l'emprise de l'amnistie ? Non, déclare la Chambre criminelle (3 avr. 1990, *Dr. pén.*, oct. 1990, n° 259) ; car la loi du 20 juillet 1988 (art. 2-3°) déclare amnistiés tous les délits en relation avec des conflits de caractère industriel, agricole, rural, artisanal ou commercial, *y compris au cours de manifestations sur la voie publique* ou dans des lieux publics » : on ne peut prétendre distinguer là où la loi n'établit pas de distinction.

Même solution enfin dans l'affaire soumise à la Chambre criminelle le 25 juillet 1990 (*affaire Tapatu et autres*, inédit). Les dégradations multiples de biens immobiliers ou mobiliers, les vols, les recels commis dans la ville de Papeete par des dockers ne devaient pas être disjoints des affrontements avec la gendarmerie qui s'étaient produits peu auparavant dans l'enceinte du port, et dont ils étaient la conséquence immédiate : affirmer que ces exactions étaient étrangères au conflit social en raison de leur localisation géographique, de leur nature et de leur objet revenait à établir une distinction non prévue par la loi du 20 juillet 1988, dont l'article 2-2° étend l'amnistie, d'une façon générale, aux « délits commis à l'occasion de conflits du travail ..., y compris au cours de manifestations sur la voie publique ou dans les lieux publics ».

La Chambre criminelle est obligée de faire appliquer les lois d'amnistie telles qu'elles sont écrites ; elle n'est pas responsable de leur contenu. Mais le commentateur ne peut s'empêcher de penser qu'en usant de l'amnistie à tort et à travers, le législateur donne une prime à la commission d'actes infractionnels, même très graves, puisque le pardon légal, par son existence même, incite les délinquants futurs à augmenter la violence de leurs actions lors de mouvements collectifs, sûrs qu'ils sont qu'une mesure d'oubli viendra couvrir leurs exactions.

2. *Sur l'application de la solidarité pénale*

1) Lorsqu'à la suite d'un vol un individu recèle une partie seulement des objets dérobés, il doit être condamné solidairement avec le voleur, en application de l'article 55, alinéa 1er, du code pénal, à indemniser la victime de la totalité du dommage que celle-ci a subi (jurisprudence constante de la Cour de cassation : cf. cette *Revue*

1989.311 et s., 723 et s.). Mais cette solution rigoureuse, que la Chambre criminelle a tirée de la connexité existant entre l'infraction principale et le recel, comporte cependant une limite : la solidarité ne peut être prononcée que si l'auteur de l'infraction principale a été effectivement poursuivi et condamné. Si au contraire il est demeuré inconnu, ou n'a pas été identifié ou si, cas plus exceptionnel, il a été relaxé, le receleur partiel échappe à l'obligation d'indemniser la victime pour le tout : car la solidarité n'existe qu'entre plusieurs personnes ; s'il n'y a qu'un seul condamné, le receleur, il ne peut être déclaré solidaire de quiconque et ne doit pas être tenu, à titre civil, que des dommages résultant de l'infraction dont il est reconnu coupable, ici le recel des quelques objets qu'il a reçus (en ce sens, Crim. 5 déc. 1957, *JCP* 1958.II.10457, rapport M. Rolland ; 2 févr. 1982, ***Bull. crim.*** n° 37 ; 10 mai 1988, ***Bull. crim.*** n° 204, cette *Revue* 1989.311).

Dans un arrêt du 26 mars 1990 (***Bull. crim.*** n° 130), la Chambre criminelle a dû rappeler l'existence de cette limitation dans une affaire dont voici les faits essentiels. Lors d'un cambriolage commis dans un entrepôt, les voleurs avaient emporté une grande quantité de bouteilles d'alcool ; une partie du butin fut retrouvée dans deux débits de boissons, gérés l'un par les sieurs A et B, l'autre par un nommé C. En raison de la connexité, qu'elle affirmait « évidente en l'espèce », la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait condamné solidairement les trois hommes, reconnus coupables de recel, à réparer la ***totalité du dommage*** subi par la société propriétaire de l'entrepôt. Là était l'erreur, car les auteurs du cambriolage n'avaient pu être identifiés : A, B et C n'auraient pas dû être condamnés solidairement à réparer la partie du dommage né de la disparition des bouteilles qu'ils n'avaient jamais recelées.

Une seconde erreur entachait l'arrêt déféré à la Chambre criminelle, mais celle-ci ne l'a pas relevé d'une façon directe : seul l'un des moyens de cassation en fait état explicitement dans l'une de ses branches. En prononçant condamnation à dommages-intérêts solidairement entre A, B et C du chef de leurs recels respectifs, la cour d'appel avait omis de démontrer d'une façon pertinente en quoi ces recels étaient unis l'un à l'autre par un lien suffisant de connexité.

Qu'il y eût connexité entre le vol initial et chacun des recels qui en ont été les conséquences, la chose n'est pas niable, et l'article 203 du code de procédure pénale lui-même en affirme l'existence dans une telle hypothèse. Mais pour les rapports des receleurs entre eux, la chose ne va plus de soi et une distinction s'impose.

Ou bien les receleurs ont reçu tels ou tels objets des mains du voleur après s'être concertés entre eux, au sein d'une entreprise commune dans laquelle ils ont uni leurs efforts pour écouler la marchandise dérobée : alors qu'il y a unité de dessein au sens de l'article 203 du code de procédure pénale, la connexité existe (encore doit-on le dire dans la décision de condamnation) et il faut les condamner solidairement entre eux pour le dommage causé par le recel qu'ils commettent ensemble, ou les recels individuels qu'on leur reproche. Tel était le cas de A et de B, qui exploitaient le même débit de boissons dans lequel avait été retrouvée une partie des alcools volés. Telle pourrait être aussi la situation de deux receleurs successifs de la marchandise volée, le premier cédant au second tout ou partie des objets reçus du voleur : là encore la solidarité s'appuierait sur une connexité facile à mettre en relief.

Ou bien au contraire chaque receleur a conservé une entière autonomie et il apparaît qu'il n'est lié aux autres receleurs par aucun lien ; peut-être même ignorait-il tout de leur existence. Décider en ce cas une condamnation solidaire manquerait de base légale. Il en allait ainsi, dans le cas du sieur C, exploitant d'un débit indépendant de celui des sieurs A et B, sauf à démontrer — ce que n'avait pas fait la cour d'appel — que, malgré les apparences, un concert frauduleux avait uni les trois individus, ce qui eût réintroduit la connexité et ramené cette seconde hypothèse à celle indiquée précédemment.

2) Toujours dans l'affaire qui vient d'être exposée, la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait commis une troisième erreur, fondée une fois encore sur une mauvaise

application de la solidarité. Il faut rappeler ici que la loi du 11 juillet 1975, en modifiant l'article 55 du code pénal, siège de la matière, a maintenu intacte cette garantie pour ce qui est des dommages-intérêts et des restitutions (al. 1er), mais qu'elle l'a supprimée en ce qui concerne les amendes et les frais et dépens, sauf dans le cas où « le prévenu ... s'est entouré de coauteurs ou de complices insolvables » (al. 2 nouveau). C'est là une situation tout à fait exceptionnelle, tellement exceptionnelle qu'on voit mal, dans la pratique, comment elle pourra se produire. Elle est subordonnée à la constatation, d'abord, de l'insolvabilité de certains des coauteurs et complices ; elle suppose démontrée, d'autre part, l'intention caractérisée du ou des coupables principaux pour qui, en raison précisément de cette intention, la solidarité va jouer le rôle d'un supplément de peine. Ces deux exigences (insolvabilité des coauteurs et complices, choix intentionnel opéré par le coupable principal) doivent être relevées par les juges du fond en une « décision spéciale et motivée » (al. 2), faute de quoi une cassation serait inévitable.

Pour avoir condamné les prévenus A, B et C solidairement aux dépens de l'appel sans donner aucun motif au soutien de sa décision, l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence a encouru, une fois de plus, les foudres de la Chambre criminelle. D'ailleurs, dans une décision de cassation de peu antérieure (Crim. 17 janv. 1990, *Dr. pén.* juin 1990, n° 155), la Haute juridiction avait déjà rappelé l'exigence légale d'une décision spécialement motivée. Puissent ces rappels avoir définitivement raison de la négligence de certaines juridictions dans l'application des dispositions de l'article 55 du code pénal.

3. *De la compétence de la Haute cour de justice à l'égard des ministres*

Voici une affaire qui relance, dans des conditions originales, le débat sur l'incompétence des juridictions de droit commun à juger les membres du gouvernement pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

M. R. habite Lille. Sa mère, hospitalisée dans un établissement de soins de la région, ne paraît pas, aux dires de son fils, bénéficier de toute l'attention du corps médical. Comment obtenir la modification de cette situation ? En employant les grands moyens. Le sieur R. sollicite donc à plusieurs reprises M. Delebarre, ministre des Transports, habitant une localité voisine de Lille (entre voisins, n'est-ce-pas...), lui demandant d'écrire à sa collègue Mme. Georgina Dufoix, afin que celle-ci intervienne auprès du médecin responsable du service où se trouve placée la malade. Mais le moyen utilisé ne répond pas à l'attente de M. R. : le ministre des Transports se serait, semble-t-il, abstenu d'agir dans le sens espéré. En rester là ? Point du tout. M. R. cite alors M. Delebarre devant le tribunal correctionnel de Lille pour refus de porter secours à personne en péril (art. 63, al. 2, c. pén.) ; pas moins ! Et, comme les juges correctionnels se déclarent incompétents en raison de la qualité de ministre du prévenu (art. 68, al. 2, Constit. 1958), il fait appel, tandis que ni le prévenu ni le parquet ne se pourvoient de leur côté.

Quelle devait être, sur le plan strictement procédural, l'attitude de la cour d'appel ? Saisis d'un jugement qui, sans statuer au fond, avait seulement affirmé l'incompétence de la juridiction correctionnelle, les juges du second degré se trouvaient, par le seul appel de la partie civile, saisis non seulement de ses intérêts civils mais aussi de l'action publique, qui avait continué de subsister, puisqu'à son sujet rien n'avait été décidé au fond ; ils se trouvaient donc tenus d'examiner leur propre compétence au regard de l'action publique et, celle-ci éventuellement affirmée, de statuer à la fois sur l'action publique et sur l'action civile (Crim. 30 janv. 1885, *Bull. crim.* n° 43, S. 1886.1.83 ; 24 mai 1935, *Bull. crim.* n° 67 ; 26 juin 1975, *ibid.* n° 167).

Ainsi fut fait. Dans un arrêt du 9 novembre 1990 (inédit) dont le texte a été communiqué par le conseiller R. Lévy, la cour d'appel de Douai examina donc le problème de sa propre compétence ; tranchant le débat fameux qu'a soulevé l'article 68,

alinéa 2, de la Constitution de la Ve République, elle affirma, à l'opposé de ce qu'avait décidé le tribunal correctionnel de Lille, qu'elle avait pleinement qualité pour statuer sur l'action publique. Ce premier point acquis — mais son importance est telle qu'il conviendra de le reprendre en détail dans la suite de cette chronique — les magistrats d'appel, passant à l'examen du fond, prononcèrent la relaxe du ministre poursuivi. Non parce que le péril dénoncé n'était pas constant (la cour demeure muette sur ce point), mais bien parce qu'il n'était pas établi clairement que le ministre eût reçu personnellement les appels du sieur R., et parce que, de toute façon, les médecins du service hospitalier, tenus au secret professionnel, ne pouvaient venir attester s'ils avaient reçu ou non, de ce ministre, directement ou indirectement, des recommandations concernant la mère du plaignant. En suite de quoi, la cour déclara irrecevable l'action civile portée devant elle. Mais l'affaire n'en restera pas là, car le procureur général près la cour d'appel et le sieur R. se sont tous deux pourvus en cassation.

Nul ne s'étonnera que, devant la Chambre criminelle, le débat doive porter essentiellement sur le point de savoir si la Haute cour de justice tient de l'article 68, alinéa 2, de la Constitution le pouvoir de juger tous les crimes et délits commis par les membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, ou si les juridictions de droit commun gardent compétence, et dans quelle mesure, pour connaître de ces mêmes infractions. Tout tient à l'interprétation qu'il convient de donner de cet alinéa 2, dont le caractère ambigu a été souvent souligné. La discussion ne peut s'éclairer que si l'on garde présente à l'esprit la teneur du texte, formé de trois phrases dont les deux dernières sont également importantes pour la solution du problème posé, ainsi qu'on le verra ci-dessous.

Dans l'article 68, la première phrase de l'alinéa 2 pose le principe que les membres du gouvernement sont pénalement responsables des crimes et délits qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions : ils ne sont donc pas couverts par une immunité quelconque, à la différence des parlementaires pour les opinions, votes et discours que ceux-ci tiennent dans leurs fonctions au sein du Parlement. La deuxième phrase de l'alinéa proclame que « la procédure ci-dessus définie (c'est-à-dire concernant la Haute cour) leur est applicable ainsi qu'à leurs complices dans le cas de complot contre la sûreté de l'Etat ». L'alinéa s'achève enfin par une troisième phrase, dont on verra ultérieurement l'utilité pour le présent propos et qui s'exprime comme suit : « Dans les cas prévus au présent alinéa, la Haute cour est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent des lois pénales en vigueur au moment où les faits ont été commis ».

La deuxième phrase de l'alinéa 2, disposition essentielle, a provoqué chez ses lecteurs des interprétations divergentes.

Une lecture particulièrement restrictive conduit à affirmer que les ministres relèveraient en principe des juridictions de droit commun pour toutes leurs infractions, à l'exception du seul cas de complot pour lequel ils seraient déférés, avec leurs complices (et leurs coauteurs, faut-il ajouter), à la Haute cour. Telle est la solution qu'ont retenue la cour d'appel de Douai dans l'affaire présente et, avant elle, certains auteurs (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, II, *Proc. pén.* 4e éd., n° 38 ; W. Jeandidier, « Les juridictions pénales d'exception dans la France contemporaine », *JCP* 1985.I.3173, n° 6, et « L'irresponsabilité d'un ministre », *JCP* 1987.I.3276).

Il a été soutenu aussi que la compétence de la Haute cour, exclusive et absolue quand il s'agit de juger le président de la République, serait seulement, pour les ministres, concurrente de celle des juridictions de droit commun : si des poursuites selon la procédure compliquée propre à la Haute cour ne sont pas mises en mouvement, les membres du gouvernement pourraient être recherchés devant les tribunaux ordinaires. On perpétuerait ainsi la solution nuancée qui avait cours sous le régime des lois constitutionnelles de 1875, et qu'avait acceptée la Cour de cassation dans un arrêt du 24 février 1893 (S. 1893.1.217, D. 1893.1.393 ; en ce sens, M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Thémis, 10e éd., 1982, II, p. 357-358).

A ces interprétations qui rapetissent la portée de l'alinéa 2, la Cour de cassation en a préféré une autre. La Haute cour est compétente pour connaître de toutes les infractions commises par les ministres dans leurs fonctions (V. la formule du texte : « La procédure ci-dessus leur est applicable... ») ; exceptionnellement, elle l'est aussi à l'égard des complices des ministres dans le cas d'un complot contre la sûreté de l'Etat (Crim. 14 mars et 7 mai 1963, *Bull. crim.* n° 122 et 166 ; 7 juin 1963, *Gaz. Pal.* 1963.2.283 ; 9 juill. 1984, *Bull. crim.* n° 256, *D.* 1985.78, note J. Robert, *Gaz. Pal.* 1985.1.200, cette *Revue* 1985.607, obs. J. Robert ; 6 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985.1.401 ; 28 mai 1986, *Bull. crim.* n° 180, *JCP* 1987.II.20734, note approb. P. Chambon ; 28 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 90 ; dans le même sens, mais d'une façon moins nette, J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1987, p. 692). Et, pour mieux verrouiller la solution qu'elle retient et écarter radicalement toute concurrence entre la haute juridiction et les tribunaux ordinaires, la Chambre criminelle affirme, dans les décisions citées, que les dispositions établissant la compétence de la Haute cour excluent, pour le ministère public et les particuliers, toute possibilité de mettre en mouvement l'action publique ; mieux encore, que ces dispositions sont « générales et absolues » (Crim. 14 mars, 7 mai et 7 juin 1963, préc.). Ce faisant, la Cour de cassation balaye les distinctions que certaines juridictions ordinaires auraient voulu instaurer, en vue de grignoter la compétence de la Haute cour, entre les infractions commises dans l'exercice des fonctions et celles commises seulement à l'occasion de cet exercice, ou encore entre les infractions commises dans l'exercice des attributions propres du département ministériel assigné à l'intéressé et celles commises en dehors de ces attributions (spécialement : Crim. 28 mai 1986, préc.).

Comment justifier cette solution ? Dans ses divers arrêts, la Chambre criminelle s'est contentée d'invoquer et de rapprocher, dans l'article 68, son article 1er (compétence exclusive de la Haute cour pour juger le président de la République) et son alinéa 2, globalement pris. Mais ce rapprochement des deux alinéas affirme plutôt qu'il ne démontre la solution retenue. Il faut aller plus loin et rechercher s'il existe d'autres arguments, plus convaincants, qui seraient de nature à étayer la position retenue par la Chambre criminelle.

Au soutien de cette position, on a fait remarquer d'abord qu'en interprétant l'article 68, alinéa 2, aussi strictement que le fait la première lecture du texte, on aboutit à ruiner, sans raison, toute la tradition du droit public français qui a toujours prévu, pour juger de la responsabilité pénale des ministres, la compétence d'une juridiction exceptionnelle (J. Foyer, *Rép. pén.* Dalloz, *v° Haute cour de justice*, n° 44 et s.). A quoi on pourrait, il est vrai, objecter qu'une tradition peut parfois être interrompue ; mais un texte ambigu, comme l'est l'alinéa 2 de l'article 68, suffit-il pour assurer qu'il y a rupture avec le passé ?

Mais voici un argument textuel, plus convaincant, et qui ne paraît pas avoir été proposé par les auteurs favorables à la solution admise par la Cour de cassation ; il est tiré du rapprochement des deuxième et troisième alinéas de l'article 68. Si le complot, mentionné dans la deuxième phrase de cet alinéa, était la seule infraction, commise par un ministre et ses acolytes, à laquelle se réduirait la compétence de la Haute cour, on ne comprend plus quelle pourrait bien être l'utilité de la troisième phrase de ce même alinéa 2, qui, pour affirmer que le principe de légalité s'impose à la Haute juridiction, mentionne à la fois et sans limitation aucune les *crimes* (le complot n'est qu'un crime parmi d'autres, sous toutes ses formes) et les *délits* (« Dans les cas prévus au présent alinéa, la Haute cour est liée par les définitions des *crimes* et *délits* ... résultant des lois pénales en vigueur... »). En réalité, la troisième éclaire indirectement la portée de la seconde et, du même coup, démontre pleinement la compétence très large de la Haute cour.

C'est d'ailleurs bien ainsi que l'ordonnance du 2 janvier 1959, portant loi organique sur la Haute cour de justice, a entendu les choses. Les articles 25 (al. 2 à 4) et 26 (al. 3) combinés de cette ordonnance indiquent à quelles conditions de procédure la compétence matérielle et personnelle de la commission d'instruction près la haute ju-

ridiction peut être élargie en cas de découverte, soit de faits nouveaux s'ajoutant à ceux déjà soumis à cette commission, soit de participants nouveaux (coauteurs ou complices) aux faits de complot contre la sûreté de l'Etat. De ces dispositions, il résulte bien que le complot n'est que l'un des chefs de compétence de la Haute cour : s'il eût été le seul, on voit mal comment il était possible de prévoir un élargissement de la compétence matérielle de la commission d'instruction à des faits nouveaux, sans doute très différents du complot qui aurait été visé dans sa saisine initiale.

Au terme de ce raisonnement, il se révèle donc que la solution retenue par la Chambre criminelle est imposée par le texte même de l'article 68 (al. 2) : pour tous leurs crimes et délits sans exception, commis dans l'exercice de leurs fonctions, les ministres sont justiciables de la Haute cour. La solution contraire que le rédacteur de la présente chronique avait défendue jusqu'à une date récente, lui paraît, après examen des textes, devoir être écartée. Il convient donc de faire amende honorable ... mais en répétant aussi que cet alinéa 2 de l'article 68 est, *non seulement* un texte mal rédigé (il aurait été plus simple et plus clair d'écrire : « la procédure ci-dessus définie leur [aux ministres] est applicable ; elle s'applique aussi à leurs coauteurs et complices dans le cas de complot contre la sûreté de l'Etat »), mais également un mauvais texte, car il permet aux ministres d'échapper, en fait, grâce à la lourdeur de la procédure de la Haute cour, à toute responsabilité pénale pour les actes de leurs fonctions : ainsi se trouve totalement neutralisée la première phrase de l'alinéa 2 qui, pourtant, affirme solennellement cette même responsabilité.

II. – INFRACTIONS CONTRE LA CHOSE PUBLIQUE

Jean-Pierre 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

1. *Impossibilité, pour les tribunaux des forces armées, de recourir à la peine de substitution des jours-amendes lorsque la seule sanction prévue par le code de justice militaire pour l'infraction poursuivie est l'emprisonnement correctionnel (art. 394 c. just. mil.) : la nature du jour-amende en question. Amende. Circonstances atténuantes. Infraction militaire. Jour-amende. Tribunal des forces armées*

En principe, pour sanctionner les infractions militaires, comme l'affirme l'article 384, alinéa 1, du code de justice militaire, « les juridictions des forces armées prononçent les mêmes peines que les juridictions de droit commun ». Toutefois des exceptions sont prévues. L'une résulte des dispositions de l'article 394 de ce même code : elle décide, dérogeant à l'article 463 du code pénal, que lorsque la peine d'emprisonnement est seule encourue, l'octroi des circonstances atténuantes n'autorise pas de substituer à celle-ci la peine d'amende.

Dans le cas d'espèce soumis au contrôle de la Cour de cassation (Crim. 26 sept. 1990, affaire *Boutantin*, non encore publié) une décision de condamnation du chef de refus d'obéissance avait été rendue par le tribunal aux armées des forces françaises en Allemagne — infraction que l'article 447 du code de justice militaire sanctionne d'une peine d'emprisonnement de un à deux ans —. Les circonstances atténuantes ayant été accordées, la juridiction militaire avait cru pouvoir prononcer *la peine de substitution des jours-amendes* que prévoit l'article 43-8 du code pénal sans pour autant méconnaître la règle de l'article 394, rapportée ci-dessus, prohibant le remplacement de l'emprisonnement par l'amende. Elle avait estimé que l'interdiction en question ne faisait pas obstacle au recours aux diverses peines de substitution à l'emprisonnement mises en place, en droit commun, depuis 1975 par les articles 43-1 et suivants du code pénal — peines de substitution dont les jours-amendes font partie —. Elle soulignait dans ses attendus que « *la peine de jour-amende a une nature et un régime juridique différents de ceux de la peine d'amende* ».

Sur pourvoi du commissaire du gouvernement, la Chambre criminelle a cassé la décision du tribunal aux armées pour violation de l'article 394 du code de justice militaire. Pour elle, la peine de jour-amende telle que prévue par l'article 43-8 du code pénal, est *une « simple modalité » de l'amende et a la « même nature » que celle-ci.*

La présente affaire a le mérite de mettre en présence et en conflit les *deux conceptions* que l'on peut se faire de la mesure de jour-amende :

— ou bien — et c'est la thèse de la Chambre criminelle — on voit principalement dans le jour-amende une *simple unité de compte* (un jour-amende est égal au revenu journalier moyen du condamné) permettant de procéder à un calcul plus juste que par le passé du montant de la peine purement pécuniaire classique qu'est l'amende. Et, comme l'affirme la Cour de cassation dans l'arrêt analysé, on doit alors conclure à l'identité de nature du jour-amende et de l'amende ;

— ou bien — et c'est la solution qu'avait fait sienne la juridiction militaire — on considère que le jour-amende est autre chose qu'une simple modalité de la peine d'amende traditionnelle ; on en fait alors une *mesure originale* qui renvoie à titre principal, non à la peine d'amende, mais à la *peine privative de liberté*, dont elle veut constituer une modalité d'exécution originale : sa mise en oeuvre étant destinée à faire régresser le domaine de l'emprisonnement correctionnel et surtout celui des incarcérations de courte durée.

Pour notre part nous pensons que cette seconde thèse est la bonne. Dans notre système français le jour-amende n'a pas été institué pour rendre plus juste la peine d'amende. A cela le législateur de 1975 avait déjà pourvu en demandant aux juges de fixer le montant de celle-ci en tenant compte « des ressources et des charges des prévenus » (art. 41 c. pén.). La mise en place du jour-amende a eu un autre but : son objectif essentiel a été de mettre à la disposition des juridictions correctionnelles une nouvelle peine de substitution à l'emprisonnement, une mesure originale qui venait s'ajouter à d'autres, par exemple aux interdictions professionnelles (art. 43-2 c. pén.), au travail d'intérêt général (art. 43-3.1 c. pén.)...

Le jour-amende modalité d'une peine ? Certainement. Mais pas de la peine d'amende. Elle est une *modalité de la peine privative de liberté.*

Sans doute l'amende comme le jour-amende peuvent déboucher pour le condamné sur un enfermement en cas de non-paiement. Mais il y a une différence essentielle : l'incarcération qui peut sanctionner le débiteur de l'amende (la contrainte par corps) n'est qu'un *moyen de coercition* exercé sur le condamné pour que celui-ci paie ce qu'il doit. Elle n'est pas une peine. Et, si elle a lieu, elle ne libère en aucune façon le délinquant de sa dette (art. 762 c. proc. pén.). Au contraire, l'enfermement consécutif au non-paiement des sommes dues au titre de la peine de jour-amende *libère* définitivement le condamné : celui-ci, sur la base légale d'un jour de détention pour deux jours-amendes restés impayés (art. 43-10 c. pén.), aura purgé sa peine. L'Etat ne pourra rien lui réclamer : le décret du 23 décembre 1983 a expressément écarté pour les jours-amendes le recouvrement forcé et les garanties que le trésor public possède en matière d'amende (décr. 22 déc. 1964, art. 9-1 modifié).

Qu'elle réussisse ou qu'elle échoue, *la mesure de jour-amende nous renvoie donc, invinciblement, à la peine privative de liberté* : en cas de réussite, le condamné qui paie la somme qu'il doit aura évité de connaître l'enfermement que le juge correctionnel aurait pu prononcer à titre principal lors de la condamnation. En cas d'échec, si la dette n'est pas réglée, il sera incarcéré. Ainsi, par sa nature, par son régime, le jour-amende prend ses distances par rapport à la peine purement patrimoniale d'amende : il fait d'abord penser à une sorte de sursis à l'emprisonnement correctionnel.

En la matière, l'équation majeure n'est donc pas : *un jour-amende = le revenu journalier moyen du condamné.* Elle est : *un jour-amende = une demi-journée d'emprisonnement correctionnel.*

La Chambre criminelle, en cassant la décision soumise à son contrôle, s'est donc, à notre avis, trompée d'équation. Erreur à laquelle s'ajoute un paradoxe qu'on ne peut manquer de relever : en effet, la mesure de jour-amende ordonnée en l'espèce par le juge militaire aurait été à l'abri de toute critique si le silence avait été fait, dans la décision attaquée, sur l'existence d'éventuelles circonstances atténuantes. Or cela, dans la présente affaire, était possible : le prononcé de cette peine de jour-amende, comme celui de toutes les autres peines de substitution à l'emprisonnement prévues par les articles 43-1 et suivants du code pénal, n'est subordonné en effet, en aucune façon, par la loi à l'octroi de celles-ci. Face à ce silence, aucune violation de l'article 394 du code de justice militaire n'aurait pu alors être relevée, l'application de ce texte ne s'imposant qu'au cas où la juridiction accorde des circonstances atténuantes. Paradoxe étonnant : le juge militaire, en refusant les circonstances atténuantes au prévenu, pourrait faire ce que lui interdit l'octroi de celles-ci : améliorer le sort du

condamné en lui donnant une chance d'éviter l'emprisonnement correctionnel par le prononcé de la mesure de jour-amende !

2. *De l'application à des médecins et des pharmaciens de la loi du 1er juin 1965 sur l'usage de stimulants à l'occasion des compétitions sportives*

Dopage. Médecine. Pharmacie. Sports. Stupéfiants

La France est le premier pays au monde à avoir édicté des textes sanctionnant pénalement le « délit sportif » d'usage de produits dopants. Elle l'a fait par la loi du 1er juin 1965 dans un but tant moral (loyauté dans le déroulement des compétitions sportives) que sanitaire (protection de l'intégrité physique et psychique des athlètes. Cf. entre autres : le commentaire de P.-J. Doll, *JCP* 1965.I.1927).

L'analyse des débats auxquels avait pu donner lieu l'élaboration de cette loi prouve que ceux auxquels on avait surtout pensé et qu'on allait pouvoir poursuivre étaient des « soigneurs » sans scrupule et des sportifs malhonnêtes. Or le dépouillement de la jurisprudence publiée (peu nombreuse il est vrai) prouve que ce sont aussi des médecins et des pharmaciens que mettent en cause, assez souvent, les poursuites pénales en la matière : les premiers pour avoir prescrit, dans des ordonnances des produits dopants à des sportifs, les seconds pour avoir exécuté celles-ci.

L'arrêt de la Chambre criminelle en date du 7 juin 1990 (affaire *Loriau et autres*, non encore publié) fournit une claire illustration de cette situation : par cette décision de rejet se trouvent en effet confirmées des condamnations d'une sévérité certaine (peines d'emprisonnement allant jusqu'à trois ans, assorties du sursis sans doute, mais accompagnées d'amendes d'un montant élevé — jusqu'à 300 000 F — et d'interdictions professionnelles conséquentes — la durée de l'une d'elles est fixée à cinq ans). Les poursuites, en l'espèce, étaient fondées, à titre principal, sur l'article 2 de la loi du 1er juin 1965 qui vise toute personne qui, *par quelque moyen que ce soit, a facilité sciemment l'usage, en vue ou au cours d'une compétition sportive, de substances destinées à accroître artificiellement les possibilités physiques et susceptibles de nuire à la santé.* A ce premier délit venaient s'en ajouter d'autres que sanctionne le code de la santé publique car les produits dopants sont presque toujours des stupéfiants dont la vente et l'usage sont réglementés par les articles 627 et suivants de ce code. Les faits incriminés étaient constitués par la prescription et la fourniture de captagon et de tonédon à des coureurs cyclistes, stimulants entrant effectivement dans la catégorie des stupéfiants.

L'intérêt de l'arrêt réside principalement dans le fait que celui-ci présente un bon inventaire des divers moyens de défense qu'en vain médecins et pharmaciens impliqués dans de telles affaires ne manquent généralement pas de mettre en avant :

— *le médecin* invoquera la liberté de prescription que lui reconnaissent les textes et cherchera à exploiter le fait que les produits portés sur l'ordonnance litigieuse, s'ils peuvent avoir des effets dopants, sont aussi des médicaments susceptibles de traiter diverses affections (états dépressifs par exemple...) ;

— *le pharmacien* qui a exécuté l'ordonnance et auquel on reproche de l'avoir fait alors que le caractère fictif ou de complaisance de la prescription ne devait pas lui échapper (art. 627 al. 5, 3° c. santé publ.) se défendra en faisant valoir qu'il ne saurait être juge de l'opportunité des prescriptions ; qu'il se doit d'exécuter celles-ci sauf s'il relevait des erreurs grossières ou des lapsus évidents ; que la notoriété du médecin prescripteur l'empêche souvent, a priori, de soupçonner une fraude...

Dans l'affaire rapportée, les juridictions correctionnelles, en première instance et en appel, avaient su réduire à néant, eu égard aux circonstances relevées au cours de l'information, ces divers arguments qui se révélaient spécieux ; elles avaient caracté-

risé dans tous leurs éléments constitutifs les divers délits poursuivis. La Chambre criminelle ne pouvait que rejeter le pourvoi dirigé contre les condamnations prononcées.

3. *Prohibition, en période électorale de la propagande faite par les formations politiques au moyen d'une publicité commerciale (art. 52-1 c. élect.) : la gratuité éventuelle de celle-ci ne peut être source d'impunité*

Elections. Publicité commerciale

L'arrêt de cassation rendu par la Chambre criminelle le 7 juin 1990 (affaire *Les amis du parti socialiste et autres*, non encore publié) vient apporter une précision utile quant à la définition de la « *publicité commerciale* » que l'article 52-1 du code électoral interdit aux formations politiques d'utiliser dans leurs campagnes pendant « les trois mois précédents le premier jour du mois d'une élection et jusqu'à la date du tour du scrutin où celle-ci est acquise ».

Dans cette affaire, il était reproché aux responsables d'une station émettrice locale de Limoges (« Radio porcelaine ») d'avoir méconnu les dispositions de ce texte à l'occasion des campagnes électorales de février et mars 1986 : à plusieurs reprises, dans la période définie par la loi, des messages publicitaires invitant les auditeurs à voter pour certaines formations politiques (R.P.R. et Front national) avaient été diffusés sur les antennes. Pour leur défense, les prévenus avaient fait valoir utilement en première instance et en appel (ils avaient été chaque fois relaxés) que la « publicité commerciale » interdite par le code électoral ne pouvait être constituée que par la diffusion de messages publicitaires s'accompagnant pour l'annonceur d'une contrepartie financière ; or, affirmaient-ils, les diffusions litigieuses avaient été faites gratuitement au bénéfice des formations politiques concernées.

Le pourvoi dirigé contre l'arrêt confirmatif de relaxe de la cour de Limoges mettait en avant divers arguments :

d'une part était souligné le fait qu'il n'y avait pas lieu, eu égard aux termes généraux de la loi, de distinguer entre publicité rémunérée et publicité gratuite : l'interdiction légale étant destinée à protéger les électeurs contre des manoeuvres déloyales, il importait peu de s'interroger sur le point de savoir si la fraude était ou non rémunérée, le public ignorant forcément de telles circonstances ;

d'autre part était souligné le fait qu'il est par trop facile de camoufler en service gratuit un service qui ne l'est pas : il y a des rémunérations autres que monétaires ; il y a la possibilité de jouer sur la facturation, par exemple en ne facturant pas la diffusion des messages électoraux publicitaires dans la période interdite par la loi et en majorant les factures correspondant aux émissions faites en dehors de celles-ci...

Les auteurs du pourvoi ont été entendus : la Chambre criminelle a cassé l'arrêt de relaxe de la cour de Limoges, estimant que la violation de l'article 52-1 du code électoral se trouvait en l'espèce constituée : « l'interdiction générale que ce texte édicte pendant la campagne électorale comme la diffusion de tout message de propagande électorale ayant un support publicitaire — précise-t-elle — *n'est subordonnée à aucune contrepartie financière* ».

III. – INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

Georges LEVASSEUR

Professeur honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. *Violences volontaires*

I. – Excuse de provocation

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 1er mars 1990 (*Droit pén*al, nov. 1990, n° 295, obs. Véron) n'a pas été publié au *Bulletin*, et on peut le regretter car il concerne une question délicate, ainsi que M. Véron le souligne dans ses observations, celle de la causalité entre la provocation et la riposte. Le précédent arrêt de la Cour de cassation cité par les auteurs remontait au 30 août 1855 (*Bull. crim.* n° 207, *D.* 1855.1.417, excuse de provocation invoquée en vain par le défenseur d'une femme infanticide, et tirée des violences subies lors de la conception). La question ayant été quelque peu négligée par les auteurs de droit pénal général, nous croyons pouvoir insérer ces observations dans la présente chronique, sans pour autant vouloir gêner un commentaire éventuel de notre ami Vitu (comp. ses obs., cette *Revue* 1988.287).

En l'espèce une altercation était intervenue dans la cave du domicile du sieur J., lequel avait pu recevoir « quelques horions ». Sur ce, l'intéressé se rendit dans un autre bâtiment pour y prendre son fusil de chasse, avec lequel il tira sur ses antagonistes alors que ceux-ci s'apprêtaient à partir en voiture. La Chambre criminelle a estimé qu'en l'état de ces énonciations et constatations, les juges avaient souverainement déduit que le prévenu n'avait pas agi sous *l'effet* de la provocation. c'est donc bien d'une causalité qu'il s'agissait en l'occurrence.

Les auteurs récents enseignent, sans beaucoup de détails, que la provocation doit avoir précédé de très peu (certains disent même « immédiatement ») l'infraction reprochée (V. J. Pradel, *Droit pénal général*, 7e éd. n° 601, p. 599 ; Borricand, *Droit pénal*, p. 248 ; Puech, *Droit pénal général*, n° 1395 [« sur le champ et dans un premier mouvement de colère »]).

Tel n'était pas l'avis des anciens auteurs, lesquels se fondaient quasi exclusivement sur la colère ressentie par le provoqué. Garçon (*Code pénal annoté*, 2e éd. par Rousselet, Patin et Ancel, art. 321) soutient encore, citant Blanche et autres à l'appui, que l'atténuation de culpabilité doit s'appliquer « tant que se prolonge l'émotion violente dont la provocation est la cause » (*loc. cit.* n° 48), et souligne que pour apprécier cette « certaine simultanéité », que d'ailleurs la loi ne mentionne pas, le juge dispose des pouvoirs les plus larges (*ibid.* n° 49) ; le problème serait de savoir si l'intéressé a pu retrouver son sang-froid. L'auteur cite un arrêt du 10 mars 1826 (*Bull. crim.* n° 46) qui a admis l'excuse de provocation alors que la riposte n'avait pas eu lieu dans la même rue que l'attaque.

Garraud partageait cette opinion (*Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3e éd. II, n° 824) ; pour lui l'excuse est recevable « tant que se prolonge l'émotion violente dont la provocation a été la cause ». Il signale cependant que les articles 324 et 325 impliquent un laps de temps plus réduit.

Faustin Hélie et Brouchot (*Pratique criminelle des cours et tribunaux, Droit pénal*, II, n° 455) inclinent dans le même sens. Après s'être demandé « est-il nécessaire que l'acte ait suivi immédiatement le fait de la provocation ? », et avoir souligné que le

texte de l'article 321 ne parle pas de cette condition, ils concluent à l'application de l'excuse de provocation « tout le temps que peut se prolonger, *chez un homme raisonnable*, la colère qu'elle a causée », et que « l'intervalle peut durer aussi longtemps que la chaleur de la passion, sans atteindre cependant une durée excessive » (citant : Paris, 27 oct. 1931, *Gaz. Pal.* 1932.1.73, où il s'agissait de l'excuse absolutoire de provocation en matière d'injures, et où les faits étaient intervenus vingt jours après la plaidoirie jugée injurieuse de l'avocat, ainsi que Crim. 10 mars 1826, préc.).

Il est évident que le présent arrêt s'écarte de cette conception dépassée.

A vrai dire les auteurs de la génération suivante, tout en retenant le fondement subjectif de leurs prédécesseurs, avaient également justifié l'existence et les effets de l'excuse de provocation de l'article 321 par un fondement objectif tiré de la compensation des fautes ; admettant une notion générale de la provocation, ils soulignaient que les articles 324 et 325 parlent de provocation commise « dans le moment même » où le meurtre a eu lieu, ou de castration « immédiatement provoquée » par un outrage violent à la pudeur (en ce sens : Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire*, 3e éd. n° 775-5 [« il faut que la commission du délit ait suivi immédiatement la provocation, sinon la personne provoquée est *présumée* avoir eu le temps de réfléchir »] ; Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2e éd. I n° 633).

Merle et Vitu (*Traité de droit criminel* I, 6e éd. n° 767) suivent les idées de Donnedieu de Vabres, mais voient surtout dans l'excuse de provocation une « présomption de responsabilité atténuée », et M. Vitu dans l'ouvrage relatif au *Droit pénal spécial* constate (II n° 1734, al. 3) la nécessité d'une « certaine simultanéité ».

La jurisprudence qui admet l'excuse de provocation en cas de meurtre prémédité (Crim. 6 août 1898, *Bull. crim.* n° 284 ; Crim. 12 juill. 1907, *D.* 1909.1.279) se concilie mal avec le fondement subjectif.

Il en est de même de celle qui admet la riposte de la personne qui n'avait pas été directement provoquée (Paris, 2 déc. 1967, *JCP* 1968.II.15408, note D. S. et nos obs. cette *Revue* 1968.334, n° 1-II ; *contra* : Angers, 5 févr. 1970, *JCP* 1970.II.16269 et la note, et nos obs. cette *Revue* 1970.648 ; *adde* nos obs. cette *Revue* 1979.556 n° 2). quoique la solidarité entre les proches puisse faire que les coups portés à A produisent une « violence grave » au psychisme de son parent ou de son coéquipier B qui était présent.

La provocation ne serait-elle qu'une légitime défense imparfaite ? Certains l'ont toujours pensé (Garçon, *op. cit.* art. 321 n° 8), et les auteurs font très généralement ce rapprochement aujourd'hui encore. Cela devrait incliner vers la conception objective, qui est le propre des faits justificatifs, si la jurisprudence n'avait pas le tort de faire place, depuis longtemps, à la notion de légitime défense putative.

II. — Persécutions téléphoniques

On peut s'étonner, là encore, que l'arrêt rendu le 7 mars 1990 par la Chambre criminelle (*Droit pén*al, nov. 1990, n° 290, obs. Véron) n'ait pas été publié au *Bulletin*. En effet, comme le fait remarquer notre collègue Véron dans ses observations, cette décision marque un fléchissement dans les exigences de la jurisprudence sur les éléments constitutifs de cette infraction, et accentue par là-même la rigueur de la répression.

La dame P. avait, en l'espace de trois semaines, adressé 548 coups de téléphone aux époux M., notamment une alerte à la bombe. La « fausse information » de l'article 308-1 n'étant applicable que si son auteur a voulu faire croire à un attentat contre les personnes ou les biens qui serait punissable de peines criminelles, et la destruction par explosifs d'objets mobiliers ou de biens immobiliers n'entraînant qu'un emprisonnement de 5 à 10 ans (art. 435 actuel), la dame P. avait été poursuivie pour violences commises avec préméditation, délit prévu par l'article 309 alinéa 2-5° du code pénal.

L'incrimination de « violences » est celle qui fut admise par la cour de Paris le 13 mars 1968 (*D.* 1968.187, note R. D., *JCP* 1968.II.15503, note de Lestang, et nos obs. cette *Revue* 1968.627) et qui fut approuvée par la Chambre criminelle le 3 janvier 1969 (*D.* 1969.159 et nos obs. cette *Revue* 1969.406) en rejetant le pourvoi contre l'arrêt de Paris. La jurisprudence était ainsi fixée (Crim. 14 oct. 1970, *D.* 1970.774 et nos obs. cette *Revue* 1971.116 ; Crim. 4 janv. 1974, *JCP* 1974.II.17731 note Lindon, et nos obs. cette *Revue* 1974.589 ; Crim. 18 févr. 1976, *Bull. crim.* n° 63 et nos obs. cette *Revue* 1976.697) et unanimement approuvée (Goyet, *Droit pénal spécial*, 8e éd. par Rousselet, Arpaillange et J. Patin n° 611, p. 424, note 4 ; Vouin, *Droit pénal spécial*, 6e éd. par mme M.-L. Rassat, n° 163-2°-*a* ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3e éd. p. 114-2 ; Vitu, *Droit pénal spécial*, II n° 1743, p. 1403 et note 8).

Cependant les réformes apportées par les lois du 2 février 1981 et du 10 juin 1983 ont amené, le 17 juillet 1984 (*Bull. crim.* n° 259, arrêt n° 1) la Chambre criminelle à qualifier « voies de fait et violences légères » de l'article R. 38-1° une persécution téléphonique caractérisée. Or s'il était constaté que les appels téléphoniques avaient « perturbé la vie familiale » des époux T., aucun dommage physiologique en résultant n'était même prétendu. Etait-ce le caractère contraventionnel de l'infraction qui justifiait cet amenuisement des éléments constitutifs ? Précédemment la cour de Nancy (18 nov. 1959, *Gaz. Pal.* 196.1.137) s'était pourtant refusée à prononcer une condamnation dans une affaire où les troubles de santé allégués n'étaient pas suffisamment établis.

En retenant la préméditation, laquelle ne saurait être contestée, il est possible de conserver un caractère délictuel aux persécutions téléphoniques qui n'ont pas entraîné une incapacité de travail personnelle excédant huit jours. Mais le présent arrêt de la Cour de cassation montre qu'elle n'entend pas revenir à ses exigences antérieures. L'arrêt attaqué avait affirmé que les agissements de Mme P., « en raison de leur multiplicité et de leur caractère agressif, *étaient de nature* à provoquer un choc émotif », sans pour autant constater que celui-ci se fût produit. Néanmoins, la Chambre criminelle estime que ces motifs sont « exempts d'insuffisance et relèvent de l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de preuve régulièrement soumis au débat contradictoire ». Ainsi l'atteinte physiologique ou le traumatisme psychologique font toujours partie des éléments de l'infraction, mais la Cour suprême atténue son contrôle : il suffit que les agissements reprochés aient été « de nature à » provoquer un choc émotif, et il semble bien que l'appréciation à cet égard relève des pouvoirs des juges du fond.

2. *Menaces de mort*

L'article 305 du code pénal, depuis sa modification par la loi du 2 février 1981, punit de six mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 à 20 000 F toute menace d'une atteinte aux personnes que la loi réprime d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement, si ladite menace est faite avec ordre de remplir une condition (Vouin, *op. cit.* 6e éd. par Mme M.-L. Rassat n° 225 et s. ; Véron, *op. cit.* 3e éd. p. 201 et s. ; Vitu, *op. cit.* II, n° 1828 et s.). La Chambre criminelle, dans un arrêt du 25 avril 1990 (*Droit pénal*, nov. 1990, n° 289, obs. Véron, non publié au *Bulletin*), a approuvé l'application rigoureuse qu'en avait faite la cour de Grenoble.

Le détenu G., au cours d'une permission de sortie, avait téléphoné à son amie en la menaçant de mort « si elle ne se dépêchait pas de lui écrire ». La Cour de cassation exige la formulation précise des propos reprochés (Crim. 13 janv. 1913, *Bull. crim.* n° 41 ; Crim. 8 août 1913, *Bull. crim.* n° 404 ; Crim. 15 mai 1920, *Bull. crim.* n° 225 ; Crim. 7 août 1928, *Bull. crim.* n° 240 ; Crim. 4 juill. 1964, *Bull. crim.* n° 245). Il semble que G. ne contestait pas la menace en elle-même mais l'injonction dont elle était assortie. Avait-il, par les termes précités, exigé la reprise des relations épistolaires, réalisant par là la « condition » dont parle l'article 305 ?

Il semble, d'après les anciens auteurs, que la notion de condition doive être entendue de façon très extensive (Faustin-Hélie et Brouchot, *op. cit.* II, n° 406, Garçon, 2e éd. par Rousselet, Patin et Ancel, art. 321, nos 32 et s. ; Garraud, *op. cit.* V, nos 1961 et s.). Pourtant, à cette époque, l'article 305 incriminait la menace de mort « avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu, *ou de remplir toute autre* condition », en sorte que la première partie de la phrase aurait pu influer sur l'interprétation de la seconde partie (aujourd'hui, il s'agit de « l'ordre de remplir une condition »). La modification du texte par la loi du 2 février 1981 n'a pu que conforter la doctrine dans son opinion antérieure (en ce sens : Véron, *op. cit.* ; Vitu, *op. cit.* n° 1829).

Le fait de formuler une condition à l'exécution de la menace est considéré comme un ordre d'avoir à remplir cette condition ; c'est précisément ce que G. contestait en l'espèce alors que le doute n'est guère permis dans la pratique des racketteurs (nos obs. cette *Revue* 1967.661 et 1973.904 n° 4-II). La Chambre criminelle lui a simplement répondu qu'elle estimait que l'arrêt avait bien caractérisé l'infraction « en tous ses éléments constitutifs, tant matériels qu'intentionnels ».

Le délit exige en effet une intention coupable (Garçon, *op. cit.* n° 23 ; Vouin, 6e éd. par M.-L. Rassat, n° 225-1-*b* ; Vitu, *op. cit.* n° 1826). Mais il suffit de « la connaissance chez l'agent que ses paroles sont de nature à intimider sérieusement celui à qui elles sont adressées, et à contraindre sa volonté s'il s'agit d'une menace sous condition » (Garçon), et « il n'est nullement nécessaire d'établir en outre qu'il avait la ferme volonté de passer à l'exécution » (Vitu, *loc. cit.* ; Vouin et Rassat, *loc. cit.*). En l'espèce il ne paraît pas douteux que l'amie de G. ait été effrayée puisque c'est elle seule qui a pu prévenir la police de la communication téléphonique qu'elle avait reçue, et que le tribunal a jugé nécessaire de la protéger en condamnant G. à une peine voisine du maximum et ordonnant son maintien en détention (obs. Véron).

G., qui n'était pas marié, ne pouvait guère soutenir qu'il voulait, par ses propos, obtenir le rétablissement des liens familiaux. Au surplus la jurisprudence, au nom du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même, estime coupables ceux qui, par leurs menaces, ont entendu parvenir au simple respect de leur droit (jurispr. citée par Vitu, *op. cit.* II, n° 1826, p. 1477, note 3 ; V. cependant : Bordeaux, 28 janv. 1835, cité par Garraud, *op. cit.* V, p. 297, note 15 ; Trib. Paris, 16 févr. 1973, *JCP* 1973.II.17408, note J. A. et nos obs. cette *Revue* 1973.903, n° 4-I).

3. *Attentats à la pudeur. Circonstance aggravante d'autorité sur la victime*

Le fait d'avoir autorité sur un enfant est une circonstance aggravante aussi bien des violences exercées contre un mineur (art. 312, al. 2) que de l'attentat à la pudeur dont il peut être victime (art. 331, al. 2 ; V. aussi art. 333 pour les victimes de plus de 15 ans). Mais qui a autorité sur un enfant en dehors de ses parents ou de celui à qui la garde de l'enfant a été confiée ?

La Chambre criminelle, le 2 mai 1990 (*JCP* 1990.II.21593, note Véron ; *Droit pénal*, nov. 1990, n° 297, obs. Véron, non publié au *Bulletin*) a estimé que « le second mari de la mère se trouve dans la classe de ceux qui ont autorité sur la victime, sans qu'il y ait lieu de rechercher si est remplie la condition d'habitation commune ». M. Véron fait remarquer, en ses observations, que cette décision dérogerait à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation d'après laquelle l'autorité ne découlerait pas nécessairement de la seule qualité du coupable, mais que les juges devraient préciser les circonstances qui l'établissaient, et par exemple, la cohabitation entre le coupable et la victime (Crim. 9 juin 1971, *Bull. crim.* n° 185, et nos obs. cette *Revue* 1972.390, cas du concubin de la mère).

A vrai dire, cette condition de cohabitation a été surtout exigée pour le concubin de la mère dans le cas de violences à enfants (Crim. 29 juin 1976, *Bull. crim.* n° 233 ; Crim. 1er févr. 1989, *Bull. crim.* n° 42, et nos obs. cette *Revue* 1990.739,

n° 3 et la jurispr. citée), mais il en a été de même pour celui d'attentats à la pudeur contre mineurs de moins de 15 ans (art. 331, al. 2) ou contre des victimes de plus de 15 ans (art. 333, al. 2 ; V. Crim. 29 juill. 1911, *D.* 1912.1.78 ; Crim. 10 juill. 1952, *D.* 1952.598 ; Crim. 22 mai 1956, *D.* 1956.580 ; Crim. 14 oct. 1958, *D.* 1959. somm.15 ; Crim. 29 juin 1976, *Bull. crim.* n° 233).

On peut, cependant, citer un arrêt de la Chambre criminelle du 22 décembre 1892 (*D.* 1893.1.432) qui affirme assez clairement (moins cependant que le sommaire ne paraît l'indiquer) que le second mari de la mère a autorité sur les enfants du premier lit. Il s'agissait d'attentats à la pudeur ; il faut cependant noter qu'en l'espèce avait été constatée dans les réponses du jury la communauté de vie (le problème était de savoir si le mariage existait au moment des faits).

Il semble en résulter qu'il convient de distinguer entre une autorité *légale* (celle sur laquelle insiste l'arrêt de 1892), et la simple autorité *de fait*, laquelle appartiendrait seulement aux concubins ou proches parents (notamment les oncles, V. Crim. 4 mai 1955, *Bull. crim.* n° 224, *D.* 1955.636 ; Crim. 20 juill. 1965, *Bull. crim.* n° 179) qui cohabitent avec la victime.

4. *Abandon de famille*

I. — Paiement de la pension assuré par la caisse d'allocations familiales

Nous avons déjà (cette *Revue* 1985.83, n° 4-I et II) signalé les lois du 2 janvier 1973 et du 11 juillet 1975 destinées à permettre le paiement des pensions alimentaires en ménageant le recours du *solvens* contre le débiteur de la pension, et nous avons signalé leur rôle dans le fonctionnement du délit d'abandon pécuniaire de famille. A ces divers organismes ou personnes, il convient d'ajouter les caisses d'allocations familiales, depuis la loi du 22 décembre 1984 modifiant l'article 543-5 du code de la sécurité sociale.

Une caisse d'allocations familiales avait, dans ces conditions, versé la pension alimentaire qui incombait à B., et dont elle n'aurait pas manqué de lui demander ultérieurement le remboursement. Poursuivi pour abandon de famille, B. avait fait valoir inutilement que la pension lui incombant avait été versée au créancier alimentaire par la caisse. Son pourvoi n'a pas eu plus de succès devant la Chambre criminelle le 3 mai 1990 (*Droit pénal*, nov. 1990, n° 298, obs. Véron, non publié au *Bulletin*).

En effet, la carence du débiteur réalisait bien tous les éléments du délit de l'article 357.2 du code pénal puisque l'arrêt attaqué constatait que « la caisse d'allocations familiales n'est intervenue, à la requête de la dame B., qu'en raison de la carence de B. ». La disposition légale, destinée à venir en aide à la victime ne saurait faire disparaître la responsabilité pénale du coupable.

II. — Organisation de son insolvabilité par le débiteur

L'arrêt du 1er février 1990 (*Bull. crim.* n° 55) que nous avons commenté dans le précédent numéro (cette *Revue* 1990.788) a été signalé par la revue *Droit pénal*, (nov. 1990, n° 300, obs. Véron) et publié par la *Gazette du Palais* (31 juill. 1990, p. 12, note Doucet). Les commentateurs signalent la rigueur dont la Chambre criminelle entend faire preuve en cette matière (comp. Paris, 29 mai 1989, cette *Revue* 1989.745, n° 8 et nos obs.). M. Doucet n'hésite pas à voir dans cette décision une « curieuse atteinte à la liberté individuelle qui constituerait une sorte de "travaux forcés à fin civile" ». Le même auteur signale un précédent (Rouen 3 nov. 1987, *Juris-Data* 51.111) et renvoie très judicieusement aux développements de M. Culioli (*J.-Cl. Pénal* art. 404-1, et *Rép. pén.* Dalloz, *v° Insolvabilité frauduleuse*) que nous n'avions pas consultés lors de la précédente chronique.

IV. – INFRACTIONS CONTRE LES BIENS

Pierre BOUZAT

Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques et économiques de Rennes
Président de l'Institut international des sciences criminelles

1. *Escroquerie. Démarches pour des enfants roumains adoptés*

L'astuce des escrocs ne connaît aucune limite, comme nous l'avons dit tant de fois ! Non seulement, elle ne respecte pas la détresse humaine, mais elle pousse l'ignominie jusqu'à l'exploiter. Combien en avons-nous signalés dans cette chronique de ces « marabouts », de ces « griots » qui ont subtilisé les économies de personnes angoissées !

Un nommé Hourtal, soi-disant agent commercial, a repéré qu'il y avait un créneau à exploiter dans l'affaire des enfants roumains adoptés par des familles françaises, mais retenus en Roumanie comme moyen de chantage, par les tyrans de l'époque. Il tenta d'escroquer onze familles, en demandant 30 000 F à chacune, en juillet 1989 afin de financer une accélération des formalités d'adoption. L'affaire était déclenchée par un père adoptif, M. E. qui était en relation avec l'Elysée et les Affaires étrangères. Ses démarches n'aboutissaient pas, alors quand on lui a parlé d'un personnage plus obscur, disposé à apporter son concours, il n'a pas hésité : « Nous étions prêts à essayer toutes les possibilités ». Hourtal le reçoit une première fois, sans lui parler d'argent. Au deuxième entretien, il dit à M. E. qu'il avait rencontré M. Chaban-Delmas à Bordeaux, qui avait lui-même pris contact avec le secrétaire général de l'Elysée. Une mission diplomatique, dont Hourtal ferait partie, devait s'envoler le surlendemain pour Bucarest et l'affaire était donc en bonne voie. Mais, dernier détail et non le moindre : afin d'amadouer les fonctionnaires roumains, il faut que chacune des onze familles pour lesquelles il interviendra lui verse 30 000 F par enfant dont 15 000 F dans l'immédiat. M. E. n'est pas autrement surpris, dit-il, « vu la mentalité roumaine ». Comme il a tout de même quelque inquiétude devant l'attitude de cet homme qui a le bras long, il donne plusieurs coups de téléphone : à Bordeaux et à l'Elysée. On lui répond que l'on ne connaît pas ce M. Hourtal. La police judiciaire est prévenue et découvre le pot-aux-roses.

Hourtal se défendit en déclarant qu'il était « sensibilisé et motivé », toujours prêt à proposer une intervention, une recommandation avec un solide appui sur un simple coup de fil. Ce ne fut pas l'avis du procureur de la République qui déclara : « Vous avez souillé les sentiments les plus sacrés : la confiance des familles, leur détresse et l'innocence des enfants. Vous vous êtes servi de tout cela pour faire de l'argent ». Ce n'était hélas ! que la triste vérité. Ses manoeuvres frauduleuses étaient incontestablement établies pour persuader l'existence d'un crédit imaginaire.

Le tribunal a très justement relevé que M. H. avait « employé des manoeuvres frauduleuses pour persuader (les familles) de l'existence d'un pouvoir imaginaire ou pour faire naître l'espérance d'un succès ou de tout autre événement chimérique » et l'a condamné pour escroquerie, le 22 janvier 1990 (inédit), à trois ans de prison ferme. Sévérité tout à fait justifiée.

2. *Escroquerie*

Comme le déclare si justement M. le président J.-P. Marchi, dans sa note (sous Paris, 13 févr. 1990, *Gaz. Pal.* 13-15 mai 1990, Jp. 16), « L'arrêt rendu le 13 février 1990 par la 9e chambre A de la cour d'appel de Paris apporte d'importantes indications sur la notion d'infraction complexe et montre l'ingéniosité constante de la délinquance d'affaires ».

Voici les faits : M. B., chef du service des rentes viagères, au G.A.N. depuis quarante ans, avait mis à profit la confiance et l'absence de contrôle dont il faisait l'objet lors de l'exercice de ses fonctions, pour en 1984, 1985, puis de juin 1986 à décembre 1987, réactiver des rentes éteintes et de janvier à juin 1988, créer de fausses rentes temporaires ou viagères qui avaient le point commun d'être versées au bénéfice de tiers sans aucun droit, au moyen soit de chèques à leur nom, soit de virements sur leur compte bancaire. Il fut condamné par le tribunal correctionnel de Paris, le 11 octobre 1989, pour escroquerie tandis que tous les bénéficiaires des chèques et versements émis par le G.A.N. furent condamnés pour recel d'escroquerie. Sur appel, la cour de Paris, le 13 février 1990 (V. réf. préc.), a confirmé la condamnation de M. B. et celle d'un certain nombre de prévenus mais en a relaxé d'autres qui, travaillant dans des cercles de jeux, avaient servi d'intermédiaires pour l'encaissement des sommes détournées au préjudice du G.A.N. Elle a estimé que dans le cas de ces derniers la preuve de la mauvaise foi n'était pas rapportée ; les juges sont souverains en cette matière ; le recel étant un délit intentionnel, l'appréciation de la mauvaise foi ne dépend que de l'intime conviction.

La cour a rejeté une exception soulevée par la défense qui déclarait qu'il y avait prescription des faits antérieurs de trois ans à la plainte avec constitution de partie civile du Gan-Vie, en date du 9 septembre 1988, prétendant qu'il s'agissait non d'une escroquerie unique, mais d'une succession d'escroqueries, et selon un mode opératoire différent à partir de la date à laquelle les dossiers de rente viagère avaient été informatisés. La cour lui a répondu dans ses attendus longs et précis (elle a eu raison de soigner son arrêt car la réponse n'était pas évidente) : « que, dans une escroquerie complexe, des manoeuvres frauduleuses multiples et répétées se poursuivant sur une longue période, formant entre elles un tout indivisible et provoquant des remises successives, la prescription ne commence à courir qu'à partir de la dernière remise ou délivrance ou de la dernière tentative de remise ou de délivrance ». En l'espèce, dit-elle, « B. s'est livré aux opérations frauduleuses qui lui sont reprochées depuis 1984, avec une constante régularité, chacune de ces opérations, ainsi qu'il résulte des pièces de la procédure et ce que le prévenu n'a pas contesté, s'inscrivant dans le cadre de versements réguliers des arrérages des fausses rentes viagères et ce jusqu'à la découverte de la fraude par la banque Scalbert-Dupont, la circonstance que, par suite de la modification des techniques informatiques de la compagnie « Gan-Vie», le prévenu ait dû adapter ses modes opératoires, n'altérant en rien l'unicité de l'exécution du dessein frauduleux qu'il avait conçu et réalisé ».

Cette décision de la cour de Dijon est tout à fait conforme à la jurisprudence de la Chambre criminelle (V. en effet, Crim. 18 juill. 1968, *Bull. crim.* n° 234 et 17 déc. 1974, *Bull. crim.* n° 371).

3. *Escroquerie*

Un jugement du tribunal d'Agen du 27 juin 1990 (inédit) a statué dans une affaire, dite des « faux évêques » du Fréchou, qui a fait grand bruit dans les médias, tant par son caractère insolite que par les problèmes juridiques qu'elle a soulevés.

Le Fréchou, un hameau de quelques foyers, sans histoire, à quinze kilomètres d'Agen. En 1977, la Vierge Marie y vient délivrer un message à Roger Kozik, un ancien de la R.A.T.P. Depuis, le rendez-vous fixé au 14 de chaque mois attire des milliers de pèlerins. Aujourd'hui, alimenté par dons, legs et quêtes, la communauté

compte deux « évêques », Roger Kozik et Michel Fernandez, sept « prêtres », sept séminaristes et trente-cinq religieuses. Les biens immobiliers ont crû en proportion et la Fraternité s'est même dotée d'un internat. Réguliers, depuis douze ans, les attroupements de fidèles au bois du Fréchou auraient pu durer longtemps encore. Ils font le bonheur des commerçants et artisans locaux. Mais le voyant, Roger Kozik et Michel Fernandez son principal comparse, ont eu affaire à un opposant de taille, l'évêque d'Agen, Monseigneur Sabin Saint-Gaudens, qui leur mène la guerre comme à « Satan », alerte les pèlerins qui accourent de toute la France (Vendée, Pays nantais, région parisienne, Antilles) et de l'étranger, dénonce « illuminisme et la supercherie » de la communauté Notre-Dame du Fréchou fondée par des « faux prêtres et faux évêques ». Il faut dire que Roger Kozik et Michel Fernandez se prétendent « évêques » en invoquant une consécration que l'Eglise catholique ne reconnaît pas. Ils font, en effet, partie de cette centaine d'évêques, que Monseigneur Ngo Ding Thuc, ancien archevêque de Hué, a consacrés sans distinction, à son retour du Vietnam. Rome lui a pardonné et, dans son repentir, l'archevêque a demandé à ceux qu'il avait consacrés de ne pas faire usage d'une qualité trop généreusement distribuée. Les « évêques du Fréchou » n'en continuèrent pas moins d'attirer les foules, à coups de « miracles ». Yves Seigneur, cadre administratif d'une mutuelle de Nantes, qui a vendu sa maison pour rejoindre la Fraternité, ne couvre-t-il pas deux cents kilomètres avec sa voiture, sans une goutte d'essence. C'est pourtant lui qui dépose plainte pour escroquerie.

Et voici qu'une affaire qui, normalement, n'aurait pas dû dépasser le cadre d'un certain folklore religieux devient une affaire pénale. Les « évêques » et un certain nombre de « voyants » sont poursuivis pour escroquerie. Pimentés par des « quêtes silencieuses » (il est recommandé aux fidèles d'éviter la petite monnaie), les pèlerinages du Fréchou sont, en effet, d'un gros rapport. La perquisition et l'instruction ont fait apparaître d'importantes arrivées de devises et de francs (jusqu'à sept millions de liquidité sur le compte personnel des prévenus K. et F. entre 1982 et 1987). Au lieu d'inscrire les dons au compte d'une association, les deux « évêques » qui voyageaient beaucoup aux Etats-Unis, en Belgique ou en Suisse, ont eu la « maladresse » d'acheter en leurs noms propres des biens, créant jusqu'à cinq sociétés civiles immobilières. Ils n'auraient jamais rien déclaré au fisc et faisaient leurs principaux achats (notamment une imprimerie) au comptant et en liquide.

Les accusés furent bien défendus, par d'excellents avocats (dont l'un n'était rien moins que le président de la Commission des lois du Sénat). Selon eux, les dons recueillis en nom propre n'ont servi qu'au bénéfice de la communauté religieuse, et la situation financière du Fréchou a été régularisée depuis la cession des parts personnelles de SCI à la communauté sous forme de baux emphytéotiques.

Refusant d'entrer dans la querelle religieuse et estimant les faits prescrits, le parquet avait conclu à un non-lieu. En fait, la spirale judiciaire ne faisait que commencer. Peut-on faire usage d'une « fausse qualité » pour recueillir des dons ? Et le tribunal civil est-il compétent pour définir une « fausse qualité » d'évêque ? Le juge d'instruction renvoya l'affaire devant le tribunal correctionnel d'Agen, mais le procureur fit appel de cette décision — procédure rare — devant la chambre d'accusation. Celle-ci ayant confirmé l'ordonnance du juge, les défenseurs du Fréchou se pourvurent en cassation. L'affaire n'en fut pas moins portée à l'audience du tribunal correctionnel d'Agen. L'arrêt de renvoi de la chambre d'accusation de la cour d'Agen (29 déc. 1989) avait estimé qu'il existait des charges suffisantes d'escroquerie 1) par emploi de fausses qualités ; 2) par emploi de manoeuvres frauduleuses.

Entre-temps, les rumeurs les plus folles couraient en Lot-et-Garonne : on avait parlé d'acharnement judiciaire pour éviter ou retarder le procès. Espoir d'un apaisement venu du Vatican ? Blanchiment d'argent ? Protection de la cavale de Touvier ? Financement des partis ?

A l'audience, le parquet se prononça pour une relaxe. Le procureur estima que si les titres de « prêtre et d'évêque », dont se parent les prévenus, étaient bien une « fausse qualité », le délit d'escroquerie n'était pas constaté pour autant. Il releva notamment que « la fausse qualité » était connue des fidèles du Fréchou et n'avait donc pas été « une cause déterminante » de la remise des fonds.

Le tribunal, après un délai de réflexion, s'est prononcé pour la relaxe ; il semble bien qu'il ait eu raison. Il a rendu un long jugement, remarquable, par la méticulosité de ses constatations et la précision de sa discussion.

Résumons les principaux attendus :

A) En ce qui concerne les « fausses qualités », le tribunal déclare : *a*) « Les discussions théologiques sur la distinction à opérer entre validité et illicéité des sacrements conférés par Monseigneur Ngo Ding Thuc sont inopposables à un tribunal correctionnel qui n'a pas à rechercher si le droit canon permet ou non pareille subtilité. Il ne sera donc pas répondu aux pièces, ni aux consultations présentées par la défense sur ce sujet et relatives à la distinction à opérer entre validité, licéité, opposabilité d'un sacrement. Le tribunal constatera que les inculpés ne peuvent se prévaloir du titre de « prêtres » ou « d'évêques » au sens commun du terme, c'est-à-dire de prêtres ou d'évêques de la religion catholique romaine, et cela, faute d'investiture officielle par elle. L'usage de tels titres n'étant pas une infraction en soi, puisqu'il ne s'agit pas de titres réglementés, seul l'usage frauduleux d'une telle qualité pour se faire remettre des fonds est pénalement qualifiable d'escroquerie. Cela est couramment appelé l'effet déterminant de la fausse qualité. L'important et de savoir si les inculpés ont dissimulé leur situation exacte, faire croire qu'ils étaient régulièrement ordonnés et consacrés aux yeux de l'Eglise catholique romaine et si les personnes qui ont remis des fonds croyaient les remettre à l'Eglise catholique romaine ou agissaient en connaissance de cause, en sachant que les inculpés ne faisaient pas l'objet d'une investiture de cette Eglise, et que cet argent était destiné à cette communauté et non à l'Evêché local ».

b) Après un très long examen des cas particuliers, le tribunal décide : « Il existe donc un doute que quiconque ait pu, en raison de la fausse qualité des inculpés, croire que ses dons en espèce ou en nature étaient recueillis par une communauté partie intégrante de l'Eglise catholique romaine. La charge de la preuve incombant à la partie poursuivante, et non la preuve de sa bonne foi à l'inculpé, l'existence de ce doute empêche de considérer que les éléments juridiques de l'escroquerie par fausse qualité sont réunis ».

B) En ce qui concerne les manoeuvres frauduleuses : *a*) le tribunal constate d'une manière générale que : « L'enquête de police a été particulièrement complète et a concerné tous les biens dont il était possible de retrouver la trace, qu'ils soient immobiliers ou bancaires. Tous les biens retrouvés étaient affectés à la communauté, aucune dissimulation personnelle n'a été découverte ».

b) Il constate ensuite : « Les comptes bancaires des inculpés étaient ceux sur lesquels transitaient les fonds de la communauté. Aucune dissimulation n'ayant été relevée, et le compte principal étant un compte joint au nom des quatre inculpés, le fait d'avoir fait transiter l'argent par leur compte bancaire commun plutôt que par celui d'une association n'est pas constitutif d'une infraction puisque l'argent était celui de la communauté et restait affecté à cette communauté. Le contenu du coffre-fort indique qu'une masse d'argent liquide importante était conservée sur place, provenant vraisemblablement de quêtes. Il n'y a pas été découvert les bijoux pris aux pèlerins dont faisait état Yves Seigneur. Le tribunal ne trouve pas dans ces faits les éléments d'une escroquerie caractérisée juridiquement ». En résumé, il n'était pas établi que les dirigeants de la communauté aient tiré un profit personnel de la générosité de leurs fidèles.

Le tribunal examine enfin le problème des sociétés civiles immobilières. Il déclare que leurs parts « ne pouvaient que difficilement revêtir une valeur réelle. En effet,

elles étaient, par clause statutaire, incessibles à un tiers, sauf accord de tous les associés et une clause de préemption permettait à ces associés le rachat. Par ailleurs, leurs statuts indiquaient qu' « en aucun cas une part sociale ne pouvait être représentée par une part négociable ». D'autre part, il s'agissait d'un bien affecté à la communauté. Compte tenu des déclarations du notaire rédacteur des actes quant à l'intention exposée lors de cette rédaction, l'intention frauduleuse n'était pas établie ».

4. *Faux. Ecriture privée*

La doctrine et la jurisprudence s'accordent entièrement sur le point que le faux n'est punissable que s'il a causé un dommage. Il en est notamment ainsi pour les faux en écriture privée. C'est ce que réaffirme un arrêt du 6 mars 1989 (*D.* 1989.IR.145) en déclarant : « Alors que les délits de faux et usage de faux impliquent nécessairement un préjudice ». Mais, il y a des exceptions à cette règle : l'une s'est manifestée dans un arrêt de la Chambre criminelle du 15 janvier 1990 (*D.* 1990.IR.52) qui déclare que : « La Cour de cassation est en mesure de s'assurer que le délit prévu et puni par les articles 161, dernier alinéa et 164 du code pénal est caractérisé en tous ses éléments constitutifs dès lors que des énonciations de l'arrêt de condamnation il résulte que les prévenus connaissaient l'exactitude matérielle des faits certifiés dans les attestations par eux établies, sans qu'il y ait lieu de subordonner l'application de ces textes à la condition de l'existence d'un préjudice qui n'est pas exigée ».

Le délit visé par l'article 161, alinéa 4 est un délit de faux certificats. A la vérité, la non-exigence du préjudice n'apparaît pas lumineusement à la lecture de l'article. Mais, comme l'explique fort bien notre savant collègue Vitu (*Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 1247, p. 984), « elle résulte *a contrario* de l'article 162 qui déclare : "les faux réprimés au présent paragraphe d'où il pourrait résulter soit lésion envers les tiers, soit préjudice envers le trésor public, seront punis d'après les dispositions des paragraphes 3 et 4 ...", "la solution s'explique : puisque le certificat, au sens de l'article 161, alinéa 4, ne peut ni ne doit valoir titre, aucun préjudice ne peut être retenu comme composante indispensable de l'infraction prévue par ce texte" ».

5. *Sociétés commerciales. Défaut de mise à la disposition des actionnaires de documents sociaux*

Nous avons déjà exposé dans cette chronique (V. cette *Revue* 1984.547) que l'interprétation de l'article 445 de la loi du 24 juillet 1966 soulève des difficultés. Un arrêt de la cour de Versailles, du 14 décembre 1989 (*Gaz. Pal.* 24-26 juin 1990, chron. de droit criminel, avec le concours de J.-P. Doucet, p. 11), vient d'apporter des précisions utiles, précisions qui semblent d'ailleurs aller d'elles-mêmes.

A) « La liste des actionnaires ne figure pas au nombre des documents qui doivent être remis à la disposition de tout actionnaire à toute époque de l'année ». C'est ce qui ressort de la lecture de l'article 445-4°.

B) Certes, « L'article 445-4° de la loi du 24 juillet 1966 ne fixe aucun délai pour la mise à la disposition de l'actionnaire des documents sociaux dont la communication est obligatoire. Mais cette précision est inutile,puisque le droit à communication est un droit permanent qui peut s'exercer à toute époque de l'année sur simple présentation de l'actionnaire au siège social ou au lieu de la direction administrative de la société. Le seul délai admissible est celui, minimal, que peuvent exiger des circonstances particulières. Un délai de quatre mois exclut toute bonne foi du prévenu ».

ÉCOLE NATIONALE BIBLIOTHÈQUE

V. – INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE FINANCIER

Jacques BEAUME
Magistrat

1. *Infractions à la législation sur les changes ; application de la loi dans le temps ; application du droit communautaire*

(Crim. 23 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 24, p. 62 ; Crim. 10 mai 1989, *Bull. crim.* n° 187, p. 479 ; *Gaz. Pal.* 2 nov. 1989, p. 16 ; *Rev. dr. pén.* 1990, n° 22 ; Crim. 13 nov. 1989, n° 88-80.801, *Public. Flash*, *JCP* 1990.IV.67 ; Crim. 22 janv. 1990, n° 89-81.009, *Public. Flash*, *JCP* 1990.IV.156.

Nul ne contestera que la « normalisation » du droit pénal économique et financier, notamment au regard des principes de l'application de la loi dans le temps, ne soit à ce jour bien avancée : *droit douanier*, *réglementation économique*, *banqueroute*, plus récemment *contributions indirectes* (cf. notre bref rappel, cette *Revue* 1989.518), ont été justiciables de l'attendu désormais classique. Même le *droit cambiaire* s'est moulé dans l'évolution générale, à l'occasion de l'entrée en vigueur des articles 24-II et 25-IV de la loi du 8 juillet 1987 (Crim. 16 nov. 1987, *Bull. crim.* n° 406, p. 1069 ; n° 407, p. 1071 ; *D.* 1988.IR.10 et 19 ; Crim. 4 janv. 1988, *Bull. crim.* n° 4, p. 10 ; Crim. 8 févr. 1988, *D.* 1988.475, note J. Pannier, *Bull. crim.* n° 62, p. 166 ; Crim. 13 juin 1988, n° 87-85.255, *Public. Flash*).

On pouvait penser que l'exception encore existante, en cas d'abrogation d'un texte réglementaire, céderait rapidement devant cette évolution (V. sur l'ensemble de la question, J. Borricand, « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique ou fiscale », *D.* 1978.chron.275).

On sait en effet que depuis le fameux arrêt *Von Saldern* (Crim. 10 nov. 1970, *Bull. crim.* n° 293, p. 708 ; *D.* 1971.J.509, note J. Mazard ; *JCP* 1971.II.16714, note L.S.C.), « il est de principe que les textes réglementaires en matière économique et fiscale ne rétroagissent pas, à moins de dispositions contraires formellement exprimées ». Tout au plus, une précision est-elle intervenue, selon laquelle la poursuite sera exclue lorsque l'abrogation sera antérieure au « procès-verbal, au réquisitoire introductif ou à la citation directe » (Crim. 3 janv. 1983, *Bull. crim.* n° 1, p. 1 ; Arrêt *Brégent*, Crim. 12 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 334, p. 857 ; *Gaz. Pal.* 20 mai 1987, note J. Cosson ; *D.* 1988.J.39, note Dekeuwer).

La Chambre criminelle avait semblé récemment s'acheminer, à propos de la réglementation sur l'or, vers une uniformisation des régimes juridiques : « Attendu que "constitue une disposition plus douce applicable immédiatement l'abrogation d'un *texte réglementaire*, support nécessaire d'une incrimination » (Crim. 25 janv. 1988, *Bull. crim.* n° 33, p. 87 ; *JCP* 1989.II.21174, note J. Pannier). En réalité, l'« oubli » du véritable texte abrogatif (l'arrêté du 20 mai 1986, évidemment de nature réglementaire) au profit d'une insistance renouvelée sur la modification de l'article 215 du code des douanes par la loi du 28 juillet 1987, conduisait les commentateurs à manifester un net scepticisme à l'égard de ce qui pouvait passer pour un revirement (J. Pannier, « La Cour de cassation enterre le contentieux douanier relatif à la détention d'or », *Gaz. Pal.* 1er févr. 1990, p. 11 ; M. Massé, cette *Revue* 1989.125). Et très vite, en effet, cette jurisprudence rentrait dans le rang général : le bénéfice de la *lex mitior* résultait, non pas de l'abrogation du texte réglementaire, mais « n'était que la conséquence nécessaire de la nouvelle rédaction donnée par la loi de l'article 215 du code

des douanes » (Crim. 30 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 33, p. 97, où la requalification prend une signification supplémentaire ; Crim. 22 janv. 1990, n° 89-80.880).

A cet égard, quelques arrêts, rendus en 1989, et en matière cambiaire, domaine privilégié des textes réglementaires éphémères, ont pu confirmer que l'arrêt *Vachez*, sur la détention d'or, devait donner lieu à une lecture restrictive. Ces mêmes décisions apportent par ailleurs quelques précisions sur l'application du droit communautaire.

a) Application dans le temps des textes réglementaires de droit interne

— *Chambre criminelle, 23 janvier 1989* (*Bull. crim.* n° 24, p. 62) : au moyen d'attestations notariées mentionnant la garantie d'un faux patrimoine immobilier, M. L. contractait en 1973 un emprunt d'un montant de 40 millions de francs, auprès d'une banque londonienne. Pour échapper à l'autorisation ministérielle, nécessaire pour les emprunts supérieurs à 2 millions de francs, en vertu de la circulaire du 21 mars 1969, L. divisait l'emprunt global en autant de tranches inférieures au seuil réglementaire, chacune au demeurant souscrite par une société fictive.

Condamné par les juges du fond (Aix-en-Provence, 17 déc. 1986), sur le fondement de l'article 6 du décret n° 67-78 du 27 janvier 1967 modifié, fixant les modalités d'application de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966, L. arguait, à l'appui de son pourvoi, outre de divers textes communautaires (cf. *infra*), de l'intervention ultérieure d'une *lex mitior* : diverses circulaires, la dernière invoquée en date du 28 mars 1983 (*JO* 29 mars 1983, *JCP* 1983.III.54029), avaient progressivement rehaussé jusqu'à 50 millions de francs le seuil de l'autorisation préalable.

Le pourvoi était néanmoins rejeté : attendu qu'« il n'importe, en l'absence de toute abrogation de la loi, support légal de l'incrimination, que des textes réglementaires ou des circulaires aient postérieurement élevé ou supprimé les plafonds des emprunts contractés à l'étranger, de tels textes ou circulaires n'ayant aucun effet rétroactif ».

— *Chambre criminelle, 10 mai 1989* (*Bull. crim.* n° 187, p. 479) ; profitant des fluctuations du cours du dollar, un industriel avait tardé à convertir en monnaie nationale des devises étrangères. Condamné par la cour d'appel de Rennes (20 mars 1987), pour non-respect de diverses circulaires prises en 1981 et 1982, qui fixaient à deux semaines après l'expédition des marchandises le délai de conversion, lesdites circulaires prises en application du décret n° 68-1021 du 24 novembre 1968 modifié, l'industriel soulevait, à l'appui de son pourvoi, leur abrogation par une circulaire du 15 avril 1986. La Cour de cassation faisait siens les motifs de condamnation des juges du fond : « L'abrogation de textes réglementaires en matière cambiaire n'affecte pas rétroactivement, sauf précision contraire de la loi, les infractions qui, comme en l'espèce, faisaient déjà l'objet de poursuites ».

— *Chambre criminelle, 13 novembre 1989* (*n° 88-80.801*) : M. B. admettait, au cours de l'enquête douanière, avoir en septembre 1978, sans autorisation préalable du ministre des Finances, exporté en Allemagne les actions de sa société pour les déposer en garantie d'un emprunt contracté en D.M., dont le montant était introduit en France.

M. B. était condamné par la cour d'appel d'Orléans (22 janv. 1988), sur le fondement des articles 1, 4 et 5 du décret n° 68-1021 du 24 novembre 1968 modifié (interdiction de l'exportation sans autorisation de valeurs mobilières), et de l'article 6 du décret n° 67-78 du 27 janvier 1967 modifié (autorisation préalable des emprunts contractés à l'étranger).

Outre l'incompatibilité avec les textes communautaires, invoquée à l'appui de son pourvoi, M. B. prétendait que l'article 5 de l'arrêté du 1er juin 1988, « autorisant librement les résidents à contracter des emprunts auprès des non-résidents », constituait une loi plus douce, dont l'application immédiate devait lui valoir l'impunité. La

Chambre criminelle lui rétorquait que « les dispositions de cet arrêté ne sont pas applicables aux opérations qui, comme en l'espèce, ont fait l'objet de poursuites engagées antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation ».

— *Chambre criminelle, 22 janvier 1990 (n° 89-81.009)* : plusieurs personnes ayant participé à l'importation clandestine, à trois reprises, depuis la Suisse, de fortes sommes en devises françaises, avaient été condamnées, sous des qualifications diverses (cf. *infra*), pour violation des dispositions de l'article 5 du décret 68-1021 du 24 novembre 1968, par la cour d'appel de Paris (18 janv. 1989). A l'appui de leur pourvoi, elles faisaient valoir l'abrogation expresse de ce texte réglementaire par l'article 14 du décret n° 89-154 du 9 mars 1989 (*JO* des 10 et 11 mars 1989 ; *JCP* 1989.III.62554 ; B.L.D. 134), de sorte que ne subsistait plus aucune infraction à leur égard.

La Chambre criminelle rejetait leurs prétentions, en soulignant que « les faits commis et poursuivis avant cette abrogation sont toujours punissables, dès lors que le support légal de l'incrimination, à savoir la loi du 28 décembre 1966, d'où est issu l'article 459 du code des douanes, demeure en vigueur ».

La concordance et la constance de cette série de décisions doit conduire à considérer que la Cour de cassation a entendu marquer la limite du chemin parcouru vers la « normalisation » du droit cambiaire. On peut formuler quelques observations :

• on soulignera d'abord l'absence de progrès significatif depuis l'arrêt *Brégent*. Il se confirme que la Haute juridiction assigne à la date d'engagement des poursuites par rapport à la modification du texte réglementaire une fonction essentielle : elle est la pierre de touche de l'*impunité* : les poursuites entamées avant l'abrogation iront à leur terme, mais ni l'Administration ni le ministère public ne pourront plus lancer aucune procédure sur le fondement d'un texte réglementaire qui ne serait plus en vigueur à cet instant, les faits seraient-ils même parfaitement constants.

Ce faisant, il nous paraît que la jurisprudence assure un subtil équilibre entre un minimum de sécurité juridique liée à une situation « régularisée » — élément non négligeable de la protection individuelle — et l'indispensable répression de comportements délictueux au coût social considérable qui, bien qu'ayant été opportunément appréhendés, ne devraient leur absolution quasi systématique qu'aux délais judiciaires, auxquels l'exercice, au demeurant légitime, des moyens de défense (V. l'abondance de la jurisprudence sur les nullités et la fréquence de l'usage des voies de recours...) n'est pas étranger ;

• on peut noter, en second lieu, que la Cour de cassation prend un soin extrême à toujours préciser l'unique texte qui, en cas de modification « plus douce », serait redevable, à ses yeux, d'une application immédiate : l'article 459 du code des douanes, « *issu de la loi du 28 décembre 1966* », qui « édictant des sanctions à tout manquement à la réglementation des relations financières avec l'étranger » constitue « le support légal de l'incrimination ».

A contrario, on pourra déduire la liste des dispositions ne bénéficiant « que » d'une nature réglementaire, dont on a, dans cette série d'arrêts, un échantillonnage classique : circulaire, arrêté, décret. Mais, curiosité juridique — dont on aurait pu penser qu'elle évoluerait depuis l'arrêt *Von Saldern* —, cette définition restrictive persiste à rejeter le droit communautaire, indistinctement, dans la sphère réglementaire (cf. *infra*)...

Soulignons par ailleurs que cet ancrage sur l'article 459 du code des douanes permet à la Cour d'apporter une première réponse aux interrogations de la doctrine sur les incidences, pour les poursuites encore pendantes, notamment en cassation, de l'abrogation des décrets des 24 novembre 1968, 27 janvier 1967 et 9 mars 1989 par l'article 18 du décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 (*JO* 30 déc. 1989 ; *JCP* 1989. III.63412) complété par le décret n° 90-58 du 15 janvier 1990 (*JO* 16 et 20 janv. 1990 ; *JCP* 1990.III.63509) : ainsi que l'affirme l'arrêt du 22 janvier 1990, cette abrogation du décret du 24 novembre 1968 est *sans effet* sur les poursuites en cours (« Réflexions

sur les nouvelles dispositions de la réglementation des relations financières avec l'étranger et leur incidence sur le droit positif», D. Bayet, *Gaz. Pal.* 18-19 mai 1990, p. 4).

A cet égard le législateur ne s'y est pas trompé, qui dans la loi de finances pour 1990 a « définitivement » libéré les transferts de capitaux, mais « sans préjudice des dispositions de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger » : cette « magnifique et acrobatique cuisine de technocrate » (J. Pannier, « L'influence de la loi de finances pour 1990 sur le contentieux des changes », *Gaz. Pal.* 14-15 mars 1990, p. 2) est manifestement destinée à sauvegarder le « support légal de l'incrimination » des dossiers non terminés ;

• notre troisième observation sera pour relever combien ce régime différencié de l'application de la *lex mitior* consacre (ou résulte de ?) la structure très spécifique des infractions propres au domaine économique et financier, où la loi, qui a « vocation à la durée », fixe les incriminations et les sanctions, alors que le pouvoir exécutif, par la relative légèreté de la technique réglementaire, a en charge d'exprimer la technicité d'une matière ou la contingence d'un instant. Cette remarque, certes désormais classique (J.-J. de Bresson, « L'inflation pénale et les réglementations techniques », cette *Revue* 1985.242 ; J. Devèze, « De la diversité des sources du droit pénal de l'entreprise, bilan d'un particularisme », *in Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, IX[e] Congrès de l'Association française de droit pénal, Lyon, nov. 1987), pour relever que la juridiction suprême valide expressément cette structure démembrée de l'infraction pénale : il était soutenu par M. B. que « la technique d'incrimination propre à l'article 459 du code des douanes viole le principe de la légalité des délits et des peines... », en ce qu'elle renvoie à l'activité administrative, pour « fixer le contenu de l'infraction sans contrôle législatif sur les faits constitutifs ; qu'il suit de là que les manquements incriminés ... ne ressortent pas de la loi pénale proprement dite et ne peuvent légalement être sanctionnés par une peine de nature pénale ». Sur quoi la Chambre criminelle ne laisse place à aucun doute (arrêt du 13 nov. 1989) : « L'article 459 du code des douanes étant une disposition législative, l'application des sanctions qu'il édicte à tout manquement dont la détermination relève du pouvoir réglementaire est conforme tant au principe de la légalité des délits et des peines qu'aux prescriptions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

b) Application dans le temps des dispositions du droit communautaire

Même si la place n'est pas ici de juger de la compatibilité de principe entre le droit cambiaire national et les dispositions communautaires (sur leur articulation, V. Ch. Gavalda et G. Parléani, *Droit communautaire des affaires*, Litec, p. 64 et s. ; L. Focsaneanu, « Le contrôle des changes en question : l'arrêt de la CJCE du 31 juillet 1984 », *JCP éd. E* 1984.3153 ; J.-C. Bonichot, « La compatibilité des règles pénales nationales avec le droit communautaire », cette *Revue*, 1989.562), dans un débat qui deviendra au surplus rapidement historique avec le décret du 15 janvier 1990, il n'en reste pas moins que la Chambre criminelle apporte dans deux de nos arrêts des précisions intéressantes sur la place et le régime qu'elle assigne aux règles européennes.

— *Chambre criminelle, 23 janvier 1989* (*Bull. crim.* n° 24, p. 62) : à l'appui de son pourvoi, l'emprunteur londonien soulevait que « la prohibition ... est inapplicable à l'égard des emprunts contractés auprès d'un établissement financier établi dans un Etat membre de la CEE », sauf à constituer une restriction aux mouvements de capitaux prohibée par l'article 67 du Traité. La Chambre criminelle écarte le moyen, en précisant que cette localisation européenne du prêteur est indifférente, « les articles 67 et 108 § 3 du Traité de Rome ne faisant pas obstacle à des mesures nationales de contrôle de la circulation des capitaux, pénalement sanctionnées ».

— *Chambre criminelle, 13 novembre 1989 (n° 88-80.801)* : M. B., emprunteur non autorisé en Allemagne, relevait à l'appui de son pourvoi l'incompatibilité entre les dispositions prises pour l'application de l'article 459 du code des douanes et l'« article 108 du Traité de Rome, lequel exige, pour justifier l'édiction de mesures restrictives, la constatation préalable de difficultés graves ou de menaces graves de difficultés dans la balance des paiements d'un Etat membre, circonstance non établie en l'espèce ». Approuvant les juges du fond, la Cour de cassation concluait à la parfaite conformité des textes cambiaires avec les dispositions européennes « dès lors qu'*à la date des faits perpétrés* ces textes trouvaient leur fondement dans les décisions de la Commission, ... autorisant [la France] à prendre certaines mesures de sauvegarde, conformément à l'article 108 § 3 du Traité ».

Ces motivations concordantes méritent quelques commentaires :

• remarquons d'abord, sur le principe de la compatibilité, l'insistance de la Chambre criminelle à rattacher le « fondement » de la législation nationale au régime des mesures de sauvegarde, consacrant du même coup la nature intrinsèquement dérogatoire du contrôle national des changes. Présagerait-elle de l'avenir, en cas de remise en cause du régime de liberté tout récemment créé ? ;

• s'agissant de ces clauses de sauvegarde, il n'est pas inintéressant de souligner la prudence juridique de la Haute juridiction : à la suite des « événements de mai 1968 » le gouvernement prenait le (désormais périmé) décret n° 68-1021 du 24 novembre 1968, que la « Commission a, par une décision n° 68-301 du 23 juillet 1968 modifiée par une seconde décision n° 68-406 du 4 décembre 1968, couvert de son autorisation, sur le fondement des dispositions de l'article 108 § 3 du Traité » (D. Bayet, « L'obligation cambiaire de rapatriement des créances sur l'étranger, ou la fin de l'"exceptionnel et du provisoire" », *Gaz. Pal.* 20 nov. 1986, p. 2).

On ne peut qu'approuver la Cour de cassation, quand elle trouve à la date des faits perpétrés un légitime « fondement » communautaire aux textes cambiaires français. Pourtant, alors même que ce régime dérogatoire était « exceptionnel et provisoire », sa prudence est remarquable, quand elle se garde précautionneusement, non pas même d'apprécier, mais tout simplement de répondre à l'argument du demandeur, selon lequel à cette époque les difficultés financières de la France n'avaient peut-être plus le caractère de « gravité » suffisant à autoriser le maintien de dérogations « exceptionnelles et provisoires » ;

• pourtant, dans cette analyse, la Cour de cassation ne va pas jusqu'au bout de son raisonnement : par une décision n° 85-14 du 9 décembre 1984, abrogeant les deux décisions de 1968, la Commission restreignait l'assiette de l'autorisation des mesures dérogatoires de sauvegarde (désormais limitée au champ des mouvements de capitaux purement financiers, dans lequel semble s'inscrire notre espèce : mais quelles conséquences en eût tirées la Cour si tel n'avait pas été le cas ?), mais surtout limitait la durée de leur validité à deux années, expirant le 19 décembre 1986. On conclura du silence de la Haute juridiction qu'elle n'a pas entendu accorder à la caducité de l'autorisation de dérogation un effet rétroactif « plus doux », malgré l'incontestable disparition du « fondement » de la législation cambiaire nationale ;

• ainsi la Cour de cassation, au regard de leur application dans le temps, persiste à affubler le droit communautaire des vêtements trop étroits des « textes réglementaires », en maintenant, sans infléchissement, la jurisprudence « *Von Saldern, modifiée Brégent* ». Ce faisant, elle nous semble prendre quelque distance avec le principe de la subordination du juge pénal national à l'ordre juridique communautaire (Crim. 22 oct. 1970, *D.* 1971.221, rapport Mazard, note Rideau ; *JCP* 1971.II.16671, note P. L. ; Pradel et Varinard, *Les grands arrêts de droit criminel*, t. I, p. 24), pourtant applicable *même à la matière douanière* (« le caractère autonome de la législation douanière française ne saurait faire échec à la primauté de la loi internationale », Crim. 5 déc. 1983, *D.* 1984.J.217, note J. Cosson ; « Sur l'ensemble des rapports

entre droit douanier et droit communautaire », M. Massé, cette *Revue*, 1984.527 ; 1985.589 ; 1987.217) ;

• La Cour inscrit par ailleurs son analyse dans une démarche juridique qui nous paraît receler une contradiction : en effet, alors même qu'elle accorde implicitement à la décision de la Commission une valeur « *supra legem internam* », puisqu'elle la situe à un niveau normatif suffisamment élevé pour servir de « fondement » à une législation nationale dérogatoire du droit communautaire, elle lui refuse, en cas de modification « plus douce », le régime juridique de la *loi* interne, la disant même son inférieure (« texte réglementaire »). Cette ambiguïté du droit cambiaire figurerait-elle parmi ses dernières particularités ? Il est en tout état de cause souhaitable qu'elle soit rapidement levée.

Terminons par deux interrogations ouvertes par la Cour de cassation.

Pourquoi, contrairement à l'arrêt *Brégent*, la Chambre criminelle retient-elle, comme critère d'application de la loi nouvelle, la *date des faits perpétrés* et non pas la date du premier acte de poursuite ? Doit-on penser à une inadvertance de rédaction (puisqu'en l'espèce la distinction est indifférente à la solution), ou à une rigueur supplémentaire imposée au régime communautaire ?

Pourquoi par ailleurs la Cour de cassation s'abstient-elle de répondre aux violations invoquées par deux des demandeurs, d'une part de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 et de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

Il nous paraît que la Cour eût pu assez facilement écarter l'invocation du second texte, qui ne prévoit expressément que l'application immédiate d'une *lex mitior*, et non pas sa rétroactivité : soulignons qu'application en a déjà été faite au domaine douanier, et même communautaire (Crim. 17 déc. 1984, *Bull. crim.* n° 405, p. 1083 ; cette *Revue*, M. Massé, *loc. cit.*).

Mais la stipulation expresse de l'application immédiate d'une sanction plus douce par la Convention de New York rend plus compréhensible le silence de la jurisprudence. Il est vrai que la doctrine est elle-même relativement partagée sur cette (éventuelle) « méconnaissance du droit international » (A. Huet, « A propos de la rétroactivité *in mitius* », *JCP* 1987.I.3293 ; « La rétroactivité *in mitius* des textes réglementaires en matière économique, dissonances sur une question simple », *JCP éd. I* I.3378 ; *contra*, note J.-P. Doucet, sous Crim. 24 oct. 1988, *Gaz. Pal.* 15 avr. 1989, p. 12).

2. *Infractions à la législation sur les changes ; « bonne foi » ; intérêt à la fraude*

Chambre criminelle, 22 janvier 1990 (n° 89-81.009, *Publ. flash* ; *JCP* 1190.IV.156).

Cet arrêt, précédemment commenté au titre de l'application dans le temps du droit communautaire, mérite deux observations d'un autre ordre.

Rappelons brièvement les faits : au cours du dernier trimestre 1975, sur les instructions et indications concrètes de B., citoyen français mais résident suisse, S. importait, par trois passages de la frontière franco-helvétique, des billets de banque français qu'il remettait, en France, à diverses personnes, dont B. gérait les comptes en Suisse. S. était poursuivi pour importations sans autorisation de moyens de paiement (art. 5 du décr. n° 68-1021 du 24 nov. 1968), et l'ensemble des autres partenaires, y compris B., sous la prévention d'*intérêt à la fraude* (art. 399-2-*b* c. douanes).

a) La « bonne foi » : outre l'argument de l'abrogation du décret du 24 novembre 1968, écarté dans les conditions qu'on a vues, les demandeurs au pourvoi prétendaient bénéficier des dispositions de l'arrêté du 9 août 1973 (*JO* 10 août 1973, *JCP* 1973.III.40800) et d'une circulaire du même jour, qui avaient « libéré l'importation de tous moyens de paiement libellés en devises étrangères ou billets de banque français ». La Chambre criminelle approuvait les juges du fond qui avaient écarté la pré-

tention des prévenus, en précisant que la liberté ainsi instituée ne pouvait profiter qu'aux « touristes de bonne foi et aux professionnels exerçant une activité licite », faisant leur la distinction opérée entre « voyageur de *bonne et de mauvaise foi* » par la Convention internationale de New York du 4 juin 1954 ratifiée en 1960 par la France.

Deux commentaires :

— dans une occasion judiciairement inhabituelle, où le prévenu, revendiquait une « matérialité » d'apparence régulière et reprochait au juge la recherche d'un élément moral, on peut une nouvelle fois regretter que la Cour n'ait pas saisi cette opportunité pour apporter une contribution plus riche au débat doctrinal et jurisprudentiel sur l'existence et le contenu de l'élément moral de l'infraction douanière, à la suite de l'abrogation de l'article 369-2 du code des douanes (Ch. Di Guardia, « L'article 23 de la loi du 8 juillet 1987 : un nouveau code des douanes ? », *Gaz. Pal.* 1987.doctr.703 ; Cl. Berr et G. Vignal, « Les réformes relatives au contentieux douanier », *JCP éd. E* 1988.15126). En effet l'arrêt, loin de « colorer » la mauvaise foi, préfère argumenter, comme précédemment (notre chron, cette *Revue* 1990.96), sur le simple registre de la description matérielle des conditions clandestines des transferts et des comportements de chacun, concluant d'une affirmation aussi fade que péremptoire : « les faveurs et facilités réglementaires ne concernent que les touristes de bonne foi ».

Pourtant on osera rappeler que « la loi n'(avait) pas eu pour objet d'introduire dans les incriminations douanières un quelconque élément intentionnel » (Crim. 28 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 399)... Les précisions se font donc encore attendre ;

— en réalité, par-delà l'inconfort formel de sa position juridique, on observera néanmoins que la démarche de la Chambre criminelle répond au souci, de plus en plus manifeste, d'opérer ce qui pourrait devenir la véritable « normalisation » du droit pénal douanier : soit qu'elle tende à introduire une dimension psychologique, même mal exprimée, dans des pratiques qui n'auraient classiquement constitué que des violations matérielles ou formalistes des dispositions douanières (par ex. Crim. 12 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 350, p. 897), soit, comme en l'espèce, qu'elle se réserve d'interpréter le fond d'un comportement, en dépassant l'apparente régularité textuelle, elle cherche à appréhender le véritable *esprit de fraude*. Il n'est pas exclu que cette difficile révolution culturelle s'accomplisse sous la « pression », consciente ou non, du droit communautaire : M. Massé (cette *Revue* 1984.534), rappelant les trois arrêts du 5 décembre 1983 (*D.* 1984.218, note J. Cosson), par lesquels la Chambre criminelle avait sanctionné des comportements européens formellement réguliers, en relevant un « déguisement » ou un « détour de pure forme », soulignait cet infléchissement de la philosophie pénale de la Haute Cour, « où le droit pénal s'applique d'autant plus fermement que la *fraude* est caractérisée », en particulier par le biais du détournement du droit (communautaire ou interne), dans un *but frauduleux*.

b) L'intérêt à la fraude : B. faisait valoir, quant à lui, de manière parfaitement exacte, qu'il ne pouvait lui être reproché, dans le cadre du délit d'intérêt à la fraude, aucun acte matériel qui fût personnellement commis par lui sur le territoire national. La Chambre criminelle écartait l'argument par une motivation dépourvue de toute ambiguïté : après avoir constaté, par la reprise désormais systématique des termes de l'article 399-2-*b* du code des douanes, l'existence du plan de fraude, elle ajoutait : « certains des actes ayant été perpétrés sur le territoire français permettaient de retenir dans les liens de la prévention le ressortissant étranger B., bien qu'aucun des actes à lui personnellement imputables n'ait été perpétré en France ».

Au sein de la théorie générale du délit d'intérêt à la fraude (B. Neel, « L'intérêt à la fraude », *JCP* 1990.I.3448), on soulignera une insuffisance et une innovation manifestée par cette décision.

— B. soutenait qu'« il n'avait pas eu conscience de coopérer à une opération irrégulière ». On se rappelle, pour s'en tenir au cadre restrictif de l'article 399-2-*b*, que

l'intention frauduleuse y est présumée, comme « découlant des agissements » (Crim. 20 mai 1969, *JCP* 1969.II.16288, note L.S.C.), et que l'excuse de bonne foi n'est pas admise (Crim. 15 juill. 1964, *Bull. crim.* n° 235, p. 498). Cet argument ne pouvait donc prospérer. Mais la Cour a là encore laissé passer une occasion expressément offerte de trancher la difficulté — sinon la contradiction —, relevée par la doctrine (Cl. Berr et G. Vignal, *loc. cit.* ; B. Neel, *loc. cit.*), entre le maintien de l'ancienne rédaction de l'article 399 § 3 du code des douanes, lequel ne vise que l'erreur invincible et la force majeure comme causes d'exonération, à l'exclusion de la bonne foi, et l'abrogation de l'article 369-2 du code des douanes.

— Après bien des vicissitudes, voire certaines iniquités, la Chambre criminelle formule, de manière maintenant établie, l'exigence, à l'encontre d'un prévenu d'intérêt à la fraude, d'« un acte matériel de participation personnelle » au plan de fraude (Crim. 13 mars 1978, *D.* 1989.J.200, note J.-Cl. Berr ; *Gaz. Pal.* 3 juill. 1978, note cette *Revue*, 1979.326). Il était donc naturel que la Cour suprême détaillât avec attention, pour approuver la condamnation des juges du fond, l'étendue de la participation physique de B. au plan de fraude. Pour autant, tous ces actes avaient eu pour unique théâtre la Suisse.

A notre connaissance — curiosité dans un domaine aussi international —, il ne semble pas que la Cour de cassation ait statué souvent, mais surtout explicitement, sur la rencontre entre l'article 693 du code de procédure pénale et le délit d'intérêt à la fraude. Si l'on écarte un arrêt peu topique (Crim. 17 nov. 1965, *Bull. crim.* n° 236, p. 533, au demeurant rendu sur le fondement de l'art. 399 al. c. douanes, et trop occupé à argumenter, sur un autre plan, une avancée jurisprudentielle), on peut en général identifier un petit élément ou acte matériel, rattachable ou imputable, en France, à l'intéressé : avitaillement d'un bateau à Toulon (Crim. 26 mars 1968, *Bull. crim.* n° 103, p. 242), achat d'un chargement avant sa sortie de France, avec une fausse déclaration (Crim. 29 janv. 1975, *Bull. crim.* n° 34, p. 90), qualité d'actionnaire majoritaire d'une société dont le siège est à Paris (Crim. 19 nov. 1979, *Bull. crim.* n° 323, p. 879 ; *Gaz. Pal.* 1980.2.somm.376 ; *JCP* 1980.IV.45). Le seul arrêt « pur » de toute attache au territoire national, n'ayant pas été saisi du moyen, n'a statué qu'implicitement (Crim. 5 déc. 1983, *D.* 1984.J.218, note J. Cosson, arrêt *Clément*).

C'est pourquoi, sous le bénéfice d'une espèce d'indivisibilité de la chaîne du plan de fraude, l'exceptionnelle clarté de cet arrêt permet de disposer pour l'avenir — notamment face à la complexité internationale croissante du grand banditisme, par exemple de stupéfiants, ou de la grande délinquance d'affaires, en particulier dans le domaine communautaire — d'un outil juridique efficace à une meilleure répression.

3. *Douanes et changes ; droit de fouille (art. 60 c. douanes) (Crim. 19 févr. 1990, n° 89-80354, Public. flash ; Crim. 26 févr. 1990, n° 87-84475, Public. flash)*

Ces deux arrêts, rendus sur pourvoi contre la cour d'appel d'Aix-en-Provence, fixent le contenu et les limites des pouvoirs accordés à l'Administration dans le cadre de l'article 60 du code des douanes.

Les faits sont d'une biblique simplicité : lors de leur passage de la frontière, dans un aéroport du midi, en provenance d'un pays du Moyen-Orient, R. le 10 décembre 1982 et E. le 30 mai 1982 voyaient pratiquer la visite par un agent des douanes, la première, de son « sac à main », le second, de « ses bagages », dans lesquels étaient découverts des documents révélant la possession d'avoirs immobiliers ou financiers dans le pays de provenance : procès-verbal était dressé et des poursuites cambiaires exercées.

Après l'annulation des procès-verbaux, en première instance, au motif que le recueil des documents avait été pratiqué, sur le fondement de l'article 65 du code des

douanes (droit de communication), par des fonctionnaires incompétents, la cour d'appel infirmait la décision, en relevant que ces documents avaient été découverts — et exploités — dans le cadre légitime du droit de visite prévu par l'article 60 du code des douanes.

Reprenant la formulation du célèbre « arrêt du portefeuille » (Crim. 15 oct. 1984, *Bull. crim.* n° 298, p. 793), les prévenus soutenaient, à l'appui de leur pourvoi, que « la fouille des bagages » ou « la saisie des documents contenus dans un objet personnel tel un sac à main » devait être assimilée « à une perquisition, échappant aux dispositions des articles 60, 64 et 65 du code des douanes et restait soumise, en l'absence de texte spécial applicable, au droit commun de la procédure pénale ».

On se souvient que, malgré quelque excès d'éloge (M. Suzanne, *Gaz. Pal.* 9 janv. 1976, p. 7), plusieurs commentateurs, relevant les circonstances de fait spécifiques de l'espèce, prédisant les conséquences paralysantes et irréalistes d'une globalisation de cette jurisprudence (M. Massé, cette *Revue* 1986.111), ou soulignant les insuffisances de son raisonnement juridique (J.-Cl. Berr, *JCP* 1985.II.20410), avaient émis d'emblée des réserves sur la véritable mesure du « revirement ».

Et en effet, dans nos deux espèces, la Chambre criminelle rejette le pourvoi : « Attendu que la cour d'appel relève que le contrôle douanier effectué lors du passage à la frontière est régi par l'article 60 du code des douanes qui autorise la visite par les agents de l'Administration, quel que soit leur grade, des marchandises, des moyens de transport et des personnes ; que les juges ajoutent « que les documents saisis étaient de nature, en matière (cambiaire), à constituer le corps ou la preuve des infractions de change » ; attendu qu'en effet, les agents de douanes, opérant en vertu des articles 60 et 453 du code des douanes en vue de la recherche de la fraude douanière ou cambiaire, ont la faculté de procéder à la visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes, et sont habilités à constater les infractions (cambiaires) qu'ils découvrent au cours de leur contrôle ».

Cette longue formulation, reprise sans modification, d'arrêts précédents (Crim. 18 avr. 1988, *Bull. crim.* n° 162, p. 415 ; *Gaz. Pal.* 17 sept. 1988, note D. Bayet ; *D.* 1989.313, note J. Pannier ; Crim. 27 juin 1988, *Bull. crim.* n° 290, p. 787), appelle trois observations.

— Il semble se confirmer, compte tenu de l'insistance de chacun des deux arrêts, « lors du passage à la frontière », que le champ d'application de l'article 60 du code des douanes se situe, comme le faisait remarquer J-Cl. Berr (*loc. cit.*), dans la sphère de la « police des frontières », du reste mieux définie par les juges d'appel : « L'intervention des douaniers a eu lieu auprès de particuliers se présentant, en un lieu public, au contrôle douanier mis en place au passage de la frontière ». Ces circonstances, qui allient une présentation spontanée du « patient », en un lieu dépourvu de toute intimité, autorisent des pouvoirs spécifiques de la douane, certes restrictifs à la liberté individuelle, mais dont il importe de souligner qu'aucun type de coercition quelconque n'a amené le voyageur sur le lieu de son examen.

Il restera à vérifier, dans l'avenir, si la Cour de cassation entend faire de cette réserve « frontalière », — dont on conviendra, avec J. Pannier (note sous Paris, 11 juill. 1989, *Gaz. Pal.* 19 mai 1989, p. 12) qu'elle n'est pas d'ordre textuel —, une condition de validité de l'intervention administrative.

— Un second doute paraît également levé : celui de l'applicabilité des pouvoirs de l'article 60 du code des douanes à la matière cambiaire.

Certains commentateurs avaient souligné l'articulation mal « bouclée » entre les textes cambiaires (art. 451 à 457 c. douanes), qui renvoient au droit de communication et de perquisition, mais nulle part au droit de visite : « ... il n'est pas interdit de penser que, *a contrario*, l'article 60 est inapplicable et que les agents des douanes n'ont pas le pouvoir de visiter une serviette qui contiendrait des documents » (Cl.-J. Berr, note sous Trib. grande inst. Paris, référé, 15 janv. 1982, *JCP* 1982.II.19834). A cette interrogation prémonitoire, la Chambre criminelle répond présentement, en

reprenant délibérément les termes antérieurs à l'« arrêt du portefeuille » : l'article 60 autorise la recherche de documents de nature à constituer « *le corps* ou *la preuve* du délit cambiaire » (Crim. 12 janv. 1981, *Bull. crim.* n° 11, p. 44).

— Enfin, rappelons, en contrepoint aux pouvoirs « illimités » que l'Administration tiendrait de l'article 60, que cette disposition est assortie de restrictions légitimes : ce droit de visite ne s'accompagne que d'un droit très réduit de rétention de la personne physique : « Si la faculté pour les agents de retenir les personnes ... découle implicitement du droit de procéder à la visite des personnes..., cette mesure ne peut s'exercer que le temps nécessaire à ces visites et à l'établissement du procès-verbal que les constate ... qu'en l'espèce la retenue n'aurait pas dû excéder le temps strictement nécessaire au contrôle du voyageur et de sa mallette... » (Crim. 15 juin 1987, *Bull. crim.* n° 249, p. 675).

De même le droit de visite douanier est soumis au principe de spécialité, et la visite d'un moyen de transport n'autorise pas, sauf détournement de procédure, à procéder à la visite d'un véhicule pour la constatation d'une infraction routière (Crim. 18 déc. 1989, *JCP* 1990.IV.115).

VI. – INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE ÉCONOMIQUE

Jean PRADEL

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers

1. *Publicité relative à un prêt immobilier. Mentions obligatoires. Caractère général de l'obligation*

Les décisions sur la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier sont assez rares. Celle rendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 août 1990 présente donc d'autant plus d'intérêt.

Un individu était poursuivi pour violation des dispositions de l'article 4 de la loi de 1979 aux termes duquel « toute publicité faite, reçue ou perçue en France, qui, quelque soit son support, porte sur l'un des prêts mentionnés à l'article 1 (prêts pour des immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel, ou pour achat de terrains destinés à la construction de ces immeubles) doit préciser l'identité du prêteur, la nature et l'objet du prêt. Si cette publicité comporte un ou plusieurs éléments chiffrés autres que la durée, elle doit mentionner le montant, le coût total ainsi que le taux du prêt défini conformément à l'article 3 modifié de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure ». Très exactement, le prévenu qui était directeur d'une société avait fait paraître au nom de celle-ci dans le quotidien *L'Est Républicain* un encart publicitaire offrant une vente des appartements, avec annonce de prêts, mais sans indiquer les éléments énumérés à l'article 4 précité. Le prévenu fut condamné à la peine de 10 000 F d'amende et à la publication de la décision dans un quotidien, par la cour d'appel de Metz (arrêt du 18 déc. 1986). Le prévenu fit un pourvoi en invoquant que la cour d'appel ayant constaté qu'il s'adressait à une clientèle désireuse de rentabiliser un investissement, et non pas de se loger personnellement, aurait dû rechercher si les mentions légales étaient obligatoires, même dans ce cas particulier. En somme, le prévenu soutenait, sans le dire expressément, que les obligations prévues par la loi de 1979 ne jouent que si l'acheteur éventuel est un profane, non une sorte de professionnel, un spéculateur, devant connaître la technique du prêt immobilier. Par arrêt du 7 août 1990, la Cour de cassation rejeta le pourvoi. Pour elle en effet, la disposition de l'article 4 est générale et, plus précisément, « aucune disposition de la loi de 1979 n'opère ... de distinction entre les acquisitions destinées à l'habitation effective et celles qui seraient effectuées dans un but d'investissement ».

La solution allait presque d'elle-même. Il est vrai que la loi de 1979 ne distingue pas puisque son article vise « toute » publicité. Il faut ajouter que l'annonceur ne peut savoir *a priori* quelle est la position des lecteurs de sa publicité : même si le prévenu visait en priorité des « spéculateurs » — qui eux-mêmes peuvent avoir besoin d'informations précises sur les conditions d'un prêt — il ne pouvait ignorer que des personnes désireuses de se loger elles-mêmes pouvaient être intéressées à connaître les éléments du prêt. Bref, il s'agit d'organiser une bonne information de l'emprunteur (C. Gavalda, « La protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier. Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 », *D.* 1980, chron. p. 211 et s., n° 17 et s.) et, à cet égard la loi de 1979 fait écho à celle du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation. L'unité d'inspiration de ces deux textes est évidente. On précisera toutefois que le texte de 1979, au-delà du soucis d'une bonne information du consommateur, vise encore autre chose : le

législateur a voulu « permettre au consommateur d'identifier l'auteur de la publicité et lui éviter de croire que le prêt pour lequel la publicité est faite peut servir pour n'importe quelle destination », ce qui évitera chez les candidats à l'emprunt une confusion fréquente sur leur aptitude à pouvoir bénéficier de tel prêt (M. Dagot, « Prêt immobilier et protection de l'emprunteur. Loi du 13 janvier 1979 », *JCP* 1980.I.2979, n° 19).

Toutes ces raisons font que la Chambre criminelle a eu parfaitement raison de défendre avec fermeté l'exigence, en matière de prêt immobilier, d'une publicité précise et complète. C'est, semble-t-il, la première fois qu'elle a eu l'occasion de le dire.

2. *Revente à perte. Alignement du prix de revente sur le prix légalement pratiqué par un concurrent. Justification*

On peut à première vue s'étonner de l'existence d'une incrimination de revente à perte compte tenu de la liberté qui doit jouer dans la fixation du prix par le vendeur. Mais en réalité, cette pratique nuit au petit commerce face aux magasins à grande surface. Ces derniers sont en effet tentés d'abaisser beaucoup leurs prix sur certains produits que vendent aussi de petits commerçants du voisinage, et de se rattraper sur les autres produits (« un îlot de pertes dans un océan de profits »), cassant ainsi la concurrence en faisant disparaître les modestes points de vente. En outre, après avoir de la sorte « éliminé le commerce local et accaparé le marché », ces gros commerçants « vendent de nouveau au prix normal ou même au-dessus » (Paris, 24 nov. 1969, *JCP* 1970.II.16512, note Plaisant). Il y a donc dangereuse entrave à la concurrence (J. Calay-Auloy, « L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs », *D.* 1987, chron. p. 137). C'est pourquoi le législateur a incriminé la technique de la vente à perte (art. 1-I de la loi n° 63-628 du 2 juill. 1963, modifié légèrement par l'article 32 de l'ordonnance du 1er déc. 1986).

La pratique en révèle pourtant quelques exemples. C'est ainsi que le responsable des magasins « La Samaritaine », à Paris, avait vendu à 224 F un robot de marque Moulinex qu'il avait acheté à 226,88 F. Il fut poursuivi pour revente à perte. Condamné en première instance (Trib. grande inst. Paris, 11 oct. 1989), il fut acquitté par la cour d'appel de Paris selon arrêt du 29 mai 1990 (*Gaz. Pal.* 15 nov. 1990, note Marchi).

La relaxe se fondait sur l'existence d'un fait justificatif du délit de revente à perte. La loi de 1963 en prévoit en effet six et le sixième, appliqué en l'espèce, dispose que la revente à perte est autorisée lorsque « le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité » (art. 1-II de la loi de 1963). L'exception à la répression est ici justifiée par l'alignement sur la concurrence : il n'y a pas entrave à la concurrence. Le prévenu invoquait qu'il s'était contenté d'aligner son prix de revente sur celui du magasin concurrent voisin Darty. Les juges d'appel admirent cette argumentation en ajoutant, ce qui est essentiel, qu'il n'était pas contesté par l'administration de la concurrence et des prix, et pas davantage par le parquet, que le prix pratiqué par le magasin Darty était illicite, aucune enquête n'ayant même été effectuée à la suite des faits reprochés au responsable de la Samaritaine.

Ainsi est posé le vrai problème, celui de savoir si la charge de la preuve du prix légalement pratiqué par le concurrent voisin incombe soit au prévenu, soit à l'administration ou au ministère public. L'arrêt de la cour de Paris répond que le fardeau de la preuve pèse sur l'administration et le parquet : ce n'est donc pas au prévenu d'apporter la preuve de la légalité du prix sur lequel il s'est aligné. Les juges de première instance avaient au contraire considéré que le directeur du grand magasin, avant de fixer le prix du produit en question, n'avait fait aucune démarche auprès de l'administration de la concurrence et des prix, et qu'il avait ainsi empêché cette dernière d'effectuer les vérifications qui s'imposaient pour savoir si le prix pratiqué par Darty était licite. A vrai dire, la question suscite l'hésitation. Mais nous serions tentés

de suivre les juges du tribunal de Paris sur la base de l'argument suivant : le principe est celui de la répression de la revente à perte et la preuve des faits justificatifs, selon le droit commun, est à la charge du prévenu.

3. *Vente au déballage. Défaut d'autorisation. Poursuite. Incompatibilité avec le Traité de Rome. Solution réservée*

Un individu est condamné à une amende de 10 000 F pour vente au déballage sans l'autorisation municipale exigée de la loi du 30 décembre 1906 et de son décret d'application du 26 novembre 1962 (cour d'appel de Besançon, 17 oct. 1989). Il forme un pourvoi en cassation en soutenant que la réglementation française prescrivant la nécessité d'une autorisation délivrée par l'autorité municipale est incompatible avec le Traité de Rome de 1957 dont les articles 30, 36, 59, 60 et 85 consacrent le principe de liberté de la concurrence.

La primauté du droit communautaire sur le droit interne est désormais bien connue (Ch. mixte, 24 mai 1975, *J. Vabre*, *D.* 1975.497, concl. A. Touffait) comme est aussi devenu classique le fait que le droit communautaire peut entraîner un recul du système pénal (M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires* I, p. 30 et s., 3e éd. refondue 1990). Un bon exemple en est donné avec l'article 30 du Traité de Rome qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation entre les Etats membres « ainsi que toutes mesures d'effet équivalent » et dont la présence a fait écarter certains délits qui ne peuvent plus être pris en considération s'ils constituent une « mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative entre Etats » (Crim. 14 juin 1983, *Bull. crim.* n° 187, *JCP* 1983.II.20044, note Decocq, trois arrêts interdisant la discrimination « à rebours », c'est-à-dire la soumission des produits nationaux à des prohibitions ou restrictions que le droit communautaire interdit d'appliquer à des produits concurrents provenant d'autres Etats de la Communauté).

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 10 juillet 1990 (à paraître), en réponse au pourvoi du prévenu, reste cependant un peu décevant. La haute juridiction, en effet, ne répond pas directement à la question de l'incompatibilité puisqu'elle affirme que ni dans l'arrêt d'appel, ni dans les conclusions du prévenu, il n'a été indiqué que la réglementation des ventes au déballage sans autorisation constitue « une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives du commerce entre les Etats, ayant pour effet de subordonner la mise en vente d'un produit à une autorisation administrative ou une restriction à la liberté des prestations de service ». Et la Chambre criminelle rejette le pourvoi comme étant mélangé de fait et de droit.

Pourtant, indirectement, l'arrêt du 10 juillet 1990 confirme l'idée qu'une législation interne peut constituer « une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives au commerce entre Etats ». Mais d'un autre côté, il n'est pas du tout certain que la Chambre criminelle aurait admis — si la question avait été posée à la cour d'appel et non pour la première fois devant elle — que la loi de 1906 et le décret de 1962 portent effectivement atteinte à la sacro-sainte liberté de la concurrence affirmée dans le Traité de Rome et notamment dans son article 30.

4. *Infraction à la publicité des prix. Procès-verbal de constatation. Signature des deux enquêteurs. Nécessité*

Dans le cadre d'une enquête menée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes pour infraction à la publicité des prix, un procès-verbal est établi par deux fonctionnaires, respectivement contrôleur divisionnaire et contrôleur des services extérieurs. Mais ce procès-verbal n'est signé que du premier. Or l'article 31 du décret du 29 décembre 1986, pris en application de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, dispose que les procès-verbaux des agents de cette direction « sont signés de l'enquêteur ». La cour d'appel de Paris, par arrêt du 10 juillet 1990 (*Gaz. Pal.* 15

nov. 1990, note Marchi) annule le procès-verbal et, par voie de conséquence, toute la procédure ultérieure et donc la poursuite. Les magistrats ont considéré, en effet, que les dispositions de l'article 31 sont d'ordre public. Sans le dire expressément en revanche, ils ont estimé aussi que l'expression « signés de l'enquêteur » devait être interprétée comme signifiant qu'il faut la signature de chaque enquêteur s'ils sont deux. L'argument est convaincant car le texte ne dit pas « signés d'un enquêteur » ou simplement « signés ». Mais fallait-il pour autant aller jusqu'à annuler toute la procédure ?

Il n'y a pas à notre connaissance de jurisprudence sur les procès-verbaux rendus en application de l'ordonnance de 1986, du moins en ce qui concerne la signature. Mais il existe une jurisprudence sur les procès-verbaux établis en droit commun par les officiers de police judiciaire, et qui est identique à celle de l'arrêt de la cour de Paris. Il a été jugé en effet qu'un procès-verbal de confrontation non signé par un juge d'instruction doit être considéré comme « inexistant » (Crim. 13 nov. 1968, *Bull. crim.* n° 294) et l'on n'aura pas manqué de voir que cet objectif est plus puissant encore que celui de « nul ». Or on sait que la jurisprudence a de longue date décidé que les dispositions sur les procès-verbaux d'instruction (art. 78 c. instr. crim., aujourd'hui art 107 c. pr. pén.) sont applicables aux procès-verbaux des officiers de police judiciaire (Crim. 9 juin 1898, *Bull. crim.* n° 213). Donc les procès-verbaux d'enquête pour une affaire de police judiciaire doivent être signés à peine de nullité. L'arrêt ci-dessus évoqué étend cette règle aux procès-verbaux d'une enquête menée par des fonctionnaires de la direction de la concurrence. Le statut de l'enquête administrative est ainsi identique à celui de l'enquête de police judiciaire.

VII. – INFRACTIONS CONTRE LA QUALITE DE LA VIE : CONSTRUCTION ET URBANISME

Fernand BOULAN

Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille
Directeur du Centre de droit pénal international et de criminologie comparée

1. *Les mesures de rétablissement des lieux dans leur état antérieur*

Par son arrêt en date du 20 mars 1990 (*publication Flash*), rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Rennes, la Chambre criminelle de la Cour de cassation éclaire, s'il en était besoin, l'interprétation de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme.

Il est en effet précisé que « les mesures de démolition des ouvrages et de réaffectation du sol, prévues par l'article L 480-5 du code de l'urbanisme, sont l'une et l'autre ordonnées en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur et que la démolition ne peut en conséquence qu'être complète ».

En l'espèce, le demandeur au pourvoi ayant été déclaré coupable d'avoir édifié une construction sans permis, avait été condamné sous astreinte à démolir les ouvrages litigieux. Estimant que la démolition était réalisée dès lors que l'édifice construit sans autorisation avait été rendu inhabitable, il avait introduit une requête en interprétation devant la cour d'appel. Celle-ci avait rejeté la requête en énonçant que l'un des édifices n'avait été qu'en partie détruit et qu'il subsistait des murs et des fenêtres, alors que la démolition totale avait été ordonnée. Critiquant cette interprétation, il soutenait dans son pourvoi qu'il fallait distinguer entre la démolition des ouvrages et le rétablissement des lieux dans leur état antérieur. Selon lui, la démolition n'était qu'une mise hors d'état d'usage d'un immeuble, comme l'indique l'article L. 430-2 du code de l'urbanisme pour exiger un permis de démolir, alors que la disparition totale de l'immeuble ne pouvait résulter que si le rétablissement des lieux dans leur état antérieur était ordonné.

Il est évident que cette interprétation byzantine de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme ne pouvait prospérer. Elle ne se fondait que sur l'absence d'une virgule après les mots « réaffectation du sol » dans l'article L. 480-5 ! En revanche, elle ignorait l'analyse que fait la Cour de cassation en considérant que ces mesures à caractère réel sont destinées à faire cesser une situation illicite (V. notre chron., cette *Revue* 1990.103, n° 2 et Crim. 8 juin 1989).

Malgré l'absence de virgule, le sens de l'article L. 480-5 est clair. Une situation illicite ne peut disparaître que de deux façons : soit par la mise en conformité, soit par le rétablissement des lieux dans leur état antérieur en ordonnant la démolition d'ouvrages ou la réaffectation du sol suivant le cas.

Faut-il réécrire certains articles du code de l'urbanisme ?

2. *Falsification d'un plan pour l'obtention d'un permis de construire ; compétence du juge des référés pour prononcer une amende en cas de démolition sans permis*

Il est suffisamment rare pour que cela mérite d'être signalé, qu'un pétitionnaire et son architecte soient condamnés comme auteur et complice d'obtention d'un permis de construire à l'aide d'une falsification de pièce.

A la suite d'un incendie de deux immeubles, le propriétaire avait décidé avec la collaboration de son architecte, de procéder à leur reconstruction.

Une première demande de permis de construire avait été rejetée au motif que le projet de construction ne respectait pas l'existant. Une deuxième demande de reconstruction « à l'identique » avait été présentée et avait abouti à la délivrance d'un permis. Mais l'architecte avait présenté un plan de l'existant falsifié qui faisait ressortir deux étages qui initialement n'existaient pas. Fort de cette autorisation, l'immeuble avait été en partie démoli et reconstruit conformément au permis frauduleusement obtenu.

Le propriétaire ayant été déclaré coupable du délit d'obtention indue d'un document administratif (art. 154 c. pén.), et son architecte coupable de complicité, le premier soutenait dans son pourvoi ne rien savoir de la falsification opérée par le second, et avoir construit en respectant le permis obtenu.

Les juges du fond ayant correctement motivé leur décision, la Chambre criminelle devait par son arrêt du 27 juin 1990 (non publié), rejeter les moyens qui se bornaient à critiquer leur appréciation souveraine.

En revanche, l'arrêt attaqué a été censuré par voie de retranchement. Le propriétaire et son architecte avaient été poursuivis devant le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article L. 430-2 pour avoir fait démolir une partie des immeubles sans avoir au préalable obtenu un permis de démolir. La cour d'appel avait retenu sa compétence et déclaré les deux individus coupables de ces faits. Or, en vertu de l'article L. 430-9 du code de l'urbanisme, la violation des dispositions de l'article L. 430-2 expose à une amende civile de 2 000 à 500 000 F, ne pouvant être prononcée que par le tribunal de grande instance statuant en référé. Le juge pénal avait donc outrepassé ses pouvoirs.

3. *L'avis exigé par l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme : le serment inutile ; sa distinction avec une demande de démolition présentée par la commune partie civile*

On peut s'étonner que des pourvois invoquent encore des moyens de cassation qui sont par avance voués à l'échec. Tel est le cas du moyen fondé sur le fait d'avoir entendu un fonctionnaire en vertu de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme, sous la foi du serment, alors que celui-ci n'est nullement exigé.

L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 septembre 1990 (non publié) rappelle que ce serment est inutile, et qu'il ne peut par lui-même entraîner l'annulation de l'arrêt attaqué, dès lors qu'il n'est pas établi que cette irrégularité a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts du demandeur.

L'article L. 480-5 du code de l'urbanisme prévoit qu'en cas de condamnation pour une infraction prévue aux articles L. 160-1 et L. 480-4, le tribunal a, au vu des observations écrites ou après audition du maire ou du fonctionnaire compétent, statué, même en l'absence d'avis en ce sens de ces derniers sur la mise en conformité, la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol en vue de la remise en état des lieux.

Lorsque le maire ou le fonctionnaire, généralement mandaté par le préfet, est entendu, il n'a pas à prêter serment de dire toute la vérité, rien que la vérité.

La prestation de serment est prévue par le code de procédure pénale dans des cas définis. Les personnes visées par l'article 480-5 ne sont évidemment ni des experts, ni des jurés.

Sont-elles des témoins possédant des éléments pouvant conduire à la découverte de la vérité ? La réponse est encore négative.

C'est en méconnaissant le sens de leur intervention en justice que certaines juridictions leur font prêter serment. C'est aussi probablement par habitude et par précaution, même inutile. Craignant la censure, un président de juridiction se dira que

l'absence de serment peut être une cause d'annulation de sa décision, alors qu'un serment même inutile ne nuisant à personne ne peut justifier une censure.

En réalité, pourquoi le maire ou le fonctionnaire doit-il être entendu ? Parce qu'il peut apporter au tribunal des éléments d'appréciation concrète, que celui-ci peut ne pas détenir pour se déterminer sur le choix de la mesure à ordonner pour effacer les conséquences de l'infraction constatée.

Entre la mise en conformité des lieux ou des ouvrages, la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol, le choix est à la fois limité mais varié. La décision du tribunal consistera à dire si une régularisation suffit, ou bien si la méconnaissance des règles d'urbanisme est telle qu'il faut mettre les lieux dans leur état antérieur. Il s'agit, on le sait, de « mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite » (V. notre chron., cette *Revue* 1990.103, n° 2).

Dès lors, le maire ou le fonctionnaire délégué n'intervient pas en qualité de partie à la procédure ou de témoin. Il concourt à la procédure pour émettre un avis écrit ou oral, dont l'absence serait sanctionnée par la Cour de cassation (V. jurispr. citée, *in* F. Buissou et J. Hugot, c. urb., Litec : sur art. L. 480-5). Le contenu de cet avis peut être double. Il peut s'agir d'éléments législatifs ou réglementaires — c'est-à-dire juridiques — destinés à justifier qu'une mise en conformité est possible ou ne l'est pas, qu'une démolition s'impose ou non, etc. Mais il peut s'agir aussi d'éléments d'opportunité — c'est-à-dire de fait — permettant à l'administration de solliciter ou non telle mesure.

Dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, le juge du fond appréciera souverainement de l'opportunité de la condamnation à la démolition ou la remise en état, sans contrôle de la Cour de cassation (V. Crim. 27 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 304, p. 771).

Outre ce premier point, l'arrêt signalé rappelle le principe de droit processuel, que l'article 802 du code de procédure pénale proclame pour la procédure pénale, à savoir que sauf exception il n'y a pas de nullité sans grief.

En l'espèce, comme c'est d'ailleurs toujours le cas, aucune atteinte aux intérêts du demandeur ne résultait du fait d'avoir fait prêter serment au fonctionnaire de la direction départementale de l'équipement. L'atteinte n'était même pas invoquée.

On voit mal de quel préjudice pourrait se plaindre une partie d'avoir fait jurer à un maire ou un fonctionnaire de dire la vérité, rien que la vérité !

Par ailleurs, l'arrêt de la Chambre criminelle du 20 mars 1990 (*Brandel*), sous la présidence de M. Le Gunehec, censure un arrêt de la cour d'appel de Nancy pour s'être satisfait d'une demande de démolition présentée par une commune qui s'était constituée partie civile sans mentionner, ni probablement avoir requis, l'audition du maire, du préfet ou de son représentant ou de leurs observations écrites. Le motif est péremptoire : « que la demande de démolition présentée par la commune qui s'était constituée partie civile et qui était représentée à l'audience par un avocat ne constitue pas l'avis exigé par l'article L. 480-5 précité ».

C'est une nouvelle manière de rappeler le caractère impératif de cette formalité, comme nous l'indiquons ci-dessus.

C'est aussi la première fois que la Chambre criminelle la distingue catégoriquement d'une demande formulée par une commune en qualité de partie civile. Il est vrai que les deux actes sont de nature différente (constitution de partie civile et avis), même s'ils expriment une même intention. Mais la demande de la commune représentée par un avocat ne peut équivaloir à l'audition du maire ou du représentant du préfet.

VIII. – INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT SOCIAL

Antoine LYON-CAEN

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

1. *Comité d'entreprise. Entrave. Information et consultation. Cession de contrôle. Moment. Article L. 431-5 du code du travail*

Quel degré de maturité doit présenter un projet de décision pour que l'information et la consultation du comité d'entreprise soient requises, sous peine des sanctions encourues au titre du délit d'entrave ? Telle est la question qui traverse un arrêt de la Chambre criminelle du *29 mai 1990*.

Le contentieux avait trait à la cession par la société Rhône-Poulenc du contrôle d'une de ses filiales à quatre cadres de l'entreprise. La chronologie des opérations est capitale pour comprendre la critique que la Chambre criminelle adresse à la cour d'appel dont l'arrêt concluait à l'existence d'une entrave. La première réunion d'information du comité central d'entreprise de la société dont le capital allait changer de mains s'est tenue le 23 mars 1987. Or, dès le 19 mars, les modalités de l'opération avaient été exposées par la direction à l'administration du travail. Et le 24 mars, soit le lendemain de la première réunion d'information et avant toute consultation, la direction annonçait à tout le personnel ses décisions, en même temps qu'elle diffusait un communiqué à la presse. Ces éléments, et quelques autres, avaient paru suffisants à la cour d'appel pour décider que l'information et la consultation n'avaient pas eu lieu en temps utile et retenir la responsabilité pénale du dirigeant poursuivi. L'arrêt est cassé par la Chambre criminelle pour contradiction de motifs. Mais, sous couvert de cassation disciplinaire, la Chambre criminelle suggère une analyse, dont on signalera les trois étapes. Elle note d'abord que « l'annonce à la presse et au personnel, de ce qui n'était alors en réalité qu'un projet de décision, n'a pas eu pour effet de transformer ce projet en décision définitive ». Elle ne tient pas là sa formule essentielle, puisqu'elle souligne ensuite que la « consultation [doit] seulement précéder la décision effective ». Enfin elle relève « à cet égard » que l'acte de cession d'actions a été signé le 10 juin 1987 et que le comité central d'entreprise a été informé le 23 mars et le 1er avril 1987, et consulté le 16 avril (le comité d'établissement l'a été, respectivement, le 2 et 17 avril), ce dont il résulte, selon elle, que l'arrêt de condamnation est entaché d'une contradiction de motifs.

Admettons, comme la Chambre criminelle, que la consultation doit seulement précéder la décision effective. La loi se limite à dire que « la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise » (art. L. 431-5, al. 1, c. trav.). C'est ce qui entoure l'énoncé central de la Chambre criminelle qui, en réalité, importe. Car les indications initiales et ultimes montrent comment elle conçoit, dans ce qui est un processus, ou une chaîne, le moment de la consultation obligatoire. Ne nous méprenons pourtant pas sur la formule initiale. Contrairement à ce que pourrait suggérer une lecture hâtive, la consultation ne peut porter que sur un projet de décision, dès lors que la loi exige, en faisant siennes les leçons données par la Chambre criminelle elle-même (V. R. Vatinet, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Sirey, 1983, p. 218 ; G. Lyon-Caen et J. Pelissier, *Droit du travail*, Dalloz, 15e éd. 1990, n° 778), que la consultation précède la décision. Dans l'analyse de la décision, la Chambre criminelle s'intéresse à deux événements, l'un qu'elle semble tenir pour négligeable, l'autre, au contraire, qu'elle charge d'un poids juridique. L'événement négligeable est l'annonce des décisions à la presse et au personnel ; l'événement significatif

est la conclusion de l'acte de cession. La consultation n'a point besoin de précéder le premier ; elle doit, en revanche, avoir lieu avant le second.

Avouons qu'une analyse inverse aurait été plus convaincante. Le moment de la conclusion de l'acte de cession devrait être regardé comme insignifiant, car il s'agit de l'exécution de la décision. A la recherche du temps de la consultation, les juges devaient être invités à repérer ce qui révèle qu'un choix économique (financier ou technique) a été arrêté dans son principe et ses modalités générales. Or force est de dire que l'annonce à la presse et au personnel (la mise en oeuvre d'une stratégie d'une communication) marque, en général, mieux que tout autre indice que pareil choix a été arrêté. L'avis du comité d'entreprise ne doit-il pas être sollicité et obtenu à une phase où, saisi d'un projet suffisamment élaboré (Crim. 3 févr. 1981, *Jurispr. soc. UIMM* n° 418, p. 198), il doit être en mesure d'exercer sa capacité d'influence et d'obtenir, le cas échéant, une modification du projet ? Nous ajouterions volontiers que permettre au chef d'entreprise de communiquer au public et au personnel la teneur de ses choix avant d'avoir laissé au comité le temps de se prononcer, c'est permettre l'affaiblissement d'une institution dont les pouvoirs sont déjà, en France, modestes.

2. *Discrimination. Refus d'embauche en considération de la situation de famille. Article L. 123-1 du code du travail. Eléments constitutifs*

Interrogé par les délégués du personnel sur l'absence de suite donnée à une demande de mutation d'une caisse de mutualité agricole à une autre, présentée par une salariée mariée, le responsable du recrutement avait répondu, sur le registre prévu par l'article L. 424-5 du code du travail, « l'expérience me dicte le principe de ne recruter aucun proche ou allié des membres du conseil d'administration ou du personnel. J'ai déjà eu le regret de le dire à plusieurs collaborateurs ayant des enfants au chômage ».

Poursuivi, à l'initiative d'une union syndicale, pour avoir opposé un refus d'embauche discriminatoire au sens de l'article L. 123-1-*b* du code du travail, ce responsable du recrutement avait été relaxé au double motif que la mutation demandée n'était pas de droit et qu'en tout état de cause, le registre des délégués du personnel étant une pièce interne à l'entreprise « la publicité visée comme fondement de l'action n'est pas constituée ». Cet arrêt de relaxe est cassé par la Chambre criminelle, dans une décision du *23 octobre 1990*. Selon la Haute juridiction, les dispositions de l'article L. 123-1-*b* du code du travail sur lesquelles les poursuites étaient fondées, ne visent pas une condition spéciale de publicité. Les juges du fond, en ajoutant ainsi une condition ou, si l'on préfère, un élément de l'infraction que la loi ne prévoit pas, n'ont pas justifié leur décision. La censure ne souffre aucune discussion. Les juges du fond avaient, semble-t-il, confondu l'interdiction des offres d'emploi discriminatoires, énoncées sous la lettre *a.* de l'article L. 123-1 et l'interdiction du refus d'embauche (de la mutation, de la résiliation et du non-renouvellement d'un contrat) discriminatoire, seule invoquée par le syndicat poursuivant, et énoncée sous la lettre *b.* du même texte.

L'autre motif de relaxe, que la Chambre criminelle n'examine pas, ne devrait pas plus trouver grâce à ses yeux. Que la décision patronale litigieuse relève de son pouvoir discrétionnaire ne saurait être une cause d'immunité contre les poursuites du chef de discrimination. Au demeurant, l'embauche est, en France, sauf dispositions particulières d'une convention collective, l'acte discrétionnaire par excellence. Cela explique que le refus d'embauche discriminatoire est, sinon rare, du moins difficile à établir. Cela montre aussi l'importance du rôle des délégués du personnel qui, grâce à leur pouvoir de réclamation et à l'obligation faite à l'employeur de consigner ses réponses sur un registre spécial, peuvent ouvrir la voie à un contrôle du pouvoir discrétionnaire.

3. *Règlement intérieur. Consultation des représentants du personnel et communication à l'inspection du travail. Notes de service (art. L. 122-34, L. 122-36 et L. 122-39 c. trav.)*

C'est, semble-t-il, la première fois que la Chambre criminelle doit faire application des dispositions de l'article L. 122-39 du code du travail : « les notes de service ou

tout autre document qui portent prescriptions générales et permanentes dans les matières mentionnées à l'article L. 122-34 sont ..., en toute hypothèse, soumis aux dispositions de la présente section ». Lorsque leur objet est donc la discipline ou l'hygiène et la sécurité, les notes de service sont soumises au même régime qu'un règlement intérieur : elles doivent être transmises pour avis au comité d'entreprise, et, dans le champ de sa compétence, au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et communiquées à l'inspection du travail, chargée du contrôle de leur légalité.

Des consignes écrites relatives au nettoyage des caisses et des allées d'un magasin et adressées aux caissières relèvent-elles de l'article L. 122-39 du code du travail ? Le dirigeant poursuivi faisait valoir deux arguments principaux pour contester l'applicabilité des règles relatives au règlement intérieur : le document déterminait principalement l'organisation du travail et les consignes n'étaient adressées qu'aux caissières et non à l'ensemble du personnel, ce qui, selon lui, interdisait d'y voir des règles générales. Ce second argument n'ayant guère de chance d'être retenu dès lors que, selon l'article L. 122-33, « des dispositions spéciales peuvent être établies pour une catégorie de personnel ... ». Quant au premier, il est écarté par la Chambre criminelle dans son arrêt du *26 juin 1990* (*Cah. soc. barreau Paris*, n° 23 A 50) dans les termes suivants : « même s'il comportait certaines dispositions visant l'organisation de travaux confiés à une seule catégorie de personnel de la société et étrangers à l'article L. 122-34 du code du travail, le document en cause concernait aussi des prescriptions générales et permanentes d'hygiène applicables dans l'établissement considéré ». Cet arrêt est doublement bien venu. D'abord il évite de se référer à l'objet principal d'un document pour déterminer s'il relève du régime du règlement intérieur. Ce critère conduirait à des subtilités excessives. Ensuite il donne au régime du règlement intérieur le domaine le plus étendu possible, répondant par là à l'objectif de l'article L. 122-39 du code du travail. Comme en France, ce régime est respectueux du pouvoir unilatéral du chef d'entreprise, cette politique judiciaire ne paraîtra pas superflue.

4. *Représentants du personnel. Heures de délégation. Contestation de leur usage par l'employeur. Entrave ?*

Si la loi du 28 octobre 1982 a dorénavant interdit à l'employeur de s'abstenir de régler à un représentant du personnel le salaire correspondant aux heures de délégation dont il a fait usage, elle lui a laissé la faculté de contester *a posteriori* cet usage et d'agir en restitution de tout ou partie du salaire versé. Cette faculté doit-elle être contrôlée dans son exercice ou l'employeur peut-il agir de manière systématique ou sans avoir à justifier de raison particulière ? La question bat son plein et les premières décisions rendues ont suscité des réactions très réservées (V. J.-M. Verdier, « La justification des heures de délégation : dérive jurisprudentielle et menaces sur la représentation du personnel », *Droit social* 1988.713 ; « La justification des heures de délégation », *Droit social* 1989.637). La Chambre sociale de la Cour de cassation vient juste de fixer quelques bornes à l'action en justice de l'employeur. Celui-ci, avant d'agir en remboursement, doit avoir préalablement demandé à l'intéressé, fut-ce par voie judiciaire, l'indication de l'utilisation du crédit d'heures. Par ailleurs, il abuse de son droit d'ester en justice s'il n'a aucun grief quant à l'utilisation des heures de délégation (V. Soc. 21 nov. 1990 : *Liaisons soc.* n° 6464, 17 déc. 1990, 2 arrêts). Ces bornes, la Chambre criminelle les établit-elle à l'aide du délit d'entrave ? Dans deux arrêts du *16 octobre 1990*, elle affirme que la contestation en justice de l'employeur n'est pas, en elle-même, susceptible d'une incrimination pénale. Elle paraît aussi ménager l'hypothèse d'un abus du droit d'agir en justice. Mais, dans un cas, il était constant que l'employeur avait été « incapable d'étayer de simples soupçons », pourtant aucun abus n'est retenu ; et, dans l'autre, l'argument des parties civiles selon lequel la demande de l'employeur était systématique et ne prenait appui sur aucun soupçon n'est pas jugé constituer un motif auquel les juges du fond auraient dû répondre. De l'abus, Chambre sociale et Chambre criminelle sont, ainsi, en passe de n'avoir pas la même conception. Affaire à suivre.

IX. – INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Jacques FRANCILLON

Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Grenoble

Infractions relevant du droit de la communication audiovisuelle. Emissions de radiodiffusion sonore par voie hertzienne (loi 29 juill. 1982 ; loi 30 sept. 1986 ; loi 17 janv. 1989)

1. *Emissions non autorisées (loi 30 sept. 1986, art. 78). Rôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le procès pénal*

Le dossier de la bande FM, dans lequel s'étaient enlisées la Haute Autorité et la CNCL, s'il est moins explosif que par le passé, ne suscite pas moins un contentieux relativement abondant. *La Lettre du CSA*, publication mensuelle de la nouvelle instance de régulation de la communication audiovisuelle, témoigne de l'instabilité chronique d'un secteur où le nombre des émissions pirates le dispute encore à celui des rachats de fréquences et des liquidations judiciaires. Dans un pareil contexte, les décisions rendues par la Cour de cassation méritent tout particulièrement de retenir l'attention. Tel est le cas de l'arrêt *Dumarché* (Crim. 5 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 463 ; *D.* 1990.Somm.292, obs. Th. Hassler ; *JCP* 1990.IV.96). Rejetant le pourvoi formé contre une décision de condamnation pour émission illicite (Rouen, 24 avr. 1989), délit prévu et réprimé par l'article 78 de la loi du 30 septembre 1986 (modifié par la loi du 17 janv. 1989), cet arrêt considère que le seul fait de procéder sans autorisation à des émissions de radiodiffusion par voie hertzienne est constitutif de l'infraction. Dans la mesure où l'incrimination a pour objet d'assurer l'observation d'une discipline collective (Légal, « La responsabilité sans faute », *Mélanges Patin*, p. 131 et s.), le législateur ayant été avant tout soucieux d'éviter les désordres sur la bande de modulation de fréquence, il semble bien que les critères habituellement retenus par la jurisprudence et la doctrine pour caractériser ce type d'infractions soient en effet réunis, compte tenu du silence de la loi sur l'élément intentionnel (V. plus particulièrement, J.-P. Marty, « Les délits matériels », cette *Revue* 1982.41 et s. et M. Puech, *Droit pénal général*, Litec 1988, n° 557 et s., ce dernier auteur mettant l'accent sur la « fonction régulatrice » de l'incrimination de la « pure indiscipline »).

Mais c'est surtout à un autre titre que l'arrêt est intéressant, car, en soulevant d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité de l'intervention du CSA pour défendre au pourvoi, il consacre, a-t-on écrit, une interprétation « restrictive » de la loi de 1986 (1er rapport du CSA, *La documentation française*, p. 309), et invite à réfléchir sur les nouveaux modes de régulation et la limitation corrélative des pouvoirs de l'institution judiciaire, à un moment où les juristes hésitent face au développement d'organismes comme le CSA (V. notamment les actes du colloque organisé par l'Université Paris I, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, sous la direction de G. Timsit et C. Colliard). La loi, on le sait, donne qualité au président du CSA pour agir en justice au nom de l'Etat (art. 20), et au Conseil lui-même pour *saisir* le procureur de la République de toute infraction à ses dispositions (art. 42-11). Le demandeur avait tiré argument de ce dernier texte pour prétendre que l'engagement des poursuites pénales était subordonné à la saisine du parquet, et qu'à défaut ces poursuites étaient irrégulières. Mais, en l'absence d'une disposition législative imposant expres-

sément cette condition, la cour, faisant l'analogie avec l'article 40, alinéa 2 du code de procédure pénale, ne pouvait qu'écarter ce moyen. Bien plus, et pour la même raison, elle a dénié au CSA la qualité de partie poursuivante au sens des articles 1er, alinéa 1 et 31 du code de procédure pénale, les termes de l'article 42-11 n'impliquant, selon elle, aucune restriction aux pouvoirs du parquet (rappr. loi 6 janv. 1978, art. 21-4° : la CNIL « dénonce au parquet ... conformément à l'article 40 » ; comp. loi 3 janv. 1973, art. 10 : « le médiateur peut ... saisir d'une plainte la juridiction répressive »). Quant à permettre à cette instance, d'ailleurs non dotée d'une personnalité morale distincte de celle de l'Etat, de se prévaloir de la qualité de partie civile pour déclencher l'action publique ou la corroborer, il n'était pas possible de l'admettre en l'absence d'un préjudice personnel et direct (art. 2, c. proc. pén.) ou d'un texte exprès lui reconnaissant le droit d'agir devant les juridictions répressives pour défendre les intérêts collectifs des auditeurs — question qui s'était déjà posée à propos d'actions engagées par TDF et que la Chambre criminelle, contrairement à certains juges (par ex. Trib. grande inst. Pontoise, 7 déc. 1984, inédit), avaient résolue dans le même sens en déclarant la constitution de partie civile irrecevable, le préjudice invoqué se confondant avec l'intérêt social que le ministère public est précisément habilité à défendre (Crim. 4 oct. 1989, *Droit pénal* janv. 1990, n° 28, p. 9, obs. J.-H. Robert, rejetant le pourvoi formé contre Chambéry, 29 oct. 1986).

Ces solutions peuvent surprendre si l'on fait le rapprochement avec d'autres situations où des administrations, loin d'être de simples auxiliaires du parquet, sont les rivales de celui-ci et de véritables agents de la répression judiciaire (Livre des procédures fiscales, art. 235 ; code des douanes, art. 343 et 356 ; code des P. et T., art. L. 28, etc. : V. M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, T. 1, PUF, 1990, p. 197 et s. ; A. Roger, *Le rôle de l'administration dans le procès pénal*, thèse dactylographiée, Grenoble, 1980, p. 101 et s., 152 et s. et 402 et s.). Le contraste est encore plus saisissant avec les facilités offertes à de nombreuses associations habilitées à agir devant les juridictions pénales (c. proc. pén., art. 2-1 et s.) ; ainsi des joueurs ayant participé à une loterie prohibée sont-ils mieux défendus et protégés (Crim. 22 août 1990, *D.* 1990.IR.243) que les auditeurs de radio dont les programmes favoris sont rendus inaudibles par des brouillages intempestifs. Aussi, l'objectif étant de remettre de l'ordre sur la bande FM et de prévenir les perturbations radioélectriques de toute nature, il paraît à première vue peu opportun d'exclure le CSA du procès pénal.

De sérieuses justifications peuvent toutefois être invoquées en faveur du principe consacré par l'arrêt *Dumarché*. D'abord parce qu'il est sage de ne pas élargir exagérément les pouvoirs répressifs d'une autorité administrative, fût-elle indépendante et investie d'une mission dite de régulation, dans un secteur soumis depuis longtemps à toute sorte de turbulences ; sur le plan pénal, c'est moins, d'ailleurs, l'indépendance de cette institution qui est en cause (V. obs. Hassler préc.) que, selon nous, celle des magistrats du parquet, à laquelle on ne saurait porter atteinte sans de solides raisons. Ensuite parce qu'en chargeant à l'excès la barque de la répression, on risque non seulement de transformer la nature de la mission du CSA, mais encore de déséquilibrer profondément le procès pénal au détriment des droits de la défense : « sur-représentation » de l'intérêt général (C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la constitution », *Rev. dr. publ.* 1990, p. 209), droit à un procès équitable et égalité des armes (G. Cohen-Jonathan, *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1988, p. 394), double qualité de juge et de partie (B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB », *Rev. fr. dr. adm.* 1989, p. 682) ; on le voit, les raisons ne manquent pas de bouter le CSA hors du procès pénal. Il est vrai que l'argument tiré de l'exigence d'impartialité, qui a interdit à la COB de cumuler le pouvoir de prononcer des sanctions administratives et celui de participer à une procédure pénale concernant les mêmes faits (Cons. constit., décis. n° 89.260 DC 28 juill. 1989, *JO* 1er août 1989, p. 9676), n'est pas entièrement transposable au CSA : s'il vaut pour les radios *autorisées* en infraction avec la loi, il est moins

convaincant s'agissant, comme en l'espèce, de radios émettant *sans autorisation*, qui relèvent exclusivement de l'action pénale.

Cela dit, la répression administrative et la répression pénale sont fondamentalement différentes, et c'est probablement là que se situe, en définitive, la justification essentielle de l'exclusion du CSA du procès pénal. La première s'inscrit dans le cadre d'une mission de régulation : chargé de gérer des fréquences, le CSA dispose désormais du pouvoir de faire respecter ses directives, de manière très souple, mais au besoin par la contrainte, grâce à une gamme étendue de sanctions administratives réellement dissuasives (loi 1986, art. 42 et s.). La seconde est d'une autre nature : elle est destinée à frapper des délinquants dont le comportement, moralement et socialement blâmable, révèle, par lui-même, un véritable mépris de la loi (V. rapport du CSA, préc., p. 304 et 308). Dès lors, s'il ne s'agit plus de gérer mais de stigmatiser, dans le dessein de punir, une autorité administrative, fût-elle, encore une fois, indépendante, ne semble pas être, en l'occurrence, la mieux placée pour mener ce combat (comp. A. Roger, thèse préc., p. 29 et 594 ; *adde* Mourgeon, « La répression administrative », LGDJ 1967 ; Delmas-Marty, *op. cit.*, T. 1, p. 202 et s. et 243 et s., et *Rev. int. dr. pén.* 1988, n° 1-2, p. 27 et s.). En décider autrement ne ferait qu'accentuer les craintes de ceux qui, inquiets devant l'accroissement des fonctions juridictionnelles des AAI et autres comités de sages au détriment des autorités judiciaires (D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Economica, 1987, p. 365), déplorent les « poursuites incessantes et tracassières » pouvant conduire aux plus lourdes amendes (C. Gavalda, note sous Paris, 21 mai 1990, *D.* 1990.523, à propos du Conseil de la concurrence ; V. pour des propos plus rassurants, B. Stirn, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *AJDA* 1990.591).

Il est vrai que, faute de pouvoir imposer sa propre vision, l'administration peut, sans inconvénient, devenir la « servante » de la justice pénale et collaborer avec elle. La circulaire du 27 septembre 1989 (*JCP* 1989.III.63243) ne dit pas autre chose lorsqu'elle donne pour instruction aux parquets de n'engager des poursuites contre les radios autorisées émettant irrégulièrement qu'en dernier recours, après s'être assurés de l'échec des procédures de régulation. Les principes sont saufs, mais le CSA demeure alors, en fait, à défaut de l'être en droit, une pièce maîtresse de la répression judiciaire.

2. *Constatation des émissions irrégulières par procès-verbaux*

L'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics contre les radios en infraction est subordonnée, sur le plan pénal, à deux conditions : il faut d'abord que la matérialité du délit puisse être constatée par des agents compétents à la fois sur le plan technique et sur le plan juridique ; il faut ensuite faire cesser le plus rapidement possible les émissions irrégulières en saisissant et en confisquant les matériels et les installations de ces radios. Juridiquement possible dès la constatation du délit (loi 30 sept. 1986 modifiée, art. 78, al. 6), la saisie est cependant loin d'être systématique (V. 1er rapport du CSA, *La documentation française*, p. 308). Les inculpés peuvent d'ailleurs obtenir la restitution des appareils illicitement utilisés (Crim. 21 févr. 1989, *Bull. crim.* n° 85 ; *Gaz. Pal.* 3-4 nov. 1989, p. 9). Quant à la confiscation, peine complémentaire facultative (art. 78, al. 7 ; Crim. 5 déc. 1989, *Dumarché*, *supra* n° 1), elle semble être assez fréquemment prononcée (Colmar, 11 et 18 janv. 1990 ; Nîmes, 13 févr. 1990 ; Rouen, 12 mars 1990 ; Trib. grande inst. Vienne, 24 avr. 1990 ; *Contra* Trib. grande inst. Grenoble, 12 déc. 1989*), parfois même à titre de peine principale (Trib. grande inst. Strasbourg, 25 sept. 1989 et Trib. grande inst. Saint-Etienne, 13 juin 1990*).

* Décisions aimablement communiquées par M. Laurent Bauer, chargé de mission au Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Seule, en vérité, la première condition soulève de réelles et permanentes difficultés juridiques. Celles-ci tiennent à l'inadaptation de législations anciennes aux incessantes mutations du paysage audiovisuel français. Les textes invoqués pour justifier la compétence de ces « introuvables » agents assermentés que sont les représentants de TDF, de la CNCL et, aujourd'hui, du CSA, notamment les articles 113 et 114 de la loi de finances du 31 mai 1933 (« agents assermentés des PTT ») et 64 du code des PTT (« fonctionnaires assermentés de la radiodiffusion française »), auxquels renvoie d'ailleurs la circulaire du 27 septembre 1989 s'agissant des personnels déjà assermentés (*JCP* 1989.III.63243), ne permettraient pas de faire reposer sur des fondements juridiques incontestables l'habilitation de ces agents à constater les infractions dites « techniques » à l'article 78 de la loi du 30 septembre 1986. Telle est du moins l'opinion de la doctrine récente (X. Delcros, « Le contrôle des infractions aux règles de la communication audiovisuelle », *AJDA* 1988, p. 341 et s. ; B. Cousin, B. Delcros, Th. Jouandet, *Le droit de la communication*, éd. du Moniteur, 1990, T. 2, p. 322), à laquelle souscrivent certaines juridictions (Paris, 9 juill. 1986, cité par X. Delcros, et, en dernier lieu, Trib. grande inst. Carpentras, 28 sept. 1989, infirmé par Nîmes, 13 févr. 1990*), plusieurs d'entre elles étant allées jusqu'à refuser d'assermenter les agents de la CNCL (cf. avis de la Commission des lois du Sénat, Ch. Jolibois, Doc. Sénat 1988-1989 n° 68, p. 42). Les arguments invoqués ne manquaient pas de pertinence à un époque où aucune « loi spéciale », au sens de l'article 28 du code de procédure pénale, ne confiait des attributions de police judiciaire aux agents de TDF ou de la CNCL. Mais cette lacune a été comblée par la loi du 17 janvier 1989 qui a précisé la qualité des personnes compétentes pour constater ce type d'infractions : il s'agit des agents du CSA et de « ceux placés sous son autorité », pourvu qu'ils soient spécialement habilités par ce dernier et assermentés « dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat » (art. 78, al. 5, nouveau). Tel est le cas des agents que TDF est *tenu* (loi 1986, art. 51, al. 4, *in fine*), pour ce qui est nécessaire à l'exercice des attributions légales du CSA, de mettre à la disposition et de « placer sous l'autorité » de celui-ci (art. 100), en vue d'assurer par exemple le contrôle de l'utilisation des fréquences (art. 22) ; car, dès lors que ces agents sont dûment habilités et assermentés, ils sont, *en outre*, compétents pour accomplir la mission légale de police judiciaire qui leur a été spécialement confiée par la loi (art. 78, al. 5).

Ces pouvoirs de police judiciaire n'excluent pas pour autant l'application des règles de preuve du droit commun. Tel est le sens de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 25 juillet 1990 (*Burg*, inédit* ; *JCP* 1990.IV.380 ; *D.* 1990.IR.283). Des poursuites pénales pour émissions non autorisées avaient été engagées sur la base de deux procès-verbaux dressés le 20 février et le 27 juin 1989 par un agent assermenté de TDF. La prévenue avait soutenu que ce dernier, ayant prêté serment le 21 octobre 1978, n'avait pas qualité pour constater les délits. Mais, au cours de l'enquête préliminaire, elle avait reconnu qu'elle émettait illégalement depuis déjà douze ans. Les premiers juges en avaient déduit que cet aveu conférait un fondement valable aux poursuites et que l'éventuelle irrégularité des procès-verbaux n'avait pu porter atteinte aux intérêts de la défense. Bien qu'ayant également fait état de cet aveu, la cour d'appel (Colmar, 18 janv. 1990) s'était attachée à démontrer que l'agent de TDF était bien compétent pour opérer ces constats : motifs qualifiés de surabondants — mais non pas d'erronés — par la Chambre criminelle, en raison des autres énonciations de l'arrêt qui établissaient l'existence du délit (*adde* : Colmar, 11 janv. 1990 et Nîmes, 13 févr. 1990*).

Le recours à l'article 427 du code de procédure pénale permettait en effet d'éviter toute discussion sur le point de savoir si les procès-verbaux litigieux avaient bien été dressés par un agent compétent. Il en eût été toutefois différemment si la nullité avait été invoquée pour faire échec à la prescription de l'action publique (Crim. 14 nov. 1989, *Bull. crim.* n° 410), celle-ci pouvant être interrompue par de tels actes (Crim. 19 mars 1979, *Bull. crim.* n° 111 ; 26 nov. 1985, *ibid.* n° 378 ; 6 janv. 1987, *ibid.* n° 2 ; 21 mars 1988, *ibid.* n° 134), mais seulement lorsqu'ils émanent d'autorités

compétentes (Crim. 29 nov. 1983 et 26 juill. 1988, *Bull. crim.* n° 323 et 305, pour des procès-verbaux de l'administration des douanes ; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, T. 2, Cujas, 1989, n° 53 ; Stéfani, Levasseur et Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 1990, n° 153 ; Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 1990, n° 177). En l'occurrence, l'admission des modes de preuve du droit commun n'avait rien de surprenant, car la compétence d'attribution spéciale des fonctionnaires et agents de certaines administrations n'exclut pas la compétence générale et concurrente des officiers de police judiciaire (V. c. proc. pén., art. C. 68 ; c. trav., art L. 611-1 ; loi 11 mars 1957, art. 75 ; loi 3 juill. 1985, art. 53 ; *adde* : décr. 22 janv. 1919, art. 1er, al. 2) et ne fait nullement échec au principe, maintes fois rappelé en jurisprudence, selon lequel les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve (V. en dernier lieu, Crim. 17 nov. 1987 et 5 sept. 1989, *Bull. crim.* n° 411 et 314, cette *Revue* 1990.583, obs. Pradel : agents du Centre national de cinématographie ; Crim. 7 mars 1989, *ibid.* n° 112 : art. R. 222 c. route). Il n'en est autrement que lorsqu'il résulte des textes que l'établissement d'un procès-verbal est « la base *obligatoire* des poursuites pénales » (Crim. 17 nov. 1987, préc.) ; or, tel n'est pas le cas de l'article 78, alinéa 5, de la loi du 30 septembre 1986, celui-ci prévoyant que les agents spécialement habilités à cet effet *peuvent* constater les émissions irrégulières par procès-verbal.

La solution s'harmonise avec celle retenue par l'arrêt *Dumarché* : l'une et l'autre limitent les ingérences de l'instance de régulation dans l'exercice des fonctions judiciaires. Déjà juges de l'opportunité des constats (rappr. J.-H. Robert, « Les investigations des fonctionnaires investis de certaines fonctions de police judiciaire », [art. 15, 3e c. proc. pén.], *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 431 et s., spécial p. 436), les agents assermentés de TDF, et le CSA lui-même, ne doivent pas, en outre, être juges de l'opportunité de la répression, soit qu'ils cherchent à la paralyser, soit qu'ils veuillent au contraire la déclencher. C'est pourquoi la loi, de manière cohérente, prescrit aux premiers de *transmettre* les procès-verbaux au procureur de la République (art. 78, al. 5) et, au second, de *saisir* celui-ci (art. 42-11). S'agissant en effet d'infractions qui, quoique « techniques » et « matérielles », n'ont rien d'insignifiant, il convient d'en informer le ministère public pour qu'il prenne les mesures adéquates relatives aux enquêtes et aux poursuites. Il est clair qu'en confiant à certains agents des pouvoirs — somme toute limités — de police judiciaire, le législateur n'a pas entendu dépouiller les magistrats du parquet de la plénitude de leurs attributions (rappr. Cons. constit. décis. n° 90.281, D.C. 27 déc. 1990, *JO* 29 déc. 1990, p. 16343).

3. *Légalité des décisions limitant la puissance d'émission*

A quelles conditions les dispositions techniques assortissant la décision d'autorisation et limitant la puissance rayonnée maximale d'émissions de radiodiffusion sonore par voie hertzienne peuvent-elles constituer le fondement de poursuites pénales ? C'est à cette question que la Chambre criminelle a eu à répondre sur le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Lyon du 6 juillet 1989 qui, par application des articles 97 de la loi du 29 juillet 1982 et 78 de la loi du 30 septembre 1986, avait déclaré les trois responsables de la station Radio-scoop coupables d'avoir émis sans respecter la puissance attribuée et les avait dispensés de peine. Devant les juges du fond, les prévenus n'avaient contesté ni la matérialité des faits, ni la légalité de l'autorisation d'émettre délivrée le 13 avril 1984 par la Haute Autorité de la communication audiovisuelle ; mais ils avaient invoqué l'illégalité du cahier des charges particulières annexé à cette autorisation, document qui, selon eux, était distinct de l'autorisation et aurait dû, par conséquent, être daté et signé, et comporter la désignation de l'autorité dont il émanait. La cour d'appel n'avait eu aucun mal à écarter ce grief : il lui avait suffi de constater qu'un tel document, établi par la Haute Autorité en application de l'article 83 de la loi de 1982 et en conformité avec l'article 5 du cahier des charges générales (décr. n° 82-960 du 15 nov. 1982), faisait juridiquement corps avec la décision d'autorisation, elle-même régulièrement notifiée et publiée (V. en ce sens pour un rappel du régime des autorisations antérieur à 1986, Ch. Debbasch, *Droit de*

l'audiovisuel, 1988, n° 125-128). Mais les prévenus ne s'en étaient pas tenus à cette critique : sans dénier à la Haute Autorité le pouvoir de limiter la puissance d'émission de leur station, ils lui reprochaient de ne pas avoir motivé sa décision. La cour de Lyon avait cependant estimé qu'en l'absence d'une disposition légale imposant une telle obligation, le cahier des charges particulières était parfaitement régulier. Réunissant les deux moyens du pourvoi, la Chambre criminelle approuve les juges du fond de s'être ainsi déterminés, « dès lors que, selon l'article 81 de la loi du 29 juillet 1982, seuls les refus d'autorisation devaient être motivés » (Crim. 14 juin 1990, *Perez et autres*, inédit ; *JCP* 1990.IV.338).

Apparemment, l'argumentation des demandeurs au pourvoi ne manquait pas de pertinence. On sait que l'obligation de motiver les décisions administratives individuelles découle d'une loi du 11 juillet 1979 (modifiée loi 17 janv. 1986). Certes, le principe suivant lequel l'administration n'est pas tenue de motiver ses décisions en l'absence de texte n'a pas été remis en cause (Circ. 28 sept. 1987, *JO* 20 oct. 1989, p. 12173) ; mais, dans un souci de transparence, la loi impose de motiver les décisions défavorables (art. 1er). Parmi elles figurent celles qui « restreignent l'exercice des libertés publiques » ou « subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ». Aussi les demandeurs soutenaient-ils que le principe de la liberté de communication obligeait la Haute Autorité à motiver sa décision concernant la limitation de puissance de l'émetteur et qu'en l'absence d'une telle motivation l'acte litigieux était entaché d'illégalité. Ils invoquaient, notamment, la violation de l'article 10, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est hors de doute que le juge pénal était compétent pour apprécier, au regard d'une éventuelle obligation de motivation, la légalité externe du cahier des charges particulières annexé à l'autorisation d'émettre, puisqu'il s'agissait d'un acte administratif individuel pénalement sanctionné et servant de base aux poursuites (solution extensive acquise depuis l'arrêt *dame Le Roux*, Crim. 21 déc. 1961, *D.* 1962.102, rapport Costa ; *JCP* 1962.II.12680, note Lamarque). Mais, en l'espèce, cette obligation existait-elle ? La réponse, positive s'agissant du refus d'autorisation (loi 29 juill. 1982, art. 82, *in fine*), semblait l'être également en ce qui concerne l'octroi de l'autorisation, celle-ci étant soumise à des « conditions restrictives » relatives à la puissance d'émission. Tel n'est pas le point de vue adopté par la Cour de cassation, la Chambre criminelle se référant à l'article 81 de la loi en vigueur à l'époque de l'autorisation litigieuse. On aurait pu s'attendre à voir mentionnés les articles 82 (« l'autorité compétente délivre les autorisations ... en tenant compte des contraintes techniques et des données géographiques ... concern(ant) les fréquences ») ou 83 (« l'octroi des autorisations est subordonné au respect de conditions fixées dans un cahier des charges »), ces dispositions ne faisant, en effet, aucune allusion à l'obligation de motiver les décisions d'octroi. L'invocation du premier de ces textes s'explique, en réalité, de la manière suivante : l'article 81 définissait le service local de radiodiffusion sonore par voie hertzienne comme un service « couvrant une zone équivalente à celle dont aucun point n'est éloigné de plus de trente kilomètres du point d'émission » ; par suite, la Haute Autorité devait déterminer la puissance de l'émetteur de telle manière que les émissions radiodiffusées en modulation de fréquence ne pussent excéder cette limite ; elle se bornait ainsi *à appliquer* la loi, qui lui commandait de fixer la puissance apparente rayonnée maximale des stations autorisées et, donc, de restreindre l'espace de liberté de chacune d'elles au profit de toutes les autres, en vue d'éviter la cacophonie. La loi de 1979 visant non les *restrictions légales* à une liberté publique, applicables de droit, mais les *décisions individuelles défavorables* de l'administration, l'obligation de motiver n'avait donc pas lieu d'être en l'espèce. Il n'en eût été différemment que dans l'hypothèse d'un refus d'autorisation. Quant à l'article 10, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme qui affirme le droit à la liberté d'expression, il n'était ici d'aucune utilité puisqu'il accorde aux Etats la faculté de « soumettre les entreprises de radiodiffusion ... à un *régime* d'autorisation », c'est-à-dire de fixer dans la loi et les règlements des restrictions à cette liberté, au besoin

en édictant des sanctions pénales (V. en ce sens la décision de la Commission C.E.D.H. rendue le 4 mai 1978 dans l'affaire de la station pirate Radio Caroline, citée *in J.-Cl. Pénal*, annexe, *v° Communication audiovisuelle*, fasc. 1, n° 49).

Le caractère local que la loi de 1982 avait imposé à la communication audiovisuelle privée est aujourd'hui largement dépassé. Son irréalisme, et l'irrésistible tentation des radios d'accroître leur audience en augmentant démesurément la puissance de leurs émetteurs ou en constituant des réseaux (D. Truchet, « La communication audiovisuelle peut-elle être locale ? », *Rev. fr. adm. publ.* 1987, p. 681 et s.), ont conduit le législateur à prendre acte de cet échec et à mettre en place un système d'appel aux candidatures et d'attribution de fréquences par zones géographiques et catégories de service préalablement déterminées — beaucoup plus souple que le précédent (loi 30 sept. 1986, art. 29, modifiée loi 27 nov. 1986 et loi 17 janv. 1989). La loi subordonne toujours l'usage des fréquences au respect des conditions techniques définies par l'autorité compétente (désormais le CSA), notamment en ce qui concerne la limite supérieure de puissance apparente rayonnée (loi 30 sept. 1986, art. 25-3°). Mais les particularités de l'élaboration du plan théorique de fréquences et de l'instruction parallèle des dossiers par les Comités techniques radiophoniques, organes déconcentrés du CSA, font qu'en matière de radiodiffusion sonore par voie hertzienne les intéressés postulent sans avoir connaissance de la fréquence, du site et de la puissance qui leur seront, le cas échéant, attribués (H. Rony, « Le cadre juridique des radios privées en France », *Legipresse*, n° 65, oct. 1989/8, II, p. 61 et s., spécial p. 64). Une fois leurs candidatures retenues, ils doivent faire connaître les fréquences qu'ils souhaitent utiliser. Le plan de fréquences est alors adapté en fonction de ces demandes, mais, en pratique, celles-ci ne sont que partiellement satisfaites. La question se posera donc nécessairement un jour de savoir, à l'occasion de poursuites pénales engagées contre les responsables de radios en infraction, si les décisions du CSA, envisagées dans toutes leurs composantes — à la fois favorables (octroi de l'autorisation) et défavorables (limitation de la puissance d'émission à un niveau inférieur à celui réclamé par le titulaire de l'autorisation) — sont ou non régulières en l'absence de motivation.

Si l'on prête attention à la jurisprudence du Conseil d'Etat, on négligera deux décisions récentes faisant état de lettres de *rejet* de candidatures, lettres motivées de manière purement formelle par la CNCL (Cons. d'Et. 18 mai 1990, *Radio panoramas* et *Association arménienne d'aide sociale*, *D.* 1990.IR.155 ; *JCP* 1990.IV.279 ; *Gaz. Pal.* 24-28 août 1990, p. 5). En revanche, on retiendra une décision qui concerne bien l'hypothèse envisagée, celle d'une limitation de puissance à 4 Kw pour une demande de 40 Kw, même si le moyen tiré de l'absence de motivation au sens de l'article 32 de la loi du 30 septembre 1986 n'avait pas été soulevé : l'arrêt met en évidence l'obligation que la loi fait à la CNCL « d'assurer une exploitation rationnelle des fréquences disponibles » et, par suite, de fixer la puissance apparente rayonnée « sans être liée par le chiffre proposé par les demandeurs » (Cons. d'Et. 14 juin 1989, *Soritel*, *W'Rock*, *D.* 1990.Somm.291, obs. Th. Hassler ; *AJDA* 1989.542, concl. Stirn ; *Legipresse* n° 66, nov. 1989, III, p. 97 ; *Gaz. Pal.* 16-17 sept. 1990, p. 24). Il est permis d'en conclure que des décisions individuelles de cette nature, loin de faire grief aux titulaires d'autorisations, ne font qu'affermir leur liberté d'expression, quelle que soit la catégorie de services concernée, en permettant à toutes les radios de se faire entendre dans la zone géographique où elles se sont portées candidates.

X. – PROCÉDURE PÉNALE

André BRAUNSCHWEIG

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

1. *ACTION CIVILE. Recevabilité de l'action intentée par une association*

Dans une information suivie contre R. et P. des chefs de fraude électorale et faux en écritures privées, une chambre d'accusation a déclaré recevable la constitution de partie civile de « l'Association pour le respect du suffrage universel », mais les deux inculpés se sont pourvus contre cette décision.

La Chambre criminelle a statué le 6 mars 1990 (*Bull. crim.* n° 104) en prononçant la cassation de l'arrêt attaqué pour violation des dispositions de l'article 2 du code de procédure pénale aux termes duquel, et sauf dérogation législative, l'action civile ne peut être exercée devant les juridictions pénales que par celui qui a subi un préjudice personnel prenant directement sa source dans l'infraction poursuivie. La Cour de cassation relève en effet, que le préjudice moral qui, selon la juridiction du second degré, aurait été occasionné à l'association « n'est pas distinct du préjudice résultant du trouble que les infractions poursuivies causent aux intérêts généraux de la société et dont la réparation est assurée par l'exercice de l'action publique ». Elle déclare qu'en conséquence, la chambre d'accusation « ne pouvait, sans méconnaître, le principe ci-dessus rappelé, déclarer recevable la constitution de partie civile de ladite association qui ne figure pas au nombre des associations visées par les articles 2-1 et suivants du code de procédure pénale et auxquelles ces textes permettent, pour des infractions déterminées, d'exercer les droits reconnus à la partie civile ».

Cet arrêt est conforme à ceux que la Chambre criminelle a rendu, le 23 juin 1986 (*Bull. crim.* n° 218) en déclarant irrecevable le pourvoi formé par une « Association des familles des victimes des accidents de la circulation », et le 12 avril 1988 (*Bull. crim.* n° 146) en cassant l'arrêt d'une cour d'appel qui avait déclaré recevable la constitution de partie civile de l'association « Ligue contre la violence routière ».

2. *COMPARUTION IMMEDIATE. Etat de flagrance*

Le sieur M. a été interpellé le 21 décembre 1989 pour avoir, le 18 décembre précédent, conduit sa voiture alors que son permis de conduire avait été annulé. Placé en garde à vue et entendu par procès-verbal, il a été déféré devant le procureur de la République. Celui-ci, usant de la procédure prévue par l'article 395 du code de procédure pénale, l'a fait comparaître le même jour à l'audience du tribunal correctionnel qui l'a condamné à une peine d'emprisonnement.

Devant la cour d'appel, M. a soulevé la nullité de la procédure au motif que le flagrant délit n'était pas caractérisé, et les juges d'appel ont fait droit à cette exception en prononçant l'annulation des actes accomplis et du jugement entrepris. Ils ont relevé en effet, que l'intéressé avait été interpellé trois jours après les faits qui lui étaient reprochés et qu'il « n'était pas en possession d'objets ni ne présentait de traces ou d'indices laissant arguer de sa participation au délit ». Tout en constatant que M. avait accepté de se rendre à l'hôtel de police, ils ont considéré que son placement immédiat en garde à vue ne se situait pas « dans un contexte de flagrance » et que cette irrégularité devait entraîner la nullité de l'ensemble de la procédure.

Le procureur général près la cour d'appel s'est pourvu contre cette décision et le 18 juillet 1990 (*Bull. crim.* n° 288) la Chambre criminelle lui a donné raison en cassant

l'arrêt attaqué. La haute juridiction remarque d'une part, que les investigations décrites par cet arrêt pouvaient être régulièrement effectuées dans le cadre d'une enquête préliminaire permettant la garde à vue de M. et sa conduite au parquet. Elle observe d'autre part, que « l'alinéa 1er de l'article 395 du code de procédure pénale autorise le procureur de la République à utiliser la procédure de comparution immédiate, sans condition de flagrance, lorsque le délit retenu est puni d'une peine dont le maximum est au moins égal à deux ans d'emprisonnement ; que tel est le cas de l'infraction prévue par l'article L. 19, alinéa 1er, du code de la route, pour lequel M. était poursuivi ».

On peut d'autant plus s'étonner de la décision de la cour d'appel, fondée sur la lecture incomplète d'un article du code de procédure pénale pourtant très clair, que le prévenu avait déjà soulevé la nullité, avant toute défense au fond, devant les premiers juges et que ceux-ci, à juste titre, n'avaient pas admis l'exception !

3. *DROITS DE LA DEFENSE. Débat contradictoire. Débat impartial*

Dans une information ouverte du chef de recel de vol aggravé, G. a été placé en détention par ordonnance du juge d'instruction, mais il a interjeté appel de cette décision en soutenant qu'à l'issue du débat contradictoire, et avant qu'il ne soit statué sur la détention, le procureur de la République était resté seul quelques minutes avec le juge et son greffier, ce qui constituait une violation à la fois du secret du délibéré et de la règle selon laquelle le prévenu, ou son conseil, doit toujours avoir la parole le dernier.

La chambre d'accusation cependant, a dit n'y avoir lieu à annulation de ladite ordonnance et a confirmé celle-ci. Statuant le 19 septembre 1990, sur un pourvoi formé par l'inculpé, la Chambre criminelle constate que le procès-verbal d'interrogatoire de première comparution de G. après avoir décrit les formalités normales du débat contradictoire, porte, à la suite des signatures du juge d'instruction, du greffier et de l'inculpé, la mention suivante : « De même suite et assisté comme dessus. A la demande de Me X., conseil de l'inculpé, mentionnons qu'à l'issue du débat, M. le procureur de la République est resté, porte fermée, pendant quelques minutes avec le juge d'instruction, hors la présence du conseil et de l'inculpé, mais en la présence du greffier ».

La Cour de cassation conclut « qu'il résulte de l'existence de cette dernière mention que le principe du contradictoire a pu ne pas être respecté » et casse l'arrêt de la chambre d'accusation, en constatant l'inexistence d'un titre de détention régulier.

Cet arrêt ne peut qu'être approuvé dans la mesure où il aura une place utile dans l'ensemble de la jurisprudence relative à la protection des droits de la défense. Il convient en effet, de noter que si la Chambre criminelle pour fonder sa décision, prend soin de rappeler celles des dispositions de l'article 145 du code de procédure pénale qui imposent, au cours du débat contradictoire, au ministère public de prendre ses réquisitions avant les observations de l'inculpé ou de son conseil, elle vise également dans son arrêt, les articles 5 et 6 de la Convention européenne, invoqués dans le mémoire des avocats du demandeur. Or, il est bien vrai qu'une telle irrégularité de procédure porte une atteinte manifeste au principe du débat impartial.

4. *DETENTION PROVISOIRE. Convention européenne des droits de l'homme. Délai raisonnable. Appréciation souveraine*

Poursuivie pour plusieurs crimes et délits qui ont fait l'objet de commentaires nombreux de toute la presse, la dame W., détenue depuis plus de quatre années, a fait appel de l'ordonnance du juge d'instruction rejetant une demande de mise en liberté. Estimant que sa détention a dépassé le délai raisonnable elle a invoqué, dans un mémoire soumis aux juges du second degré, les dispositions des articles 5 paragraphe 3, et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La chambre d'accusation

a cependant confirmé l'ordonnance entreprise en relevant tout d'abord « que s'il n'est pas question de faire grief à l'appelante, détenue depuis cinquante deux mois, du système de défense qu'elle a cru devoir adopter, il convient cependant d'observer que celle-ci ne saurait se plaindre des lenteurs de procédure dues à son obstruction systématique aux actes d'information pendant une longue période ». La juridiction d'instruction a ensuite précisé « que l'accumulation des infractions imputées à la dame W. et comprenant notamment deux homicides volontaires, a entraîné l'accomplissement de longues et difficiles investigations qui ont été poursuivies sans relâche ni retard injustifié ». Elle a également motivé le maintien en détention de l'inculpée par la nécessité d'éviter, menaces, pressions et manoeuvres, de garantir la représentation en justice et de préserver l'ordre public « du trouble, non encore apaisé, causé par les infractions commises ».

La Chambre criminelle a rejeté le 3 juillet 1990 (*Bull. crim.* n° 273) le pourvoi formé par l'intéressée, en déclarant qu'elle est en mesure de s'assurer que la chambre d'accusation a répondu aux articulations essentielles du mémoire dont elle était saisie, et statué conformément aux dispositions des articles 145 et 148 du code de procédure pénale.

Cet arrêt est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui estime « qu'il appartient à la chambre d'accusation régulièrement saisie par conclusions d'apprécier souverainement si la durée de la détention provisoire n'excède pas un délai raisonnable (Crim. 6 mars 1986, *Bull. crim.* n° 94 ; Crim. 12 déc. 1988, *Bull. crim.* n° 419), et que seule doit être censurée la décision qui ne répond pas aux conclusions déposées par l'inculpé (Crim. 5 avr. 1987, *Bull. crim.* n° 391).

Et cette « appréciation souveraine » est admise par la Cour européenne elle-même qui, reconnaissant l'impossibilité de traduire la notion de délai raisonnable « en un nombre fixe de jours, de semaines, de mois ou d'années ou en des durées variant suivant la gravité de l'infraction », recherche et apprécie, à l'occasion de chaque cas qui lui est soumis, le caractère raisonnable des motifs qui ont déterminé les autorités judiciaires à décider cette grave dérogation aux principes de la liberté individuelle et de la présomption d'innocence, que constitue toute détention sans condamnation (V. *Stögmuller*, 10 nov. 1969, Autriche).

5. *CHAMBRE D'ACCUSATION. Incompatibilités. Magistrat ayant participé à l'instruction*

Dans une précédente chronique (cette *Revue* 1989.142) nous avions signalé un arrêt de la Chambre criminelle en date du 31 mai 1988 (*Bull. crim.* n° 235) qui avait cassé l'arrêt d'une chambre d'accusation saisie d'une demande aux fins d'annulation de pièces, au motif qu'avait siégé au sein de cette juridiction, en qualité de conseiller, le magistrat qui avait instruit la procédure. Nous avions remarqué, que ne s'agissant pas d'une décision sur le fond, la cassation était due à l'inobservation de l'article 171 du code de procédure pénale, et non à la violation de l'article 49 du même code.

Un arrêt rendu le 27 mars 1990 (*Bull. crim.* n° 134) a donné l'occasion à la Cour de cassation de viser en revanche, ledit article 49 en même temps que l'article 207, pour casser un autre arrêt de la même chambre ayant statué, cette fois, sur une demande de mise en liberté. La juridiction en effet, avait été présidée par l'un des magistrats qui, à une époque, avait été chargé de l'instruction de l'affaire, et la Chambre criminelle a relevé « qu'en instituant la chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré et en lui attribuant la connaissance des appels des ordonnances du juge d'instruction, la loi a voulu une garantie efficace à l'administration de la justice ; que le recours à l'examen de la chambre d'accusation serait illusoire si le même magistrat pouvait dans la même affaire remplir son office dans les deux degrés ».

On ne saurait critiquer cette décision qui reconnaît une incompatibilité tout-à-fait justifiée, bien qu'elle n'ait pas été expressément prévue par l'article 49, lequel interdit au juge d'instruction de « participer au jugement des affaires pénales dont il a

connu ». Et il est donc intéressant de noter que cet arrêt du 27 mars 1990 semble rompre avec l'interprétation beaucoup plus restrictive que la Chambre criminelle avait jusqu'ici donnée tant de l'article 49 que de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il convient en effet de rappeler que la Cour de cassation a dit antérieurement « que les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne ... ne concernent que les juridictions appelées à se prononcer sur le fond de l'affaire ; qu'elles ne sauraient être invoquées à propos de la chambre d'accusation qui est une juridiction d'instruction dont les décisions ne préjugent en rien de la culpabilité... » (Crim. 14 juin 1984, *Bull. crim.* n° 219) et qu'elle a même précisé que « l'article 49 du code de procédure pénale et l'article 6-1 de la Convention européenne ... ne prévoient d'incompatibilité qu'entre les fonctions d'instruction et de jugement et n'interdisent pas, à un même magistrat, du premier ou du second degré, de participer à l'ensemble des actes d'instruction intéressant la même procédure, avant qu'elle ne soit éventuellement soumise aux juridictions de jugement » (Crim. 14 mars 1988, *Bull. crim.* n° 122).

Cette évolution de la Chambre criminelle permet en outre, d'espérer qu'elle reviendra, en vertu du principe de l'incompatibilité entre les fonctions d'instruction et celles de jugement sur sa jurisprudence découlant des arrêts du 24 janvier 1985 (*Bull. crim.* n° 41) et du 6 novembre 1986 (*Bull. crim.* n° 328), aux termes de laquelle aucune disposition légale (ni l'art. 49, ni l'art. 6 de la Convention européenne) n'interdit aux membres de la chambre d'accusation qui s'est prononcée sur la détention provisoire d'un prévenu de faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels (V. nos obs. cette *Revue* 1986.131).

6. *CONVENTION EUROPEENNE. Incompatibilités. Magistrat du parquet devenu magistrat du siège*

Peu à peu, la Chambre criminelle enrichit sa jurisprudence fondée sur l'application directe de la Convention européenne. C'est ainsi qu'un arrêt du 26 avril 1990 (*Bull. crim.* n° 162) a cassé l'arrêt d'une chambre correctionnelle de cour d'appel pour violation de l'article 6 de ladite convention.

Dans une procédure suivie du chef de coups et blessures une première décision sur le fond avait été cassée et la cause renvoyée devant la même juridiction autrement composée. Or, l'un des conseillers qui avaient siégé dans la nouvelle formation, était un ancien substitut du procureur général qui avait représenté le ministère public à l'audience au cours de laquelle l'affaire avait été débattue une première fois. Il y avait là, selon la Cour de cassation, méconnaissance de l'article 6 de la Convention européenne qui exige notamment, que la cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

Cet arrêt est exactement dans la ligne de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, le 1er octobre 1982, dans l'affaire *Piersack* (Belgique). Les juges de Strasbourg ont considéré en effet, qu'un président de juridiction de jugement ne peut avoir, antérieurement, dans la même affaire, rempli les fonctions de magistrat du ministère public, sans créer « objectivement » dans l'esprit du justiciable des doutes sur son impartialité.

7. *Crimes et délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires*

I. — *Plainte de la partie lésée adressée à la chambre d'accusation*

Le sieur L. avait adressé directement à une chambre d'accusation une plainte pour prévarication dirigée contre le doyen des juges d'instruction d'un tribunal de ce ressort.

La chambre d'accusation a déclaré cette plainte irrecevable au motif « que le droit offert par l'alinéa 3 de l'article 681 du code de procédure pénale à la partie lésée

d'adresser une plainte assortie d'une constitution de partie civile aux président et conseillers composant la chambre d'accusation, ne s'ouvre que dans le cas où cette juridiction a été désignée par la Chambre criminelle » et que tel n'était pas le cas en l'espèce.

La Cour de cassation a rejeté le 3 octobre 1990 (sera publié) le pourvoi formé par le sieur L., en déclarant que la chambre d'accusation avait fait l'exacte application du texte susvisé. Et la Chambre criminelle n'a fait là, que confirmer ses arrêts précédents du 21 janvier 1980 (*Bull. crim.* n° 28) et du 11 mars 1981 (*Bull. crim.* n° 89) qui avaient déjà précisé que la partie lésée ne saurait adresser directement sa plainte aux magistrats composant la chambre d'accusation avant que celle-ci n'ait été désignée conformément aux prescriptions de l'alinéa 1er de l'article 681 précité.

Cette jurisprudence met bien en évidence le fait souvent mal compris, que la désignation en application de ce texte, d'une chambre d'accusation par la Chambre criminelle, est indicative et non attributive de compétence. La juridiction n'acquiert celle-ci qu'à partir du moment où il y a ouverture d'une information, soit par réquisitions du procureur général (art. 681, al. 2) soit si la partie lésée lui adresse une plainte assortie d'une constitution de partie civile (al. 3 dudit art.).

II. — *Magistrats commis par la chambre d'accusation pour instruire*

Désignée par la Chambre criminelle et saisie par son procureur général pour connaître de poursuites du chef d'ingérence contre le premier adjoint d'un maire, une chambre d'accusation a commis directement un juge d'instruction pour procéder à divers actes d'instruction. L'information terminée, la chambre d'accusation a rendu un arrêt renvoyant l'inculpé devant le tribunal correctionnel.

Statuant le 12 juin 1990 (*Bull. crim.* n° 240) sur le pourvoi formé par l'intéressé, la Chambre criminelle l'a d'abord déclaré recevable. Il résulte en effet, des dispositions de l'article 684 du code de procédure pénale, que par dérogation à l'article 574 du même code, l'arrêt de la chambre d'accusation désignée portant renvoi de l'inculpé devant le tribunal correctionnel peut, dans tous les cas, faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation a ensuite relevé que la chambre d'accusation ne pouvait, conformément aux alinéas 1er et 2 de l'article 682, que commettre l'un de ses membres pour accomplir les actes d'instruction nécessaires. La méconnaissance de ce texte entache de nullité la procédure depuis, et y compris, l'arrêt qui a commis à tort un juge d'instruction du tribunal de grande instance. La cassation est donc prononcée.

Une telle irrégularité, déjà sanctionnée par un arrêt de la Chambre criminelle du 11 mai 1987 (*Bull. crim.* n° 188) est d'autant plus évitable que, par application de l'alinéa 2 de l'article 682, le membre de la chambre d'accusation commis, peut parfaitement lui, « requérir par commission rogatoire tout juge, tout officier de police judiciaire ou tout juge d'instruction dans les conditions prévues par les articles 151 à 155... ! ».

ÉCOLE NATIONALE BIBLIOTHÈQUE

B. – CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1er juillet au 30 septembre 1990)

I. – DROIT PENAL GENERAL

1. *Publication de la condamnation*

La *loi n° 90-615 du 13 juillet 1990* (*JO* 14 juill. 1990, p. 8333) tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, complète le code pénal par un article 51-1 fixant le régime des publications à titre de sanction. Dans les cas prévus par la loi, le tribunal pourra ordonner, aux frais du condamné, soit la publication intégrale ou partielle de sa décision, soit l'insertion d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci dans le *Journal officiel* de la République française, ou dans un ou plusieurs journaux ou écrits périodiques qu'il désignera.

Le tribunal déterminera, le cas échéant, les extraits de la décision qui devront être publiés ; il fixera les termes du communiqué à insérer.

II. – DROIT PENAL SPECIAL

2. *Publicité des prix*

a) Un *arrêté du 29 juin 1990* (*JO* 3 juill. 1990, p. 7768) concerne la publicité des prix en matière de louage ou de vente de biens immobiliers.

A l'exception des organes de presse intervenant en tant que support d'annonces immobilières, l'arrêté s'applique à tout professionnel qui est tenu d'afficher à l'entrée de son établissement, de façon visible et lisible de la clientèle, les prix des prestations assurées, notamment celles liées à la vente, à la location des biens et à la rédaction d'acte ainsi que la partie à qui en incombera le paiement. Si l'établissement dispose d'un accès indépendant, ces informations doivent être visibles de l'extérieur. Les prix doivent être indiqués toutes taxes comprises, et s'ils sont fixés proportionnellement à la valeur des biens vendus ou du loyer, ils doivent préciser les tranches de prix correspondantes et faire apparaître tous éléments auxquels se rapportent ces pourcentages. Toute publicité effectuée sur le prix de location ou de vente doit, quel que soit le support utilisé, faire apparaître le montant T.T.C. de la rémunération de l'intermédiaire, si elle est à la charge du locataire ou de l'acquéreur et n'est pas comprise dans le prix annoncé. L'arrêté est entré en vigueur le 1er septembre 1990.

b) Un *arrêté du 29 juin 1990* (*JO* 3 juill. 1990, p. 7768) concerne l'affichage des prix dans les établissements servant des repas, denrées ou boissons à consommer sur place. Les exploitants de tels établissements sont tenus d'afficher de manière visible et lisible de l'extérieur comme sur les emplacements extérieurs réservés à la clientèle, les

prix pratiqués quel que soit le lieu de la consommation, des boissons et denrées les plus couramment servies, énumérées et nommément désignées. Pour les établissements qui, en outre, offrent des installations ou des prestations de divertissements, telles que spectacles ou musique, sont affichés, de manière visible et lisible de l'extérieur, les prix des prestations suivantes : prix d'entrée et si le prix comprend une boisson, la nature et la contenance de celle-ci, une boissson sans alcool, une boisson alcoolisée servie en verre (nature et contenance servie), une bouteille de whisky (marque et contenance) une bouteille de vodka ou de gin (marque et contenance) une bouteille de champagne (marque et contenance).

Dans les établissements servant des repas, les menus ou cartes du jour ainsi qu'une carte comportant au moins des prix de cinq vins ou à défaut les prix des vins s'il en est servi moins de cinq, doivent être affichés de manière visible et lisible de l'extérieur pendant la durée du service et au moins à partir de 11 heures 30 pour le déjeuner et de 18 heures pour le dîner. Dans le cas où certains menus ne sont offerts qu'à certaines heures, cette particularité doit être mentionnée clairement dans le document affiché. Si l'établissement ne sert pas de vin, sera affichée une carte comportant au minimum la nature et les prix de cinq boissons couramment servies.

3. *Recherche biomédicale*

Une *loi n° 90-549 du 2 juillet 1990* (*JO* 5 juill. 1990, p. 7856) reporte au 31 décembre 1990 la date d'entrée en vigueur de la loi du 20 décembre 1988.

Un *décret n° 90-872 du 27 septembre 1990* (*JO* 29 sept. 1990, p. 11862) porte application de la loi du 20 décembre 1988 sur la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales, et complète le code de la santé publique par des articles R. 2001 à R. 2046, tandis qu'il modifie les articles R. 5117 et suivants de ce code. On y trouve la composition des comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale, l'organisation et le financement de ces comités, ainsi que les autorisations des lieux de recherches et les différentes informations devant être communiquées soit au comité consultatif soit au ministre. Le décret institue une fichier national des personnes se livrant à des recherches sans bénéfice individuel direct. Il donne des définitions de l'expérimentation (art. R. 5117 c. santé publ.) de l'investigateur ou de l'expérimentateur (art. R. 5119-1), ces derniers étant tenus au secret professionnel. Il n'est pas douteux que le respect de ces dispositions s'impose au regard des principes concernant les expérimentations dans le domaine biomédical.

4. *Réfugiés et apatrides*

Une *loi n° 90-550 du 2 juillet 1990* (*JO* 5 juill. 1990, p. 7857) modifie l'organisation de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides.

5. *Droit pénal du travail*

a) Un *décret n° 90-556 du 3 juillet 1990* (*JO* 5 juill. 1990, p. 7864) modifie des décrets relatifs aux procédures de contrôle des appareils, machines, éléments de machines, dispositifs, équipements et produits de protection. Les appareils doivent en principe être réceptionnés ou homologués CEE (art. R. 233-51-3 c. trav.), tandis que les organismes ou laboratoires de contrôle doivent être indépendants et compétents.

b) Une *loi du 4 juillet 1990* (*JO* 10 juill. 1990, p. 8128) concerne le crédit-formation et le contrôle de la formation professionnelle continue. On y relève que pour les jeunes de 16 à 25 ans, le droit à la qualification s'exerce dans le cadre des dispositions de l'article 980-9 du code du travail, tandis que des modifications intéressent le droit de la formation professionnelle continue. Au regard du droit pénal, il faut noter que l'article L. 992-2 devient l'article L. 993-2 du code du travail, qui par ailleurs reçoit une

rédaction partiellement nouvelle. Toute infraction aux dispositions des articles L. 920-4 (interdiction d'exercer une fonction de direction ou d'administration pour les personnes condamnées pour des faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes moeurs et à l'honneur) et L. 920-5 (envoi d'un document concernant l'utilisation des fonds) est punie d'une amende de 2 000 à 30 000 F. Quant à la méconnaissance des articles 920-6 (restriction à la publicité) et L. 920-7 (interdiction du démarchage rémunéré) elle expose à la même amende et en outre, à un emprisonnement de deux mois à un an. Dans les deux cas, une peine complémentaire d'une interdiction d'exercer l'activité de dirigeant d'un organisme de formation professionnelle peut être prononcée par le tribunal, à titre temporaire ou définitif. Toute infraction à une interdiction est punissable d'une amende de 4 000 à 100 000 F et d'un emprisonnement de deux mois à deux ans. Ces peines sont applicables aussi à toute personne qui omettra de se conformer à la mesure de suspension ou de privation temporaire du droit de conclure des conventions ayant pour objet la formation professionnelle prise en application de l'article L. 920-12 et notifiée par l'autorité administrative. En cas de récidive, le tribunal pourra, dans les hypothèses visées aux alinéas 2, 4 et 5 de l'article L. 993-2 du code du travail, ordonner l'insertion du jugement aux frais du contrevenant dans un ou plusieurs journaux.

c) Une *loi n° 90-603 du 12 juillet 1990* (*JO* 13 juill. 19901, p. 8273) modifie le code du travail et concerne les agences de mannequins et la protection des enfants et adultes exerçant l'activité de mannequins.

Un nouvel article L. 796-3 est inséré dans le code du travail. Il prévoit une amende de 3 600 F à 500 000 F et un emprisonnement de deux à six mois, en cas d'infraction aux dispositions des articles L. 763-3, L. 763-4, L. 763-9 et L. 763-10 du code du travail. Il s'agit tout d'abord du texte qui définit l'exploitation d'une agence de mannequins, laquelle requiert une licence délivrée pour une période de trois ans renouvelable, et suppose une indépendance par rapport à d'autres activités, telles que la production, ou la réalisation d'oeuvres cinématographiques ou audiovisuelles, organisations de cours ou de stage de formation pour mannequins, comédiens, agence de publicité, éditeur, organisateur de défilés de mode, photographe. Il s'agit aussi de la nécessité d'un contrat de travail entre l'agence et le mannequin (art. L. 763-4), de la nécessité d'une garantie financière assurant le paiement des salaires et accessoires aux mannequins, et devant être un engagement de caution pris par certains organismes (banques, assurances, sociétés de caution mutuelle).

S'agissant des mineurs, il faut noter que l'article L. 211-11 du code du travail (dont la sanction est prévue par l'article L. 261-2 du code du travail, savoir emprisonnement de six mois à deux ans et amende de 2 000 F à 15 000 F), est complété et interdit à toute personne d'employer comme mannequin un enfant durant une période de vacances scolaires pour un nombre de jours supérieur à la moitié de la durée des vacances.

6. *Appellations d'origine contrôlée*

Une *loi n° 90-558 du 2 juillet 1990* (*JO* 6 juill. 1990, p. 7912) apporte des modifications au droit des appellations d'origine contrôlée.

De nouveaux articles 7-4 à 7-8 sont introduits dans la loi du 6 mai 1919 ; ils ont pour objet notamment de préciser que chaque appellation d'origine est définie par décret sur proposition de l'Institut des appellations d'origine, sans préjudice pour les vins, eaux de vie, cidres, poirés, apéritifs à base de cidres, poirés ou de vins, des dispositions de l'article 21 du décret du 30 juillet 1935 sur la défense du marché des vins et au régime de l'alcool modifié par la loi du 16 novembre 1984. L'article 7-6 fixe le droit des appellations d'origine définies par voie législative ou réglementaire avant le 1er juillet 1990, et précise que pour les appellations d'origine définies par voie judiciaire, un décret interviendra avant le 1er juillet 1995, faute de quoi, elles deviendront caduques.

Il est à noter que les peines prévues à l'article 8 de la loi de 1919 sont également applicables en cas d'utilisation de toute mention interdite en vertu de l'article 7-4 alinéa 4 de la loi.

7. *Fondation d'entreprises*

Une *loi n° 90-559 du 4 juillet 1990* (*JO* 6 juill. 1990, p. 7914) modifie la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécenat et crée les fondations d'entreprises. L'article 20 de la loi de 1987 reçoit une nouvelle rédaction : seules les fondations reconnues d'utilité publique peuvent faire usage dans leurs statuts ou documents de l'appellation de fondation, ainsi que les fondations d'entreprises répondant aux conditions définies par les articles 19-1 à 19-10 nouveaux de la loi. Le non-respect de ces dispositions expose les présidents, administrateurs ou directeur des groupements à une amende de 5 000 à 15 000 F, et en cas de récidive à une amende de 10 000 à 30 000 F.

8. *Changes*

a) Un *décret n° 90-581 du 4 juillet 1990* (*JO* 10 juill. 1990, p. 8134) précise que les obligations prévues à l'article 98 de la loi du 29 décembre 1989 sont remplies lorsque la déclaration résultant de l'application de l'article 7 du décret du 29 décembre 1989 a été déposée. En cas de transfert vers ou en provenance des territoires d'outre-mer ... les personnes physiques résidentes et non résidentes déclarent à l'administration des douanes les sommes, titres ou valeurs objets des transferts réalisés pour leur compte ou celui d'autrui, s'ils sont égaux ou supérieurs à 50 000 F.

b) Un *décret n° 90-681 du 2 août 1990* (*JO* 3 août 1990, p. 9411) soumet à autorisation préalable du ministre chargé de l'Economie, les opérations de change, les mouvements de capitaux et les règlements de toute nature entre la France et l'étranger effectués pour le compte de personnes physiques ou morales résidentes au Koweit et en Irak ou de nationalité koweitienne ou irakienne. La constitution comme la liquidation d'investissements d'origine koweitienne ou irakienne sont aussi soumises à autorisation préalable.

Un *arrêté du 4 août 1990* (*JO* 5 août 1990, p. 9540) apporte les précisions indispensables à l'application de ce décret. Il a été complété par *un arrêté du 12 septembre 1990* (*JO* 15 sept. 1990, p. 11250).

De son côté, la Communauté économique européenne a prescrit un embargo empêchant les échanges (cf. *règlement CEE* 2340/90 du 8 août 1990, *JOCE* L. 213 du 9 août 1990, p. 1).

c) Un *arrêté du 13 juillet 1990* (*JO* 18 août 1990, p. 10096) fixe la liste des personnes habilités à poursuivre les infractions à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger. Au nom du ministre peuvent poursuivre, le directeur général des douanes ou son adjoint, le chef de la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières, ou les directeurs interrégionaux et régionaux des douanes.

9. *Stupéfiants*

a) Une *loi n° 90-584 du 2 juillet 1990* (*JO* 11 juill. 1990, p. 8168) autorise l'approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

b) Une *loi n° 90-614 du 12 juillet 1990* (*JO* 14 juill. 1990, p. 8329) tente de lutter contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants et soumet les établissements bancaires à une obligation de déclaration d'opérations concernant des sommes paraissant provenir d'opérations définies à l'article L. 627 du code de la santé publique ou à l'article 415 du code des douanes. En cas de dénonciation au service

administratif spécialisé, et placé auprès du ministre de l'Economie et des Finances, l'organisme financier est dégagé de toute responsabilité et ne peut être recherché au titre du recel ou au titre des articles L. 627 du code de la santé publique ou 415 du code des douanes (art. 9). Il s'agit donc d'un fait justificatif.

La même loi prévoit dans son article 23 que la méconnaissance des obligations énoncées à l'article 98-1 de la loi du 29 décembre 1989 sera punie de la confiscation du corps du délit, ou lorsque la saisie n'aura pu être faite d'une somme en tenant lieu ou d'une amende égale au minimum au quart et au maximum au montant de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction. Elle prévoit aussi que toute infraction aux dispositions de l'article 107 de la loi du 29 décembre 1989 est punie d'une amende de 5 000 à 100 000 F.

Un article 26, applicable dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, punit d'un emprisonnement de deux à dix ans, de la confiscation des sommes en infraction ou d'une somme en tenant lieu, à défaut de saisie, et d'une amende comprise entre une et cinq fois la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction ceux qui auront, par exportation, importation, transfert ou compensation, procédé ou tenté de procéder à une opération financière entre la France et l'étranger portant sur des fonds qu'ils savaient provenir directement ou indirectement d'une infraction à la législation sur les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants.

10. *Discrimination à caractère raciste, antisémite ou xénophobe*

Une *loi n° 90-615 du 13 juillet 1990* (*JO* 14 juill. 1990, p. 8333) tend à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

a) Complétant les articles 187-1 et 187-2, cette loi prévoit, dans un nouvel article 187-3 qu'en cas de condamnation, le tribunal peut prononcer la privation des droits de l'article 42, 2° et 3° du code pénal pour une durée de cinq ans au plus, l'affichage de sa décision aux conditions de l'article 51 du code pénal et la publication de celle-ci (ou l'insertion d'un communiqué) aux conditions de l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de la publication (ou de l'insertion) puissent excéder le maximum de l'amende encourue. Un article 416-2 prévoit les mêmes sanctions complémentaires en cas de condamnation prononcée au titre de l'article 416 ou de l'article 416-1 du code pénal. Toutefois, en cas de condamnation pour des raisons concernant l'état de santé ou un handicap, l'affichage, la publication ou le communiqué ne pourront pas comporter l'identité de la victime, sauf accord de celle-ci ou de son représentant légal.

b) En cas d'imputations diffamatoires à raison de l'origine, de l'appartenance (ou non) à une ethnie, une nation, une race ou religion déterminée, des associations pourront exercer le droit de réponse prévue à l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse. Toutefois si la mise en cause concerne des personnes envisagées individuellement, le droit de réponse ne pourra être exercé qu'avec l'accord de ces personnes, et si une réponse a déjà été publiée à la demande de ces personnes, les associations ne pourront plus requérir une telle insertion.

Les associations susceptibles de se prévaloir des dispositions de ce nouvel article 13-1 de la loi du 29 juillet 1881, sont celles définies par l'article 48-1 de la même loi, auxquelles il faut ajouter les associations se proposant d'assister les victimes de discrimination fondée sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse.

Les articles 8 à 13 de la loi du 13 juillet 1990 complètent aussi et surtout, la loi de 1881 sur de nombreux points. Tout d'abord, l'article 24 de la loi de 1881 tel qu'il résulte de la loi de 1990, permet au tribunal de prononcer la privation des droits énumérés à l'article 42 2° et 3° du code pénal (sauf en cas de responsabilité fondée sur l'art. 42, l'art. 43 al. 1 de la loi de 1881 ou sur l'art. 93-3 de la loi du 29 juill. 1982 sur la communication audiovisuelle), ainsi que l'affichage de la décision aux conditions

de l'article 51 du code pénal, ou la publication (ou insertion d'un communiqué) de sa décision conformément à l'article 51-1 du code pénal sans que les frais de publication (ou d'insertion) puissent excéder le maximum de l'amende encourue. De plus, un nouvel article 24 *bis* est introduit : il a pour objet de punir des peines prévues à l'article 24 alinéa 6, ceux qui auront contesté par l'un des moyens énoncés à l'article 23 l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale. L'affichage et la publication de la décision du juge peut être ordonnée en cette matière, comme dans les hypothèses visées aux articles 32 et 33 de la loi de 1881 sur la presse.

c) On notera aussi que l'article 14 de la loi de 1990 autorise les associations répondant aux exigences de l'article 48-1 de la loi de 1881 à exercer le droit de réponse en matière de communication audiovisuelle, pour des informations susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine, de leur appartenance (ou non) à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (art. 6-II nouveau de la loi du 29 juill. 1982 sur la communication audiovisuelle).

L'article 15 modifie, par ailleurs, le 2e alinéa de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 sur la constitution d'archives audiovisuelles de la justice. Le nouveau texte permet une reproduction ou la diffusion intégrale ou partielle de l'enregistrement des audiences d'un procès pour crime contre l'humanité dès que le procès a pris fin par une décision devenue définitive, le texte nouveau pouvant jouer pour des enregistrements déjà autorisés au jour de la promulgation de la loi nouvelle.

d) Une autre *loi n° 90-602 du 12 juillet 1990* (*JO* 13 juill. 1990, p. 8279) tend à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

L'article 187-1 du code pénal est complété afin que soit aussi punissable la discrimination fondée sur l'état de santé ou le handicap, tandis que le 2e alinéa vise la discrimination d'une personne morale ou de ses membres à raison de l'origine, le sexe, les moeurs, la situation de famille, l'état de santé ou le handicap. De même, l'article 187-2 et l'article 416 (al. 2-1°, al. 3-2° et al. 4-3°) sont complétés pour viser aussi l'état de santé et le handicap. Après le 5e alinéa de l'article 416 du code pénal, est inséré un nouvel alinéa selon lequel, « sans préjudice de l'application des articles L. 323-1 à L. 323-8-8 du code du travail, les dispositions du 3° ci-dessus relatives à l'état de santé et au handicap ne sont pas applicables, lorsque le refus d'embauche ou le licenciement est fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail, soit dans le cadre des dispositions législatives fixant le statut des fonctionnaires de l'Etat, des fonctionnaires territoriaux ou des fonctionnaires hospitaliers ». Avant le dernier alinéa de l'article 416, une nouvelle disposition est insérée, afin d'exclure du champ d'application de l'article 416-1° ou 2°, lorsqu'il s'agit de l'état de santé, les opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 416 est complété, afin qu'en cas de discrimination sur l'état de santé ou le handicap, l'affichage ou la publication de la décision ne comporte pas l'identité de la victime, sauf accord de celle-ci ou de son représentant légal.

D'autres précisions sont apportées par la loi du 12 juillet 1990 : l'article 416-1 du code pénal fait état désormais de l'état de santé et du handicap, tandis que les articles L. 122-45 du code du travail et 6 de la loi du 13 juillet 1983 sont harmonisés avec le nouvel article 416 alinéa 6 du code pénal (prise en compte d'inaptitudes constatées par la médecine du travail, ou d'inaptitudes physiques pour l'exercice de certaines fonctions).

11. *Clarification du financement des activités politiques*

En application de la loi du 15 janvier 1990, un *décret n° 90-606 du 9 juillet 1990* (*JO* 13 juill. 1990, p. 8280) apporte les précisions attendues en matière de financement des activités politiques. Outre certaines indications concernant les reçus, les dons et certains contrôles, l'article 13 du décret prévoit l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe, en cas d'infraction aux dispositions de l'article 11-4 dernier alinéa de la loi du 11 mars 1988 commise par le dirigeant d'une association de financement ou par le mandataire financier d'un parti ou groupement politique.

12. *Fraudes et falsifications*

a) Un *arrêté du 18 juin 1990* (*JO* 13 juill. 1990, p. 8286 et rect. *JO* 1er sept. 1990, p. 10662) a trait à la commercialisation des semences pour espaces verts sous forme de mélange.

b) Un *arrêté du 29 juillet 1990* (*JO* 29 août 1990, p. 10524) modifie un précédent arrêté (de 1978) relatif au contrôle métrologique de certains préemballages.

c) Un *arrêté du 17 septembre 1990* (*JO* 22 sept. 1990, p. 11480) modifie un précédent arrêté du 20 juin 1989 fixant les dispositions relatives aux volumes nets des moûts de raisins partiellement fermentés, des vins, vins mousseux et vins pétillants conditionnés en préemballages.

13. *Crédit*

a) Un *avis du 13 juillet 1990* (*JO* 13 juill. 1990, p. 8306) concerne la fixation du prix pour paiement comptant visé à l'article 4-1 de la loi du 10 janvier 1978 (le taux de référence à retenir étant de 14,07 %). Il a été modifié par un nouvel *avis du 28 juillet 1990* (*JO* 28 juill. 1990, p. 9129).

b) Un *avis du 21 septembre 1990* (*JO* 21 sept. 1990, p. 11465) concerne l'application de l'article 1er de la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure. Le taux effectif moyen pratiqué par les établissements de crédit ressort entre 11,17 et 11,25 % pour les prêts immobiliers aux particuliers, et entre 11,34 et 19,14 % pour la plupart des opérations énumérées, de sorte qu'il y aura usure en cas de crédit faisant apparaître des intérêts excédant 15,12 % à 25,52 % (selon le cas).

14. *Contrat de travail à durée déterminée*

La *loi n° 90-613 du 12 juillet 1990* (*JO* 14 juill. 1990, p. 8322) cherche à favoriser la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires. Sans entrer dans les détails de cette nouvelle réglementation, il importe d'indiquer que l'article L. 152-1-3 devient l'article L. 152-1-4 du code du travail tandis qu'est créé un nouvel article 152-1-3 qui punit d'une amende de 4 000 à 20 000 F et en cas de récidive d'une amende de 8 000 à 40 000 F et d'un emprisonnement de deux à six mois toute violation par l'employeur des articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-1-2, L. 122-2, L. 122-2-1, L. 122-3 et L. 122-3-11. Il s'agit des règles concernant l'interdiction de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise par un contrat de travail à durée déterminée (L. 122-1), les cas de recours à un contrat de durée déterminée (absence d'un salarié, départ précédant une suppression d'emploi, accessoirement temporaire de l'activité de l'entreprise, emplois à caractère saisonnier, art. L. 122-1-1), la nécessité d'un terme précis lors de la conclusion (art. L. 122-1-2), l'interdiction d'embauchage par contrat à durée déterminée après un licenciement pour motif économique depuis moins de six mois (art. L. 122-2-1), l'interdiction d'embauchage pour remplacer un salarié dont le contrat est suspendu par suite d'un

conflit collectif du travail ou pour effectuer des travaux particulièrement dangereux (art. L. 122-3) ou des dispositions concernant la poursuite ou la reconduction de la relation contractuelle de travail (art. L. 122-3-11).

En ce qui concerne le contrat de travail temporaire qui est également aménagé dans l'esprit des dispositions nouvelles du contrat de travail à durée déterminée, l'article L. 152-2 du code du travail comporte aussi une modification. L'utilisateur qui aura recouru à un salarié temporaire pour d'autres cas que ceux prévus à l'article L. 124-2 et enfreint les dispositions de l'article L. 124-2-1, L. 124-2-2 et L. 124-2-3 et L. 124-2-7, ou n'aura pas respecté la durée maximale des missions prévues à l'article L. 124-7, est exposé à une amende de 4 000 à 20 000 F.

Deux dispositions concernent l'exercice par les organisations syndicales représentatives des actions concernant le travail temporaire (art. L. 124-20 c. trav.) et la sous-traitance et le prêt de main d'oeuvre (art. L. 125-3-1 c. trav.). Dans les deux cas, les actions engagées doivent être portées à la connaissance du salarié interessé qui peut s'y opposer. En cas d'intervention à l'instance, le salarié peut mettre un terme, à tout moment à la procédure engagée.

Enfin, les articles L. 152-2 et L. 152-3 du code du travail sont modifiés. Le premier de ces textes ne vise plus que l'article L. 124-1. Quant au second (art. L. 152-3), il sanctionne d'une amende de 8 000 à 40 000 F (et en récidive d'une amende de 16 000 à 80 000 F, et d'un emprisonnement de 4 à 12 mois) toute infraction aux dispositions des articles L. 125-1 et L. 125-3 (opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'oeuvre), le tribunal pouvant prononcer, en outre, une interdiction d'exercer l'activité de sous-entrepreneur de main d'oeuvre pour une période de deux à dix ans. La contravention à l'interdiction ainsi prononcée, qu'elle soit directe ou accomplie par personne interposée, expose à une amende de 16 000 à 80 000 F et à un emprisonnement de quatre à douze mois. Les sanctions sont donc aggravées en cas de prêt de main d'oeuvre illicite.

15. *Pêche maritime*

a) Un *décret n° 90-618 du 11 juillet 1990* (*JO* 14 juill. 1990, p. 8367) a trait à l'exercice de la pêche maritime de loisir. Cette pêche de loisir est définie comme celle dont le produit est destiné à la consommation exclusive du pêcheur et de sa famille et ne peut être colporté, exposé ou vendu, son exercice pouvant être effectué à pied ou à partir de navires ou embarcations ou en action de nage ou de plongée.

Sera puni de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe quiconque aura détenu à bord ou utilisé un nombre d'engins de pêche supérieur à celui autorisé, aura contrevenu aux mesures de limitation des captures, ou aura contrevenu aux dispositions de l'article 4 du décret (interdiction de l'usage pour la pêche sous-marine d'équipement respiratoire permettant à une personne de respirer sans revenir à la surface et interdiction de la détention simultanée d'un équipement respiratoire et d'un appareil spécial pour la pêche sous-marine).

b) Récolte des végétaux marins

Un *décret n° 90-719 du 9 août 1990* (*JO* 11 août 1990, p. 9824) fixe les conditions de pêche, de récolte ou de ramassage des végétaux marins. Il s'agit de protéger les varechs et plantes marines dénommés goémons (de rive, poussant en mer ou épaves). Aussi bien, l'article 18 de ce décret punit de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe quiconque aura procédé à l'arrachage des goémons, récolté des goémons poussant en mer à partir d'un navire non armé en rôle d'équipage à la pêche, ou dépassé les limitations de quantité arrêtées en application des articles 8 (limitations fixées par l'autorité administrative), 11 (interdictions concernant les goémons poussant en mer) et 14 (particularités concernant la Méditerrannée).

16. *Change manuel*

a) La *loi n° 90-614 du 12 juillet 1990* (*JO* 14 juill. 1990, p. 8329) sur la lutte contre le blanchiment des capitaux du trafic de stupéfiants a soumis, dans son article 25, les personnes (physiques ou morales) faisant profession habituelle d'effectuer des opérations de change manuel à une déclaration d'activité à la Banque de France. Ces personnes doivent tenir un registre des transactions.

Le comité de la réglementation bancaire peut fixer une réglementation propre aux changeurs, tandis que la commission bancaire exerce le contrôle et le pouvoir disciplinaire (lequel peut conduire à l'interdiction d'exercer la profession). Corrélativement, les personnes effectuant des opérations de change manuel en infraction avec les dispositions de la loi seront punies des peines prévues par l'article 77 de la loi bancaire du 24 janvier 1984.

b) Un *arrêté du 12 juillet 1990* (*JO* 19 juill. 1990, p. 8547) pris en application de l'ordonnance du 1er décembre 1986, fait obligation aux personnes pratiquant le change des devises étrangères d'informer le consommateur sur les conditions de leur activité. En particulier, doivent être affichés les cours pratiqués à l'achat et à la vente des devises contre francs, en distinguant les billets, chèques de voyage ou autres moyens de payement. Les cours incluent la rémunération du service.

17. *Circulation automobile*

a) Un *arrêté du 9 juillet 1990* (*JO* 27 juill. 1990, p. 9016) étend l'obligation du port de la ceinture de sécurité aux passagers des places arrières des véhicules automobiles, et ce à compter du 1er décembre 1990. En sont exceptés, les enfants, les personnes justifiant d'une contre-indication médicale et les occupants de certains véhicules déterminés.

b) Trois *arrêtés du 18, 19 et 20 juillet 1990* (*JO* 11 août 1990, p. 9835, 9836 et 9837) concernent la réception européenne des tracteurs en ce qui concerne les dispositifs de protection en cas de renversement.

c) Un *arrêté du 20 juillet 1990* (*JO* 29 août 1990, p. 10528) concerne les conditions d'agrément des centres de contrôle des véhicules de plus de cinq ans d'âge.

d) Un *arrêté du 14 août 1990* (*JO* 6 sept. 1990, p. 10824) modifie un arrêté du 21 août 1980 sur les visites techniques des véhicules effectuant des transports sanitaires, qui devront intervenir à intervalles n'excédant pas douze mois.

e) Un *arrêté du 13 août 1990* (*JO* 8 sept. 1990, p. 10944) a trait à l'homologation des panneaux de signalisation à messages variables.

f) Un *arrêté du 14 septembre 1990* (*JO* 29 sept. 1990, p. 11805) modifie un arrêté du 5 février 1969 en ce qui concerne les véhicules neufs non carrossés circulant sous immatriculation provisoire.

18. *Transports terrestres*

Un *décret n° 90-661 du 26 juillet 1990* (*JO* 28 juill. 1990, p. 9093) modifie le décret du 22 mars 1942 sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées d'intérêt général et local. L'article 80-2 de ce texte est remplacé par un nouveau texte punissant de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe les contraventions aux dispositions de l'article 74 alinéa 1-2° à 12°, des articles 77, 78, 79 et 85 alinéa 4 et des arrêtés pris en application de l'article 6 du décret de 1942. Est puni de la même peine toute voyageur qui aura refusé d'obtempérer aux injonctions adressées par les agents de l'exploitant pour assurer l'observation des dispositions du décret de 1942.

Enfin, un nouvel article 80-9 est inséré prévoyant les peines prévues pour les contraventions de 5e classe, contre ceux qui auront contrevenu aux dispositions de l'article 85 (al. 1 à 3), ainsi que la saisie et la confiscation des marchandises offertes, mises en vente ou exposées en vue de la vente (ventes dites à la sauvette).

19. *Loteries*

Un *décret n° 90-749 du 22 août 1990* (*JO* 24 août 1990, p. 10307) pris pour l'application des lois du 21 mai 1836 et du 23 juin 1989 précise que les documents présentant une opération publicitaire par voie d'écrit tendant à faire naître l'espérance d'un gain attribué par voie de tirage au sort, doivent distinguer les bons de commande, les extraits du règlement, la présentation des lots et les bulletins de participation. Par ailleurs, les lots doivent être présentés par ordre de valeur.

20. *Animaux*

Un *décret n° 90-879 du 28 septembre 1990* (*JO* 30 sept. 1990, p. 11901) modifie l'article R. 228-16-1° du code rural. Il punit des peines des contraventions de la 5e classe ceux qui ayant l'obligation de marquer un animal tué en application d'un plan de chasse sur le lieu même où il a été abattu ou retrouvé et préalablement à tout transport, n'auront pas procédé à ce marquage.

III. – REGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SURETE

21. *Mise en service d'établissements*

a) Un *arrêté du 15 juin 1990* (*JO* 6 juill. 1990, p. 7923) porte mise en service à compter du 25 juin d'un centre pénitentiaire à Bapaume. Un autre *arrêté du 5 juillet 1990* (*JO* 26 juill. 1990, p. 8965) porte mise en service d'un centre pénitentiaire à Tarascon.

b) Un *arrêté du 20 juin 1990* (*JO* 6 juill. 1990, p. 7923) porte mise en service à compter du 10 juin d'une maison d'arrêt à Villeneuve-lès-Maguelone (Hérault).

c) Un *arrêté du 1er août 1990* (*JO* 11 août 1990, p. 9818) complète la liste des établissements classés « centre de détention », en ajoutant les centres de Chateaudun, Longuenesse (Pas-de-Calais) et Laon (Aisne).

22. *Valeurs pécuniaires des détenus*

La *loi n° 90-589 du 6 juillet 1989* (*JO* 11 juill. 1990, p. 8175) sur l'indemnisation des victimes introduit dans le code de procédure pénale un nouvel article 728-1 sur les valeurs pécuniaires des détenus. Ces valeurs pécuniaires, qui sont inscrites à un compte nominatif ouvert à l'établissement pénitentiaire, sont divisées en trois parts : la première est réservée aux parties civiles et aux créanciers d'aliments, la deuxième est affectée au pécule de libération et ne peut faire l'objet d'aucune voie d'exécution, tandis que la troisième est laissée à la libre disposition des détenus. Les sommes réservées aux parties civiles leur sont versées directement sous réserve des droits des créanciers d'aliments, à la demande du procureur de la République, par l'établissement pénitentiaire.

Un décret fixera la consistance des valeurs pécuniaires, le montant respectif des parts et les modalités de gestion du compte nominatif.

IV. – DROIT PENAL DES MINEURS

23. *Droits de l'enfant*

Une *loi n° 90-548 du 2 juillet 1990* (*JO* 5 juill. 1990, p. 7856) autorise la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant.

24. *Protection des enfants exerçant l'activité de mannequins*

La *loi n° 90-603 du 12 juillet 1990* (*JO* 13 juill. 1990, p. 8273) complète la protection des mineurs en interdisant leur emploi durant une période de vacances scolaires pour un nombre de jours supérieur à la moitié de la durée des vacances (cf. art. L. 211-11 c. trav. *supra* n° 5-c). D'autres dispositions concernent l'autorisation préalable, la sélection des mineurs et les règles de répartition de la rémunération du mineur.

V. – PROCEDURE PENALE

25. *Indemnisation des victimes d'infraction*

La *loi n° 90-589 du 6 juillet 1990* (*JO* 11 juill. 1990, p. 8175) apporte des améliorations sensibles au dispositif d'indemnisation des victimes d'infractions (V. sur cette loi P. Couvrat, « La loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions », *ALD* 1990.143 ; Favard et Guth, *JCP* 1990.I.3466).

En premier lieu, la loi nouvelle élargit le domaine des préjudices réparables en donnant une nouvelle rédaction à l'article 706-3 du code de procédure pénale. Désormais ce sont les préjudices résultant de faits volontaires ou non présentant le caractère matériel d'une infraction et qui résultent d'atteintes à la personne qui peuvent donner lieu à réparation intégrale si ces atteintes n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 126-1 du code des assurances ni du chapitre I de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation ni dans le cadre des opérations de chasse ou de destruction des animaux nuisibles. Il faut que ces faits aient entraîné la mort, une incapacité permanente ou une incapacité totale de travail personnel égale ou supérieure à un mois, ou bien soient prévus et réprimés par les articles 331 à 333-1 du code pénal.

En deuxième lieu, les bénéficiaires sont les français ou bien, pour les faits commis sur le territoire national, les ressortissants d'un Etat membre de la CEE ou les étrangers en séjour régulier au jour des faits ou de la demande, sous réserve des traités et accords internationaux. Comme auparavant, l'indemnité peut être réduite ou refusée à raison de la faute de la victime.

En troisième lieu, la demande peut être présentée dans un délai de trois ans (au lieu de un an, art. 706-5 c. pr. pén.). Le président de la commission peut accorder une ou plusieurs provisions en tout état de la procédure, sans qu'un plafond soit applicable. C'est qu'en effet, celui-ci qui était prévu à l'ancien article 706-9 du code de procédure pénale est désormais supprimé.

En quatrième lieu, l'article 706-9 du code de procédure pénale reçoit une nouvelle rédaction en précisant les sommes dont la commission doit tenir compte pour la fixation de la somme à allouer. Il s'agit des prestations versées par les organismes de sécurité sociale, des prestations servies au titre de l'ordonnance du 7 janvier 1959, des sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation, des salaires et accessoires versés par l'employeur pendant la période d'inactivité, des indemnités journalières de maladie ou des prestations d'invalidité versés par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité. La commission doit égale-

ment tenir compte des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs au titre du même préjudice.

Pour l'application de l'article 706-9 du code de procédure pénale, le fonds peut demander au procureur de la République de requérir de toute personne ou administration la communication de renseignements sur la situation professionnelle, financière, fiscale ou sociale des personnes ayant à répondre du dommage. Le secret professionnel ne peut alors être opposé. Les renseignements ainsi obtenus ne peuvent être utilisés à d'autres fins et leur divulgation est interdite.

En cinquième lieu, l'indemnisation n'est plus assurée par l'Etat mais par le fonds d'indemnisation des victimes des actes de terrorisme. Comme ce fonds est alimenté par une cotisation prélevée sur les personnes assurées au titre de dommages aux biens, ce sont les assurés et non plus l'Etat qui contribuent à l'indemnisation des victimes d'infractions... (cf. obs. P. Couvrat, *ALD* 1990.146).

Lorsqu'il a payé, le fonds peut se retourner contre les auteurs des infractions (s'ils sont connus et solvables) ; il peut demander, sans limitation de montant, le remboursement des sommes mises à sa charge. Sa constitution de partie civile expressément maintenue par la loi nouvelle peut se faire par lettre recommandée (art. 706-11 c. pr. pén.).

Enfin, la loi nouvelle tente d'indemniser un peu mieux les personnes dont les ressources sont inférieures au plafond des ressources prévues pour bénéficier de l'aide judiciaire partielle. Ces personnes peuvent obtenir une réparation de leur préjudice matériel provenant d'un vol, d'une escroquerie ou d'un abus de confiance, mais dans la limite d'une somme égale au triple du montant mensuel du plafond de ressources. En outre, elles peuvent aussi prétendre à une indemnisation du préjudice corporel dans le cas où elles auraient subi une incapacité totale de travail inférieure à un mois (art. 706-14 nouveau c. pr. pén.).

La loi entrera en vigueur le 1er janvier 1991. Elle comporte quelques autres dispositions aménageant en fonction des nouvelles règles, certains textes du code des assurances.

26. *Action civile des associations devant le juge pénal*

De nombreuses dispositions confèrent à certaines associations le droit d'exercer l'action civile devant les juridictions répressives.

a) La *loi n° 90-589 du 6 juillet 1990* (*JO* 11 juill. 1990, p. 8175) introduit dans le code de procédure pénale un article 2-9 autorisant toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant, par ses statuts, d'assister les victimes d'infractions, à exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16 du code de procédure pénale (infractions de terrorisme), lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée.

Le délai prévu par ce texte n'est pas exigé pour les associations régulièrement déclarées avant le 9 septembre 1986.

b) La *loi n° 90-602 du 12 juillet 1990* (*JO* 13 juill. 1990, p. 8272) modifie l'article 2-8 du code de procédure pénale. Les associations se proposant de défendre ou assister les personnes malades ou handicapées, à condition d'être régulièrement déclarées depuis cinq ans à la date des faits, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 187-1, 187-2, 416 et 416-1 du code pénal commises au préjudice d'une personne en raison de son état de santé ou de son handicap. L'action civile ne sera cependant recevable que si l'association justifie avoir reçu l'accord de la victime ou celui de son représentant légal pour les victimes protégées.

La même loi du 12 juillet 1990 introduit un nouvel article 2-10 dans le code de procédure pénale. Les associations se proposant de lutter contre l'exclusion sociale ou

culturelle des personnes en état de grande pauvreté ou en raison de leur situation de famille, si elles ont été déclarées depuis plus de cinq ans au moment des faits, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux infractions prévues par les articles 187-1, 187-2, 416 et 416-1 du code pénal. Elles ne sont recevables dans leur action que si elles justifient de l'accord de la victime ou de son représentant légal.

Enfin, la *loi du 12 juillet 1990* complète l'article 2-2 du code de procédure pénale en ajoutant les mots « contre les violences exercés sur un membre de la famille » après « les violences sexuelles ». Corrélativement les infractions pour lesquelles les associations peuvent agir comprennent outre les infractions d'ordre sexuel, celles définies aux articles 184, 302, 304, 306, 309, 310, 311, 316, 330, 331, 331-1 et 341 du code pénal. Il s'agit de toutes infractions de mauvais traitements dont peuvent être victimes, notamment, les mineurs.

c) La *loi n° 90-615 du 13 juillet 1990* (*JO* 14 juill. 1990, p. 8333) sur la répression des actes racistes, antisémites ou xénophobes complète l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse. Les associations se proposant d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse peuvent aussi exercer les droits reconnus aux parties civiles.

Par ailleurs, un nouvel article 48-2 est introduit dans la loi sur la presse en vue de permettre aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés, d'exercer les droits reconnus à la partie civile relativement à l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi en ce qui concerne l'infraction prévue par l'article 24 *bis* (contestation de l'existence de crimes contre l'humanité, tels que définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945).

d) On rappellera enfin que le droit de réponse a été accordé à certaines associations relativement à certains délits (cf. *supra* n° 10 b et c) et que les organisations syndicales représentatives peuvent exercer des actions en vue du respect des dispositions concernant le travail temporaire et le prêt de main d'oeuvre (art. L. 124-20 et L. 125-3-1 c. trav. cf. *supra* n° 14).

27. *Contrôle des agences de mannequins*

La *loi n° 90-603 du 12 juillet 1990* (*JO* 13 juill. 1990, p. 8273) relative aux agences de mannequins et à la protection des enfants et adultes exerçant l'activité de mannequin prévoit dans un nouvel article L. 763-12 du code du travail que les fonctionnaires et agents du contrôle de l'application du droit du travail, des lois sociales en agriculture et du droit de la sécurité sociale, les agents du contrôle des organismes de sécurité sociale ainsi que les officiers de police judiciaire sont habilités à constater les infractions aux dispositions des articles L. 763-3, L. 763-4, L. 763-9, L. 763-10 et des textes pris pour leur application. Ils peuvent se faire présenter les contrats prévus à l'article 763-4 du code du travail.

VI. – DROIT PENAL INTERNATIONAL

28. *Droits de l'enfant*

La *loi n° 90-548 du 2 juillet 1990* (*JO* 5 juill. 1990, p. 7856) autorise la ratification de la convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (V. G. Raymond, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP* 1990.I.3454).

C. – CHRONIQUE PENITENTIAIRE ET DE L'EXECUTION DES PEINES

L'EVASION D'UN EXTRADABLE

Pierre COUVRAT

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Michel MASSÉ

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

La personne détenue dans un établissement pénitentiaire sur ordre d'écrou extraditionnel commet-elle le délit d'évasion de l'article 245 alinéa 1 du code pénal lorsqu'elle échappe ou tente de s'échapper par bris de prison ou par violence ? La cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 16 mars 1990[1], infirmant une décision de relaxe du tribunal correctionnel de la même ville en date du 8 décembre 1989, répond positivement à cette question et condamne un extradable à six mois d'emprisonnement. Les faits sont simples. Après avoir scié les barreaux de sa cellule et réuni tout un attirail destiné à escalader les toits et passer sur le mur d'enceinte, un détenu (de nationalité allemande et domicilié en Italie) est surpris le 27 novembre 1989 le corps à moitié sorti à travers les barreaux. Son intention ne fait pas de doute et le bris de prison est réalisé. Le problème naît seulement du fait qu'il n'est pas un détenu comme les autres, car c'est d'un mandat d'arrêt international (émanant du tribunal d'Innsbruck en Autriche et daté du 22 septembre 1989) qu'il a été écroué le 12 octobre 1989 en vue d'une extradition, un avis favorable de la chambre d'accusation ayant entre-temps été émis.

Cet arrêt de la cour d'Aix-en-Provence est intéressant car il s'oppose à la jurisprudence qui refusait jusqu'ici de considérer l'extradable comme un détenu au sens de l'article 245 du code pénal. L'occasion peut donc être saisie de faire le point.

A vrai dire la jurisprudence relative à cette question — qui ne manque d'ailleurs pas de charme — est fort ancienne. Il importait au moins que l'argumentation qui la sous-tend soit soumise à l'épreuve du temps et remise au goût du jour. Jugeons-en à travers des extraits :

« Que si le droit de livrer un étranger, prévenu de crime ou de délit dans le pays dont il est originaire, aux tribunaux de ce pays, ne tire point son origine des traités conclus avec les puissances étrangères, mais des droits que le Roi tient de sa naissance, et en vertu desquels il maintient des relations de bon voisinage avec les Etats voisins. Que s'il est donc inutile de rechercher si les traités qui déterminent les rapports de la France avec le royaume des Pays-Bas contiennent ou non des dispositions relatives à l'extradition.

1. Cet arrêt inédit nous a été aimablement communiqué par M. J. Beaume, substitut du procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Que si ces principes, loin de porter atteinte au droit qu'a le Roi d'accorder sa protection et d'assurer un asile dans ses Etats aux infortunés qui s'y réfugient, le laissent au contraire l'arbitre suprême de l'usage qui doit être fait de cette haute et belle prérogative. Que dès lors l'arrestation d'un étranger sur le territoire français, en vertu d'une ordonnance du Roi prescrivant son extradition constitue une détention légale (...). Que si l'acte par lequel l'évasion de cette détenue a été favorisée est répréhensible à un très haut degré, est éminemment irrespectueux pour l'autorité royale.

Néanmoins il n'est pas prévu par la loi, au silence de laquelle les tribunaux ne peuvent suppléer ».

(Extraits de Crim. 28 juin 1827, *Bull. crim.* n° 162, *Recueil général des lois et arrêts 1827*, 1, 628).

« Attendu sur ce point que le code de 1810, dans ses articles 237 à 248, reproduit la plupart des dispositions de la loi du 4 vendémiaire an 6 (...). Que ces articles n'énoncent que les cas où il s'agit d'un détenu inculpé, accusé ou condamné ou d'un prisonnier de guerre ; — que la graduation des peines que ces articles prononcent, eu égard à la peine encourue par le détenu évadé pour le fait qui a motivé les poursuites, indique suffisamment qu'il ne peut être question que du cas où la personne évadée était détenue pour un délit prévu et puni par les lois françaises ; que, s'il en était autrement, des difficultés sans nombre se présenteraient (N.D.L.R. : connaître positivement la peine encourue dans son pays par l'extradable évadé ; possibilité qu'une même connivence ou négligence de gardiens soit frappée de peines différentes selon la nationalité des évadés) (...). Que la disposition de l'article 245, portant que les détenus évadés subiront la peine de leur évasion après l'expiration de celles qu'ils auront encourue pour le crime ou délit à raison duquel ils étaient détenus, ou après jugement qui les aura acquittés, est encore une nouvelle preuve que le législateur n'a voulu atteindre que les détenus condamnés en France ou poursuivis pour crime ou délit commis en France.

(...) Que l'impulsion naturelle de l'homme vers la liberté peut expliquer cette indulgence du législateur ; qu'elle peut être également expliquée, à l'égard de l'étranger poursuivi dans son pays, par le droit de refuge et d'asile qui, surtout à l'époque de la loi du 4 vendémiaire an 6, était en faveur ; — Que, dans le cas de l'extradition, l'étranger est détenu par mesure administrative plutôt que judiciairement ».

(Extraits des motifs d'un jugement du tribunal correctionnel de Sarrebourg repris par la cour d'appel de Nancy dans un arrêt du 15 mars 1852, *Recueil général des lois et arrêts 1852*, 2, 508 ; *D.P.* 1853, 2.95).

Fallait-il maintenir cette jurisprudence en rénovant l'argumentation ou fallait-il carrément la renverser ? C'est cette seconde option qui a été prise par la cour d'appel d'Aix-en-Provence. On peut l'approuver ... en s'orientant successivement vers les aspects de droit pénitentiaire interne et les aspects de droit pénal international.

I. — LE DROIT PENITENTIAIRE

L'alinéa 1er de l'article 245 du code pénal sanctionne « les détenus qui se seront évadés ou qui auront tenté de s'évader par bris de prison ou par violence ». L'alinéa 3 du même article punit de la même peine « tout détenu transféré dans un établissement sanitaire ou hospitalier » qui « par un moyen quelconque » s'en sera évadé. L'alinéa 4 punit aussi de la même peine tout condamné « qui se sera évadé alors qu'il était employé à l'extérieur d'un établissement pénitentiaire ou qu'il était soumis au régime de la semi-liberté ou qu'il bénéficiait d'une permission de sortir ». La comparaison de ces alinéas, outre l'élément indispensable du bris de prison ou de violence dans le premier cas, conduit à distinguer les détenus des premiers alinéas des

condamnés visés au quatrième. Le premier texte, à vocation plus large, évoque en effet l'hypothèse possible des détenus provisoires.

Est-ce à dire qu'il faut y inclure ceux qui sont dans cette situation en attente d'extradition ?

Il est vrai que la notion de détenu au sens de cet article a toujours été étroitement entendue, non seulement dans le cas de l'extradable, mais aussi dans celui du détenu pour contravention et dans celui qui subit une contrainte par corps. La jurisprudence adoptait en effet une même ligne d'ensemble en refusant d'appliquer l'article 245 au fuyard de l'une de ces situations qui use de bris de prison ou de violence. Passons rapidement en revue ces diverses hypothèses.

1) La jurisprudence qui écarte l'article 245 pour le détenu contraventionnel[2] est des plus logiques car le texte (al. 2) exige que sa peine soit exécutée après l'expiration de celle encourue « pour le crime ou le délit » à raison duquel l'individu était détenu. Une détention pour simple contravention n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 245. Sans doute le texte mériterait-il d'être révisé au vu des deux mois d'emprisonnement qui peuvent aujourd'hui être prononcés pour les contraventions de cinquième classe ; mais on peut plus simplement penser que le problème ne se posera plus le jour où l'emprisonnement sera supprimé en matière contraventionnelle.

2) La Chambre criminelle ne retient pas non plus l'article 245 à l'encontre du détenu qui subit une contrainte par corps. Elle l'a justifié dans un arrêt du 10 novembre 1976[3] par le fait que l'évadé « ne subit pas une peine ». Comme le dit Mlle Mayer, seule l'amende est la conséquence directe de l'infraction et la privation de liberté n'a en aucune façon pris les caractères de la sanction pécuniaire qu'elle tend « seulement à faire exécuter ». M. Vitu[4], exceptant l'hypothèse de la contrainte par corps pour fraude fiscale qui a alors la nature d'une peine complémentaire, parle bien d'un « coloris pénal », mais note que « le caractère de voie d'exécution civile l'emporte quand on scrute la mise en oeuvre, la durée et le régime de la contrainte par corps ». Et M. Larguier[5], plutôt partisan de l'opportunité d'une sanction dans cette hypothèse, note que la détention, ici, « n'est sans doute pas une peine mais a les aspects d'une peine ». On aurait pu dans le passé concevoir une distinction entre les détenus pour dettes, où l'évasion ne lésait que les intérêts du débiteur, et les détenus pour non-paiement d'une amende, où le préjudice est causé à l'ordre social[6]. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui où cette forme de contrainte n'existe qu'en matière pénale, la privation de liberté n'a pas pour source directe une infraction pénale, la nature de la contrainte par corps est bien une mesure d'exécution et rien d'autre.

3) Il apparaît donc que les arguments retenus pour la détention contraventionnelle et pour la détention en exécution d'une contrainte par corps ne sont pas transposables à l'extradable. Son exclusion de l'article 245, s'il y a, nécessite alors d'autres explications.

Si l'on s'en tient pour l'instant à l'aspect purement interne, on constate que l'article 245, alinéa 1er (qui vise aussi bien les détenus provisoires que les détenus condamnés) fixe une double limite à la peine que peut prononcer le juge : l'une de dix années d'emprisonnement, l'autre est celle attachée par la loi à l'inculpation (s'il s'agit d'un prévenu) ou celle pour laquelle l'individu est détenu (s'il s'agit d'un condamné). Dans l'affaire soumise à la cour d'appel d'Aix-en-Provence, l'intéressé en attente d'extradition n'est certes pas un condamné ; il n'est pas non plus un inculpé en application de la loi française ; mais il est incarcéré sur demande d'un pays étranger dans le but d'être jugé par lui. Rien n'empêche alors de faire référence à la loi étrangère pour la

2. Crim. 17 nov. 1984, *D.P.* 1898.1.438 et 28 juin 1895, *D.P.* 1899.5.339.
3. Crim. 10 nov. 1976, *D.* 1977.36, note D. Mayer.
4. Commentaire de la décision *in* cette *Revue* 1977.86.
5. Commentaire de la même décision, cette *Revue* 1977.563.
6. Sur cette distinction et sur le refus de la prendre en considération par Jousse : V. Chauveau et Helie, *Théorie du code pénal*, T. 3, p. 180.

détermination du second maximum de la pénalité, ou tout au moins à « sa traduction » dans la loi française. C'est bien d'ailleurs de « traduction en droit français de l'incrimination à laquelle se rapporte la procédure en cause » dont il est question dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Et l'autre disposition de l'article 245, édictant que la peine prononcée pour évasion doit être subie après l'expiration de celle encourue pour l'infraction originaire, ne fait pas non plus obstacle à l'application de l'article 245 à un détenu extradable, car ce n'est là qu'un problème d'exécution de la peine, sans rapport avec la détermination de la norme de comportement.

On peut en outre remarquer que les détenus écroués à la suite d'une demande d'extradition émanant d'un gouvernement étranger sont, en application de l'article D. 507 du code de procédure pénale, soumis au régime des prévenus, ce qui conduit à tout le moins à un rapprochement entre l'extradable écroué et le détenu provisoire inculpé en France.

Il convient donc, semble-t-il, au plan du droit pénitentiaire, de considérer que l'extradable est bien un détenu au sens de l'article 245 alinéa 1er. Ecrouer un individu n'aurait plus de sens si celui-ci était d'emblée autorisé à s'échapper avec bris de prison ou violence. Et si son évasion était ainsi justifiée, elle serait par là même profitable à tous ses complices qui pourraient profiter de l'aubaine, ce qui n'est pas admissible. Cela apparaîtrait contradictoire avec la jurisprudence qui assimile au détenu de l'article 245 celui qui a été déposé dans une chambre de sûreté d'une caserne de gendarmerie[7], donc même pas dans un établissement pénitentiaire.

Le droit pénal international d'aujourd'hui est-il conforme à cette extension ?

II. – LE DROIT PENAL INTERNATIONAL

Le problème de l'évasion n'est pas tout à fait inconnu du droit pénal international. L'article 692 du code de procédure pénale prévoit qu'un Français ayant commis un crime ou un délit à l'étranger ne sera pas rejugé en France s'il justifie qu'il l'a déjà été définitivement à l'étranger. Mais, en cas de condamnation, il doit également justifier « qu'il a *subi* ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce ». C'est le principe dit de l'autorité négative de la chose jugée dont ne pourra pas bénéficier un condamné à l'étranger qui, s'étant évadé, chercherait refuge en France, c'est-à-dire chez lui. S'évader c'est refuser de subir. Il sera donc rejugé, pour la même infraction, mais selon la loi française cette fois[8].

L'évasion est même expressément envisagée dans certaines dispositions du droit de l'extradition. Evasion des lieux de détention de l'Etat requis : l'article 29 alinéa 2 de la loi du 10 mars 1927 prévoit que la remise des valeurs, argent ou autres objets éventuellement saisis lors de l'arrestation de la personne recherchée « peut avoir lieu même si l'extradition ne peut s'accomplir par suite de l'*évasion* ou de la mort de la personne recherchée » ; une formule comparable figure à l'article 20 alinéa 1 de la Convention européenne d'extradition et dans de nombreuses conventions bilatérales signées par la France. Evasion après condamnation dans l'Etat requérant : la convention signée le 7 mai 1928 avec la Tchécoslovaquie (toujours en vigueur mais qui ne semble plus appliquée) prévoit en effet que, une fois l'extradition opérée, si le criminel « *trouve moyen de fuir la justice* et cherche de nouveau refuge sur le territoire de l'Etat requis ou tout au moins parcourt de passage ce territoire », il « sera arrêté sur demande directe (...) et livré sans nouvelles formalités » (art. 15). De telles dispositions suffiraient à établir, s'il en était besoin, que la « belle » de l'extradable ou de

7. Crim. 17 mars 1943, *D.A.* 1943.42.

8. Sur les difficultés alors rencontrées pour déterminer la peine restant à exécuter, V. P. Couvrat, Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines, cette *Revue* 1987.266.

l'extradé n'a jamais été une simple hypothèse d'école, ainsi qu'en témoigne également l'arrêt commenté.

La question de l'application des articles 237 et suivants du code pénal ne paraît cependant pas s'être posée — du moins n'y a-t-il pas de jurisprudence publiée — depuis ces arrêts du XIX[e] siècle ci-dessus reproduits après avoir été sortis de l'oubli par la cour d'appel d'Aix-en-Provence et qualifiés par elle de « jurisprudence fort ancienne relayée par la doctrine excluant les extradables du domaine de l'extradition ».

« Droits que le Roi tient de sa naissance et en vertu desquels il maintient les relations de bon voisinage avec les Etats voisins... » (Crim. 27 juin 1887), « droit de refuge et d'asile qui surtout à l'époque du 4 vendémiaire an 6 était en faveur... » (cour d'appel de Nancy, 15 mars 1852), cette jurisprudence se fonde sur une conception de l'extradition que C. Lombois a pu stigmatiser en ces termes : « Politesse que se font les souverains quand ils l'accordent, elle est, refusée, l'occasion de petites revanches ou de grande politique, que voile pudiquement le manteau du droit d'asile »[9]. Mais ce droit a beaucoup évolué depuis et on ne peut qu'approuver la cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir remis en cause de tels fondements d'une solution qui, par routine, s'était maintenue jusqu'à nos jours. Pour ce faire, les arguments ne lui manquaient pas.

Certains des arguments évoqués sont certes surabondants et peut-être même sans portée. Par exemple lorsque les magistrats d'Aix-en-Provence évoquent « les exigences actuelles (...) de l'ordre public pénitentiaire » ou « la respectabilité de l'institution judiciaire française dans le concert juridique international ». S'agissant de l'interprétation de la loi pénale, de telles raisons ne sont pas déterminantes. Elles ne sont d'ailleurs pas nouvelles. En 1827, déjà, la Chambre criminelle avait noté que « l'acte par lequel l'évasion a été favorisée est répréhensible à un très haut degré et éminemment irrespectueux de l'autorité royale » (qui, en l'espèce, avait déjà pris la décision d'extrader au moment où l'évasion a eu lieu). Mais cela ne l'avait pas empêché de conclure que : « Néanmoins il n'est pas prévu par la loi, au silence de laquelle les tribunaux ne peuvent suppléer ».

L'arrêt commenté dispose cependant d'autres arguments tout à fait pertinents et, en droit, décisifs, que nous rattacherons à ce double mouvement qui a progressivement détaché le droit de l'extradition de son arbitraire originel : judiciarisation et contractualisation. Aujourd'hui encore, l'extradition demeure fondamentalement du domaine de la diplomatie et très proche de « l'acte de gouvernement ». Mais elle s'est très nettement juridicisée, dans les relations internationales, par l'effet des conventions que signent aujourd'hui les Etats et, dans l'ordre interne, par l'instauration en 1927 et l'accroissement postérieur d'un contrôle judiciaire sur ce qui est — aussi — « un moyen de droit d'une atteinte aux libertés individuelles » (C. Lombois).

Se fondant sur cette évolution du droit la cour d'appel estime que l'extradable est un « détenu judiciaire en vertu d'un titre dont la source réside dans le droit pénal international ». Si la première partie de l'affirmation doit être approuvée sans la moindre réserve, la seconde demanderait tout de même quelques nuances.

1) Le temps n'est plus où l'on pouvait dire, comme la cour d'appel de Nancy en 1852, que « l'étranger est détenu par mesure administrative plutôt que judiciairement ». Depuis la loi du 10 mars 1927, l'intervention de la chambre d'accusation (elle statue sur les demandes de mise en liberté et donne un avis qui, négatif, devient un *veto*) confère un évident caractère judiciaire au déroulement de la procédure préparatoire. Toute une thèse, de droit français et comparé, a été consacrée à cette évolution[10].

9. *Droit pénal international*, Dalloz, 2[e] éd. 1979, n° 417.
10. V. J. Lemontey : *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive*, Bibliothèque de sciences criminelles, T. 4, LGDJ 1966.

Cette caractéristique s'applique d'ailleurs plus exactement à la détention qu'à l'arrestation elle-même.

Dans tous les cas où la procédure d'urgence est utilisée et que l'arrestation se produit au vu d'une simple fiche de recherche diffusée par Interpol *via* le B.C.N. et la Direction centrale de la police judiciaire, les tout premiers actes de la procédure relèvent plutôt du domaine administratif ou, si l'on préfère, de la garde à vue[11]. La transition est — dans les 24 heures — assurée par l'ordre d'écrou extraditionnel délivré par le procureur de la République (art. 19 de la loi) agissant alors sur délégation expresse du Garde des sceaux[12]. Cette décision exprime juridiquement « l'ordre provisoire du gouvernement » visé par l'article 120 du code pénal, décision administrative, certes, mais que cet article assimile aux « mandats ou jugements » seuls justificatifs, dans l'ordre interne, d'une détention non arbitraire. Dès cet instant, la chambre d'accusation est saisie (art. 14, al. 1 de la loi de 1927) et l'étranger « peut être mis en liberté provisoire à tout moment de la procédure et conformément aux règles qui gouvernent la matière » (art. 14 *in fine*). Le parallèle avec la détention provisoire s'impose alors[13]. Il se trouve à l'origine de plusieurs décisions récentes transposant les formalités des articles 197 et suivants du code de procédure pénale au contentieux des demandes de mise en liberté formulées par l'extradable et lui entrouvrant la porte du recours en cassation lorsque la loi (dans son art. 20) l'avait écarté[14]. Cette compétence de la chambre d'accusation se prolonge tant que dure la détention, au-delà de l'avis donné au gouvernement et même postérieurement au décret d'extradition[15].

Selon l'arrêt commenté « cette judiciarisation toujours plus poussée de l'extradition trouve son illustration dans l'arrêt de la Chambre criminelle en date du 10 mars 1987 qui a donné à l'extradable un statut procédural *imposant* sa mise en liberté à défaut de respect des délais de transmission du dossier ». La cour vise ici un arrêt rendu le jour du soixantième anniversaire de la loi du 10 mars 1927 et complété par une autre décision du 27 mars 1987[16]. Dans ces affaires la Cour de cassation a décidé que les personnes en attente d'extradition pouvaient se prévaloir de l'article 16 alinéa 4 de la Convention européenne d'extradition ainsi rédigé : « l'arrestation provisoire pourra prendre fin si, dans le délai de 18 jours après l'arrestation, la partie requise n'a pas été saisie de la demande d'extradition et des pièces (...) ; elle ne *devra*, en aucun cas, excéder 40 jours après l'arrestation ». Protégée par la judiciarisation de la procédure, la personne arrêtée profite aussi désormais de la contractualisation de l'extradition.

2) L'extradition, affirme encore la cour d'appel d'Aix-en-Provence, « ne repose plus sur la courtoisie entre les princes, mais sur un ensemble de conventions internationales ». Et elle en déduit que le détenu l'est « en vertu d'une règle de droit pénal international en vigueur sur le territoire français ». On pense alors à un certain parallélisme des conditions : on vient de voir que l'extradable pouvait invoquer les engagements internationaux pour obtenir du juge une mise en liberté quasiment automatique dans certains cas ; en cas d'évasion, pourquoi le juge ne pourrait-il pas opposer ces mêmes engagements à l'extradable, et notamment celui de la France de tout faire pour le garder à la disposition de l'Etat requérant aux fins d'une éventuelle extradition ? De deux choses l'une, semble-t-il : ou bien la mise en liberté a été décidée par l'autorité judiciaire, ou bien l'extradable est privé de cette liberté sous la menace des peines de l'évasion.

11. V. Y. Chauvy, *L'extradition*, « Que sais-je ? » n° 1920, 1981, p. 88 et s.
12. V. *J.-Cl. Pratique des parquets et de l'instruction*, extradition, 1982, n° 43.
13. V. W. Jeandidier, « Le contentieux de la liberté dans la procédure d'extradition passive », *D.* 1981, Ch. 181.
14. V. Crim. 26 nov. 1985, *D.* 87.Somm.224, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière.
15. Crim. 25 oct. 1983, *Bull. crim.* n° 266 et Crim. 7 févr. 1984, *Bull. crim.* n° 43, obs. J. Robert, cette *Revue* 1985.338.
16. Les deux décisions sont rapportées au *D.* 1987.458, avec des obs. de F. Julien-Faferrière et P. Waquet.

Il est en effet aisé de fonder aujourd'hui sur les engagements internationaux de la France une véritable obligation de s'assurer de la personne de l'extradable. La doctrine foisonne de vocabulaire contractuel. Y. Chauvy : l'arrestation est « une mesure provisionnelle », « une anticipation de la livraison sous réserve de l'accomplissement de celle-ci ». Cl. Lombois : « l'expulsion n'est qu'un acte unilatéral de volonté de l'Etat, alors que la livraison de l'extradé est une dette ; seul juge des risques qu'on accepte de courir pour soi-même, on est tenu des soins nécessaires à l'exécution de ses obligations (...). Obtenir d'un individu qu'il ne soit plus ici — c'est l'expulsion — requiert une surveillance moins attentive qu'il ne le faut pour s'assurer qu'il sera bien là — comme l'extradition l'impose (...). La remise de l'extradé consiste à le faire passer de la garde des autorités de l'Etat requis à celle des autorités de l'Etat requérant. Il faut comprendre la garde au sens matériel... ».

L'obligation dont il s'agit est pour le moins une obligation de moyens, imposant d'utiliser tous les moyens légaux, en l'occurrence tous ceux qui sont habituellement mis en oeuvre dans le droit pénitentiaire français, au nombre desquels les poursuites pour évasion. Mais ira-t-on jusqu'à dire, avec la cour d'appel d'Aix-en-Provence, que le titre de la détention en France est international ? Cela dépend de l'analyse faite du contrat en cause. Deux conceptions sont possibles :

— une première possibilité conduit à analyser la situation comme étant de l'ordre d'une prestation de service réalisée par l'Etat requis au bénéfice de l'Etat requérant. Dans cette perspective, l'arrestation et la détention tirent leur titre du droit de l'Etat requis. Telle est, semble-t-il, l'opinion des auteurs précités s'appuyant sur une jurisprudence selon laquelle « les délais prévus par l'article 145 du code de procédure pénale ne commencent à courir qu'à partir du jour où l'inculpé a été écroué sur le territoire national et mis à la disposition du magistrat instructeur » (et non à partir de la date de son arrestation à l'étranger)[17] ;

— une seconde analyse consiste à considérer que la relation contractuelle est de l'ordre du mandat, l'Etat requis agissant sur délégation de l'Etat requérant, en ses lieu et place. Telle paraît être la conception de l'arrêt commenté. Conduisant à affirmer que l'arrestation n'est que l'exécution du titre de l'Etat requérant, elle trouve son point d'appui dans une autre jurisprudence de laquelle émergent deux arrêts. L'un, fort ancien au demeurant, décide que l'arrestation à l'étranger interrompt la prescription de la peine puisqu'elle « est l'exécution des obligations que l'Etat requis a contractées envers l'Etat requérant de participer à l'exécution de ses amendements et arrêts de justice »[18]. L'autre fixe au moment de l'arrestation à l'étranger le point de départ du délai d'opposition à une condamnation prononcée en France par défaut, au motif que cette arrestation « concourt à l'exécution de la sentence pénale émanant du juge de l'Etat requérant » et même qu'elle en « constitue un acte d'exécution »[19].

La Cour de cassation recourt donc alternativement aux deux analyses, sans autre critère apparent que celui des intérêts de la répression sur le territoire de la France Etat requérant. Le choix entre l'une et l'autre de ces analyses n'aurait d'ailleurs pas d'incidence sur le principe même de la solution ici étudiée : dans les deux cas, l'exécution d'engagements contractuels internationaux vient légitimer les poursuites pour évasion de l'extradable. Ce sont seulement les modalités d'application des articles 237 et suivants du code pénal qui pourraient être affectées. Si, comme paraît le faire la cour d'appel d'Aix-en-Provence, on penchait pour une exécution déléguée, deux conséquences seraient à envisager. En premier lieu, la sanction prononcée pour

17. Crim. 1er juin 1976, *JCP* 1977.II.18758, note P. Chambon. Pour C. Lombois (note n° 468) cette solution s'impose en droit et n'est pas contredite par la nouvelle rédaction, en 1975, de l'art. 24 c. pén. qui permet désormais d'imputer la détention subie à l'étranger sur la peine prononcée en France. Il n'y aurait là qu'une simple bienveillance tenant compte du fait de la détention à l'étranger.

18. Crim. 3 août 1888, *Bull. crim.* n° 265, *S.* 1889.I.489, avec le rapport du conseiller Tanon et une note d'E. Villey.

19. Crim. 15 déc. 1960, *Bull. crim.* n° 591;

l'évasion pourrait être mesurée — dans les limites fixées par l'article 245 du code pénal — sur la peine étrangère encourue dont la nature et le montant figurent dans le dossier de la procédure d'extradition. En second lieu l'exécution de la condamnation prononcée pour évasion ne devrait-elle pas être repoussée à une date ultérieure pour ne pas constituer un obstacle — à tout le moins un retard — à l'accomplissement de l'extradition ? Cela reviendrait à ce qu'elle soit exécutée à l'étranger, par les soins de l'Etat requérant pour le compte duquel l'Etat requis avait procédé à l'arrestation...

Personnellement, en l'état actuel du droit pénal international, ces modalités nous paraîtraient manifestement excessives. Tout au plus la première serait-elle concevable en cas d'extradition aux fins d'exécution d'une peine déjà prononcée et non aux fins de jugement à venir. Ce cas de figure mis à part et la question circonscrite au choix de la peine par le juge, il paraît préférable de s'en tenir à une analyse plus modeste : l'extradable est un détenu judiciaire en vertu d'un titre national délivré en exécution d'engagements internationaux.

D. – CHRONIQUE INTERNATIONALE

I. – DROITS DE L'HOMME

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 au Barreau de Paris

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu au cours de ces derniers mois plusieurs arrêts concernant la matière pénale. Pour certains, un résumé est simplement prévu car ces arrêts s'inscrivent dans la ligne classique de la jurisprudence de la Cour. Pour d'autres, en particulier ceux visant l'audition des témoins, la Cour a été conduite à affiner son interprétation de l'article 6, grâce à l'apport de cas d'espèces très différents survenus en plusieurs pays dont les règles de procédure divergent.

I. – Dans cette *Revue* (1990.4) les affaires *Windisch c/ Autriche*, *Delta c/ France* étaient évoquées au stade de la procédure devant la Commission. Depuis la Cour a rendu son arrêt dans les cas *Windisch* et *Delta*[1].

Arrêt Windisch c/ Autriche du 27 septembre 1990

Le requérant s'était plaint du refus de convocation de deux témoins qui avaient été entendus à la police mais ne voulaient pas être ultérieurement confrontés avec le suspect par crainte de représailles.

M. Windisch avait été condamné définitivement à trois ans de prison pour vol, après refus d'audition par le tribunal d'Innsbruck, puis par la cour d'appel.

« Le 20 mars 1986, la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*) rejeta le pourvoi en cassation du requérant. Selon elle, la demande de celui-ci tendant à faire citer et interroger les deux témoins anonymes ne pouvait aboutir, car il n'avait pas refusé de répondre sur ce point. On aurait pu identifier les deux témoins en entendant X que, selon leurs dires, elles avaient rencontré dans la soirée en question, mais M. Windisch n'avait pas sollicité son audition » (§ 15).

La décision fut confirmée en appel.

La cour retient : « le tribunal, qui ne connaissait pas davantage le nom des deux femmes, ne put étudier leur comportement pendant un interrogatoire, donc se former lui-même une opinion sur leur crédibilité (arrêt *Kostovski*, série A, n° 166, p. 20, § 43). La déposition des policiers sur ce point à la barre ne saurait passer pour l'équivalent d'une observation directe » (§ 29).

Le gouvernement invoque l'intérêt légitime des deux femmes à conserver l'anonymat. Dans son jugement, le tribunal régional déclara qu'il s'agissait de personnes

1. L'arrêt *Delta* a été rendu le 19 décembre 1990.

dignes de foi. Il ajouta que la police avait besoin de l'aide de la population pour élucider les infractions.

La collaboration du public revêt à n'en pas douter une grande importance pour la lutte de la police contre la criminalité.

La Cour rappelle à cet égard que la Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire, sur des sources telles que les indicateurs occultes, mais leur emploi ultérieur par le juge du fond pour justifier une condamnation soulève un problème différent (V. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Kostovski*, série A n° 166, p. 21, § 44). Dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait la sacrifier (§ 30).

Il échet de souligner, avec le requérant, qu'en l'espèce nul n'avait observé l'accomplissement même de l'infraction ; les renseignements fournis et l'identification opérée par les deux témoins anonymes furent les seuls éléments indiquant la présence de l'accusé sur les lieux, ce qui constitua la question clé pendant l'instruction et les débats (...). Le tribunal s'appuya largement sur ces données pour entrer en voie de condamnation.

Dès lors, leur utilisation apporta aux droits de la défense de telles limitations que M. Windisch ne saurait passer pour avoir joui d'un procès équitable (§ 31).

Partant, il y a eu violation du paragraphe 3 *d*) de l'article 6, combiné avec le paragraphe 1. La Cour à l'unanimité a ainsi statué.

La Cour reprenait certaines des considérations de l'arrêt *Kostovski*, mais le contexte était différent (cf. cette *Revue* 1990.2). La crainte des représailles était d'un tout autre ordre.

Il y a une grande diversité dans l'Europe des 23 Etats membres du Conseil de l'Europe. Pour certains, l'audition des témoins pendant la garde à vue intervient contradictoirement en présence de l'avocat (Pays-Bas), pour d'autres l'audition contradictoire avec le conseil est assurée pendant l'instruction (France, Belgique). Pour la Grande-Bretagne, l'audition en *cross examination* est exigée en tous les cas devant la juridiction de jugement.

Les arrêts *Bricmont c/ Belgique* (§ 84), soulignant la difficulté de peser avec précision le poids donné au procès-verbal d'une déclaration, *Unterpertinger* (§ 33, condamnation intervenue sur la base des dépositions de Mme Unterpertinger), *Barbera, Messequé et Jabardo c/ Espagne* ont apporté des appréciations ponctuelles concernant les modalités et la portée de l'audition de témoins.

Quelques principes se dégagent de la jurisprudence de la Commission et de la Cour (M. Buttili [pour la Commission] les énonçait à l'audience de l'affaire *Isgro*) et ont été ainsi rappelés dans l'affaire *Windisch*.

1) Tout d'abord la recevabilité du témoignage est essentiellement réglementée par la législation interne (V. arrêt *Schenck*, série A, n° 140, § 46).

2) En deuxième lieu, alors qu'en règle générale il appartient aux tribunaux internes d'apprécier les témoignages qu'ils entendent, les organes de la Convention ont le droit de veiller à ce que la procédure prise dans son ensemble et notamment la manière dont les témoignages à charge et à décharge sont entendus soient équitables somme l'exige l'article 6 § 1.

3) En conséquence, les éléments de preuves doivent en principe être produits en présence de l'accusé en audience publique en vue d'un débat contradictoire (il s'agit de l'affaire *Barbera, Messegué et Jabardo*, série A, n° 146, § 78). Ce n'est qu'ainsi que le principe de l'égalité des armes peut être pleinement respecté.

4) Néanmoins, la lecture des déclarations faites par les témoins lors de l'instruction n'est pas en soi incompatible avec les termes du paragraphe 3 *d*) et 1 de l'article 6, à condition que les droits de la défense que l'article 6 a pour but de protéger aient bien été respectés (arrêt *Unterpertinger*, série A, n° 110, § 31).

5) En règle générale, les droits de la défense exigent qu'un accusé ait une possibilité adéquate et suffisante de contester et d'interroger un témoin qui a fait sa déposition ou à un stade ultérieur de la procédure (arrêt *Kostovski*, série A, n° 166, § 41).

Il convient d'ajouter qu'il est d'une importance cruciale que le juge du fond puisse étudier le comportement du témoin pendant l'interrogatoire pour pouvoir se former lui-même une idée de sa vérité (V. à cet égard, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Kostovski*, § 43).

La Cour va statuer sur d'autres cas relatifs aux témoins : *Isgro c/Italie*, et *Cardot c/France*. L'arrêt *Delta c/ France* a été rendu (*supra*, note 1).

L'affaire *Isgro c/ Italie* concerne une procédure pénale intentée contre le requérant accusé d'enlèvement, enlèvement qui s'est soldé par le décès de la victime. A l'issue de cette procédure, le requérant a été condamné à 20 ans de réclusion par la cour d'appel de Milan, laquelle condamnation a été essentiellement confirmée le 23 mars 1984 par la Cour de cassation. Le jugement a été essentiellement fondé sur les déclarations d'un témoin, M. D., qui fut entendu au cours de l'instruction, mais non pas à l'audience elle-même parce qu'il a échappé aux recherches des autorités judiciaires à cette époque.

L'essence du grief du requérant est qu'il a été condamné sur la foi d'un témoignage que la défense n'a eu aucune possibilité de contester à un moment quelconque de la procédure pénale intentée contre lui. La question que la Cour est appelée à trancher est celle de savoir si le requérant a bénéficié d'un procès équitable conformément à l'article 6 § 3 *d*), les garanties du paragraphe 3 de l'article 6 entrant dans la notion générale de procès équitable énoncée au paragraphe 1er du même article.

Une forte majorité de la Commission a conclu, ce qui était contesté par le gouvernement italien, qu'il y avait eu violation du paragraphe 1er lu en combinaison avec l'article 6 § 3 *d*) de la Convention. L'article 6 § 1er combiné au paragraphe 3 *d*) exige que les Etats contractants prennent des mesures pour que les témoins à décharge soient entendus dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

Deux affaires concernent la France et l'audition des témoins est en cours devant la Cour européenne. Les arrêts seront rendus début 1991. L'une, *Delta*, se rattache à une procédure sans confrontation au stade judiciaire. L'autre, *Cardot*, se réfère à une confrontation de témoins devant le magistrat instructeur, non renouvelée devant la cour d'appel.

La variété de ces cas d'espèce fournira un panorama complet pour l'application de l'article 6.

La question n'a pas encore été évoquée, devant la Cour, des règles et modalités de protection des témoins pouvant risquer des représailles dans les affaires de terrorisme et de grande criminalité. Le sujet a été traité au congrès de l'Union internationale des avocats en septembre 1990 à Strasbourg, en partant des expériences américaines (changements d'identité et de domicile). La politique pénale devra prendre en compte cet aspect du problème.

II. — *Arrêt Thynne, Wilson, Gunnell c/ Royaume-Uni du 25 octobre 1990.*

L'affaire se situait dans le cadre des peines discrétionnaires.

« Chacun des requérants a été convaincu de graves infractions sexuelles et condamné à une peine perpétuelle "discrétionnaire". En la prononçant, les tribunaux internes ont reconnu la nécessité de punir chacun d'eux pour la gravité de leurs actes mais aussi pris en compte leur instabilité mentale et le risque de récidive, qui en faisaient en danger pour le public.

Le premier requérant, M. Michael Thynne, s'est reconnu coupable de viol et de sodomie, infractions sexuelles pour lesquelles il fut condamné par la *Central Criminal*

Court de Londres en 1975. Il se trouve incarcéré depuis lors, bien qu'il se soit évadé deux fois. Malgré la recommandation du comité local de contrôle préconisant son élargissement en mai 1989, la commission de libération conditionnelle a recommandé son maintien en détention, un nouveau contrôle devant avoir lieu un an après le placement de l'intéressé dans une prison à régime ouvert. Il est admis qu'il a purgé la phase répressive de sa peine, et que le risque pour le public est la seule considération restante dans son cas.

Deux questions étaient soulevées

En premier lieu, la question de savoir si le contrôle judiciaire voulu se trouvait incorporé à la condamnation initiale.

D'après les intéressés, une peine perpétuelle « discrétionnaire » comprend un élément répressif — une période d'emprisonnement destinée à répondre aux besoins de la rétribution et de la dissuasion (la période « tarifée ») — et un élément de sécurité fondé sur la nécessité de protéger le public. Ils se seraient vu infliger des peines perpétuelles « discrétionnaires » parce qu'à l'instar de M. Weeks les tribunaux les jugeaient mentalement instables et dangereux et que pareille peine allait permettre au ministre de surveiller leurs progrès et décider du moment où il pourrait les élargir sans risque. S'agissant là de facteurs propres à évoluer à la longue, le maintien en détention devrait pouvoir donner lieu à un contrôle judiciaire à des intervalles raisonnables.

Pour le gouvernement, le cas de MM. Thynne, Wilson et Gunnell ne relève pas de la même catégorie que l'affaire *Weeks* dans laquelle on ne pouvait qualifier de graves les circonstances de l'infraction et où le seul élément était celui de la sécurité. En l'espèce, au contraire, les requérants avaient accompli des crimes d'une extrême gravité et les tribunaux avaient souligné l'élément répressif.

Selon le gouvernement, dans l'hypothèse d'une peine perpétuelle « discrétionnaire », on ne saurait d'habitude tracer une nette ligne de démarcation, par référence à la période « tarifée », entre l'élément répressif et l'élément sécuritaire. Tenter de le faire confondrait les procédures administratives régissant le mode d'exécution de la peine avec la nature de celle-ci. La gravité demeurait la justification immuable d'une peine perpétuelle « discrétionnaire ».

Selon la Cour, en sus de la nécessité d'une répression, les juridictions relevèrent, pour condamner les trois requérants à l'emprisonnement à vie, qu'ils souffraient de troubles mentaux ou de la personnalité, étaient dangereux et avaient besoin d'un traitement. A leurs yeux, la réclusion à perpétuité constituait en l'occurrence la peine la plus adéquate, car elle permettrait au ministre d'apprécier les progrès de l'intéressé et d'agir en conséquence. Leurs objectifs se rapprochaient là de ceux des juges de M. Weeks, mais tenaient compte, en outre, de la gravité bien plus grande des infractions.

La Cour note que la peine perpétuelle « discrétionnaire » est manifestement devenue en droit anglais une mesure à appliquer à des criminels dangereux et mentalement instables ; pareilles peines comprennent un élément répressif et un élément de sécurité, ce dernier étant destiné à confier au ministre le soin de déterminer quand l'intérêt public permet de relâcher le prisonnier.

Ces objectifs se distinguent des buts répressifs de la peine perpétuelle « obligatoire ».

Le « tarif » est terminé pour chacun des requérants. Au-delà les motifs justifiant leur détention se comparent à ceux dont il s'agissait dans les affaires *van Droogenbroeck* et *Weeks* : instabilité mentale et dangerosité peuvent évoluer avec le temps, donc des questions nouvelles de légalité surgir en cours d'emprisonnement. Partant, les requérants avaient droit, en vertu de l'article 5 § 4, à saisir un tribunal compétent pour statuer sur la légalité tant de leur maintien en détention, à des intervalles raisonnables, que d'une réincarcération éventuelle.

La Cour ne croit pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'article 5 § 4 est applicable tout au long de la détention des requérants ou seulement après la fin de

la période « tarifée », la phase répressive ayant manifestement pris fin pour chacun des requérants.

En second lieu, la question de savoir si les recours disponibles répondaient aux exigences de l'article 5 § 4.

Le « tribunal » tel que l'entend l'article 5 § 4 n'a pas à être habilité à substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision, mais son examen doit être assez ample pour s'étendre à chacune des conditions justifiant, au regard de la Convention, le type particulier de privation de liberté appliquée aux requérants.

Ni la commission de libération conditionnelle ni la procédure de contrôle judiciaire ne répondent aux exigences de l'article 5 § 4.

La Cour a conclu en conséquence, par dix-huit voix contre une, qu'il y a eu infraction à l'article 5 § 4 dans le chef de chacun des trois requérants.

III. — *Arrêt Huber c/ Suisse du 23 octobre 1990.*

« ... la Cour conclut à l'existence d'une violation de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : l'impartialité d'un procureur de district de Zurich pouvait paraître sujette à caution dès lors qu'il pouvait agir comme organe de poursuite, après avoir inculpé la requérante et prescrit sa mise en détention provisoire.

... En l'espèce, M. J. intervint dans un premier temps au stade de l'information : il rechercha s'il fallait inculper la requérante et poursuivit sa mise en détention provisoire, puis il instruisit le dossier. Dans un deuxième temps, soit quatorze mois après l'arrestation, il agit comme organe de poursuite en dressant l'acte d'accusation, mais il n'occupa pas le siège du ministère public devant la juridiction de jugement.

Se référant à plusieurs arrêts postérieurs à l'arrêt *Schiesser* du 4 décembre 1979 et relatifs notamment à l'auditeur militaire néerlandais, la Cour ne discerne aucune raison d'aboutir à une conclusion différente pour la justice pénale de droit commun. Sans doute la Convention n'exclut-elle pas que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions mais son impartialité peut paraître sujette à caution s'il peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante. Il en allait ainsi en l'occurrence, de sorte que l'article 5 § 3 a été enfreint ». La Cour a donc conclu à la violation.

La question du cumul des fonctions dans l'affaire *Huber* était très proche de celle de l'arrêt *Schiesser* qui concernait les Pays-Bas.

Le problème pourrait être étudié en France dans le cadre des fonctions du juge des enfants et du juge d'instruction et de la réforme de l'ordonnance de 1945 pour la procédure pénale concernant les mineurs. Le projet de loi prévoit en effet des modifications de compétence du juge.

Le premier trimestre 1991 des sessions de la Cour donnera lieu, outre les nouvelles affaires en audience publique, à de nombreux prononcés d'arrêts sur la durée déraisonnable des procédures.

II. – DROIT PENAL INTERNATIONAL

DROIT DE L'EXTRADITION ET EVASION

Michel MASSÉ

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

(V. *supra* pages 134 et suivantes les commentaires rédigés en commun avec P. Couvrat, professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers).

E. – CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

Reynald OTTENHOF

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur du Centre de sciences criminelles

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique de criminologie dans ce numéro. Ils la trouveront dans le prochain numéro.

F. – CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

L'ESPRIT DE LA LOI DU 6 JUILLET 1990 RELATIVE AUX VICTIMES D'INFRACTIONS

Anne d'HAUTEVILLE

Maître de conférence à l'Université de Montpellier I
Vice-Présidente de l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation

En adoptant en 1954 son programme minimum[1], la Société internationale de défense sociale n'avait pas intégré directement la victime d'infraction pénale dans sa réflexion sur le phénomène criminel et dans ses choix d'actions exprimés à travers quelques principes fondamentaux de politique criminelle.

Mais son président, Marc Ancel, a pris très tôt conscience des problèmes rencontrés par les victimes de la criminalité, et a su les intégrer dans la construction de la politique criminelle qu'il défendait : « Il est clair que dès qu'on se place sur le plan de la politique criminelle, qui est par essence celui de la défense sociale, le problème de la victime présente une importance considérable[2] ». Le Programme minimum de Défense sociale a ainsi du être révisé[3]. Marc Ancel a reconnu l'importance des premiers travaux de victimologie réalisés dans une perspective criminologique, travaux qui ont apporté « une dimension nouvelle » à l'approche scientifique et politico-criminelle du phénomène de la délinquance[4].

Initialement, l'intérêt pour la victime a donc été centré sur la recherche des causes de la délinquance, sur le rôle joué par la victime dans le mystérieux mécanisme du « passage à l'acte ». La victimologie est, dans cet esprit « une réplique en miroir de la criminologie[5].

Les recherches de cette « première victimologie[6] » ont correspondu dans l'histoire des idées à l'apparition des doctrines de la défense sociale moderne et à la renaissance des études de politique criminelle, mais cela n'a été que « coïncidence dans le temps[7] ». Néanmoins, ces recherches victimologiques ont influencé la politique criminelle proposée par le mouvement de Défense sociale nouvelle.

L'humanisation du système pénal envisagée d'abord du point de vue du délit et du délinquant, a été reconnue comme « logiquement » nécessaire en « fonction de la considération, de la victime[8] ». Toutefois dans cette logique, la victime est considérée

1. M. Ancel, « Un Programme minimum de Défense sociale », cette *Revue* 1955.562.
2. M. Ancel, « La Défense sociale devant le problème de la victime », cette *Revue* 1976.179.
3. M. Ancel, « La révision du Programme minimum de Défense sociale », cette *Revue* 1983.533.
4. M. Ancel, *op. cit.* p. 180, cf. 179 de la liste des principaux symposiums internationaux de victimologie tenus entre 1973 et 1978.
5. M. Colin, 25e congrès de l'Association française de criminologie (Grenoble, 13-14 oct. 1989).
6. R. Gassin, *Criminologie*, Précis Dalloz, 2e éd. n° 228 et n° 504 et s. avec l'importance bibliographie citée.
7. M. Ancel, *op. cit.* p. 181.
8. M. Ancel, *op. cit.* p. 182.

non pour elle-même, mais en tant qu'« autre acteur du drame criminel[9] » ou si l'on se place *ante delictum*, en tant que « citoyen » devant être défendu contre le crime[10] ».

Dans les années 1975-1980, il s'est produit un changement de cap chez certains chercheurs victimologues. Des recherches se sont orientées vers une personne « victimisée » en tant que telle, personne blessée par l'infraction, justiciable qui demande réparation, homme de la cité qui se sent exclu, « quelle que soit l'origine du malheur qui la frappe et du préjudice qu'elle subit[11] ».

Les regards des experts se sont tournés vers la victime meurtrie dans son corps et dans son psychisme qu'elle soit enfant maltraitée, victime d'abus sexuel, victime d'agression, de sévices, ou victime d'un lancinant sentiment d'insécurité[12].

Les conséquences sociales de l'acte criminel vis à vis de la victime ont été mises en lumière : le plus souvent, l'acte criminel aboutit à exclure la victime de la société en altérant plus ou moins gravement le lien qui la rattachait à ses diverses communautés d'appartenance[13].

Robert Badinter, alors Garde des Sceaux, conscient que « la victime se trouve dans la pire des solitudes, celle qui s'accompagne d'un sentiment de rejet » mène alors une politique criminelle « résolue » en faveur des victimes qui se traduit par le vote de la loi du 8 juillet 1983[14] et le lancement d'un vaste mouvement associatif d'aide aux victimes[15].

Parallèlement, il est mis en place une politique originale de prévention de la délinquance fondée sur la participation de la société civile aux actions menées localement par les conseils communaux de prévention de la délinquance (CCPD)[16], actions coordonnées sur le plan national par la délégation interministérielle à la ville (DIV) et au développement social urbain.

Politique d'aide aux victimes et politique de prévention de la délinquance ne s'opposent pas : dans une vision globale du phénomène criminel, ces deux politiques visent à lutter contre toutes les exclusions, exclusions génératrices de délinquance ou exclusions résultant de délinquance.

La loi du 6 juillet 1990[17] est une nouvelle étape importante franchie par le droit français pour mettre en oeuvre effectivement les principes fondamentaux affirmés

9. M. Ancel, *op. cit.* p. 180.

10. M. Ancel, *op. cit.* p. 182.

11. R. Gassin, *op. cit.* n^{os} 251 et s. qui qualifie cette « seconde victimologie » de « victimologie de la réaction sociale » ou de « victimologie de l'action », cf. bibliographie citée.

12. Cf. les travaux du 25^{e} congrès de l'Association française de criminologie tenu à Grenoble les 13-14 octobre 1989, sur le thème « Victimes et société ».

13. Cf. le rapport de la commission d'études et de propositions dans le domaine de l'aide aux victimes présidée par le professeur Milliez, juin 1982.

14. Loi n° 83-608 du 8 juill. 1983 renforçant la protection des victimes d'infractions, *JO* 9 juill. 1983, *JCP* 1983.III.54461, *D.* 1983.L.351, et décr. n° 83-1156 du 23 déc. 1983, *JO* 27 déc. 1983, p. 3750. Cf. J. Pradel, « Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions », *D.* 1983.chron.241 ; Y. Chartier, « L'indemnisation des victimes d'infractions pénales », *Gaz. Pal.* 21 juin 1985, A. d'Hauteville, « Le nouveau droit des victimes », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1984.437 ; P. Couvrat, « La protection des victimes d'infractions : essai d'un bilan », cette *Revue* 1983.577 ; Fr. Lombard, « Les différents systèmes d'indemnisation des victimes d'actes de violence et leurs enjeux », cette *Revue* 1984.277 ; B. Bouloc, cette *Revue* 1984.117 ; J.-M. Guth, *J.-Cl. Procédure pénale*, Fasc. art. 706-3 à 706-15 c. pr. pén.

15. Mouvement coordonné par le Bureau de la protection des victimes et de la prévention créé en 1982 au ministère de la Justice et par l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation, INAVEM, 4-14 rue Ferrus, 75014, Paris. Cf. A. d'Hauteville, « Victimes mieux aidées, victimes mieux indemnisées : des perspectives nouvelles », cette *Revue* 1989.172.

16. Cf. Ch. Lazerges : « La mise en oeuvre par le conseil communal de prévention de la délinquance de l'idée de participation des citoyens à la politique criminelle », cette *Revue* 1988.150 et s. Cf. J. Borricand, « Espace urbain et prévention de la délinquance. Nouvelles perspectives françaises », cette *Revue* 1990.622.

17. Loi n° 90-589, *JO* 11 juill. 1990, *JCP* 1990.III.64.185 *bis*. Cf. « La note du Garde des Sceaux du 27 août 1990 sur l'application de la loi nouvelle, *JCP* 1990.III.64.173 et les premiers commentaires : P. Couvrat : « La loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions », *ALD* 1990.143 et s. ; J. Favard et J.-M. Guth, « La marche vers l'uniformisation ? La quatrième réforme du droit à l'indemnisation des victimes d'infractions. Art. 706.3 à 706.15 du code de procédure pénale », *JCP* 1990.I. 3466 ; A. d'Hauteville, « L'indemnisation des victimes de la délinquance », *RGAT* 1990, n° 2.

par la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes[18].

Ce progrès concerne essentiellement les victimes d'atteintes graves à la personne. En effet, en affirmant le droit à réparation intégrale pour toutes les victimes « de droit commun » ayant subi des dommages corporels graves, la loi nouvelle « par souci de cohérence et de justice sociale rétablit l'égalité entre victimes de faits graves — quelle que soit leur origine — en améliorant sensiblement le régime de solidarité mis en oeuvre et en unifiant les systèmes d'indemnisation tout en maintenant dans leur intégralité les droits acquis par les victimes d'attentats terroristes[19].

La suppression de la condition de carence ou d'insolvabilité de l'auteur, c'est-à-dire du caractère subsidiaire du système, ainsi que le déplafonnement de l'indemnisation par les CIVI[20] permet de mettre en oeuvre un véritable régime d'indemnisation par la collectivité détaché du procès répressif de recherche et de condamnation de l'auteur. La charge financière de cette réparation intégrale des atteintes graves à la personne est transférée de l'Etat au Fonds de garantie attentats créé en 1986.

Pour les autres victimes, de dommages corporels peu graves, et de dommages matériels consécutifs au vol, à l'abus de confiance et à l'escroquerie, le régime antérieur de secours de l'Etat aux victimes les plus défavorisées, mis en place par les lois du 3 janvier 1977 et 2 février 1981 est étendu de deux façons : tout d'abord les victimes d'atteintes légères à la personne en bénéficieront alors qu'auparavant rien n'était prévu pour elles ; ensuite le secours financier quelque peu réévalué sera apporté à un plus grand nombre de victimes du fait du relèvement du plafond de ressources exigé pour en bénéficier. Mais ce système étendu par la loi nouvelle dont la charge financière a également été transmise au Fonds de garantie attentats, reste subsidiaire et maintient, à travers la condition d'insolvabilité du délinquant, le principe premier d'une indemnisation par le responsable.

Ces deux volets essentiels de la loi du 6 juillet 1990[21] traduisent deux idées fondamentales de la Défense sociale nouvelle[22] que sont :

— *le respect de la personne humaine*, ici victime impliquée dans une affaire pénale, et,

— la mise en oeuvre *d'une pédagogie de la responsabilité*, à travers une indemnisation mise à la charge de l'auteur.

18. Convention signée à Strasbourg le 24 nov. 1983, approuvée par la loi n° 88-1251 du 30 déc. 1988 et publiée par le décr. n° 90-447 du 29 mai 1990, *JO* 1er juin 1990, p. 6503, *JCP* 1990.III.63905, *D.* et *ALD* 1990.249.

19. Cf. Exposé des motifs du projet de loi, *Doc. Sénat* 21 mars 1990 n° 197. Nous excluons de notre étude la situation des victimes d'actes de terrorisme et le problème soulevé lors de la discussion parlementaire de la loi du 6 juill. 1990 de la judiciarisation de leur régime d'indemnisation par la saisine d'une CIVI spécialisée. Les victimes d'actes de terrorisme conservent la possibilité de saisir directement le Fonds de garantie attentat créé par la loi du 9 sept. 1986, qui demeure pour ces victimes organisme décideur et organisme payeur des indemnités. Sur la loi de 1986, cf. A. d'Hauteville, « L'indemnisation des dommages subis par des victimes d'attentats », *RGAT* 1987.329 et J.-F. Renucci, « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme », *D.* 1987.chron.197.

20. L'indemnisation étatique était plafonnée à un montant fixé par décret. Il est passé de 190 000 F en 1980, 210 000 F en 1981, 250 000 F en 1983 à 400 000 F en 1986.

21. La réforme bénéficie à toute victime de nationalité française, même si l'infraction est commise à l'étranger et aux victimes de nationalité étrangère en situation régulière en France pour les faits réalisés sur le territoire national. Sur les autres points de la réforme à savoir : 1) l'extension à la partie civile du bénéfice de la délivrance gratuite aux accusés de la copie des procès verbaux constatant l'infraction des déclarations écrites des témoins et des rapports d'expertise dans le cadre des procédures devant la cour d'assises (art. 16 de la loi) ; 2) la consécration législative du prélèvement automatique sur le compte nominatif du détenu de la part réservée à la partie civile (art. 11 de la loi) ; 3) la reconnaissance aux associations d'aide aux victimes d'intervenir dans les procès répressifs ouverts à l'occasion d'infractions terroristes (art. 1 de la loi). Cf. P. Couvrat, « La loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infraction », *ALD* 1990.143.

22. Cf. M. Ancel, *La Défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Ed. Cujas, 1re éd. 1954, 2e éd. 1966, 3e éd. 1981.

En hommage à Marc Ancel, nous voulons montrer que l'esprit de la loi du 6 juillet 1990 correspond sur ces deux points à la politique criminelle du mouvement qu'il a créé.

I. – LA REPARATION INTEGRALE PAR UN FONDS DE SOLIDARITE TRADUIT LE RESPECT DU PAR LE DROIT ET LA SOCIETE A LA VICTIME AYANT SUBI DE GRAVES ATTEINTES A SA PERSONNE

Marc Ancel rappelle que les précurseurs du mouvement de la Défense sociale, comme Adolphe Prins, s'étaient déjà insurgés contre le système néo-classique selon lequel la compensation matérielle des dommages subis par la victime doit être assurée par le seul droit civil, système « qui méconnaissait le caractère de droit public de la réparation due à la victime. Il était donc inexact et du point de vue de la politique criminelle inadmissible d'assimiler cette obligation délictuelle à la simple violation d'un contrat. La puissance publique et la justice pénale devaient prendre directement en charge cette compensation du lésé[23] ». Et l'auteur souligne le « pas important franchi (en Italie) en politique criminelle vers la publication du droit de la personne lésée ».

Le système classique « faisant dépendre l'indemnisation de la victime de la découverte, de la condamnation et des facultés de paiements de l'auteur de l'acte doit être critiqué ». « Qu'arrivera-t-il si le délinquant n'est pas identifié ou a pris la fuite, si le juge l'acquitte, faute de preuves suffisantes ou le déclare irresponsable ou s'il est matériellement hors d'état d'assurer la réparation mise à sa charge ? ». « On observera même » — nous dit Marc Ancel — « que plus il sera puni, plus la peine sera longue et moins il aura la possibilité de s'acquitter de sa "dette civile". Sans compter qu'un délit de peu de gravité pénale peut entraîner un dommage civil considérable[24] ».

Deux idées majeures extraites de ces citations permettent d'expliquer la réforme de 1990 et de justifier ce qui peut apparaître à certains comme un encouragement à la déresponsabilisation.

La première idée est que *la réparation intégrale des préjudices subis est un droit fondamental à caractère public de la personne lésée.*

Ce principe est aujourd'hui affirmé par l'article 2 de la loi du 6 juillet 1990 modifiant l'article 706-3 du code de procédure pénale : « Toute personne ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction peut obtenir la réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à la personne... » lorsque les faits ont entraîné « soit la mort, une incapacité permanente ou une incapacité totale de travail personnel égale ou supérieure à un mois », soit sont prévus et réformés par les articles 331 à 331-3 du code pénal », c'est-à-dire les attentats à la pudeur et le viol[25].

Bien sûr l'indemnisation financière, malgré sa nature juridique compensatrice, n'efface pas les souffrances, les détresses mais elle constitue une reconnaissance officielle par l'Etat, par la justice, par la société de la victime et en ce sens elle est un droit fondamental.

« La Défense sociale de 1950 (a été) en premier lieu un mouvement de protection et de promotion de l'homme... Dans la conception nouvelle, où prédomine l'idée de protection, le corps social tout entier doit être protégé... ». Par là, s'explique — par là-même s'impose — l'intérêt nécessaire que la Défense sociale en tant que mouvement

23. M. Ancel, « Le problème de la victime dans le droit pénal positif et la politique criminelle moderne », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1980.133.
24. M. Ancel, *op. cit.* p. 136.
25. Infractions pour lesquelles il n'est exigé aucune incapacité depuis la loi n° 85-1407 du 30 déc. 1985.

humaniste de politique criminelle porte à la victime... »[26]. Et Marc Ancel n'a sûrement pas désavoué la Commission « Justice pénale et droits de l'homme »[27], qui dans son rapport sur la mise en état des affaires pénales souhaite voir rappeler au titre des principes fondamentaux le « droit à être indemnisé du dommage causé par l'infraction » et non pas seulement le droit de demander réparation.

La deuxième idée est que *la réparation doit être assurée par l'Etat ou la société quand elle ne peut l'être par l'auteur.*

Compte tenu de la gravité des blessures physiques ou psychiques des victimes visées par l'article 706-3 nouveau du code de procédure pénale des indemnités très importantes peuvent être allouées. Il faut savoir que l'indemnisation totale d'un handicapé jeune dépasse souvent le million de francs et que celle des plus gravement atteints, paraplégiques, tétraplégiques, amputés, plusieurs millions de francs[28]. Devant ces situations dramatiques générant des créances extrêmement importantes, la recherche d'un responsable, solvable (hors assurance)[29], et le plafonnement de l'indemnisation par l'Etat en cas de carence du responsable à 400 000 F sont apparus respectivement comme dérisoires et insuffisants. En effet, la charge financière d'une telle indemnisation est insupportable pour toute personne responsable, qu'il soit citoyen intégré dans notre société ou, *a fortiori* s'il en est un marginal ou un exclu. Et faire dépendre l'effectivité de l'indemnisation due à la victime à ces niveaux-là des possibilités financières des auteurs est une illusion, source d'injustice et de frustrations portant atteinte à la crédibilité de la justice.

Ce constat a conduit le législateur de 1990 à aller jusqu'au bout de l'idée de dissociation entre les mécanismes d'indemnisation et de recherche de responsabilité.

En effet, le système nouveau[30] n'est plus subsidiaire : la victime n'a plus à faire la preuve de la non identification de l'auteur ou de son insolvabilité. Cette preuve exigeait que la victime mette en oeuvre son action civile en réparation, au civil ou, le plus souvent au pénal par voie de constitution de partie civile. Or, pour certaines victimes, le parcours judiciaire était source de victimisations supplémentaires et de déceptions amères[31].

Il faut souligner que le législateur de 1990 n'a jamais eu l'intention de porter atteinte au droit de se constituer partie civile, bien au contraire et nous le verrons dans la deuxième partie de ces réflexions. Mais la victime d'atteintes graves à la personne doit recevoir le plus rapidement possible après les faits une indemnisation intégrale de ses dommages et choisir (ensuite ou en même temps) de se constituer partie civile soit pour déclencher l'action publique de répression en cas d'inaction du parquet soit pour intervenir dans un procès déjà engagé, afin de pouvoir témoigner, suivre le processus d'élucidation des faits, et entendre la décision de justice sur la responsabilité pénale de l'auteur.

Même indemnisée, la victime conserve son droit d'être présente comme partie civile au procès pénal. « La victime doit être incluse dans le procès pénal autrement que comme la condition éventuelle de certaines infractions ou qu'en tant que plaignante réclamant une indemnisation » affirmait Marc Ancel. L'intérêt qualifié

26. M. Ancel, « La Défense sociale devant le problème de la victime », *op. cit.* p 182.

27. La Commission présidée par M. Delmas-Marty a remis son rapport au Garde des Sceaux en juin 1990.

28. Cf. Y. Lambert Faivre, *Le droit du dommage corporel*, Dalloz, 1990, n° 765.

29. D'où les obligations légales d'assurance de responsabilité. Cf. G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, thèse, Paris, 1963 ; et « La responsabilité : conditions », *LGDJ* 1982 ; et « Effets », *LGDJ* 1988. Cf. également Y. Lambert Faivre, « L'évolution de l'assurance de responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987.1.

30. La loi du 6 juill. 1990 est entrée en vigueur le 1er janv. 1991 pour toutes infractions même antérieures qui n'ont pas donné lieu à une décision d'indemnisation irrévocablement passée en force de chose jugée (art. 18 de la loi).

31. Cf. A. d'Hauteville, *Les victimisations successives de la victime d'infraction pénale pendant son parcours judiciaire*, rapport au 25e congrès de l'Association française de criminologie, Grenoble, 13-14 oct. 1989.

souvent de « vindicatif », consistant à vouloir que la justice pénale soit rendue, doit suffire à lui seul à déclarer recevable la constitution de partie civile[32].

Les trois précédentes lois du 3 janvier 1977, 2 février 1981 et 8 juillet 1983 avaient mis à la charge de l'Etat l'indemnisation de ces victimes[33]. Le Trésor public consulté pour avis par la commission d'indemnisation des victimes du tribunal de grande instance[34], rappelait pour chaque dossier qu'il s'agissait d'une « aide » fondée sur l'idée de solidarité et non sur celle de responsabilité de l'Etat.

La loi nouvelle transfert aujourd'hui cette charge sur la société civile[35] en étendant les compétences du Fonds de garantie[36] créé en 1986 pour les victimes d'attentat, à l'indemnisation des victimes de droit commun. Ce changement a-t-il une signification autre qu'une économie habilement réalisée par l'Etat, et la réaffirmation de son irresponsabilité devant le phénomène de délinquance ? Y a-t-il désormais responsabilité de la société ?

Pour Marc Ancel, les responsabilités de l'Etat et de la société ne font pas de doute : « Mettre à la charge de l'Etat la réparation subie par la partie lésée » ... consiste à dire que l'Etat, qui a pour charge d'assurer l'ordre public et la sécurité des personnes, est normalement responsable d'avoir manqué à ses obligations de n'avoir « pas su, ou pas pu, empêcher la commission de l'acte » délictueux. On a pu nier rattacher ce raisonnement au « contrat social » ; on le présente aujourd'hui sous une forme renouvelée en constatant que c'est la société elle-même qui engendre la délinquance[37]. Certes les exemples sont malheureusement nombreux de délinquance générée par les excès de notre société mais outre le fait que de nombreuses situations ne correspondent pas à cette analyse, nous préférons voir dans l'extension des compétences du Fonds de garantie la marque d'une solidarité partagée par le plus grand nombre face à un risque de société.

La loi nouvelle maintient l'idée d'un recours exercé contre le responsable par l'organisme payeur qu'était le Trésor public et que sera désormais le Fonds de garantie[38]. Pourra-t-on dans ce contexte d'indemnisation préalable par le Fonds continuer à mettre en oeuvre la politique criminelle de responsabilisation du délinquant ? La pédagogie de la responsabilité, chère à Marc Ancel, a-t-elle encore sa place ?

II. — L'INDEMNISATION PAR LE RESPONSABLE, INSTRUMENT DE « PEDAGOGIE DE LA RESPONSABILITE »

Bien que la loi du 6 juillet 1990, en consacrant une avancée spectaculaire de l'indemnisation des victimes par la collectivité, puisse apparaître à première analyse comme susceptible d'entraîner une déresponsabilisation des auteurs, le gouvernement

32. Crim. 8 juin 1971, *D.* 1971.594, note J. Maury, Crim. 10 mai 1984, *Bull. crim.* n° 165. Cf. aussi art. L. 466 c. séc. soc. permettant de recevoir les constitutions de partie civile tendant à faire admettre la culpabilité des dirigeants de société.

33. Rappelons que le système mis en place par ces trois lois était subsidiaire et plafonné. Cf. P. Couvrat, « La protection des victimes d'infractions, essai d'un bilan », cette *Revue* 1983.577 et J. Pradel, « Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions », *D.* 1983.chron.241.

34. Les CIVI constituent des juridictions à caractère civil statuant en premier et dernier ressort. Elles comprennent deux magistrats et un assesseur laïc.

35. Composée ici de l'ensemble des assurés des contrats d'assurance de biens.

36. Le Fonds prend l'appellation de « Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions » (art. 13 de la loi). Il est toujours financé par un prélèvement annuel sur l'ensemble des contrats d'assurance de biens conclus en France (cinquante cinq millions environ de contrats). Cette taxe avait été fixée en 1986 à 15 F puis était descendue progressivement à 1 F. Elle sera de 4 F pour 1991. Le Fonds de garantie devient seulement organisme payeur des indemnisés décidées par les CIVI.

37. M. Ancel, « Le problème de la victime dans le droit pénal positif et la politique criminelle moderne », *op. cit.* p. 144.

38. Art. 9 de la loi modifiant l'art. 706-11 c. proc. pén.

entend poursuivre et développer la politique de responsabilisation, condition de toute insertion durable :

« Grâce à une diversification de procédures et des sanctions, la politique pénale du gouvernement vise à donner une place plus grande à l'obligation pour le délinquant de réparer l'infraction et aussi à intégrer la réparation due à la victime à tous les stades du procès pénal[39] ».

En effet, l'indemnisation par le responsable ou du moins ses efforts sérieux d'indemnisation peuvent jouer un rôle déterminant dans le chemin de l'insertion suivi par le responsable sous l'autorité de la justice avec l'aide des services spécialisés attachés à l'institution judiciaire[40]. Cette idée rejoint celle d'une mise en oeuvre d'une pédagogie de responsabilité imaginée par la Défense sociale nouvelle, pédagogie qui doit être entreprise dès les premiers jours du procès, tout au long de la procédure et même jusqu'au terme du traitement pénitentiaire. La présence de la victime au procès pénal permet, en effet dans une certaine mesure, de faire prendre conscience au délinquant de la gravité des faits commis, non pas seulement par rapport à la notion abstraite d'atteinte à l'ordre public mais par rapport aux dommages concrètement causés à la victime. Cette prise de conscience est souvent un élément important dans l'apprentissage de la responsabilité et de la vie en société, un élément important de la lutte contre la récidive.

Est-il possible de concilier le droit à une indemnisation effective de la victime et l'exigence d'une responsabilisation de l'auteur ? Pour tenter de répondre, il nous apparaît nécessaire de distinguer les situations dans lesquelles il y a atteintes graves à la personne (art. 706-3 c. proc. pén.) et celles ayant entraîné des dommages matériels consécutifs à un vol, abus de confiance, escroquerie auxquelles s'ajoutent aujourd'hui les atteintes légères à la personne (art. 706-14 c. proc. pén.).

Dans la première hypothèse, celle des atteintes graves à la personne, la victime pourra, dès le lendemain des faits, demander à la CIVI la réparation intégrale de son préjudice[41]. Les sommes allouées par la CIVI en toute indépendance[42] seront versées dans des délais brefs par le Fonds de garantie qui sera subrogé dans les droits de la victime indemnisée et pourra exercer un recours en remboursement des sommes versées à l'encontre du responsable.

Dans un tel contexte, le responsable fera-t-il des efforts pour rembourser le Fonds sachant que la victime a déjà été indemnisée. Le recours du Fonds présentera en effet, un caractère administratif, impersonnel, comparable aux recours exercés par les autres organismes payeurs (caisses de sécurité sociale par ex.).

Deux réponses peuvent être apportées à cette question évidemment préoccupante.

— Tout d'abord les constitutions de partie civile des victimes déjà indemnisées devront être encouragées. Mais il est nécessaire alors d'humaniser le processus judiciaire[43], de veiller à ce que la victime soit traitée comme une personne sujet de droits et non comme un « objet », objet d'expertise, de contre expertise, qu'elle ne soit pas maintenue dans l'ignorance de son dossier.

39. Rapport de Y. Durand, Député n^{os} 14 à 17, 5.

40. Associations de contrôle judiciaire. Comités de probation et d'assistance aux libérés, et peut-être Association d'aide aux victimes dans le cadre d'un ajournement du prononcé de la sanction avec épreuve consistant à indemniser la victime, cf. *infra*, note 49.

41. La loi nouvelle a remplacé l'expression « dommage corporel » par celle de « dommages résultant d'atteintes à la personne », ce qui englobe les préjudices moraux. Cf. en ce sens P. Couvrat, *op. cit.* p. 145 ; sur le régime antérieur, cf. Civ. 2^{e}, 14 déc. 1987, note A. d'Hauteville, *D.* 1989.256.

42. Qu'une action publique soit en cours ou non, qu'il y ait eu une décision de justice, pénale ou civile fixant des dommages et intérêts ou non, le système de l'indemnisation par l'Etat, aujourd'hui par le Fonds de garantie est autonome, cf. Civ. 2^{e}, 18 juin 1986, *Bull. civ.* II, n° 93.

43. L'art. 16 de la loi modifiant l'art. 279 permettant aux victimes d'obtenir gratuitement copies de certaines pièces dans les procédures criminelles, va dans ce sens.

C'est là une exigence du respect de la personne humaine affirmée avec force par la Défense sociale nouvelle. La victime doit être entendue. Elle a droit à la parole et cette parole doit pouvoir être échangée avec le responsable et les magistrats. C'est à ces conditions que le responsable pourra prendre alors conscience des conséquences réelles, humaines de son acte.

— Deuxièmement, le Fonds de garantie doit exercer l'action récursoire que la loi reconnaissait déjà à l'Etat (art. 706-11 c. proc. pén. modifié par la loi du 6 juill. 1990). Le Fonds peut se constituer partie civile devant la juridiction répressive, même pour la première fois en appel. La loi prévoit que la mesure de ce recours est déterminée par le montant versé par le Fonds à la victime, en indemnité ou en provision dans la limite du montant des réparations mises à la charge des responsables.

Mais nous retrouvons alors le problème de la solvabilité des responsables non assurés avec un système juridique fondé sur la subrogation et l'interdépendance entre responsabilité et indemnisation. Le recours du Fonds ne devrait-il pas en fait, sinon en droit se mesurer aux possibilités contributives du condamné dans le souci de responsabiliser celui-ci sans le pousser dans une insolvabilité durable source de marginalisation sinon de délinquance ? Un mécanisme de transaction entre le Fonds et le responsable apporterait une souplesse qui nous apparaît souhaitable.

Marc Ancel soulignait que « la charge trop lourde de la réparation risque alors de contrarier la réinsertion sociale de l'auteur de l'acte et les exigences ou les contrôles qu'on établit pour assurer cette réparation (ici ce remboursement) risquent de l'entraîner dans les voies de la marginalité, de la déviance voire de la délinquance définitive »[44].

Dans la deuxième hypothèse, celle des atteintes aux biens et des atteintes légères à la personne, l'article 706-14 du code de procédure pénale soumet le secours de l'Etat, aujourd'hui du Fonds de garantie, aux conditions strictes énoncées par la loi du 3 janvier 1977 : la victime doit justifier ne pouvoir « obtenir à un titre quelconque une réparation ou une indemnisation effective et suffisante de son préjudice et se trouver de ce fait dans une situation matérielle grave ». Le système reste donc bien subsidiaire dans cette deuxième hypothèse puisque la preuve de la carence du responsable est exigée.

Mais la loi du 6 juillet 1990 a réalisé une extension de l'institution sur deux points :

— tout d'abord le Fonds pourra aider financièrement les personnes ayant subi du fait de l'infraction une incapacité totale de travail inférieure à un mois ;

— ensuite le plafond de ressources, au-delà duquel le secours ne peut être alloué, a été relevé par référence à celui prévu pour obtenir l'aide judiciaire partielle (soit 5 250 F) et par voie de conséquence le maximum de l'aide accordée pourra atteindre 15 750 F[45].

Les références légales à une incapacité totale de travail inférieure à un mois pour les dommages corporels et à des revenus annuels (par foyer fiscal) inférieurs à 63 000 F nous conduisent à faire deux remarques.

La première est que la population des victimes concernée est très vulnérable et que l'infraction causera le plus souvent *ipso facto* un « trouble grave dans les conditions de vie ».

La solidarité de la société se justifie alors, à l'évidence, en cas de carence de l'auteur (non identification ou insolvabilité).

44. M. Ancel, « Le problème de la victime dans le droit pénal positif et la politique criminelle moderne », *op. cit.* p. 136.

45. Sur la discussion lors de l'élaboration du projet de loi à la Chancellerie et lors du vote de la loi au Parlement, de la mesure de ce projet cf. J. Favard et J.-M. Guth, *op. cit.* n° 10. Le plafond retenu reste évidemment bas : des revenus légèrement supérieurs à 5 250 F par mois ne permettent pas le plus souvent la souscription de contrats d'assurance vol. Des politiques criminelles de prévention de la victimisation devraient être élaborées. Cf. M. Ancel, « La Défense sociale devant le problème de la victime », *op. cit.* p. 184.

La deuxième remarque est que la réparation des dommages peut souvent dans cette hypothèse correspondre à des indemnités financièrement supportables pour un auteur solvable ou un auteur qui a retrouvé, pendant ou après l'exécution de la sanction pénale, des ressources pécuniaires régulières grâce à un travail ... licite.

En conséquence, on peut avancer que c'est dans ce domaine de la petite ou moyenne délinquance que peut être affirmé, avec espoir d'effectivité, le principe de l'indemnisation par le responsable. La politique criminelle d'incitation du délinquant à indemniser sa victime peut alors être développée à tous les stades de la procédure :

— le parquet peut exercer une certaine action pédagogique en liant sa décision de classement ou de poursuite aux efforts réalisés par l'auteur du dommage ;

— le parquet peut également confier l'affaire à des conciliateurs. La médiation[46], mise oeuvre à titre expérimental dans certaines villes pourrait être généralisée à de très nombreux petits conflits qui se situent à la frontière entre le pénal et le civil ;

— le juge d'instruction peut utiliser le cautionnement (art. 138-11[e] c. proc. pén.) et les mesures de contrôle judiciaire prévues par l'article 138-15[e] et 16[e] du code de procédure pénale (obligations de constituer des sûretés personnelles ou réelles destinées à garantir les droits de la victime, ou justifier qu'il contribue aux charges familiales, etc.)[47] ;

— le juge de jugement peut retenir les efforts d'indemnisation du prévenu à titre de circonstances atténuantes ou encourager à la poursuite de tels efforts en ajournant le prononcé de la peine, après avoir déclaré la culpabilité du prévenu (art. 469-3 et 469-4 c. proc. pén.). L'institution de l'ajournement créé par la loi du 11 juillet 1975 traduit la proposition de césure du procès pénal énoncé par la Défense sociale nouvelle[48]. Une loi du 6 juillet 1989 a en outre prévu la possibilité de « placer le prévenu sous le régime de la mise à l'épreuve » (art. 469-4 c. proc. pén.) et cette épreuve peut justement consister à indemniser la victime[49] ;

— enfin le juge de l'application des peines devrait tenir compte des efforts d'indemnisation réalisés par le condamné pour individualiser l'exécution de la peine.

Pour Marc Ancel, le procès pénal ne s'arrête pas en effet au prononcé de la sanction, mais doit être entendu largement, comme englobant l'exécution de la décision de justice jusqu'à l'accomplissement total de la peine pénale prononcée.

*
* *

Le principe de la réparation intégrale du dommage a toujours été considéré comme principe fondamental de la responsabilité civile. Mais ce principe exige, pour être mis en oeuvre effectivement, la recherche d'un responsable, la condamnation de ce responsable et — on l'oublie parfois — la solvabilité de ce responsable.

Or, le plus souvent ces conditions ne sont pas réunies lorsque des dommages graves ont été causés par un acte de délinquance. Notre société génère, en effet, une crimi-

46. Cf. ***Bulletin du CLCJ***, Comité de liaison des associations socio-éducatives de contrôle judiciaire, déc. 1986, n° 8, « La médiation ». M. J. Franco, ***La variante de médiation***, mémoire de DEA, Université de Montpellier I, 1988 ; G. Apap, « La conciliation pénale à Valence », cette ***Revue*** 1990.633.

47. Le suivi socio-éducatif des associations de contrôle judiciaire renforce de façon très sensible les chances de succès de la décision du juge d'instruction. Cf. ***Bulletin du CLCJ***, oct. 1988, n° 15, « L'insertion en question ».

48. Cf. M. Ancel, ***La Défense sociale***, « Que sais-je ? », 2[e] éd. 1989, p. 71.

49. Le suivi de l'épreuve imposée par le tribunal augmente fortement les chances de succès. Il doit être assuré par le juge de l'application des peines ou « par toute personne qualifiée ». Après une expérience positive d'une année réalisée dans le cadre d'un protocole d'accord conclu avec le tribunal de grande instance de Montpellier, l'Association départementale d'information et d'aide aux victimes de l'Hérault (ADIAV) a entrepris des démarches d'agrément auprès de ce tribunal afin de se voir confier par le juge d'application des peines le suivi des ajournements avec charge d'indemniser la victime.

nalité de masse ou de groupe et favorise un anonymat qui rendent parfois difficile l'identification de l'auteur. Elle génère également une délinquance d'imprudence qui peut entraîner des dommages graves irréparables à l'échelon individuel. La responsabilité civile classique ne peut plus remplir alors sa fonction indemnitaire.

Les solutions ne peuvent qu'être collectives : c'est le recours à l'assurance obligatoire pour les victimes d'accidents de la route, c'est l'intervention d'un Fonds de garantie pour les victimes d'attentats et aujourd'hui pour les victimes de la délinquance de droit commun.

La responsabilité civile issue des traditions de notre ancien droit est aussi destinée à moraliser les conduites individuelles. Dans le cadre d'un procès répressif, elle peut être utilisée comme outil pédagogique pour faire découvrir ou redécouvrir au délinquant ses devoirs de citoyen, mais à condition que la charge en reste financièrement supportable. Exiger du délinquant l'indemnisation totale ou partielle de sa victime, ou le remboursement total ou partiel des sommes versées par le Fonds de garantie à la victime, devient alors un élément d'une peine individualisée et tournée vers l'avenir.

Avec ce double objectif, indemnisation des victimes et responsabilisation des délinquants, la loi du 6 juillet 1990 s'insère à la fois dans l'évolution de notre droit de la responsabilité et dans le mouvement de politique criminelle inspiré par la Défense sociale nouvelle.

BIBLIOTHÈQUE

INFORMATIONS

I. – CONGRES, COLLOQUES, SEMINAIRES

XLIVe COURS INTERNATIONAL DE CRIMINOLOGIE
(Saint-Marin, 6-10 mai 1991)

Le XLIVe cours international de criminologie, organisé par la Société internationale de criminologie et la Société internationale de défense sociale, aura lieu du 6 au 10 mai 1991 à Saint-Marin.

Le programme sera le suivant :

Lundi 6 mai 1991 :

1) dialogue entre criminologie et défense sociale ;

2) la crise de la justice pénale et de la défense sociale : modèles de contrôle social.

Mardi 7 mai 1991 :

1) la tendance à la privatisation de la protection juridique et de la défense individuelle et patrimoniale ;

2) le rôle de la police dans les perspectives de la recherche criminologique et de la politique criminelle.

Mercredi 8 mai 1991 :

1) le procès pénal : les auteurs, l'action et les effets par rapport aux fins. Evaluations comparatives par rapport aux différents systèmes procéduraux ;

2) la formation du juge.

Jeudi 9 mai 1991 :

1) la crise de la peine de détention et la désinstitutionnalisation ;

2) le rôle des interventions cliniques : l'intervention psychosociale et psychiatrique en tant que moment de réparation ou de suppléance.

Vendredi 10 mai 1991 :

1) l'évolution de la politique criminelle et de la prévention dans la perspective des recherches criminologiques et selon les objectifs de la Défense sociale ;

2) rapport de synthèse.

Pour des renseignements complémentaires il faut s'adresser à la Société internationale de criminologie, 4 rue de Mondovi, 75001, Paris.

XIIe CONGRES INTERNATIONAL DE LA SOCIETE INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE
(Bruxelles, 27-31 mai 1991)

Le XIIe Congrès international de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre aura lieu à Bruxelles du 27 au 31 mai 1991 et aura pour thème

« La société civile et les Forces armées — Rapports juridiques réciproques en temps de paix et en temps de guerre ». Une journée de travail sera consacrée à l'aspect « Appui militaire à la Société civile » (mardi 28 mai) et une autre à l'aspect « Appui civil aux Forces armées » (mercredi 29 mai). Ces travaux ont pour objectif de dresser un aperçu des législations nationales et des conventions internationales applicables et d'en évaluer la pratique courante. Les langues du Congrès sont le français et l'anglais. Une traduction simultanée sera assurée.

D'autres thèmes seront également abordés au sein de quatre commissions spécialisées :

1) le Comité de protection de la vie humaine dans les conflits armés examinera un sujet se rapportant à la protection de l'environnement ;

2) la Commission de criminologie militaire étudiera les aspects criminologiques des attaques des Forces armées contre la population civile ;

3) la Commission d'histoire du droit militaire recherchera de façon méthodique les législations nationales et missions de l'armée en temps de paix à partir de 1814 :

4) la Commission des affaires générales recherchera dans quelle mesure les Forces armées sont assujetties aux lois de l'Etat de séjour en cas de stationnement pacifique à l'étranger.

Pour des renseignements complémentaires, il faut s'adresser au siège de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre à : Auditorat général près la cour militaire, palais de justice, B 1000 Bruxelles (Belgique).

COLLOQUE EUROTOX 93, « DROGUES, VALEURS ET POLITIQUES » (Bruxelles, 13-15 juin 1991)

Trois associations belges (Infor-Drogues, le GERM et Prospective Jeunesse) et la Commission des communautés européennes organisent un colloque international sur le thème « Drogues, Valeurs et Politiques » du 13 au 15 juin 1991 à Bruxelles: Eurotox 93.

1. *L'Europe de 1993*

L'« Europe sans frontières » de 1993 crée un horizon de type nouveau en matière de « politique des drogues ». Les malentendus et les obstacles à la communication entre pays et entre milieux concernés ne pourront plus être ni ignorés, ni conçus comme la conséquence normale des différences nationales, sous peine de devenir des facteurs de tension et de conflits majeurs.

Certes, dans les instances internationales, l'Europe commence à affirmer sa spécificité en soulignant la nécessité d'une approche qui ne soit pas purement répressive. Mais, dans les divers pays qui la composent, la définition des problèmes à résoudre diffère. Qui plus est, au sein même de la plupart des pays européens, l'existence d'une législation précise n'empêche pas cette définition de varier selon les disciplines ou les champs professionnels.

L'élaboration d'une politique européenne cohérente en matière de drogues a pour conditions préalables la mise au jour des obstacles à la communication et l'exploration de leur sens. Ainsi, la cohabitation sauvage de définitions (techniques, morales, politiques, etc.) n'alimente-t-elle pas des malentendus ? De telles logiques d'analyse et d'action relèvent les différentes définitions des termes « drogue » et « toxicomanie » ? Quelles valeurs, quelles images culturelles viennent nourrir ou détourner les représen-

tations « expertes » du problème ? Quels rapports de force dessinent les places respectives des différents acteurs ?

Le colloque « Eurotox 93 » abordera ces questions de front. Nullement dans le but de produire une analyse unificatrice qui concilierait les positions en présence, mais dans celui de participer à la mise en place d'une dynamique constructive : une confrontation des politiques et des techniques permettra de s'intéresser positivement aux différences au lieu de les fuir, de les occulter ou de les exacerber. C'est en effet devenu aujourd'hui un défi en soi que de créer les possibilités de discuter des politiques entre différents types d'acteurs et représentants de différents pays sans être paralysé par les malentendus ou les rapports de force en présence.

2. *Une dynamique transsectorielle, transdisciplinaire et transnationale*

L'appel à participations à ce colloque s'adresse à tous les acteurs concernés par la problématique des drogues dans leur pratique, leur savoir ou leur expérience, non pas en tant que détenteurs d'une théorie, d'une réponse, d'une solution à « exposer », mais en tant que porteurs de problèmes, arpenteurs de l'espace dans lequel ces problèmes se vivent et explorateurs des choix possibles. Le récit d'une expérience en cours, l'interrogation sur un cas, la réflexion sur un échec, les mises en perspective politique, historique, sociale, éthique, philosophique de la problématique des drogues sont également pertinents.

Pour assurer la dynamique de décloisonnement que vise le colloque, Eurotox 93 propose aux participants de concevoir leur contribution de manière à prendre en compte au moins un thème « transversal ». Cinq thèmes possibles ont été sélectionnés ; leur trait commun est de prendre sens dans les diverses disciplines, dans les différentes logiques d'analyse et d'action, mais d'y prendre le plus souvent des sens variables.

Les cinq thèmes choisis sont : mobilisations, interdits, affects, expertises, visées.

Mobilisation peut renvoyer à deux sens très différents : soit l'ensemble des stratégies qui assimilent la problématique de la drogue à une problématique de guerre ou de lutte sans merci ; soit la création d'un réseau de solidarité, d'écoute, de soins, de programmes de prévention... Dans quelle mesure ces deux sens coopèrent-ils ou se contredisent-ils ? Comment évaluer leurs efficacités respectives (par exemple, par rapport à l'instrument de prévention classique que constitue la peur, ou la menace, face aux dangers de la drogue) ?

Par interdit, on approchera notamment les notions de drogues licites et illicites. Cette distinction légale peut-elle s'articuler avec la notion symbolique d'interdit ? Peut-elle avoir des effets pervers ? La notion de norme, au sens de normes produites au sein d'un groupe et à son usage propre, ouvre-t-elle un autre type d'alternative ?

Par affects, on entendra tantôt les manières dont les usagers de différentes drogues en parlent, tantôt les manières dont ces témoignages touchent ceux qui les reçoivent. Que peuvent nous apprendre ces témoignages sur ceux qui les expriment et sur nous ? De quels autres témoignages disposons-nous (histoire, ethnologie, enquêtes ou clichés médiatiques, expérimentation animale...) ?

Par expertises, on désignera l'ensemble des discours sur les drogues et les toxicomanes et s'autorisant d'un savoir ou d'une compétence. Quelle place chaque discours laisse-t-il aux autres ? Comment se règlent les conflits entre discours discordants ? Quelles formes de relations peuvent exister entre le pouvoir politique et les discours d'experts ?

Par visées, on entendra le type d'idéal que recherchent explicitement ou implicitement les différents modes d'intervention dans le champ des drogues et de la toxicomanie. Ces diverses visées — abstinence, modération, ordre public, santé publique, esthétisme, hédonisme, « normalisation », etc. — sont-elles accessibles, réalistes ? Ces questions sont-elles posées explicitement ? Quelle utopie sociale sous-tend chaque visée ?

Offres de participation

La présentation de ce colloque ayant un caractère inhabituel, il convient de préciser que nous n'attendons pas des personnes et des groupes souhaitant participer au colloque qu'ils répondent méthodiquement aux questions posées. Nous souhaitons par contre qu'ils situent leur expérience et leur réflexion par rapport à l'un ou l'autre des cinq thèmes. Les offres de participation (ne dépassant pas une page de format A4) devront parvenir au secrétariat d'Eurotox avant le 4 février 1991.

Le colloque aura lieu les 13, 14 et 15 juin 1991 au Palais des congrès de Bruxelles. Chaque thème fera l'objet d'une demi-journée de travail. Une traduction simultanée anglais-français sera assurée.

Les participants seront groupés dans des tables rondes et leur communication sera dès lors limitée à dix minutes. Toute information complémentaire peut être demandée, soit au secrétariat du colloque, soit par téléfax auprès de M. A. Decourrière, n° 00.32.2.347.48.08.

IIe CONGRES MONDIAL SUR LA VIOLENCE ET LA COEXISTENCE HUMAINE (Montréal, 13-17 juillet 1992)

L'Association internationale d'échanges scientifiques sur la violence et la coexistence humaine (ASEVICO) tiendra son deuxième Congrès mondial sur la violence et la coexistence humaine à Montréal du 13 au 17 juillet 1992.

Ce congrès a pour objectif d'inviter à une réflexion interdisciplinaire sur la nature de la violence, sur la diversité de ses formes et sur les solutions pour en contrer les manifestations et les conséquences. Le programme se déroulera sur une période de cinq jours du lundi 13 au vendredi 17 juillet 1992 et comportera cinq séances simultanées (sections, tables rondes, ateliers, thèses affichées).

Les séances plénières seront consacrées à :

1) la nature et les formes de la violence ;

2) violence sociale (discrimination, racisme, guerre, génocide) ;

3) violence faite aux personnes ;

4) violence faite au milieu de vie (détérioration de l'environnement, risques technologiques...) ;

5) Remèdes et solutions aux problèmes de la violence.

Les langues du congrès sont le français, l'anglais, l'espagnol, l'allemand et le russe.

Pour des renseignements complémentaires, il faut s'adresser au : Secrétariat du IIe Congrès mondial sur la violence et la coexistence humaine, Université de Montréal, C.P. 6128, Succ. A., Montréal (Québec), Canada, H3C 3 J7.

II. – ENSEIGNEMENT, RECHERCHES

LA MISE EN OEUVRE JUDICIAIRE ET SOCIALE DU TRAVAIL D'INTERET GENERAL

(Présentation d'une enquête nationale auprès des juges de l'application des peines)

Objectif

Les statistiques concernant le nombre annuel de condamnations au travail d'intérêt général ont révélé, après la progression importante constatée lors des deux premières

années de mise en place (1984-1985), une stabilisation remarquable du nombre de mesures notifiées. Les obstacles à l'extension du TIG pouvaient se relier soit :

— à des contraintes d'ordre structurel (moyens et équipements insuffisants),

— à des contraintes d'ordre situationnel (volonté de maîtriser, pour mieux évaluer une mesure considérée comme expérimentale, lente modification des habitudes judiciaires).

Puis, en 1988, le nombre des condamnations TIG a connu une importante diminution. Certes, la perspective et les effets d'amnistie de mai 1988 sont des facteurs explicatifs pertinents. Cependant, il restait à vérifier ce qui, au cours des différents étapes nécessaires à la réalisation du TIG, aurait pu dans les premières années d'expérimentation freiner puis, à partir de 1988, restreindre la mise en place de cette mesure pénale. Une évaluation concrète des conditions de prononcé, de mise à exécution et de réalisation des peines de TIG a été conduite, en mars 1990, avec le support d'une enquête, dans le cadre d'une mission ordonnée par le Garde des Sceaux.

Méthodologie

Nous nous sommes adressés à l'ensemble des juges de l'application des peines, maîtres d'oeuvre de la mesure TIG ; ils sont en effet en lien direct avec les magistrats, les organismes d'affectation, les travailleurs sociaux et les condamnés.

Le questionnaire élaboré a permis de recueillir des informations sur :

— *la mise oeuvre du judiciaire du TIG (mise à exécution et prononcé) :*

— moyens dont disposent les JAP et les comités de probation et d'assistance aux libérés,

— modalités de la circulation de l'information sur le TIG au sein des tribunaux

— *la réalisation de la peine :*

— pratique des travailleurs sociaux chargés de suivre les condamnés à un TIG,

— diversité des postes proposés par les organismes d'affectation et implication nécessitée par l'accueil du TIG.

Résultats

Nous avons reçu 153 questionnaires provenant des juges de l'application des peines. Les cours d'appel dans leur ensemble ont été représentées, et 136 juridictions sur un total de 181 (soit 75 %) ont répondu à l'enquête. Ce bref exposé rappelle les principales analyses qui émergent des données recueillies[1].

37 juridictions ont constaté en 1988, non pas un fléchissement mais une stabilisation, voire une augmentation du nombre de mesures TIG notifiées. D'autres juridictions, en revanche, évoquant la lourdeur de la gestion de cette mesure pénale, insistent sur la pénurie de moyens disponibles consacrés au TIG. Ainsi, le fléchissement du nombre de condamnations ne pouvait s'expliciter par une analyse globale, nous avons choisi de mener des analyses séquentielles selon la taille des juridictions.

Trois variables sont apparues, différenciant la réalisation du travail d'intérêt général : les moyens disponibles, les objectifs de la pratique sociale, la fluctuation de la motivation des partenaires.

1. Deux articles exposent l'ensemble des résultats de l'étude : N. Boucher, B. Jouys, M. Birling, « La mise en oeuvre judiciaire du travail d'intérêt général. La réalisation socio-éducative du TIG », *Rev. pénit.* n° 1, 1991 (à paraître).

1. Les moyens disponibles

Les conditions d'exercice de la fonction de juge de l'application des peines, les moyens en secrétariat et en travail social des comités de probation sont très diversifiés.

Pour des raisons différentes, ce sont les petites et les grandes juridictions qui apparaissent les plus exposées aux difficultés de fonctionnement pour la mise en oeuvre du TIG.

Les petites juridictions n'ont, en majorité, pas de secrétariat et 50 % d'entre elles signalent une nette saturation dans la charge de travail du personnel du CPAL. Ces juridictions sont, de plus, animées par des juges qui doivent faire face à de multiples fonctions : deux tiers d'entre eux exercent deux fonctions supplémentaires (le plus souvent, juge correctionnel et juge au siège civil).

58 % des grandes juridictions insistent sur la pénurie de postes en travail social et secrétariat. Les juges en revanche sont plus présents et disponibles pour l'exercice de l'application des peines.

Les juridictions moyennes, dont les comités de probation sont animés par deux à quatre travailleurs sociaux mettent moins en évidence des difficultés de fonctionnement. On pourrait supposer que leur taille, qui garantit un équipement minimum, permet aussi au juge de l'application des peines de connaître l'ensemble des prononcés et, éventuellement, d'autoréguler le nombre de mesures de TIG.

Quoi qu'il en soit, d'après les juges de l'application des peines, la réalisation du TIG s'effectue, dans deux tiers des comités de probation, de manière satisfaisante. Ainsi, 77 % des dossiers sont rapidement traités par les secrétariats (dans des délais inférieurs à un mois) et deux tiers des comités de probation peuvent faire face aux mesures de TIG qui leur sont confiés.

2. Les objectifs de la pratique sociale

Les résultats de l'enquête révèlent des différences de pratique assez significatives, selon les juridictions. Il apparaît que plus la taille de la juridiction est importante, plus la pratique du TIG s'affine. Ainsi, la création de postes pour toxicomanes, le suivi socio-éducatif, la prospection de nouveaux postes sont largement assurés par les travailleurs sociaux des grandes juridictions (respectivement par 49 %, 82 % et 95 % d'entre elles). Ceci se réalise aux dépens d'un contrôle de l'exécution du TIG (réalisé par 75 % des grandes juridictions), moins étroit que celui réalisé par 91 % des autres juridictions.

Une pratique inverse s'observe donc dans les moyennes et petites juridictions, celles-ci intensifiant le contrôle et assurant avec moins d'intensité le suivi socio-éducatif et la recherche de nouveaux postes auprès des organismes d'affectation ; dans ces juridictions, seuls 28 % des postes peuvent recevoir des toxicomanes.

Il semblerait que cette diversité de pratique, qui se corrèle avec la quantité de moyens disponibles, doive davantage s'expliquer par le type de population traitée. Il est vrai que les grandes villes concentrent une population délinquante qui présente des risques de désinsertion plus importants, nécessitant donc un suivi socio-éducatif plus régulier.

3. La fluctuation des motivations

L'insuffisance de l'information, même auprès des magistrats (22 % d'entre eux, dans les chambres correctionnelles, paraissent encore mal informés sur le TIG) maintient cette mesure pénale dans une situation intimiste, ce qui influe manifestement sur sa crédibilité et son dynamisme.

Les juges de l'application des peines rendent compte d'un certain scepticisme chez leurs collègues du parquet.

Cette attitude, minoritaire mais présente, du milieu judiciaire contraste avec l'engagement manifesté par certains organismes d'affectation chargés de l'accueil des condamnés au TIG.

On peut être étonné par le pourcentage de juridictions (63 %) qui ont été spontanément contactées par des organismes, candidats à l'affectation, et par la variété des prestations supplémentaires offertes aux tigistes (orientation ou formation professionnelle, hébergement, aide matérielle).

Cependant, ces postes manquent parfois de variété. Peu de juridictions (37 %) ont noté une évolution qualitative des postes proposés, et plus de la moitié des juridictions (54 %) ont observé une usure et lassitude chez les représentants des organismes.

On constate donc parfois, une certaine démobilisation qui contraste avec la volonté d'élargir et d'affiner la pratique manifestée par d'autres organismes.

Le TIG paraît ainsi une peine vivante qui a besoin de se ressourcer pour maintenir son statut. On peut supposer que la démobilisation des organismes pourrait éventuellement être restaurée, si des moments d'échanges et de réflexion permettaient une expression, et ainsi une valorisation, des pratiques sociales autour du TIG.

Conclusion

Une certaine ambivalence se dégage des résultats de cette enquête.

La majorité des juges de l'application des peines ont fait part d'observations plutôt positives lorsqu'ils ont rendu compte des conditions actuelles de mise en oeuvre du TIG. En revanche, confrontés à un éventuel accroissement des mesures de TIG, ou à des situations extraordinaires (placement de toxicomanes, de personnes sans domicile fixe...), la pénurie de moyens disponibles, la monochromie des affectations possibles, empêchaient toute extension actuelle du TIG.

Certes, les juges de l'application des peines ne peuvent se permettre de faire un constat trop pessimiste sur le fonctionnement de leur service et de leur pratique.

Les contraintes qui freinent l'extension du TIG méritent toutefois une réflexion sur les solutions à apporter. Cette peine qui fonctionne actuellement avec des moyens à la limite de l'insuffisance nécessiterait, après une évaluation économique objective, une politique d'investissement et une structuration plus harmonieuse des moyens.

Enfin, une clarification sur le sens et la portée de cette condamnation paraît nécessaire. Le TIG n'a pas encore une place définie dans l'éventail des condamnations actuelles. Les options possibles « peine fine » ou « peine de masse » sont opérantes selon les juridictions et la disparité dans l'application du TIG renforce l'ambiguïté de cette sanction. Ceci engage à mener un large débat de société dans lequel les magistrats seraient impliqués.

Par ailleurs, des lieux d'accueil privilégiés émergent de nos analyses, mettant en question le concept d'égalité de la peine. Deux moments porteurs d'inégalité apparaissent dans le processus du TIG : le prononcé et l'affectation.

Il ne s'agit pas de proposer un nivellement par le bas mais de réfléchir aux moyens, non seulement financiers, mais d'information, de formation, de communication qui permettraient de situer le TIG comme une peine facilitant la réinsertion sociale et professionnelle des condamnés.

Nicole BOUCHER

PRIX GABRIEL TARDE

L'Association française de criminologie décernera le prochain Prix français de criminologie portant le nom de « Prix Gabriel Tarde » lors du XXVII[e] congrès de l'Association qui se tiendra à Bayonne au quatrième trimestre de l'année 1991.

Ce prix récompense l'auteur d'un ouvrage de criminologie (droit, médecine, sciences humaines et sociales) publié en première édition ou dactylographié. Le jury est composé de neuf membres désignés par le conseil d'administration.

Pour concourir, les ouvrages doivent être déposés en deux exemplaires au siège de l'Association française de criminologie (4-14, rue Ferrus, 75014, Paris) avant le 30 mai 1991.

III. – DROITS ETRANGERS

LA POLICE DE L'AN 2000 MADE IN CANADA*

Une étude récente sur « une vision de l'avenir de la police au Canada » esquisse les paramètres des services de police au cours des dix prochaines années. Il s'agit en fait d'un document de réflexion officiellement appuyé par le ministre responsable de la police fédérale, la Gendarmerie royale du Canada. Toutefois, le document s'adresse à tous les services de police, au niveau fédéral (15 000 policiers), provincial (10 000 policiers) et municipal ou régional (30 000 policiers).

Les auteurs ont rencontré 586 Canadiens : des élus politiques, des policiers, des universitaires et des membres actifs des collectivités locales. Ils ont tracé le portrait d'un large consensus canadien autour du modèle de « police communautaire ».

Pour une vision de l'avenir de la police au Canada

La vision de l'avenir de la police qu'adoptent de plus en plus les chefs de file progressistes de la police et de la collectivité, les gestionnaires de la police ainsi que les syndicats de policiers, veut que les services de police rendent des comptes à la collectivité qu'ils desservent.

C'est une vision dans laquelle ceux qui font appel aux services de police, c'est-à-dire les citoyens eux-mêmes, ont leur mot à dire dans l'établissement des politiques de leur service local et jouent un rôle actif dans la lutte contre la criminalité et le règlement d'autres problèmes communautaires — le maintien de l'ordre devient une entreprise interactive entre la police et la collectivité, plutôt qu'une activité unilatérale.

C'est une vision où les agents de police, y compris les agents de police communautaires, se rapprochent du public et délaissent, dans une certaine mesure, les méthodes de patrouille qui les éloignent de leur ressource principale, le citoyen ordinaire.

C'est une vision où la police, de concert avec des groupes et des organismes de quartier, cherche des solutions aux facteurs qui sont à la base des problèmes de quartier, plutôt que de se limiter, chaque fois qu'un crime a été commis, à des mesures réactives.

C'est une vision où les ressources humaines, tant internes qu'externes, prennent plus d'importance que les solutions élaborées en fonction du matériel et de la haute

* Le lecteur peut se procurer gratuitement une copie du document en écrivant au Solliciteur général du Canada. A. Normandeau, A. et B. Leighton (1990), *Une vision de l'avenir de la police au Canada : Police-défi 2000*, Ottawa, Solliciteur général du Canada ; Groupe des communications, Solliciteur général du Canada, 340, avenue Laurier Ouest, Ottawa, Ontario, K1A OP8 (Canada).

technologie. Bien sûr, la technologie a sa place dans la promotion de l'établissement de réseaux entre organismes et dans l'échange de renseignements, dans la tenue de dossiers ainsi qu'en ce qui concerne la police technique et la criminalistique, mais elle ne constitue pas une panacée.

Dans cette vision nouvelle de la police, les organismes de police veulent et peuvent s'adapter à un milieu en perpétuelle évolution et faire face aux questions qui surgissent, qu'il s'agisse de formes particulières de crimes, de changements politiques et juridiques ou de préoccupations touchant des groupes très vulnérables.

Les organisations policières de l'avenir vont tendre à l'excellence, un peu à la manière des organismes privés. Elles ne se permettront pas de stagner ni de dépendre d'un financement constant ou même de croire qu'il puisse s'accroître, et que le public restera passif. On exige un service de « qualité totale », fourni dans le cadre d'une organisation plus simple, puisque l'on s'attend à ce que les contraintes financières persistent. En raison de l'importance accordée à l'obligation de rendre des comptes et à la rentabilité, les organismes policiers deviendront concurrentiels, sinon la tendance à la privatisation des services se poursuivra.

L'excellence, comme les spécialistes contemporains des organisations nous l'enseignent, exige qu'une organisation rallie tout son personnel autour de certaines valeurs fondamentales. Dans le contexte de la police, ces valeurs peuvent comporter la protection des droits de la personne, le maintien de l'ordre et de la sécurité au sein de la collectivité, la compétence et l'impartialité ainsi que l'obligation de rendre des comptes à la collectivité. Ces valeurs fondamentales seront à tout le moins l'objet d'un consensus, et tous les membres de l'organisation s'y consacreront avec passion. Il est probablement plus facile de susciter cette passion lorsque le travail de la police est perçu comme un service communautaire plutôt qu'un service de lutte contre le crime. Vraisemblablement, il peut être plus stimulant et gratifiant d'insister sur le règlement de problèmes tandis que le fait de mettre en lumière le côté sordide de l'existence est plus propre à susciter le cynisme. Le personnel est également plus porté à poursuivre les objectifs organisationnels avec enthousiasme s'il estime que l'on tient compte de son point de vue et de ses compétences. Une excellente organisation délègue autorité et responsabilités à ses membres, plutôt que d'adopter un fonctionnement militariste.

Il est également plus vraisemblable qu'un leader crédible au sein de l'organisation parvienne à faire naître de l'enthousiasme pour la réalisation de ces objectifs. Les responsables des services de police d'aujourd'hui doivent être de véritables surhommes, spécialistes de la surveillance policière, des sciences du comportement, de l'administration, des relations de travail et des communications. Ces responsables seront respectés pour leurs capacités dans tous ces domaines, pour leur intégrité personnelle et pour leur approche égalitaire. Ils feront également preuve d'une souplesse particulière pour s'adapter à un monde en évolution. Ils seront en mesure de déléguer des responsabilités, de supprimer la structure paramilitaire de la police et de combattre la tendance des services à prendre leurs distances par rapport à la collectivité. Enfin, ils seront en mesure d'inciter leurs troupes à atteindre des normes de professionnalisme très élevées.

Le service de police de l'avenir reconnaîtra l'interdépendance qui existe entre lui-même et d'autres intervenants clés dans la prestation ou la surveillance des services de police. Il prêtera attention aux lignes directrices énoncées par des commissions de police et à l'apport d'organismes fédéraux, provinciaux et municipaux. Les gestionnaires de la police seront conscients de leurs relations de partenaire avec la collectivité, les agents, les syndicats et les élus. Ils prendront aussi conscience de l'inter-relation entre leurs activités et celles d'autres services publics (logement, bien-être, emploi, éducation, etc.) — lesquels ont également des répercussions sur la criminalité. Sur le plan opérationnel, la nécessité de faire plus avec moins fait qu'il est essentiel que les services de police recourent à toutes les ressources disponibles de la collectivité et coordonnent leurs activités avec les organisations et les groupes qui fournissent des

services complémentaires (par exemple entreprises de sécurité privées, sécurité publique parallèle) ou les organisations pouvant les aider dans certaines de leurs tâches (par exemple services d'incendie et l'armée).

Bref, la police verra son action comme faisant partie intégrante d'un effort à l'échelle de la collectivité non seulement pour s'attaquer à la criminalité, mais aussi pour améliorer les conditions de vie en générale. Le travail de la police suppose plus que l'application proprement dites des lois : l'un des objectifs fondamentaux est de favoriser l'existence de collectivités plus sûres et plus harmonieuses. On a de plus en plus tendance aujourd'hui à insister sur l'existence de collectivités saines, qui se caractérisent par l'équité en matière de revenu, la justice sociale, des citoyens convenablement nourris et logés, la paix, la diversité des ressources, les possibilités d'accès à l'éducation et la stabilité de l'économie. Toute collectivité caractérisée par de graves déficiences dans ces secteurs connaîtra de nombreux problèmes sociaux, dont la criminalité. Par conséquent, il y va de l'intérêt d'un grand nombre d'organismes communautaires, y compris la police, de jouer un rôle dans l'établissement d'une collectivité saine. Ainsi, l'avenir doit être fondé sur l'établissement de partenariats. L'image de l'agent de police solitaire, qui endigue à lui seul la vague de criminalité, les bandits d'un côté et des citoyens hostiles de l'autre, appartient au passé. On ne saurait continuer de voir dans les policiers des commandos parachutés dans une collectivité pour la libérer des forces du mal. La police est la collectivité et la collectivité est la police. Les agents viennent de la collectivité et en reflètent les valeurs. Ils ont une obligation envers elle. En retour, elle doit soutenir la police afin que celle-ci puisse réaliser ses objectifs.

André NORMANDEAU

D'UN MODELE CRIMINEL A UN MODELE ADMINISTRATIF NON PENAL POUR L'OBSERVATION DES TEXTES REGLEMENTAIRES AU CANADA : LEÇONS DU DROIT COMPARE

(Sommaire d'un rapport publié en juillet 1990 par le ministère de la Justice du Canada)

En août 1989, le gouvernement du Canada approuvait dans le cadre du projet d'adhésion au droit réglementaire un calendrier de travail portant sur les questions les plus pressantes dans ce domaine et donnait la directive de concentrer les efforts, entre autres, sur l'utilisation de peines pécuniaires infligées par voie administrative comme solution de rechange aux poursuites criminelles. Ce projet s'inspirait de deux rapports publiés il y a dix ans, l'un par le Conseil de l'Europe, soit le rapport sur la décriminalisation, l'autre par *Justice* (la section britannique de la Commission internationale de juristes) intitulé « ***Breaking the Rules*** ».

Le rapport sur la décriminalisation préconisait des sanctions non criminelles pour des infractions qui n'étaient pas véritablement criminelles. Ce type de décriminalisation (appelé type C) ne supposait pas un changement d'opinion sur un certain type de comportement qui continuait d'être considéré comme indésirable mais qui était traité avec des méthodes non criminelles.

Quant au rapport *Justice* (1980) il pressait le gouvernement britannique de retirer des milliers d'infractions de moindre importance du champ criminel pour les placer dans une nouvelle catégorie, celle des contraventions. Il recommandait que la catégorie « crime » soit limitée à une conduite qui implique une véritable turpitude morale et que la catégorie « contravention » soit limitée aux infractions qui ne nécessitent pas d'intention criminelle ainsi que celles qui ne requièrent qu'un degré de négligence ou d'omission sans aucune turpitude morale.

Ce projet s'est aussi inspiré d'une circulaire que faisait parvenir le premier ministre de France, Laurent Fabius, en janvier 1985, à ses ministres, les pressant de ne pas considérer les sanctions pénales comme indispensables puisque d'autres recours peuvent apporter une réponse satisfaisante à l'objectif poursuivi.

Suite à l'approbation du projet, il devint impératif pour le ministère de la Justice d'examiner les possibilités et les limites du pouvoir du parlement de délaisser le modèle criminel pour adopter un régime non pénal en matière réglementaire eu égard aux contraintes imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le professeur P. Healy dans un rapport soumis en mars 1990 intitulé « Pour un modèle des infractions aux règlements » concluait que le parlement avait en soi la compétence voulue pour adopter un tel régime en matière réglementaire mais qu'il était impossible à l'avance de s'assurer qu'un tel modèle soit à l'abri des exigences de la Charte.

Parallèlement le groupe central du projet décidait d'étudier l'expérience de pays ayant déjà appliqué efficacement un régime de sanctions administratives. Des consultations eurent lieu en France, en République fédérale d'Allemagne, au Conseil de l'Europe, en Angleterre et aux Etats-Unis (V. aussi *RIDP* 1989, nos 1 et 2).

Importantes caractéristiques en droit comparé

France

Les caractéristiques significatives du régime de sanctions administratives en France sont l'accroissement d'agences administratives indépendantes (AAI) dans plusieurs secteurs économiques et sociaux, le contrôle des pouvoirs administratifs par le Conseil d'Etat et l'influence de la Constitution sur les pouvoirs législatifs du parlement telle que déterminée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le gouvernement français a mis sur pied depuis une quinzaine d'années d'importants AAI dont le Conseil de la concurrence, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission des opérations de Bourse. Les sanctions pécuniaires qu'elles peuvent imposer sont très élevées et ont étendu les pouvoirs traditionnels normalement conférés à l'administration. D'autres sanctions administratives, privatives de droits, et plus récemment, patrimoniales, s'ajoutent aux sanctions pécuniaires assurant l'efficacité de la répression administrative. Toutefois ces actions gouvernementales sont sujettes au contrôle de cours administratives indépendantes des cours civiles et criminelles avec en dernier ressort le Conseil d'Etat, cour administrative suprême.

Le Conseil constitutionnel pour sa part exerce un contrôle de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation afin d'assurer que les pouvoirs conférés à l'administration et aux AAI sont en conformité avec les droits et les libertés garantis par la Constitution. Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'une personne sujette aux sanctions administratives se voit accorder certains droits disponibles dans un système de justice pénale, tels que la légalité des peines, leur proportionnalité, le respect des droits de la défense, entre autres, par l'existence d'une procédure pleinement contradictoire (V. à ce sujet les nombreux articles de Mme Catherine Teitgen-Colly, M. Hubert Hubiecht et autres publiés dans les *Petites affiches* le 17 janvier 1990).

République fédérale d'Allemagne

La République fédérale d'Allemagne a tenté de distinguer entre les infractions administratives et les infractions criminelles, distinction reconnue formellement pour la première fois par la loi sur les crimes économiques (*Economic Crimes Law*) en 1949. Avec l'expansion du concept de violations administratives au-delà du domaine économique, il était devenu nécessaire en 1952 d'adopter une loi pénale administrative d'application générale. Cette loi appelée *loi sur les infractions réglementaires* (OWIG)

fut remplacée par une codification en 1968 qui demeure aujourd'hui la législation de base pour traiter de toute infraction administrative créée par la législation. La sanction pécuniaire est la principale sanction prévue par la OWIG qui accorde de plus un pouvoir limité de privation de libertés en cas de non-paiement de l'amende.

Comme en France, la RFA a développé un système de cours administratives qui permet l'appel de toute décision de l'administration.

Les Etats-Unis

L'utilisation de peines pécuniaires imposées par voie administrative est largement répandue aux Etats-Unis, sa constitutionnalité ayant été reconnue par la Cour suprême des Etats-Unis. Ce pouvoir ne peut être utilisé qu'en conformité aux exigences procédurales que l'on retrouve dans les lois habilitantes ou dans la *loi sur la procédure administrative* (*Administrative Procedure Act*).

Les sanctions pénales ne sont utilisées que lorsque la violation à la loi est préméditée ou perpétrée délibérément. Dans la plupart des cas ce sont les sanctions administratives qui sont utilisées. Les agences contrôlent l'utilisation des sanctions administratives sans l'intervention du ministère de la Justice. L'entreprise réglementée est désireuse de régler hors de l'arène judiciaire, plus particulièrement criminelle, afin d'éviter la stigmatisation qui découle d'une condamnation judiciaire.

Leçons du droit comparé

Cet aperçu de différents régimes de sanctions non pénales infligées par voie administrative nous a permis de constater que c'est par leur utilisation que le processus de décriminalisation s'est instauré dans plusieurs pays européens et aux Etats-Unis.

Nous avons aussi constaté qu'un individu peut être plus fortement pénalisé par un régime de sanctions administratives qu'un régime de sanctions pénales (par exemple lorsque l'administration récupère dix fois le montant du profit illégal réalisé). Un individu ne jouit pas toujours des mêmes protections de ses droits dans un régime administratif. Cette situation a d'ailleurs incité le Conseil de l'Europe à préparer une recommandation pour l'approbation du Comité des ministres, laquelle presse les Etats membres à respecter un certain nombre de principes de justice tels que la légalité, la proportionnalité, la non-rétroactivité, l'équité procédurale. Une résolution semblable fut adoptée l'an dernier à Vienne par l'Association internationale de droit pénal.

Actuellement au Canada, les textes réglementaires accordent trop d'importance aux sanctions pénales et dans plusieurs cas l'hésitation d'engager des poursuites pénales entraîne l'inefficacité de certains programmes. A cet égard, le projet d'adhésion au droit réglementaire travaille présentement à l'élaboration d'une loi-cadre dont les sanctions pécuniaires infligées par voie administrative pourraient s'adapter à la législation réglementaire fédérale.

Danièle TREMBLAY-LAMER

CRIMINALITE ET CRISE EN CHINE

Depuis une dizaine d'années, la Chine connaît une détérioration continuelle de l'ordre social. Comment pourrait-il en être autrement alors que les difficultés d'une économie sous-développée se conjuguent à une augmentation considérable du pouvoir des médias internationaux et à une stimulation générale des désirs individuels. Toutefois, depuis 1989 et l'échec de la politique d'ouverture, la situation s'est encore aggravée, prenant sans cesse une allure plus catastrophique.

Un état de déviance généralisée

Le nombre de crimes et délits commis en 1989 a augmenté de 137 % par rapport à 1988 et le nombre de crimes graves a doublé. Le nombre de jeunes délinquants jugés par les tribunaux de tous niveaux a augmenté de 36,6 %, atteignant 61 % de l'ensemble des criminels jugés. A plusieurs reprises, le ministère de la Sécurité publique a souligné la gravité de certains types de crime, notamment les sabotages contre-révolutionnaires. De janvier à avril 1990, le nombre de crimes a de nouveau augmenté de 72 % par rapport à la même période de l'année précédente.

Entre novembre 1989 et janvier 1990, s'est déroulé un nouveau mouvement anti-criminalité d'une ampleur considérable. Au moins 1 million de personnes ont été arrêtées dans le cadre d'une lutte contre les « 6 calamités » (*liu hai*) : prostitution ; commerce de femmes et d'enfants ; fabrication, trafic et consommation de drogue ; fabrication, vente et diffusion de matériels pornographiques ; jeu d'argent et utilisation de superstitions féodales dans le but d'extorquer de l'argent. Quelques milliers de criminels ont été exécutés. 20 000 prostituées ont été « accueillies » dans des centres spécialisés. 10 000 femmes et enfants vendus par leurs parents ou enlevés par des trafiquants ont été retrouvés. Ils étaient destinés à être vendus à des paysans sans épouse ou sans descendance.

Les autres criminels ne sont pas oubliés pour autant. De nombreuses opérations « coup de poing » ont eu lieu au début de l'année 1990, notamment contre les « criminels errants » et autres « tyrans de la route ». En février, on a arrêté 6 bandes regroupant 60 personnes impliquées dans 127 affaires d'agression à l'encontre des passagers des lignes ferroviaires. La plupart d'entre eux venaient de Mandchourie, dont de nombreux évadés et récidivistes. A la suite de ces agressions, plusieurs victimes sont mortes. De nouveau, entre mars et avril, on a arrêté 6 800 « bandits des trains et tyrans des routes », récupérant ainsi plus de 2,8 millions de yuan en argent et marchandises.

En mars, débutait une campagne contre « les pirates du fleuve Yangzi ». En dix jours, 6 bandes de 25 criminels ont été arrêtées. Ils avaient pillé de nombreux bateaux, « gravement perturbé le trafic et avaient fait subir de lourdes pertes au domaine public ». Leur butin, d'une valeur totale d'un million de yuan, est impressionnant : 163 tonnes de pétrole, 657 tonnes de charbon, 29 tonnes d'engrais, 10 tonnes d'acier, des vêtements, des céréales, et de grandes quantités d'équipements électriques. Lors d'une conférence de travail des parquets des Chemins de fer, les participants se faisaient l'écho de l'augmentation considérable des crimes commis dans les trains en 1989. La conférence concluait : « Les parquets des Chemins de fer à travers tout le pays doivent concentrer leurs efforts dans la lutte contre le vol avec violence, les homicides, les viols, l'hooliganisme et les vols dans les trains et dans les gares. Ils doivent aussi rechercher une diminution du sabotage des équipements et du matériel roulant des chemins de fer ».

A Canton, ce sont les « voleurs utilisant la violence » qui sont dans le collimateur des autorités, notamment ceux qui commettent des vols avec violence et des vols à main armée dans les lieux publics, dans les bus, dans les trains et le long des chemins de fer. On rappelle à cette occasion que la contrebande et la vente des munitions et des armes sont interdites. De nombreux trafiquants et fabricants d'armes ont été arrêtés, dont certains étaient liés à la pègre de Taiwan. Dans les provinces du Sud, les activités criminelles, et notamment la prostitution et le trafic de drogue, sont d'ores et déjà contrôlées par les Triades de Hong-Kong qui préparent l'échéance de 1997.

La répression aveugle comme politique criminelle

Mais tous les délinquants ne sont pas d'affreux bandits. Dans les campagnes, les paysans s'organisent pour piller les trains ou les camions afin de se procurer des

intrants (engrais, essence, etc.) sans cesse plus difficiles à trouver en raison d'un marché noir florissant. D'autres ruraux volent les lignes électriques ou les équipements destinés à l'irrigation. En quelques mois, dans une province du Nord, 3 500 m de câbles de communication en cuivre utilisés par l'armée ont disparu.

La bureaucratie n'est pas épargnée par ce phénomène de déviance généralisée. Dans la première moitié de 1990, on a constaté 23 645 affaires de corruption (pots-de-vin, détournements de fonds, spéculation sur des produits planifiés, etc.), soit une augmentation de 129 % par rapport à la même période de l'année dernière. Les estimations concernant les pertes réelles dues à la corruption varient de 80 à 120 milliards de yuan soit 6 à 9 % du revenu national. Non seulement les sommes en jeu sont de plus en plus importantes, mais on trouve dorénavant des cadres condamnés (souvent avec clémence) pour corruption dans les plus hautes sphères de l'Etat.

Face à cette situation, la police et la justice, elles aussi ébranlées par la corruption, n'emploient plus guère d'autres méthodes que la répression violente. Les exécutions capitales se multiplient. Chaque période de festivité est synonyme du lancement d'une campagne contre la criminalité. La tenue en septembre 1990 des *Jeux asiatiques* n'échappe pas à la règle. En un mois, plus de 14 000 bandes ont été démantelées, ce qui a permis aux autorités de récupérer plusieurs dizaines de millions de yuan. Dans le même temps, d'avril à juin 1990, plusieurs centaines (peut-être plusieurs milliers) de criminels ont été exécutés. Le 18 septembre dernier on annonçait la condamnation à mort de 65 personnes. Les délits visés sont de plus en plus bénins : vol à la tire, vol à l'étalage ou jeu, ou encore jeu d'argent. Dans une affaire récente, 2 personnes ont été exécutées à Shangai pour avoir administré des somnifères à un voyageur et lui avoir dérobé ensuite son argent. Ainsi, si la société chinoise est malade, l'Etat chinois est fort mal en point, ce qui justifie tous les scénarios-catastrophes : coup d'Etat militaire, partition, ou encore « africanisation » générale du pays.

Jean-Louis ROCCA

Erratum

Nous prions le lecteur de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'omission qui a été faite dans le texte de M. François HANDFIELD, au dernier paragraphe (n° 3, 1990, p. 640).

En effet il faut lire : « En terminant, nous tenons à souligner la participation du Procureur-général des Etats-Unis, l'honorable Dick THORNBURGH ainsi que celle du Procureur-général du Canada, l'honorable Doug LEWIS, aux travaux de Washington ».

BIBLIOGRAPHIE

A. – NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. – POLITIQUE CRIMINELLE ET THEORIE GENERALE DU DROIT

Droit et médias. Actes du colloque organisé à Nantes le 17 novembre 1988, sous la direction de M. le professeur Alain Supiot, par la faculté de droit et des sciences politiques de Nantes et l'Association Juristia, numéro spécial de la *Revue juridique de l'Ouest*, 1989, 141 pages.

Etudier les rapports entre le « quatrième pouvoir » et les trois autres était une périlleuse entreprise, tant les *a priori* réciproques sont nombreux. Quel est le juriste qui n'a pas sursauté plusieurs fois par jour en passant de la radio du matin au quotidien de l'après-midi puis au « journal télévisé » du soir, ébahi sinon scandalisé par les approximations sinon les contre-vérités proclamées ? Mais quel est le journaliste qui n'a pas eu le sentiment que les juristes étaient parfaitement incapables d'expliquer clairement et en quelques mots un projet de loi ou une décision judiciaire ?

Contrairement aux Etats-Unis où le droit fait l'objet de commentaires particuliers, et où un enfant de huit ans connaît par coeur la procédure juridique puisque les séries télévisées en sont très friandes (mode des *lawyers*... et coût de la mise scène réduit), le droit est rarement examiné en tant que tel en France, noyé dans les informations générales pour le droit pénal, où les pages économiques pour le reste.

C'est dire l'intérêt du colloque organisé fin 1988 par la faculté de droit et des sciences politiques de Nantes et Juristia. Associant juristes, journalistes, magistrats, avocats, historiens du droit et d'autres spécialistes des sciences sociales (V. *infra*), il n'a pas traité ce droit en construction qu'est le droit de la communication moderne, véritable pieuvre saisissant droit public et droit privé ; reprenant l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », il a voulu savoir comment le citoyen avait connaissance de la vie juridique, en trois parties : le droit saisi par les médias ; formation et information juridiques dans les médias ; connaissance du droit et communication de masse.

« Le droit devient pleinement droit, c'est-à-dire obligation, que par la connaissance qu'en ont ses sujets ». Le doyen J. Carbonnier souligne, dans son rapport introductif, que la publicité (des lois, des jugements et le cas échéant des gibets) est une nécessité vitale pour le droit : « l'ignorance entrave l'obéissance ». Mais par ailleurs, quelle opposition entre les médias et le droit en matière de temps, ennemi de l'un et indispensable à l'autre : « cette force réductrice appliquée au droit peut rendre l'information singulièrement dangereuse », d'un avant-projet de loi présenté comme une loi, à un jugement de première instance considéré comme La Vérité.

Le co-organisateur du colloque, A. Supiot, s'est pour sa part livré au « jeu de miroirs du droit et des médias ».

S'intéressant depuis longtemps aux circuits d'information directs ou indirects qui permettent au citoyen de connaître ses droits (Cf. *Les dédales du droit social*, F.N.S.P. 1986), l'auteur regarde tout d'abord l'image des médias dans le miroir du

droit, et acquitte les journalistes souvent accusés d'incompétence. Car s'ils doivent « nous informer de tout, ils ne peuvent être savants en tout ». Et d'ajouter que les juges seraient au même titre que les journalistes « d'intouchables touche-à-tout ». Examinant ensuite le droit dans le miroir des médias, il remarque que ce dernier n'existe pas pour eux en tant qu'ordre autonome, évoquant une allergie des médias français à cet égard, procédant de la faible légitimité du droit face au politique. William Dowell, journaliste au *Times* évoque ensuite le cas fort différent des Etats-Unis, puis M. Miaille « le droit par l'image » et Y. Chotard, avocat au barreau de Nantes, « les médias à l'assaut du judiciaire ». « A l'évidence, le critère de l'intérêt médiatique pour l'actualité judiciaire n'est pas le souci de l'équité, ni celui du bon fonctionnement de la justice » remarque M. Candide, suspectant les médias « de piller l'actualité judiciaire pour alimenter les moulins des journaux écrits ou audio-visuels en riches matériaux symboliques », et de « se substituer au judiciaire en tant qu'instance chargée de dire le juste comme du reste le beau, le bien, le bon dans la totalité des aspects de la vie humaine ». Cette réflexion se termine par une critique acerbe du droit de réponse lorsqu'une personne a été mise en cause : long, coûteux, complexe et surtout totalement inefficace si l'on considère l'immense dommage qui a pu être subi dans le milieu familial ou professionnel. « Un justiciable a des droits. Un lecteur, un auditeur n'en a pas. Est-ce un vide à combler ? ». L'idée mérite, à l'instar des pays étrangers, d'être creusée lorsque l'on constate les dégâts, souvent involontaires, causés par le cyclone médiatique s'abattant sur un citoyen.

La seconde partie de l'ouvrage est consacrée à « la formation et l'information juridiques dans les médias ». A. Potocki, magistrat et responsable du cycle « Justice » au Centre de formation des journalistes, évoque la formation juridique des journalistes (sept journées sur une formation de deux ans), un sondage effectué parmi les cinq dernières promotions montrant l'intérêt croissant de ce type de stage : ce à quoi il faut ajouter que le niveau de plus en plus élevé demandé pour entrer dans les écoles — reconnues — de journalisme amène de nombreux juristes titulaires de licence ou maîtrise de droit à s'y présenter, sans compter les élèves de l'Institut de Sciences politiques (environ la moitié d'une promotion CFJ).

D. Latournerie, conseiller d'Etat, s'intéresse au fonctionnaire confronté au thème du colloque, et souligne le profond divorce entre le droit et l'information d'aujourd'hui, « aux torts réciproques ».

Pour opérer une réconciliation, le responsable du centre audio-visuel de l'Ecole nationale de l'Administration évoque ensuite les expériences conduites dans cette école en matière d'initiation à la pratique des médias, le même souci étant évoqué par P. Billard, sous-directeur de l'Ecole nationale de la magistrature.

La troisième partie, « Connaissance du droit et communication de masse » contient les interventions de P.-J. Hesse, professeur d'histoire du droit ("Repères historiques"), P. Cam (sociologue à Nantes, "Système d'information et pratiques sociales", qui traite particulièrement du droit social), J.-P. Petard ("Connaissance du droit et psychologie"), G. Parnet ("Intelligibilité et communication"), le rapport de synthèse étant fait par J. Commaille (CNRS, ministère de la Justice).

Année après année, la faculté de droit de Nantes nous permet de réfléchir sur des thèmes fondamentaux pour le citoyen, pour le juriste ... sinon cette année l'enseignant, dont la qualité première est de savoir communiquer.

Jean-Emmanuel RAY

Politica criminal en America latina, par Fernando Tocora, Bogota, Ediciones Librería del profesional, 1990, 226 pages.

Fernando Tocora est un jeune juriste de Colombie : il a poursuivi une remarquable trajectoire intellectuelle, et est un excellent chercheur.

M. Tocora est magistrat à la cour d'appel de Buga, à l'intérieur de la branche judiciaire colombienne qui est assez indépendante. Pour cette raison le juge Tocora a pu maintenir une ligne permanente de discussion et de dénonciation de situations que la plupart de ses collègues ne veulent pas savoir : l'abus de la prison préventive, la politisation de la judicature, l'intervention excessive du pouvoir politique dans l'administration de la justice pénale, la domination du ministère public par l'exécutif, la dénonciation de la réalité carcérale et la criminalité transnationale qui consomme nos richesses nationales, etc.

Il faut remarquer le courage de M. Tocora, pour traiter les thèmes du militarisme dans le processus démocratique et politique, qui débouchent sur la violation des droits de l'homme, avec les « Etats d'urgence », la « suspension de garanties fondamentales », les « exécutions extrajudiciaires », etc.

M. Tocora a publié deux livres : *Protection pénale du chèque* et *Droit pénal spécial*. Cette fois, il nous présente un livre d'un précieux contenu : *Politique criminelle en Amérique latine*, qui est le résultat d'une recherche comparée sur la politique criminelle sur notre continent. Fernando Tocora fait une approximation structurelle du système pénal et du droit pénal comme un ensemble à l'intérieur du système politique, qui est un point de référence nécessaire pour expliquer comment le contrôle social formel fonctionne. Cela lui permet de conclure à deux modèles fondamentaux dans l'histoire de la politique criminelle latino-américaine : un premier, de type libéral autoritaire dans lequel prédomine l'Etat d'exception et les restrictions aux garanties fondamentales ; le deuxième modèle est celui de la « sécurité nationale » dont le sceau est donné par un processus de militarisation-criminalisation de la société civile.

Comme l'auteur l'a bien remarqué, en se référant à la prison, « ... ce centre d'entassement et d'enfermement d'êtres humains, qui se dégradent dans une atmosphère violente et pestilente, a été la grande réponse au problème du délit. Les discours de resocialisation, prévention, protection et même la rétribution, n'ont pas eu plus que cela ... de discours ». En ce qui concerne l'administration de la justice, l'auteur affirme avec raison « L'indépendance judiciaire peut être garantie seulement dans la mesure où sa gestion administrative est contrôlée par le propre pouvoir judiciaire. Ce n'est pas pour dévier les juges de leurs authentiques fonctions judiciaires, mais pour leur permettre de fixer les directives de cette administration. On ne peut pas avoir indépendance sans carrière judiciaire. La faculté de mettre à la porte librement les fonctionnaires judiciaires limite leur indépendance, en les obligeant à suivre le critère de leurs patrons... ».

Courageusement M. Tocora a écrit contre l'abus de pouvoir et le terrorisme d'Etat, puisqu' « ... à partir du pouvoir on met en marche une chaîne systématique de crimes qui vont des violations de domicile, aux assassinats et disparitions de personnes, en passant par les menaces, les tortures, les enlèvements et autres transgressions ; et ceci dans la stratégie de terreur destinée à imposer un modèle de domination et de contrôle totalitaire... ».

Le livre de Fernando Tocora est facile à lire, et sa lecture est nécessaire pour ceux qui veulent comprendre la politique de répression, sous la façade d'une politique criminelle. On connaît mal la différence entre la politique pénale qui est surtout répressive, et la politique criminelle, qui apporte des projets alternatifs !

Alfonso ZAMBRANO PASQUEL

Le droit israélien, par Claude Klein, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1990, 125 pages.

Voici un excellent « Que sais-je ? » écrit par l'ancien doyen de la faculté de droit de l'université hébraïque de Jérusalem. En 125 pages, l'auteur réussit la gageure de nous brosser un résumé très complet du droit israélien. Ce droit mixte est avant tout

fondé sur les principes du droit anglais. L'article II de l'*Ordonnance sur les pouvoirs publics et le droit (1948)* précise que le droit en vigueur en Palestine continuera de s'appliquer, mais l'Etat d'Israël ne se considère pas pour autant comme successeur de la puissance mandataire. En recevant le mandat, le Royaume-Uni avait intégré le droit antérieur c'est-à-dire la *Mejelle* ottomane qui avait servi le code civil dans l'Empire turc. C'est en 1980 que ce système de droit finira par disparaître complètement avec l'adoption de *la loi sur les sources du droit* qui précise que celles-ci se trouvent dans « l'héritage d'Israël ». Aujourd'hui, à part certains restes de droit ottoman qu'on trouve dans le droit foncier et le droit de la famille qui relève du statut personnel (droit relevant des tribunaux rabbiniques, coraniques, druzes et des différentes religions chrétiennes), le droit israélien est fondé sur les principes du droit anglais. L'article 46 du *Palestine Order in Council 1926* précise qu'en cas de lacune dans le droit (ottoman) les juges doivent appliquer les principes de la *common law* et de l'*equity* du droit anglais. Le droit de Palestine allait devenir un droit fondamentalement inspiré par les systèmes de *common law* et d'*equity*. Tous les grands principes actuels du droit israélien sont directement inspirés par le droit d'outre-Manche. L'organisation judiciaire, la position des juges, le rôle de l'*Attorney-General* sont directement issus du droit anglais. Les règles de procédure à la Haute cour ou à la Cour suprême sont directement inspirés par les procédures des cours de Londres. Le recrutement des juges est à l'image du droit anglais ; ce sont des praticiens du droit recrutés parmi les avocats. Ces magistrats jouissent comme dans les pays anglophones d'un très grand prestige sans commune mesure avec leurs homologues français. Comme le dit Klein, il y a désormais un contrôle juridictionnel sur l'opportunité des poursuites en droit israélien ce qui semble s'écarter de la tradition britannique. Les écoles de droit en Israël ressemblent de plus en plus aux écoles de droit des universités américaines (elles sont privées et payantes), avec sélection féroce à l'entrée, trois années d'études, mais en Israël celles-ci sont avant licence (*undergraduate*). Le recrutement des enseignants se fait aussi comme aux Etats-Unis avec un fétichisme pour les publications ce qui n'est pas mieux que le nôtre pour les concours ! Comme au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande, Israël ne possède pas de constitution écrite mais pratique un contrôle limité de la constitutionnalité des lois et un contrôle de légalité *via* les ordonnances traditionnelles à la disposition de la Cour suprême qui sont calqués sur les procédures de la *High Court* anglaise. Voici un petit ouvrage magistral, bien écrit, très clair par un maître du droit comparé et qui n'a fait que renforcer notre conviction initiale que le droit israélien fait partie intégrante de la grande famille des pays de *common law*. A tel point que les professeurs israéliens viennent souvent enseigner la *common law* et l'auteur de cette recension fut l'élève de Shaleff Ginossar lorsqu'il était professeur associé à Paris II en 1971 sur le droit des preuves qui, comme le déroulement du procès israélien, est directement inspiré du droit anglais sauf absence totale de jury. Même lorsqu'il y a codification comme en droit pénal, celle-ci est beaucoup plus une « consolidation » à l'anglaise que notre principe de code, d'ailleurs en Israël, cette codification est inspirée des codes de Chypre et du Queensland. Aujourd'hui, même après la *loi sur les sources du droit de 1980* qui, en cas de lacunes du droit, demande au juge de s'en référer à « l'héritage d'Israël », il n'y a aucun doute que les arrêts des cours supérieures anglaises ont une autorité persuasive sur les juges israéliens ainsi que les arrêts des cours suprêmes américaines. Bien que devenu totalement indépendant, le droit israélien n'en continue pas moins d'être étroitement inspiré par les pays de *common law*, hier le Royaume-Uni, aujourd'hui les Etats-Unis. On peut d'ailleurs voir avec quelle aisance les avocats israéliens peuvent émigrer au Royaume-Uni comme aux Etats-Unis, car ils ne changent pas fondamentalement de système de droit. Entouré de voisins hostiles et peu démocratiques, l'Etat d'Israël a un droit qui est l'expression d'une démocratie parlementaire respectueuse des droits de l'homme sauf impossibilité pour les non-juifs de pouvoir épouser un juif sur le territoire de l'Etat. Un petit livre à recommander qui nous confirme que le droit israélien est un droit judiciaire né du prétoire comme le droit anglais dont il puise la grande majorité des sources. On a relevé trois petites erreurs

sans aucune importance : le *Practice Statement (Judicial Precedent)* date de 1966 et non de 1968. Le droit anglo-saxon est celui en vigueur en Angleterre avant 1066 et après, hors des cours royales, la loi « précise » et le contrat « stipule ». Un « Que sais-je ? » que nous recommandons chaudement à tous ceux qui s'intéressent à la *Common Law*, au droit comparé et à l'Etat d'Israël.

Antoine J. BULLIER

Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process, par Louis Fischer, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1988, 306 pages.

Encore plus que le juge anglais, le juge aux Etats-Unis dit le droit grâce au contrôle de constitutionnalité. Aux Etats-Unis, on parle même de la législation judiciaire des hauts magistrats. Le droit constitutionnel américain s'infiltre dans tout le droit et relève plus de ce que nous appelons les libertés publiques ou les droits civiques. Dans cet ouvrage, Louis Fischer chercheur réputé à la *Library of Congress*, nous livre ses réflexions sur une des branches du droit les plus fascinantes. Les droits constitutionnels ne sont pas absolus mais dépendent de paramètres liés à la situation économique et à l'origine majoritaire. Felix Frankfurter considérait le droit constitutionnel comme de la politique appliquée. Pour lui, les cours étaient des arbitres de la vie économique et sociale de grandes régions et parfois du pays tout entier. Comme dans tous les pays de *common law*, le rôle du juge aux Etats-Unis est prééminent. Le juge, comme le disait Jeremiah Smith, fait le droit. Oliver Wendell Holmes déclarait que les juges se doivent de légiférer ; cette importance extrême du juge aux Etats-Unis est liée au contrôle de constitutionnalité. Celui-ci est implicite dans la constitution. En droit anglais, le principe de contrôle de constitutionnalité n'existe pas, mais on considère que dans le *Dr Bonham's Case (1610)*, le juge en chef Coke déclara ce principe qui lui est fort proche : « Quand une loi du parlement est contre des droits reconnus, contre la raison ou incompatible et impossible à mettre en vigueur, la *common law* la contrôlera et jugera que cette loi est nulle ». Le *Dr Bonham's Case*, même s'il nous donne une ébauche du principe de contrôle, fut accepté par les tenants de l'indépendance américaine. Dans l'histoire des Etats-Unis, Madison déclara qu'une loi violant une constitution établie par le peuple serait considérée par les juges comme nulle et non avenue. Dans le *Federalist*, Hamilton pouvait dire : « le devoir des cours de justice est de déclarer toutes les lois contraires au principe manifeste de la constitution comme nulles ». Dès la rédaction de la constitution, ce principe essentiel du droit d'outre-Atlantique avait fait l'objet de débats et d'études.

Dans un excellent sous-chapitre sur la manière de l'interprétation constitutionnelle, Fischer expose quatre méthodes utilisées par les juges selon leurs opinions. Le littéralisme avec l'interprétation stricte proche de la recherche de l'intention originelle des pères fondateurs. Cette technique est souvent défendue par les juges conservateurs. La méthode du droit naturel permet au contraire des développements audacieux surtout à partir du *Bill of Rights*. Une autre technique est celle du développement historique qui permet une certaine latitude à la Cour suprême. Par exemple lors du *New Deal*, la cour résista puis finalement devant les pressions politiques et la réalité économique, dut capituler. Enfin, l'auteur nous montre que la doctrine de l'éclectisme permet à la cour une marge dans son approche du respect des précédents. Comme le dit très justement Fischer, le meilleur rempart contre l'activisme judiciaire est d'éviter les problèmes sensibles ou de décider, de telle sorte que les autres pouvoirs (exécutifs, législatifs et éthiques) puissent, eux aussi, reprendre ces problèmes. Le juge Kaufman a dit de façon particulièrement pertinente : « les juges sont conscients que la justification ultime de leurs pouvoirs est l'acceptation publique, acceptation non pas de toutes leurs décisions, mais du rôle qu'ils jouent. Sans soutien populaire, le pouvoir de contrôle de constitutionnalité aurait été vidé de son contenu par les forces politiques il y a bien longtemps ».

Fischer, dans le chapitre sur l'organisation judiciaire, nous rappelle que ce n'est qu'en 1891 que le Congrès décida de fonder les cours d'appel de circuit aujourd'hui au nombre de treize. Ces cours sont réparties sur tout le territoire américain, chaque Etat ayant au moins une cour fédérale de district. Comme le juge anglais, le juge fédéral est en place *during good behaviour* et ne peut se voir démis de ses fonctions que par la procédure d'*impeachment* (mise en accusation) par la Chambre des Représentants et le Sénat *trial* (jugement).

La Cour suprême peut se voir saisie d'une affaire de quatre façons : l'appel venant d'une cour fédérale d'appel ou d'une Cour suprême d'un des cinquante Etats. Le haut tribunal peut se voir saisi par un *writ* de *certiorari* afin de contrôler une juridiction inférieure. La Haute juridiction aussi peut être saisie par des individus (indigents, détenus) grâce à une pétition. Enfin, la cour peut se voir demander des instructions sur une question de droit par une cour supérieure (fédérale ou étatique). Au début de l'Union, chaque juge de la Cour suprême pouvait rédiger sa propre opinion comme à la Chambre des Lords. Depuis l'époque du juge en chef Marshall, il y a une opinion majoritaire rédigée par un seul juge. Un autre juge rédige l'opinion minoritaire dissidente.

La Cour suprême survécut à son refus initial du *New Deal* qu'en se soumettant finalement à la nouvelle politique économique américaine.

En France, le droit constitutionnel s'occupe du fonctionnement des pouvoirs entre exécutif, législatif et judiciaire, alors qu'aux Etats-Unis, le droit constitutionnel relève avant tout du judiciaire. Le système américain de contrôle de constitutionnalité participe d'une volonté de fragmentation du pouvoir. C'est parce que les Américains veulent un système de poids et contre-poids. Avec ce système, les Américains acceptent qu'une cour non élue puisse invalider les décisions d'une législature élue et d'un président qui l'est aussi. La constitution américaine n'accepte pas la concentration du pouvoir en un président ou en une législature. Le droit constitutionnel aux Etats-Unis est un fidèle reflet d'une république fondée sur le débat, la liberté, la démocratie mais aussi sur la décentralisation géographique et politique du pouvoir.

Voici un livre tout à fait fascinant, bien écrit, par une autorité reconnue dans cette spécialité. Il est impossible de trouver un livre de droit constitutionnel américain qui en trois cents pages arrive à traiter d'autant de sujets de cette matière. Un livre indispensable pour ceux qui s'intéressent au droit des Etats-Unis, aux libertés publiques et à la *common law* américaine ainsi qu'au système judiciaire américain.

Antoine J. BULLIER

II. – DROITS DE L'HOMME

Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Human Rights in Occupied Cyprus and in Albania. Ta anthropina dikaiomata stin katechomeni Kypro kai stin Alvania, publié par Julia Iliopoulos-Strangas, Athènes, Ant. N. Sakkoulas Publications, 1990, 52 pages en anglais, 54 pages en grec.

Ce livre est constitué par des contributions à la table ronde qui a eu lieu à Athènes, en mars 1990, sur le thème de la violation des droits de l'homme dans ces deux pays. Mme. Yotopoulos Marangopoulos présente dans l'introduction du livre l'intérêt de traiter actuellement cette question : ces deux pays étant accusés de violation permanente des droits de l'homme. Ce serait un manquement grave de ne pas s'occuper de la possibilité de redressement de leur respect, à l'heure où le vent des droits de l'homme a traversé les murs et a envahi toute l'Europe de l'ouest à l'est.

Les participants ont relevé, en premier lieu, le paradoxe que ces deux pays sont sous le coup de la même accusation, bien que leur statut juridique soit différent quant

à leurs engagements au niveau international à l'égard du respect des droits de l'homme. A savoir, tandis que l'Albanie n'a pas ratifié des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, la Turquie a par contre ratifié la plupart de ces textes. Cela impose une approche différente de la situation des droits de l'homme dans ces deux pays.

Pour l'Albanie, la question fondamentale qui se pose est de savoir comment intervenir dans un pays qui juridiquement n'a pas pris de tels engagements au niveau international. Selon les règles du droit international un pays, qui n'a pas ratifié les traités et les conventions, n'a pas, en principe, l'obligation internationale de les appliquer et de se soumettre aux contrôles prévus. Cependant, il faut noter qu'un grand changement est intervenu en la matière ces dernières années qui consiste à considérer que la question du respect des droits de l'homme dépasse les frontières d'un pays. Elle constitue la préoccupation de toute la société internationale, laquelle, si les instruments juridiques lui font défaut pour y intervenir, dispose pour autant d'autres moyens, tels que des mesures économiques ou diplomatiques. La question de la perméabilité des frontières nationales sous le poids du principe de la présomption du caractère universel des droits de l'homme, se trouve donc, ici, à l'épicentre de l'intérêt.

Mais, face à cette question fondamentale qui se pose pour l'Albanie, le cas de Chypre occupé se dresse comme l'exemple moqueur. Car la question fondamentale qui se pose pour Chypre occupé est justement de savoir comment faire respecter les droits de l'homme par un pays qui a ratifié les textes relatifs.

En second lieu, est présenté l'état réel des droits de l'homme dans ces pays respectifs. Si leur violation se fait en Albanie à travers ses lois, en revanche pour Chypre occupé elle se fait en violation de ses propres lois.

En Albanie, l'article 55, par exemple, de sa Constitution porte atteinte au droit d'expression des minorités, parmi lesquelles se trouvent 400 000 Hellènes. Il prévoit que toute organisation de caractère fasciste, antidémocratique, religieuse ou antisocialiste, ainsi que la propagande relative et l'excitation à la haine nationale et phylétique sont réprimées ; l'article 55 du code pénal prévoit, pour ces infractions, des peines privatives de liberté qui peuvent aller jusqu'à dix ans, et, dans le cas où ces infractions ont créé des situations particulièrement dangereuses, la peine de mort. Son code pénal est, en général, assez répressif : il prévoit trente-quatre cas punis de la peine de mort, dont douze politiques et onze militaires ; les articles 61-68 prévoient des cas de vol contre la propriété de l'Etat, sanctionnés de la rééducation forcée par le travail, la privation de liberté, et, pour certains de la peine de mort. Le droit à la défense est réduit à la seule défense personnelle et la valeur indéniable de l'aveu incite les enquêteurs pour l'obtenir à utiliser au besoin des moyens musclés.

Concernant Chypre occupé depuis seize ans, la situation des droits de l'homme est critique. Par exemple : l'interdiction du libre déplacement et du libre établissement entre les deux zones, occupées et non occupées, porte atteinte au droit de la liberté d'aller et venir. Cette même interdiction porte atteinte au droit à l'éducation et au respect de la famille, car le retour à la zone occupée est interdit aux adolescents hellènes-chypriotes, qui souhaiteraient suivre leurs études dans des écoles de la zone libre. Le retour à la zone occupée leur est interdit dès l'âge de quatorze ans. L'expropriation forcée des Hellènes-Chypriotes de leurs propriétés de la zone occupée, afin de loger la population turque emportée après l'invasion, porte atteinte au droit à la propriété. Quant aux 1 619 personnes portées disparues, depuis l'invasion, la question du respect des droits de l'homme est évidemment dramatique.

L'Albanie et Chypre occupé sont deux exemples, malheureusement parmi d'autres, de violation systématique des droits de l'homme, qui noircissent la carte de l'Europe à l'heure actuelle, où elle tente de se promouvoir en terre du respect des droits de l'homme. La publication du présent livre constitue une contribution précieuse à la construction de cette « Europe des droits de l'homme ».

Georgia BECHLIVANOU

The Law of Habeas Corpus, par Robert J. Sharpe, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1989, 271 pages.

Voici un livre superbe sur une des techniques du droit anglais enviée par nombre d'Etats qui ne la possèdent pas : l'*habeas corpus*. Au Moyen-Age, le terme signifie qu'un commandement royal a été délivré et que le défendeur se doit de comparaître devant une cour de justice. L'idée de produire la personne avec la cause de la détention n'existe pas encore. A cette époque il n'y a pas encore d'idée de détention dans ce *writ* mais le but du commandement est de faire amener le défendeur et non pas de contrôler le bien-fondé légal de l'emprisonnement. Au début, l'*habeas corpus* servit non pas à arrêter ni à emprisonner mais à assurer la présence physique d'une personne au prétoire, un jour donné. A cette époque, l'expression ne véhiculait pas l'idée de liberté ni l'idée de *due process of law*. C'est aux XVe et XVIe siècles que le *writ* prend la forme moderne que nous lui connaissons aujourd'hui. Il sert alors de moyen de contrôle des cours centrales de la Couronne sur les cours locales. L'*habeas corpus* pouvait être utilisé aussi bien par les cours de *common law* que par la Chancellerie afin de centraliser l'administration de la justice. Au XVe siècle, la délivrance du *writ* était un moyen de retirer une affaire à la compétence d'une cour inférieure afin d'attribuer celle-ci à une cour royale. Afin de protéger sa compétence et de retirer le litige à la compétence de la cour inférieure, la cour supérieure faisait venir l'accusé et le libérait. C'était une manière habile pour les cours royales d'étendre leur compétence au détriment des cours inférieures et de faire comprendre que celles-ci avaient abusé de leur compétence dans l'affaire. Par ce biais, on peut comprendre comment le *writ* s'est développé avec l'idée de tester la légalité d'une action d'où l'idée de tester la capacité d'une cour ayant ordonné la détention du prévenu. De cette idée allait naître la conception que l'*habeas corpus* exigeait qu'il y ait motif d'emprisonnement et que sa légalité dût pouvoir être testée. Avec l'*Act* de 1679, il est définitivement établi que les cours de *common law* comme la Chancellerie peuvent délivrer le *writ*.

Aujourd'hui, la procédure est simple. Demande doit être faite à la *Divisional Court* du Banc de la reine ou à un juge de la Haute cour. La demande doit être faite par le prisonnier ou par un tiers avec ou sans déposition du détenu pour expliquer les circonstances. Si celui-ci ne peut faire de déposition, le tiers s'en chargera. Si la cour ou le juge considèrent qu'il y a matière à débattre, l'affaire est ajournée et, sous huit jours le défendeur ou toute autre partie se voient notifiés de la chose. Théoriquement, le juge peut délivrer le *writ* immédiatement. Ceci est exceptionnel. De façon ordinaire, le défendeur doit produire par déposition la justification de l'emprisonnement avec débat contradictoire. La cour doit alors décider du maintien en détention ou de la libération du prisonnier. La cour peut délivrer le *writ* et faire amener le détenu à la cour afin de le faire libérer formellement. Voici un livre qui explique dans le détail ce *writ* si célèbre et dont l'existence et la mise en oeuvre sont devenues partie intégrante des libertés publiques britanniques et même du droit constitutionnel d'outre-Manche.

En dix chapitres magistraux, l'auteur nous fait un historique (passionnant) du développement du *writ* qui acquiert son caractère moderne au XVIIe siècle comme beaucoup de points du droit anglais. Le chapitre IV est très intéressant, l'auteur analyse l'*Emergency Powers (Defence) Act 1939* qui précise que des règlements peuvent être pris pour la détention d'individus dont l'internement apparaît au ministre d'Etat comme répondant aux intérêts de la sécurité publique ou de la défense du royaume. Alors que la légalité de l'internement ne pouvait être remise en cause, les cours de justice pouvaient contrôler l'exercice du pouvoir d'interner. Même si l'*Act* précisait que « toute personne détenue conformément à ces règlements sera considérée comme étant légalement détenue », cela n'a pas empêché les cours d'examiner si le pouvoir d'interner s'était exercé de façon appropriée, et si le ministre avait agi sans excès de pouvoirs.

Dans son chapitre 8 sur la portée territoriale de ce *writ*, Sharpe nous rappelle que le *writ* délivré par une cour anglaise ne peut s'appliquer en Ecosse ou en Irlande du Nord mais il s'applique dans l'île de Man et dans les îles anglo-normandes. Dans les grands dominions fédéraux, le *writ* ne peut s'appliquer d'une province à l'autre (Canada) mais dans certains cas il peut s'appliquer d'un Etat à l'autre (Australie).

Voici un livre bien écrit et qui fait le point sur la question avec des digressions de droit comparé. Un index des noms et des matières complète cet ouvrage avec tables de lois et d'arrêts. Quel plaisir que de pouvoir lire de tels volumes si bien présentés ! Voici un travail qu'il faut lire et relire car en 271 pages nous avons une explication exhaustive d'une procédure célèbre, mais dont les mécanismes ne sont pas encore très connus des publics non anglophones. Un livre qui devrait trouver sa place partout où l'on s'intéresse aux droits de l'homme, au droit comparé, au droit anglais et à son développement.

Antoine J. BULLIER

III. – HISTOIRE DU DROIT PENAL

Histoire des doctrines pénales, par Jean Pradel, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 1989, 127 pages.

Le professeur Jean Pradel a pris l'heureuse initiative de présenter, sous la forme concise imposée par la *Collection « Que sais-je ? »*, une vaste fresque des principaux courants des « doctrines pénales ». L'auteur précise d'emblée qu'à la différence de « la » doctrine limitée à des points particuliers du droit pénal technique, « les » doctrines pénales impliquent « une conception globale du droit criminel et touchent donc tant au droit de fond qu'au droit de forme en s'efforçant de répondre aux grandes questions posées par eux deux ».

C'est une vision optimiste qui anime Jean Pradel lorsqu'il rappelle, dès l'introduction, la formule de Benjamin Constant « quoi qu'on dise, la pratique suit toujours la théorie, bien que d'un pas lent et interrompu » et conclut que les doctrines pénales « prennent au fil des siècles une importance de plus en plus grande ». Même si le lecteur reste plus réservé quant à l'influence des doctrines sur les pratiques, il suivra avec intérêt le cheminement de l'auteur.

L'ouvrage commence par les « esquisses initiales » (de l'Antiquité gréco-latine à « Grotius, Hobbes, Montesquieu et quelques autres »). Les travaux de Beccaria sont ensuite analysés, comme « la première systématisation pénale » (sur Beccaria, V. aussi le très complet ouvrage publié par le Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale de Milan, Giuffrè, 1990, compte rendu à paraître, cette *Revue* 1991). Suivent les « écoles classiques » avec des auteurs comme notamment, Bentham, Rossi, Bonneville de Marsangy. L'Ecole positiviste italienne est ensuite présentée comme « l'éclair du déterminisme pénal », dont « les idées très nouvelles laisseront une marque indélébile ». Enfin apparaît le « foisonnement de l'époque contemporaine » où les mouvements de défense sociale (Filippo Gramatica) et de défense sociale nouvelle (Marc Ancel) côtoient les doctrines néo-classiques et les courants plus radicaux de l'abolitionnisme.

Par delà le plan, résolument chronologique, de grands thèmes traversent tout l'ouvrage : principalement — comment s'en étonner ? — le débat sur la peine ; également le thème de la procédure pénale évoqué chez Platon puis à travers les travaux des « classiques » au XIX^{e} siècle (Bonneville de Marsangy, Béranger, Tougard, Dufour) enfin pour la période contemporaine, notamment à travers « l'éternel problème français de l'instruction préparatoire ».

Résolument juridique, cette histoire des doctrines pénales est limitée à l'Europe, sauf quelques références au « modèle nord-américain » pour l'époque contemporaine. On ne saurait le regretter car l'étude permet de saisir à quel point les courants de pensée — moins enfermés que les systèmes juridiques dans une conception strictement nationale — ont véritablement contribué à élaborer cette « tendance pénale européenne » que la Cour européenne des droits de l'homme s'efforce de saisir, notamment lorsqu'elle définit comme notion autonome « la matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde.

Une tradition pénale qui tient peut-être autant aux oppositions apparentes d'un courant à l'autre (surveiller/punir, culpabilité/dangerosité, prison/peines alternatives, individualisation/légalité, transparence/secret, procédure accusatoire/inquisitoire, etc.) qu'à leurs convergences.

Malgré les effets de clôture de ces oppositions apparentes qui se fournissent en réalité un appui mutuel (V. la *Revue Pouvoirs, Droit pénal, bilan critique*, n° 55, PUF, 1990) il demeure que l'Europe est peut-être avant tout ce lieu du multiple, cette Europe « dialogique », selon le mot d'Edgar Morin, où la vérité — en droit pénal comme ailleurs — devrait toujours s'écrire au pluriel et sans majuscule.

M. D. M.

IV. — DROIT PENAL GENERAL

Droit pénal, Tome 1, *Introduction générale. Droit pénal général*, par Jean Pradel, 7e éd. revue et augmentée à jour au 1er novembre 1989, Paris, Editions Cujas, 1990, 743 pages.

C'est un plaisir sans cesse renouvelé de présenter une nouvelle édition de l'ouvrage d'un auteur qui, lui, n'a plus à être présenté depuis longtemps. Pour la septième fois déjà, le professeur Jean Pradel publie une version de son célèbre manuel de droit pénal général, universellement connu et unanimement apprécié. Avec la régularité d'un métronome, tous les deux ou trois ans, avec le talent et la rigoureuse logique d'un homme de science, cet éminent pénaliste met à jour ses ouvrages en donnant à chacune de ses productions la touche supplémentaire qui confond le lecteur, tant le travail est bien fait.

La densité accrue de l'oeuvre, enrichie une fois encore des réformes accomplies ou en projet et de la dernière jurisprudence, contraste étrangement avec l'important allégement du papier utilisé par l'éditeur. Le parchemin initial semble s'être fait pelure. Le ton bistre colore la page blanche. Le manuel devient une bible, qu'il faut consulter avec précaution, pour éviter des déchirures, et recueillement pour apprécier la substance. Si l'auteur se fait parfois prophète (l'avenir donna antérieurement raison à ses prédictions appuyées sur de rigoureuses analyses juridiques, sur le destin de certaines réformes notamment), tel n'est pas son propos, qui est de faire oeuvre doctrinale et d'exposer de façon claire et systématique le droit existant ! Mais celui-ci bouge, évolue sous la pression des faits et des idées. Le point doit être fait souvent. C'est chose faite pour l'année 1990 qui marque la fin d'une décennie. La prochaine s'annonce fertile en changements divers dans la matière répressive. Un nouveau code pénal verra peut-être le jour. Des réformes importantes sont annoncées. Le manuel du professeur Pradel rend compte de ces vibrionnements incessants qui agitent nos penseurs, nos législateurs et tous les spécialistes, chercheurs ou praticiens, qui s'intéressent à la science criminelle.

Nous avons déjà eu l'occasion d'écrire dans cette chronique bibliographique, en présentant la deuxième édition de l'ouvrage (cette *Revue* 1981.211), que le professeur

Pradel était l'un des phares de la doctrine pénale contemporaine. A lire la dernière mouture de son manuel de droit pénal, il paraît à l'évidence que sa lumière se fait toujours plus éclairante.

Aucun bouleversement notable ne vient perturber l'agencement ordonné de façon claire et logique des développements antérieurs. De petites retouches ici ou là dans les intitulés du plan précisent sa pensée et donnent plus de rigueur encore à la construction générale. Par exemple, aux numéros 145 et suivants, l'intitulé de la section I s'est enrichi de deux paragraphes supplémentaires consacrant la distinction des lois ordinaires (§ 1) et de la loi suprême, la Constitution (§ 2), l'auteur « habillant » ainsi deux alinéas au contenu déjà bien différencié dans l'édition précédente. Par exemple encore dans le chapitre des sanctions portant atteinte à la liberté, les développements relatifs aux peines qui restreignent la liberté d'activité du condamné, à côté de la présentation du travail d'intérêt général, s'enrichissent d'une analyse minutieuse de certaines sanctions liées à l'accomplissement d'une prestation en nature (2 du B, remplaçant l'étude des modalités d'application du travail d'intérêt général de la précédente édition, qui deviennent un *b* du 1 dans la dernière) ; un nouveau n° 551 présente clairement les nouvelles aspirations du législateur : permettre au juge répressif d'imposer au prévenu l'exécution d'obligations légales, comme l'obligation de démolir ou de débroussailler sous astreinte (loi du 22 juill. 1987), ou l'obligation de cesser un agissement illicite (loi du 5 janv. 1988 sur la protection des consommateurs).

Les développements relatifs à l'exécution du travail d'intérêt général sont remodelés dans les n^{os} 694 et suivants : la détermination des mesures (*A*) et l'exécution des mesures (*B*) remplacent la distinction antérieurement retenue entre le régime juridique et le bilan pratique qui disparaît de ce passage, la référence à une étude du ministère de la Justice, bilan 1984-1985, donnée à la fin du n° 550 suffisant à orienter le lecteur désireux d'éclairer sa lanterne sur l'impact de cette sanction dans la pratique judiciaire au cours des premières années de son application.

Le souci minutieux du professeur Pradel de mettre parfaitement à jour son ouvrage, en effectuant les refontes nécessaires, l'a conduit à apporter des modifications, plus ou moins importantes, dans le corps même des développements, au gré des nouveautés législatives ou jurisprudentielles.

Ainsi, l'auteur mentionne-t-il les importants travaux de conférences internationales (travaux de l'A.I.D.P. à Stockholm, en juin 1987, p. 27, ou la Conférence de Montréal de juin 1987, p. 110, par ex.) et surtout, reprend-il, pour l'allonger de façon substantielle, le n° 118 nouveau consacré à l'analyse des difficultés d'une refonte du code pénal, en présentant le dernier état de la matière au moment de la publication de l'ouvrage, dont l'adoption en octobre 1989, par l'Assemblée nationale, du Livre I du nouveau code pénal.

Livrant ici ou là des statistiques plus récentes, ou ajoutant une référence bibliographique nouvelle, il s'attache aux textes les plus récents qu'il met toujours un point d'honneur à présenter de façon aussi complète que concise : ainsi, pour la loi du 6 juillet 1989 (art. 747-8 c. proc. pén.) créant une nouvelle application du sursis avec travail d'intérêt général (p. 673, *in fine*) ou pour la loi du 20 juillet 1988 (n° 721 *in fine*, p. 699, et n° 722) sur l'effet extinctif du sursis, qui ont obligé l'auteur à réécrire de nombreux et importants passages de son manuel.

La liste des modifications apportées en deux ans serait trop longue à dresser.

Les mêmes qualités se retrouvent à chaque page. La concision, la minutie, la rigueur de l'auteur font de cet ouvrage, sans cesse repris et peaufiné par un pénaliste de grand talent et de grande conscience, l'ouvrage de référence par excellence aussi bien pour l'étudiant que pour le praticien ou le chercheur. Chacun y trouvera une fois encore, de quoi satisfaire sa légitime soif de savoir et d'information.

Jean-Yves CHEVALLIER

V. — DROIT PENAL DES AFFAIRES

Droit pénal des affaires, par Geneviève Giudicelli-Delage, Paris, Mémento Dalloz, 1989, 151 pages.

Question 1 : comment consacrer un livre à une matière qui n'existe pas vraiment, dont le titre satisfait davantage à « une commodité de langage » qu'il ne désigne un objet précisément déterminé ou une autonomie avérée, autrement une véritable « branche » du droit pénal ?

Réponse 1 : ce qui existe « indéniablement », c'est la criminalité d'affaires dont la « réalité criminologique » a été maintes fois étudiée et continue de l'être. « Littérature de combat », les effets s'en ressentent aujourd'hui dans la présentation même du droit aux étudiants et à ceux qui les enseignent. La criminologie a discerné le problème ; le droit tente maintenant de le cerner.

Réponse 2 : après les « étapes financières, économiques, sociales », le droit pénal des affaires trouve peu à peu sa vraie dimension, englobant des aspects dont on respectait jusqu'ici non point l'autonomie, mais tout simplement l'antériorité. Si des droits pénaux financier, économique, fiscal, douanier ... existent, ce n'est point à côté, mais au sein du droit pénal des affaires qui en constitue la synthèse.

Réponse 3 : l'intérêt du droit pénal des affaires ne se mesure pas seulement à l'aune des dérogations apportées à la théorie générale du droit pénal ni à celle des « insuffisances des droits spécialisés » (droit commercial, des sociétés, du travail, etc.) pour assurer leur propre sanction. Une matière ne peut utilement se construire que sur du dérogatoire ou du subsidiaire. La perspective prend tout son intérêt, en revanche, si l'on considère le droit pénal comme « le meilleur protecteur des droits spécialisés » (« incapables de s'assumer seuls » ?). Démonstration possible à plusieurs points de vue : « l'incrimination permet l'intervention d'autorités de contrôle dont l'activité concourt à la prévention » ; le juge répressif est un des meilleurs « garants de l'efficacité et de l'effectivité » des droits spécialisés, en tout cas de la volonté du législateur dans ces domaines (pour s'en convaincre, il n'est qu'à comparer les jurisprudences de la chambre sociale et de la Chambre criminelle de la Cour de cassation). Et la démarche est encore stimulante si elle discerne tous les « enrichissements » de la théorie générale du droit pénal par le droit pénal des affaires. Exemples nombreux : incidences du droit communautaire ; apparition des incriminations de mise en danger ; variété et publicité des sanctions ; responsabilité pénale dite du fait d'autrui ou des personnes morales ; recevabilité des constitutions de partie civile et théorie des infractions d'intérêt général...

Quelle image, en effet, donnerait-on aujourd'hui du droit pénal positif si l'on se contentait d'enseigner, d'exposer ou d'étudier ce que M. Jean Carbonnier a nommé « le droit pénal du tragique » ? Parfois considéré comme marginal, le droit pénal des affaires est pourtant un des aspects les plus vivants de la matière pénale. On pourrait en dire autant du droit pénal de la circulation routière.

Ces trois réponses relevées, parmi d'autres, dans le livre de G. Giudicelli-Delage, indiquent tout l'intérêt de son travail. Il existe aujourd'hui des livres de droit pénal des affaires — celui-ci et quelques autres — qui sont beaucoup plus qu'une information souhaitable des hommes d'affaires sur leurs risques et périls ou le simple instrument de préparation de certains concours professionnels. Le livre I : « Les affaires et la théorie générale du droit pénal » est en quantité égale au livre II : « Les affaires et le droit pénal spécial ».

Question 2 : comment faire toutes ces information et réflexions dans les limites pédagogiques et surtout quantitatives d'un mémento (140 pages de texte, plus de 10 de tables dont un index alphabétique) ?

Réponse 1 : ce qui nous est donné à lire n'est pas véritablement un texte, mais plutôt un plan très détaillé. Les idées essentielles n'en apparaissent que mieux ; mais aucune n'est réellement développée. C'est la loi du genre.

Réponse 2 : « Le droit pénal général et la procédure pénale sont censés être connus de l'étudiant » et le propos de la première partie se limite à « étudier les seuls domaines où la rencontre des affaires et du droit pénal a une incidence sur la théorie générale ». Citons quelques exemples, sans revenir sur ceux qui l'ont déjà été : technique du renvoi dans la rédaction des incriminations ; recours à l'amnistie ; généralisation des infractions (à fautes) matérielles ; réduction du domaine de la complicité ; spécialisation de certains tribunaux...

Réponse 3 : depuis quelques années, un double mouvement de « décorrectionnalisation et de dépénalisation » (entreprises en difficultés, prix et concurrence...) et de « retour vers le droit pénal commun » (rétroactivité *in mitus*, élément moral des infractions douanières, perquisitions et visites domiciliaires...) se produit en droit pénal des affaires. Cela fait d'autant moins à traiter ; encore que de tels mouvements sont ici saisis au plus fort de leur manifestation et donnent lieu, en tant que tels, à des développements parfois substantiels en première partie.

Réponse 4 : dans ces conditions, la partie consacrée au droit pénal spécial (livre II) est nécessairement synthétique et doit aller à l'essentiel. Certaines qualifications : atteintes à l'intégrité physique et à la « qualité de la vie », ne sont pas présentées ici qu'à titre « subsidiaire » ; ce qui est peut-être discutable pour les secondes. Car il est bien vrai que « les pollutions les plus graves sont celles des entreprises et que les scandales les plus retentissants en matière d'urbanisme ne sont pas le fait de simples particuliers »). La démarche soulignée dans le livre I n'est cependant pas abandonnée en seconde partie, où le « droit pénal spécial spécifique des affaires » (titre 2 : 38 pages consacrées aux infractions applicables aux activités et aux groupements professionnels) est précédé du « droit pénal spécial commun face à la pratique des affaires ». Dans ce titre I, 23 pages se proposent de démontrer que « quelques incriminations de base, ayant comme fondement, pour les unes l'altération de la vérité, pour les autres l'abus et l'exploitation d'autrui (...) suffiraient à couvrir un vaste champ du droit pénal des affaires ». Ces « qualifications fondamentales », sanctionnant « l'appréhension astucieuse des biens d'autrui » sont exposées sur fond d'escroquerie (pour les premières) et d'abus de confiance (pour les secondes) considérées comme des « infractions-clés », des « modèles », des « schémas-directeurs ».

Porté par ce courant — qui, en réalité, remonte constamment d'un droit qui serait propre aux affaires vers le droit pénal tout court, pour ne pas dire tout simplement — le lecteur se prend alors à imaginer que l'on aurait pu aller encore plus loin, qu'une partie du droit pénal spécial ici présenté comme spécifique pourrait fort bien se rattacher aux qualifications fondamentales. Deux exemples : la protection des consommateurs se rangerait sans aucune difficulté sous les bannières de l'altération de la vérité et de l'escroquerie et les règles du marché sous celles des abus et exploitation d'autrui. Dans le même ordre d'idée, est-il bien certain que « les atteintes aux techniques de communication » (programmes, vidéogrammes, etc.) ou les « fraudes informatiques » relèvent d'un droit pénal spécifique aux affaires ?

Mais, au jeu des questions et réponses, il faut bien à un moment s'arrêter. Le lecteur de ces lignes aura compris, en tout cas, que le mémento de Geneviève Giudicelli-Delage, d'une lecture rapide et d'un coût fort modeste, est cependant très riche d'enseignement.

Michel MASSÉ

VI. – PROCEDURE PENALE

Droit pénal, Tome II : *Procédure pénale*, par Jean Pradel, 5e éd. revue et augmentée à jour au 1er octobre 1989, Paris, Editions Cujas, 1989, 736 pages.

La cinquième édition de la *Procédure pénale* de M. Jean Pradel est parue chez Cujas, en 1990. L'auteur a placé sous son nom ses deux qualités, celle de professeur et celle d'ancien juge d'instruction.

On a beaucoup insisté sur ces fonctions anciennes pour louer le bon sens et la modération de l'ouvrage (Cf. les comptes rendus de M. le procureur général Jean Robert, cette *Revue* 1977.959 et 1981.224). Ces vertus sont conservées et ont incité M. Pradel à ne pas se prononcer dans cet ouvrage sur les projets officieux de la commission « Justice pénale et droits de l'homme » présidée par Mme Mireille Delmas-Marty ; il a attendu d'en lire le texte pour révéler au Dalloz ses sentiments mélangés (« La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la commission Justice pénale et droits de l'homme », [juin 1990], *D.* 1990.chron.301).

La prudence du praticien inspire aussi la conservation du plan primitif qui est très pédagogique en équilibrant les « éléments » et le « déroulement » du procès pénal. Il est vrai que le mot « élément » est un peu vague et passe-partout car la justice ordinaire priée, à brûle-pourpoint, d'énumérer les « éléments du procès pénal » ne devinerait pas nécessairement que ce sont «les organes connaissant de l'infraction » (Titre 1) et « les actions nées de l'infraction » (Titre 2). Répondrait-il conformément au manuel de M. Pradel, qu'on pourrait encore lui faire observer que son modèle conçoit l'action à la manière ancienne, celle de la créance (publique ou civile) à l'état de guerre : l'action publique peut fort bien aboutir à l'acquittement sans perdre sa nature d'action, et le ministère public peut poursuivre un dessein contraire à celui de la partie civile qui a mis l'action publique en mouvement, de telle sorte que les deux demandeurs ne sont pas d'accord pour dire qu'il y a eu « infraction » à l'origine de leurs prétentions.

Ces étiquettes un peu approximatives n'empêchent pas l'excellence du matériau qu'elles désignent : les développements sont clairs et précis, clarifiés et précisés là où, dans les éditions précédentes, ils méritaient de l'être.

On prête, répétons-le, ces qualités aux anciennes fonctions judiciaires de l'auteur. Mais M. Pradel est aussi un excellent pédagogue, et depuis vingt ans. La clarté dans l'exposé s'apprend davantage dans la forte expérience des grands amphithéâtres que dans le secret des cabinets d'instruction où sont plutôt sollicités le bon sens et le caractère. C'est aussi au *professeur* Pradel qu'il faut imputer le mérite de fréquentes références à l'histoire du droit pénal qu'il connaît bien, et au droit pénal comparé auquel il a consacré plusieurs travaux et notamment *La justice pénale dans les droits canadiens et français* (Montréal et Paris, 1986, en collaboration avec M. P. Beliveau). Ces condiments donnent de la saveur au texte et facilitent, pour l'étudiant, l'apprentissage d'une matière technique et abondante : il est tellement plus facile de retenir une règle quand on sait la rattacher à un événement historique ou à une grande affaire criminelle, d'apprécier la portée d'une solution quand on peut mesurer les mérites d'une autre, que l'étranger a choisie.

L'éditeur mérite sa part de louanges : il a donné à l'ouvrage une impression agréable sur du papier fin et l'a présenté sous une reliure solide qui résistera aux nombreuses consultations que le texte appelle.

Jacques-Henri ROBERT

VII. – DROIT PENAL COMPARE

Sentencing in New Zealand. A study of the principles of criminal sentencing and of the procedures relative thereto, incorporating a fully annotated text of the Criminal Justice Act 1985 and the Regulations made thereunder, and a consideration of the law and practice relating to appeals against sentence, par Geoffrey G. Hall, Wellington, Butterworths of New Zealand Ltd, 1987, 446 pages.

Sentencing in Australia : Issues, Policy and Reform. Proceedings of a Seminar « Sentencing : Problems and Prospects » held at the Australian Institute of Criminology, 18-21 March 1986, publié par Ivan Potas, avec la collaboration de l'Australian Law Reform Commission (Sydney), Canberra, ACT, Institute of Criminology, 1987, 554 pages ronéotées.

The Australian Criminal Justice System. The Mid 1980s, par Duncan Chapell et Paul Wilson, Sydney, Butterworths Pty Limited, 1986, 337 pages.

Les hasards des comptes rendus de lecture font que nous avons aujourd'hui trois livres fort intéressants nous venant d'Australie et de Nouvelle-Zélande. Deux ouvrages traitent du même problème : la condamnation dans ces deux Etats des antipodes. Dans les pays de *common law*, l'approche quant à la condamnation a toujours été de laisser au juge une très large discrétion. Les législatures prévoient une sentence maximum. En Australie, en Nouvelle-Zélande et en Angleterre, la condamnation est laissée à la latitude du juge. Dans les Etats de *common law*, le juge se voit donner de grands pouvoirs d'appréciation quant aux circonstances de l'infraction et aux caractéristiques du délinquant. Les systèmes de *common law* voient le pouvoir des juges de première instance tempéré par le contrôle des condamnations *via* les appels. Certains systèmes de *common law* autorisent l'appel de la part du prévenu et non de la part de l'accusation. A la différence de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni, il n'y a aucune législation autorisant la Couronne à faire appel contre la condamnation. C'est ce droit réservé à la Couronne dans les deux anciens Dominions qui fait que l'accusation est plus active qu'au Royaume-Uni. En Angleterre, l'avocat de la Couronne ne doit pas insister pour obtenir une reconnaissance de culpabilité par le jury, il doit présenter les faits de manière détachée quels qu'ils soient. Lors du procès, l'avocat de la Couronne ne doit pas suggérer au juge ce que la sentence devrait être. Il ne doit surtout pas influencer la cour vers la sévérité mais au contraire se doit de dire au juge s'il y a des circonstances atténuantes. Toujours au Royaume-Uni, l'avocat de la Couronne doit se comporter comme un auxiliaire de justice mais aussi comme un conseil de la Cour en présentant son dossier devant celle-ci et devant le jury. L'avocat de la Couronne ne doit pas être obsédé par l'obtention d'une reconnaissance de culpabilité. Il contribue à l'administration de la justice et agit de façon quasi judiciaire. L'avocat de la Couronne se doit d'assister la Cour dans les poursuites pénales. Toutes ces formules sont-elles conciliables avec le fait qu'en Australie et en Nouvelle-Zélande, l'avocat de la Couronne a un rôle spécial dans la condamnation ? En 1979, le juge Sangster devait déclarer *in R. v. Cartright* : « L'avocat de la Couronne devrait participer au processus de condamnation. En ce moment, nous n'entendons que les arguments du prévenu sur une possible condamnation. Pour ma part, j'aimerais obtenir l'assistance de l'avocat de l'accusation ». Le fait que la Couronne puisse interjeter appel *a minima* lui confère automatiquement un rôle dans l'appréciation de la sentence et comme le dit le juge Matas au Canada *in R. v. Simonneau*, il n'y a aucune raison que l'avocat de la Couronne ne puisse se prononcer sur la sentence en première instance s'il le peut en appel. On verra aussi dans cet excellent recueil d'articles une communication assez bouleversante sur les aborigènes australoïdes. En effet, selon Richard W. Harding, il y a un rapport de 16 à 1 Aborigène-non-aborigène en prison. De tels chiffres sont effrayants, car un aborigène a 16

fois plus de chance d'être emprisonné qu'un blanc ! On peut comprendre que les juristes australiens ne peuvent accepter de tels taux dans un pays foncièrement démocratique. A côté de ce livre tout à fait intéressant, on peut consulter avec intérêt celui de G. G. Hall qui traite exactement du même sujet, mais pour la Nouvelle-Zélande. Ces deux ouvrages sont tout à fait différents, l'un est constitué de communications académiques, alors que le livre de Hall est avant tout un commentaire fouillé et très précis du *Criminal Justice Act 1985*. Comme en Australie, la Couronne peut faire appel *a minima*, mais dans les Etats australiens celle-ci joue un rôle plus actif qu'en Nouvelle-Zélande dans l'aide au juge pour la sentence. Ce qui différencie le droit néo-zélandais du droit australien c'est qu'il existe encore un appel possible au pénal auprès du comité judiciaire du conseil privé de Londres. Cette procédure rapproche, d'une certaine façon, le droit anglais du droit néo-zélandais, malgré les différences qui les séparent et que Londres se doit, bien évidemment, d'accepter et de respecter. Dans le livre édité par Chapell et Wilson, on retiendra une communication de Christine Stafford sur les aborigènes et la violence du racisme policier australien. S'il y a des comportements racistes et violents de la part de la police australienne, les comparaisons entre les polices sud-africaine, nord-irlandaise et australienne sont tout à fait hors de propos. Comment rapprocher ces différentes forces de police alors qu'elles agissent dans des contextes fondamentalement différents : la police sud-africaine voyant sa légitimité contestée comme la police nord-irlandaise par une majorité et une minorité qui remettent en cause les fondements mêmes de l'Etat sud-africain et de la province britannique. Bien qu'il y ait des abus regrettables des forces de police des Etats australiens par rapport aux aborigènes, les comparaisons de Stafford ne sont pas pertinentes. Les problèmes du maintien de l'ordre n'ont rien à voir entre ces trois pays. Le livre de Chapell et Wilson n'en est pas moins une bonne mise au point sur les tendances actuelles de la criminologie en Australie.

Antoine J. BULLIER

VIII. – EXECUTION DES PEINES

Beyond Punishment. A New View on the Rehabilitation of Criminal Offenders, par Edgardo Rotman, New York, N. Y., Westport, Conn., Londres, Greenwood Press, Inc., 1990, 216 pages.

Cet ouvrage trouve son origine en 1975 dans un séjour d'Egardo Rotman au Max Planck Institut de Fribourg où il est frappé d'une part par la grande réforme pénale de cette année et, d'autre part, par la publication de l'ouvrage de Douglas Lipton, Robert Martinson et Judith Wilks *The effectiveness of correctionnal treatment* qui met en cause cette même notion. On connaît le succès du fameux *Nothing works* de Martinson. Bien que (ou parce que) il se sent à contre-courant d'un mouvement doctrinal et législatif contraire à la réhabilitation qui triompha longtemps dans les pays occidentaux, Edgardo Rotman s'attache à cette notion qu'il défend. Un séjour à Harvard University lui permet de compléter ses recherches.

Dès l'abord, il souligne que les critiques nouvelles de la réhabilitation visent en réalité les excès du système des sentences indéterminées (dans les pays qui le connaissent) ou la détérioration du régime des prisons, qui remettent en cause la notion même d'emprisonnement.

Dix ans d'études patientes, laborieuses, exhaustives, l'amèneront à repenser la réhabilitation et à présenter cet important ouvrage qui constitue, comme le dit son titre « *A New View on the Rehabilitation of Criminal Offenders* ».

Un premier chapitre d'introduction, remarquable, est consacré à la signification propre de la réhabilitation, à son développement historique, à sa proposition dans le système pénal général, à ses rapports avec la règle de la légalité, à ses possibilités afflictives et à ses applications judiciaires. L'auteur insiste sur la valeur de la conception humaniste de la réhabilitation qui tend à la récupération active des délinquants, par opposition à la réaction purement rétributive et intimidante.

Le chapitre 2, « From the stones of repentance to the therapeutic community », présente une large perspective de l'évolution, ou du développement, des notions de réhabilitation. Dès l'origine, et peut-être à l'exemple des prisons monastiques, la prison se veut, ou se croit, par elle-même rééducative. La « prison comme peine » des Constituants est parée de toutes les vertus. On s'attache surtout à l'internement (pénal) qui doit développer le repentir et ramener naturellement au bien le délinquant.

Les jeunes Etats-Unis et l'Angleterre (avec les nouveaux « pénitenciers ») y ajoutent la lecture régulière de la Bible. Charles Lucas objecte qu'il n'en va pas de même dans les pays catholiques et qu'au surplus la plupart des détenus ne savent pas lire. David J. Rothman note d'ailleurs (*The Discovery of the Asilum : Social order and disorder in the new Republic*) justement qu'au XIX^{e} siècle, spécialement en Angleterre, la peine de mort ou la transportation aux colonies neutralisent les grands criminels et que la prison est, en fait, réservée aux petits délinquants (p. 26).

L'auteur retrace les grandes étapes de cette politique criminelle de réhabilitation : l'Antiquité (où Platon le montre, avec notamment son « sophonisterion », un étonnant précurseur des idées modernes) ; le christianisme (où se développent les notions de repentir et de pénitence, mais aussi de charité) ; l'époque assez étonnante des « maisons de correction » du XVI^{e} siècle, les expériences néerlandaises et les « *Bridewells* » anglais ; la naissance ensuite des « pénitenciers », puis la querelle des systèmes auburnien et pennsylvanien (pour le continent, du régime cellulaire et du travail en commun le jour, avec toutefois la règle du silence) ; le XIX^{e} siècle avec Machonochie et Crofton, puis Brockway et Elmira et le développement en Amérique des sentences indéterminées, tandis que Lombroso et les positivistes, avec l'homme délinquant et la sériation des criminels, bousculent des positions qui, toutes, cherchaient un régime unique (le meilleur) pour *tous* les détenus.

L'auteur note l'importance et les progrès de l'individualisation, idée de la fin du XIX^{e} siècle en France, en Angleterre et aux Etats-Unis. Cette vue évolutive aboutit naturellement, au milieu du XX ^{e} siècle, à un épanouissement nouveau de la notion de réhabilitation, avec spécialement la doctrine de la Défense sociale nouvelle.

Au chapitre 3, « The search for a formula », l'auteur note que dans le développement historique complexe de l'idée de réhabilitation, on peut relever divers types ou modèles (pénitentiaire, thérapeutique et autres) où se retrouve toujours l'opposition de la tendance oppressive, autoritaire, pesant sur l'individu, et de la tendance humaniste. Edgardo Rotman se livre ici à une enquête attentive qui culmine avec ses remarquables observations sur la rencontre (l'opposition) de la réhabilitation et des droits de l'homme (p. 69 et s.). Longtemps, en effet, les droits individuels sont apparus comme une limite, ou une critique, de la politique de réhabilitation, menace ou intrusion dans la vie des individus qui y sont soumis, pouvant aller jusqu'au lavage de cerveau ou à l'emploi de procédés chimiques d'intervention sur la personnalité. La conciliation de la notion de réhabilitation et des droits de l'individu se fera par la reconnaissance nouvelle des droits du condamné ou du détenu (Cf. les règles *minima* des Nations Unies et les positions de politique criminelle des années 1950).

Ainsi apparaît l'idée neuve et novatrice d'un « droit à la réhabilitation » dont l'auteur examine la naissance et la reconnaissance, le contenu et le dynamisme dans des pages qui comptent parmi les plus fortes de l'ouvrage, spécialement sur le plan comparatif (Italie, Allemagne fédérale, Espagne, Etats-Unis, p. 76 et s.).

Conséquences de la reconnaissance du droit à la réhabilitation, notamment sur le *sentencing*. Point de savoir si l'absence de programme de réhabilitation n'équivaut pas

à un système de peines cruel et dégradant, au sens des conventions de la fin du XX[e] siècle. On peut aussi se demander s'il comporte le droit à un traitement psychologique ou psychiatrique : le détenu doit se reconnaître tous les droits non incompatibles avec l'incarcération.

Il doit comporter une action réhabilitative individualisée, ce qui conduit à une nouvelle conception de l'action punitive empêchant toute détérioration de la personnalité du condamné.

Le chapitre 4 « Against rehabilitation » s'attaque résolument aux critiques actuellement dirigées contre la réhabilitation. Elles sont de quatre catégories différentes : 1) critique des abus auxquels conduit la réhabilitation, par exemple l'utilisation de produits chimiques ou de substances destinées à modifier le comportement individuel, ou encore les abus du *sentencing* avec la sentence indéterminée ; 2) critique fondée sur la demande de renforcement de la répression (politique du *Law and Order*) ; idée selon laquelle la situation du détenu doit être inférieure à celle du citoyen libre le plus défavorisé ; 3) critiques fondées sur la théorie de la recherche sociologique. Les théories sociologiques s'élèvent contre la réhabilitation fondée sur une conception du crime envisagé exclusivement sous l'angle du cas individuel. Ces théories mettent en avant les explications sociologiques du crime et le rôle de la société dans sa genèse. L'antisocialité n'est pas limitée aux « classes dangereuses » (« sociétés criminogènes » ; « La criminologie radicale ») ; 4) critique tenant à l'inefficacité prétendue des programmes de réhabilitation. L'auteur rappelle à cette occasion les études évaluatives entreprises avant 1974 (p. 123) et la publication de Martinson *What works ?* dont il fait une très sérieuse analyse (p. 126-135).

Le chapitre 5 « Rehabilitation : how it works ? » est à bien des égards le chapitre essentiel, mais sa densité, sa diversité et son admirable maîtrise d'une documentation multiple ne se prêtent pas à un résumé. Il débute par le problème principal : la crise de l'emprisonnement. Car, si la prison s'est voulu à la fois punitive, neutralisante et réformatrice, toutes les illusions du XIX[e] siècle sont aujourd'hui bien dissipées. La prise de conscience de l'effet désocialisant de l'emprisonnement remet en cause tout le système.

Edgardo Rotman expose parfaitement la complexité réelle du système carcéral dans son acceptation moderne. Il s'attache ensuite à deux modèles de « prisons de la réhabilitation » : la prison de Ringe, au Danemark (p. 150) et la *Federal Correctionnal Institution* de Butner en Caroline du Nord (p. 153). Puis il examine les alternatives non institutionnelles, où seront mises en oeuvre les conséquences de la reconnaissance d'un « droit à la réhabilitation » (p. 155). Il souligne au passage l'importance prise par l'institution du « jour-amende », forme nouvelle et individualisée de l'amende. Bien entendu, la probation, sous ses diverses formes, se voit reconnaître sa juste place dans cet effort de réhabilitation (p. 157). L'auteur envisage également la *suspended sentence* qui fut au siècle dernier un instrument efficace d'individualisation des sanctions pénales (p. 159) et les nouveaux procédés, parmi lesquels le service communautaire, dont on sait le succès en législation, l'obligation de réparer (« restitution », p. 161) et les pratiques de « diversion », sans compter les techniques de surveillance électronique (p. 165), les méthodes spécifiques nouvelles pour les jeunes délinquants (Cf. le *Massachusetts Deinstitutionalization Experiment*, p. 169). Il examine encore le cas des *mentally discordered offenders* (p. 171) et, enfin, les établissements socio-thérapeutiques, reprenant en modernisant les expériences de Georg Stürup à Hersdtedvester au Danemark (p. 175).

Marc ANCEL

L'ouvrage d'Edgardo Rotman « *Beyond Punishment* » est le dernier livre que Marc Ancel ait lu et commenté. Ses derniers moments furent consacrés à cette lecture et à la rédaction du présent compte rendu qu'il n'eut pas le temps d'achever ni de parfaire.

Nous avons transcrit ses notes telles que nous les avons trouvées sur sa table de travail sans y apporter de modifications autres que celles indispensables à la compréhension du texte. Aux dires mêmes de Marc Ancel, ce compte rendu n'était pas achevé. Nous avons cependant estimé qu'il devait être publié en l'état.

Jacqueline et Jean-Charles SACOTTE

Manuale di diritto dell'esecuzione penale, par Paolo di Ronza, Padoue, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 366 pages.

Sous réserve de l'ouvrage que le professeur Bouloc vient de consacrer à la pénologie (*Pénologie*, Précis Dalloz, Paris, 1991, 400 p.), on pouvait déplorer en France le peu d'intérêt manifesté par la doctrine pour tout ce qui est exécution ou application des décisions de justice, sentiment largement partagé par les professionnels. Approche regrettable de la part des magistrats, rendant des décisions dont ils ignorent parfois la destinée. Le regret sera accru avec la parution sous la signature de Paolo di Ronza de son *Manuale di diritto dell'esecuzione penale* ... matière que cet auteur enseigne à l'université de Naples.

L'auteur est parti de l'idée que la sentence pénale est un acte exécutoire émanant du pouvoir judiciaire dont les dispositions doivent recevoir application. Ce qui permet de définir la discipline comme l'ensemble des moyens et des phases de cette mise en application. Pour parvenir à l'étude du droit de l'exécution des peines, di Ronza divise son ouvrage en neuf chapitres.

Le premier présente historiquement l'exécution des peines et le droit pénitentiaire. La difficulté est qu'il est indispensable de distinguer ces deux matières — le manuel n'étant consacré qu'à l'examen du droit de la première — tâche d'autant plus ardue que la « grande » loi n° 354 du 26 juillet 1975 est davantage un code de détention qu'une véritable présentation globalisante de l'exécution des peines, une approche de l'ensemble du processus exécutoire à partir du prononcé du jugement jusqu'à l'amnistie de la peine. La même remarque vaut pour le droit français, la partie décret du code de procédure pénale est axée sur le détenu et sa vie quotidienne en prison, et non sur le sort et les avatars du titre exécutoire.

La partie historique débute par les premières tentatives du Royaume Sarde de 1681 à 1798, afin d'instituer un contrôle sur les modalités d'exécution de la peine et de confier celui-ci à des magistrats, politique poursuivie par la création d'une Inspection des prisons en 1849 ; codifiée assez tôt au sein de l'Italie unie — le livre cinquième du code pénal de 1913 est consacré à l'exécution des peines — la matière a trouvé son aboutissement dans le code pénal de 1930 et le règlement pénitentiaire de l'année suivante. Cette législation révèle des conceptions très classiques de la peine, comme moment de répression, et de la prison comme passage obligé de l'amendement du condamné. Enfin vint la loi précitée de 1975, qui, au-delà des réformes techniques de détail, introduisait une vision nouvelle du condamné, en tant que citoyen pouvant exiger des comptes des organes chargés de l'exécution. Par exemple, l'article 38 de cette loi interdisait qu'une punition soit infligée à un détenu pour un motif autre que l'un de ceux limitativement indiqués dans le règlement intérieur.

Le second chapitre campe les « acteurs du drame » : le condamné, auquel la loi de 1975 a reconnu tous les droits compatibles avec une détention et qui bénéficie pour les faire respecter d'un droit de recours devant le magistrat chargé de la surveillance de l'établissement pénitentiaire ; l'avocat, qui peut assister le condamné durant toutes les phases de la procédure judiciaire et ne doit pas se retirer à partir du prononcé de la condamnation ; le ministère public ; l'administration pénitentiaire ; le magistrat de surveillance, introduit en 1931 et à qui l'exercice de toute autre fonction judiciaire est interdite, ou le tribunal chargé de l'exécution des peines, juridiction collégiale décidant des mesures d'individualisation les plus importantes et dont les ordonnances

motivées sont soumises à recours du ministère public et du condamné. En effet, la réforme pénitentiaire de 1975 avait innové par un nouvel organe judiciaire, la section de surveillance, qui, depuis une ordonnance du 10 octobre 1986, est constituée par un tribunal de surveillance composé de deux magistrats, dont l'un doit être membre de la Cour de cassation ou d'une cour d'appel afin d'exercer les fonctions de président du tribunal, et dont l'autre est en fonction dans l'établissement où le condamné est détenu ; à ces deux personnes, s'ajoutent deux experts nommés pour trois ans par le Conseil supérieur de la magistrature, sur proposition du président, en raison de leur compétence en matière de traitement pénal ou de sciences criminelles.

Le troisième chapitre présente le titre exécutoire et les exceptions à l'exécution intégrale de la peine : cumul, amnistie, grâce, suspension, placement dans un institut spécialisé pour les malades ou les mineurs, semi-liberté, libération conditionnelle, réduction de peine, mesures probatoires auprès d'un service social ... autant de restrictions à l'effectivité de la sanction.

La procédure suivie est la matière du quatrième chapitre, le régime de surveillance particulière réservé aux détenus dangereux ou perturbateurs pour la détention celle du cinquième : les articles 14 *bis*, *ter* et *quater* insérés en 1986 au sein de la loi de 1975 ont établi ce régime de surveillance particulière pour les détenus qui, par leur comportement, compromettent la sécurité ou troublent l'ordre interne de l'établissement dans lequel ils sont internés, ou, par leur violence ou leurs menaces, empêchent l'activité des autres détenus, ou enfin, au cours de la vie pénitentiaire, tiennent en soumission les co-détenus. La lutte, hélas vaine, contre le caïdat sera donc éternelle.

La réhabilitation et les permissions ou autorisations de sortir précèdent le dernier développement sur l'exécution des peines pécuniaires avec la suppression récente de la contrainte par corps classique. Cette réforme fut précédée d'un arrêt du 21 novembre 1979 de la Cour constitutionnelle déclarant incompatible la conversion automatique d'une peine pécuniaire en jours de détention avec le principe général posant comme objectif principal de la peine la rééducation et la réinsertion. Cette politique a conduit au remplacement des courtes peines d'emprisonnement par des amendes : aussi il serait contradictoire d'admettre, dans le même temps, que des dettes financières puissent conduire à de courtes peines de prison ! La loi du 24 novembre 1981 a réaffirmé ce principe de conversion mais avec deux nouveaux modes d'exécution : la liberté contrôlée emportant obligation de résidence, de pointer à la police ou à la gendarmerie une fois par jour, interdiction de porter des armes, suspension du permis de conduire, retrait du passeport et obligation de présenter sur demande un document ; le travail de substitution qui est un travail d'intérêt général non rémunéré dont la durée est fonction d'une valeur théorique du jour ouvré.

Nombre de sujets devraient intéresser par leur actualité nationale le pénaliste français, tel l'émergence d'un droit des détenus à la lumière de la Cour européenne des droits de l'homme, les modalités de fonctionnement du tribunal de l'exécution des peines, la détention à domicile, l'expérience des mesures de sûreté ou encore le rappel de la nécessité d'adaptation de la peine à la personnalité du délinquant. Ainsi l'article 47 *ter* de la loi 663-86 présenta la détention domiciliaire comme une alternative à la détention, réservée aux condamnés dont la peine ou le reliquat de celle-ci n'excède pas deux ans de réclusion. Outre cette condition objective, son octroi est limité aux femmes enceintes ou mères d'un enfant de moins de trois ans, aux personnes âgées de plus de 65 ans et partiellement handicapées, ou enfin aux mineurs de 21 ans pour raison de santé, de travail salarié, d'études ou familiales. Il est de la compétence du tribunal de surveillance, le cas échéant après suspension par le procureur de la République de l'exécution immédiate d'un extrait.

Le bilan est complet et l'intérêt de l'ouvrage réside, tant dans une présentation claire du droit positif sur chacune de ces rubriques, que dans une remise en situation dans le processus global de l'exécution des décisions pénales. Enfin, il renferme en appendice les principales décisions rendues en la matière et la législation applicable.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

L'exécution des peines comme « ensemble des normes, directives et règles des instruments dirigés vers la concrétisation de l'ordre renfermé dans la sentence pénale » possède désormais en droit italien un livre de référence aux côtés des volumineux ancêtres rédigés par Santoro (*L'esecuzione penale de 1953*), Leone (1re édition 1961), Bellavista (1965), Ranieri (1965) et plus récemment Catelani (1987). Reste à déplorer l'absence de perspective sur certains points : c'est ce qui différencie ce manuel d'un traité aux vues plus ambitieuses.

Frédéric-Jérôme PANSIER

La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale : il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913), par Luigi Lacché, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, 203 pages.

Le processus de mise en détention provisoire a fait l'objet d'un nombre limité de recherches, que ce soit d'un point de vue historique ou que ce soit à partir de la pratique actuelle de cette décision. Aussi la démarche de Luigi Lacché se proposant de présenter le débat historique sur ce point au sein de la période libérale de l'Italie (de 1865 à 1913) est *a priori* intéressante.

Le « galantuomo » de Lacché est la version transalpine de l' « honnête homme » du XVIIIe siècle français. Elle fut fort adroitement employée par le positiviste Enrico Ferri, lors des débats parlementaires relatifs au nouveau code de procédure pénale italien de 1913 : « Le code pénal est le code des brigands, le code de procédure pénale est le code de garantie des honnêtes gens soumis à un procès et non encore reconnus pour être des brigands ». La formule sonne bien, aussi elle a plu et fut largement diffusée même si le nom de son auteur en fut oublié.

Cet ouvrage est une suite de variations législatives, jurisprudentielles et doctrinales sur le thème de la détention préventive. Quoi de plus simple que la dialectique de la détention et de la liberté ; et pourtant, le lecteur ressent, au fil des pages, la jouissance que Lacché fait partager dans cette déclinaison de débats entre professionnels sur cette opposition évidente. A l'instar de Mozart composant de multiples oeuvres comportant thèmes et variations — genre à la fois populaire et déprécié par les critiques — il nous est agréable de nous promener et d'entendre ces variations, puisque toute discussion d'aujourd'hui est en germe dans ces propos d'avant-hier. L'étude des mécanismes procéduraux et des oppositions culturelles sur la question de la détention provisoire implique l'approfondissement des aspects les plus significatifs : des modèles processuels aux hérésies judiciaires caractéristiques d'un certain libéralisme, de la réparation à la responsabilité des juges. L'objectif poursuivi par l'auteur, en prenant pour cible d'investigation une institution aussi représentative de la procédure pénale et de la dynamique judiciaire, est de présenter une image à la fois complexe, et logique pourtant, du droit et de la justice au temps du libéralisme : une justice pour les « honnêtes gens ».

Le choix du mot « galantuomini » est particulièrement judicieux, lorsque l'on constate que tout le débat repose sur l'opposition entre Luigi Lucchini, fondateur de la *Rivista Penale* et auteur classique à l'origine de la réforme de 1876, et les positivistes promoteurs du code de 1913. Cette querelle porte en effet sur la motivation d'une entreprise de codification. Un code est-il « ... un schéma organisé et harmonieux (...), inspiré des véritables fondements du droit, de la liberté et de la citoyenneté, dans lequel au mécanisme complexe, hiérarchisé et gigantesque de la loi en vigueur est substituée une procédure simple, expéditive et populaire, laquelle garantit la répression la plus sûre des délinquants et la tutelle attentive des honnêtes gens » (*in Giustizia per tutti. A proposito di un nuovo codice di procedura penale*, Rivista Penale 54 (1901), p. 505). Cette opinion se trouve contredite par le positiviste Garofalo : « On peut être persuadé, en vérité, honorable Lucchini, que la chose la plus redoutée

des *galantuomini* n'est pas encore d'être dénoncés comme coupables d'un délit imaginaire ou commis par un autre ; ceux-ci craignent, bien davantage, de rencontrer par les chemins de campagne, ou encore, par les rues de la ville, des assassins, que des jurés avaient condamnés à mort ou à perpétuité, et qui, par l'effet d'une grâce ou d'une commutation de peine, sont alors de nouveau en liberté ; de se voir journellement accusés par d'autres jurés des plus horribles méfaits, dont les auteurs sont touchés par des circonstances atténuantes (...) ».

La première partie de cet ouvrage suit la proposition de P. Rossi dans son cours de droit constitutionnel : « il faut donc chercher le point d'intersection, le point de jonction entre la liberté individuelle et les exigences de la justice sociale. Mais je ne veux point le dissimuler, c'est là une des conciliations les plus difficiles à réaliser (...) ». A l'origine, était l'article 26 du Statut Albertino — largement inspiré de la grande Charte française de 1830 : « La liberté individuelle est garantie. Nul ne peut être arrêté ou traduit en justice, si ce n'est dans les cas prévus par la loi et dans les formes que celle-ci prévoit ». Une longue liste d'exceptions a vidé ce texte de tout son sens alors qu'il était ce point d'intersection entre l'ordre et la liberté, les pouvoirs de l'Etat et les droits du citoyen. Il ne paraît pas vain de rappeler que l'une des découvertes du XIX[e] siècle — à la suite des pénalistes anglais du XVIII[e] siècle (Cf. notre thèse *Délinquance et châtiment dans l'oeuvre de Henry Fielding*, Montpellier, 1989) est l'émergence de la prison en tant que sanction et non comme salle d'attente de la mort ou de la torture. En théorie, la confusion des deux rôles, garde préventive et peine privative de liberté, est inconcevable ; et pourtant, la réalité des faits traduit une unité des régimes de détention — les auteurs reconnaissent que la loi Rastazzi de 1857, étendue au royaume d'Italie en 1864, établissant cette distinction des régimes d'exécution de la peine est demeurée lettre morte — et une conception dominante de la détention préventive comme provision de peine, en l'attente d'une liquidation définitive de la dette due par le prévenu à la société. Une astreinte pénale en quelque sorte...

L'hérésie judiciaire du libéralisme fut de considérer cette pratique de la « détention provision » comme nécessaire alors qu'elle était fondamentalement immorale. La part importante de personnes déclarées innocentes au cours de la phase de jugement est une preuve de cette immoralité ; une statistique de 1869 révèle que sur 184 8851 nouveaux détenus, 93 444 ont bénéficié d'une ordonnance de non-lieu dans l'année ! D'autres se sont opposés à cette vision pessimiste des choses, après certes avoir convenu du caractère de peine par anticipation, et considèrent la détention provisoire comme une douloureuse nécessité, imposée par la sécurité des personnes et l'ordre public. Le seul moyen de lutter contre une tentation sécuritaire est la limitation des hypothèses de recours à la détention ou la restriction de sa durée. Pour Carrara, l'hérésie judiciaire ne réside pas tant dans l'existence de la mise en détention, mais dans son utilisation systématique pour toutes choses et pour tous. Or cette immoralité constitutive contredit les bases morales de l'Etat libéral, déjà ébranlé par le chapelet des conséquences nocives d'un emprisonnement : diminution de la main d'oeuvre disponible, réduction d'une famille à l'indigence, habitude de l'oisiveté, enrichissement dans la technique de commission des délits et enseignement de la haine (Cf. L. Lucchini, *Il carcere preventivo ed il mecanismo istruttorio*).

Le second chapitre du premier titre est consacré à la réforme du 30 juin 1876, dont l'inspiration est puisée dans les droits belge et français, et avec pour modèle mythique l'*habeas corpus* du droit anglais. La gestation de cette réforme fut longue, le premier projet de Augusto Barazzioli et Carlo Morelli remontant au 30 juillet 1870 ; Lacché présente les propositions successives De Witt et L. Lucchini et les tentatives infructueuses de deux ministres de la Justice Vigliani et Mancini. De nouvelles exceptions au principe de liberté sont posées en matière de rébellion, résistance, outrage ou violence à agent de la force publique, vol, fraude, escroquerie, délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à trois mois, et, en ce qui concerne les étrangers. La transformation du mandat de comparution en mandat d'arrêt est réglementée. Le

juge est limité dans la possibilité d'ordonner l'arrestation d'individus, sauf nouveaux éléments en faveur de la culpabilité. En matière de délit flagrant, le prévenu doit être remis en liberté après audition par le juge, sauf si le mandat d'arrêt est juridiquement possible. Le mandat d'arrêt cesse son effet si dans les dix jours un tribunal n'a pas statué sur la validité (solution proche de l'art. 2 de la loi française de 1852 et de l'art. 4 de la loi belge de 1874). La liberté provisoire sous caution est accordée lorsque le délit n'est puni que de la réclusion à temps, et est de droit lors du renvoi devant une juridiction par la chambre d'accusation.

La seconde partie intitulée « Au delà de la détention provisoire : les nouveaux horizons de l'autorité » débute par le constat de la faillite de la réforme de 1876. Le règne de l'école positiviste introduisait des idées nouvelles : la présomption d'innocence est une absurdité dans la mesure où la mise en détention par un magistrat repose sur des motifs estimés sérieux ; c'est une présomption de culpabilité entraînant provision de peine. Aussi le fait de tenir compte de la phase de détention provisoire en déduction de la peine allouée renforce l'idée d'anticipation de peine. F. Carrara (*Ulteriori osservazione sul carcere preventivo*, p. 461) avait retenu quatre solutions sur ce point : le système politique refusant toute déduction, l'empirique laissant au juge du fond la possibilité d'opérer cette déduction (adoptée par le code de 1865), l'éclectique comprenant la déduction de la seule « détention indue » i.e. non nécessaire à l'instruction, et le juridique contraignant à une déduction totale (réforme de 1876 et code de 1889).

L'erreur du juge et sa mise en cause personnelle fut reconnue, suite à l'exclusion légale de toute responsabilité de l'Etat, par l'article 783 et suivants du code de procédure civile. Ce droit à réparation, pour détention abusive non suivie de condamnation, est, selon Arturo Rocco, un « droit public subjectif » et, selon Santo Romano, la conséquence d'une déclaration de volonté étatique. Le préjudice moral est compensé par la publicité la plus large donnée à la décision de relaxe et le préjudice matériel, réservé aux travailleurs, est réparé par une somme d'argent ou une provision d'impôts.

Tout ce foisonnement d'idées a conduit au nouveau code de procédure pénale du 27 février 1913, préparé par un projet de 1905 et un autre de 1911, largement inspiré par Enrico Ferri et les positivistes. D'où, par exemple, l'accent mis lors de l'octroi d'un mandat d'arrêt, sur la personnalité du délinquant ; ou encore la possibilité d'arrestation en flagrance de tout individu, soit ayant commis une infraction réprimée par plus de trois mois, soit étant vagabond, un oisif ou un mendiant.

Le livre de Lacché s'achève sur le code de 1913, étape vers de nouvelles réformes. Le rôle des relations individuelles est oublié avec le jeu de la séduction entre le juge d'instruction et le justiciable ... au seul profit des données juridiques et sociales. L'abondance des citations, mettant à jour les protagonistes des différents débats d'idées, la richesse de l'appareil des notes et des références, rendent cet ouvrage indispensable à toute réflexion sur la mise en détention provisoire, passage obligé de bien des réformes, afin que les échecs d'avant-hier soient les ferments de la route vers le succès.

Frédéric-Jérôme PANSIER

Les prisons, par Jacques Léauté, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1990, 128 pages.

L'exercice de la synthèse est difficile notamment lorsqu'il s'agit de présenter, en 123 pages du format de la Collection « Que sais-je ? », le passé du système carcéral français, les évolutions récentes des politiques pénitentiaires et la situation actuelle des prisons.

Jacques Léauté y parvient aisément, une fois encore, en actualisant son ouvrage *Les prisons* édité initialement en 1968.

On trouve, en particulier, dans ce petit livre, un bon condensé, subtilement dosé, des politiques suivies depuis vingt ans et une réflexion, certes brève mais toujours pertinente, tant sur les atermoiements, les revirements ou les engagements contrariés des responsables politiques et des techniciens de la chose carcérale que sur les réalisations menées d'initiative ou sous la contrainte des événements.

De même y trouve-t-on des éléments intéressants, et toujours d'actualité, sur l'important programme de construction de prisons en cours de réalisation, sur les modifications qu'il a subies et sur les critiques, fort nombreuses, qu'il a suscitées.

L'ouvrage n'a pas la prétention cependant d'apporter des réponses complètes aux multiples questions qu'un lecteur initié peut se poser. Tel n'est pas l'objet, bien évidemment, de cette collection. Le livre, au style alerte et efficace, est destiné, cela va de soi, à un vaste public intéressé aussi bien par un panorama du monde des prisons actuelles que par des éléments triés sur la problématique carcérale et les droits de l'homme en prison.

Jacques Léauté, en atteignant cet objectif, incite, cela est sûr, le lecteur à poursuivre sa découverte.

Là réside le grand mérite de cet ouvrage dont la réédition était attendue.

On ne saurait que trop conseiller la lecture de cet ouvrage tant aux profanes en quête d'informations qu'aux professionnels en mal de synthèse.

Philippe CHEMITHE

Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875), par Jacques-Guy Petit, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1990, 749 pages.

Oeuvre d'historien, réalisée après dix ans de recherches dans les Archives nationales, *Ces peines obscures* s'inscrivent parmi les plus grands ouvrages parus sur la prison pénale. C'est incontestablement le premier, après *Surveiller et punir* de Michel Foucault, qui puisse être comparé à ce dernier. Dans les 749 pages, abrégés de sa thèse d'Etat, l'auteur reconstitue l'histoire de la prison pénale en France, au niveau théorique et réel, depuis sa naissance, sous la Constituante, jusqu'au début de la III^{e} République, lorsqu'une nouvelle politique pénale avait été inaugurée par la loi de 1875 sur l'emprisonnement séparé.

Si l'auteur se situe dans la filiation foucauldienne, et reconnaît l'importance de son étude du système pénitentiaire pour la compréhension du fonctionnement de nos sociétés modernes où, l'exercice du pouvoir, le discours sur la vérité et les aspects normalisateurs du châtiment sont liés, il réfute néanmoins deux thèses fondamentales de Michel Foucault. La première concerne l'interprétation de la naissance de la prison pénale et la seconde celle de son organisation. D'après Jacques-Guy Petit la prison pénale n'a pas pris naissance dans une politique d'extension de l'enfermement, et ne s'est pas organisée selon un cadre conceptuel rationnellement élaboré.

Ni les chiffres, ni les discours des hommes de la Révolution, qui ont instauré la peine de prison, ne confirment la thèse de Foucault du grand enfermement :

— quant aux chiffres, faute de statistiques complètes pour cette époque, Jacques-Guy Petit cite le rapport de Doublet de 1791, selon lequel « il faut prévoir environ 20 000 à 25 000 prisonniers, chiffre du même ordre que celui que l'on peut extrapoler pour l'ensemble des lieux d'enfermement de l'Ancien Régime » (p. 72) ;

— quant aux discours, il démontre que la nouvelle pénalité se situe au carrefour de nombreux et très divers modèles et influences, ce qui prouve que la prison pénale française n'apparaît pas seulement comme « la pénalité du rationalisme triomphant,

aspect que Michel Foucault a exagéré » (p. 69). D'abord, elle répond à une volonté de combattre l'arbitraire et la cruauté des pénalités de l'Ancien Régime et d'instaurer un nouveau système légal et humanisé. En outre, les discours de ses promoteurs, qui dans la majorité, appartenaient à la franc-maçonnerie et au courant mesmérien, montrent que la naissance de la nouvelle peine appartient aussi à la sphère du mysticisme et du préromantisme : « la voix intérieure des mesmériens, la liberté de l'homme pénétré par le fluide universel ... la croyance dans les guérisons miraculeuses dues à ce fluide ... sont pour une bonne part, à l'origine de cette certitude des promoteurs de la prison pénale selon lequel, dans une cellule isolée, l'homme malade de son crime peut, par un retour sur lui-même, guérir de ses mauvais penchants » (p. 68). Il reproche, à ce propos, à Michel Foucault de ne pas analyser les débats des années 1789-1791 mais de privilégier la période 1808-1810 et les codes napoléoniens et de présenter la pénalité comme un système cohérent, avec des peines qui voudraient punir logiquement et efficacement chaque crime, alors qu'il ne s'agit que d'un ensemble disparate, objet de conflits et de compromis avec des peines peu diversifiées.

Concernant son organisation, la prison pénale n'a pas, jusqu'en 1810, fonctionné de manière uniforme. Les maisons centrales de détention pour condamnés n'ont commencé à s'organiser qu'au début du XIX[e] siècle lorsque la prison pénale « est vouée à l'industrie ». L'ensemble des archives montrent que la panoptique, la cellule, la surveillance de chaque instant ne sont pas au coeur de la prison pénale réelle. Celle-ci se constitue au XIX[e] siècle autour de la manufacture carcérale et le système de l'entreprise générale avec la mise au travail des délinquants dans les grands ateliers (p. 545). D'après Jacques-Guy Petit, Michel Foucault, dans son oeuvre de philosophie, s'est montré très soucieux d'affirmer la convergence des élites sur la prison, en choisissant un corps de textes comme discours de la bourgeoisie. Il ne montre pas combien la centrale n'est lieu ni d'une surveillance continue ni d'une discipline efficace, mais bien celui de la production, sous le système de l'entreprise générale, système qui a été contesté et critiqué par tous les grands réformateurs du XIX[e] siècle. La nouvelle étape de répression qui avait été marquée par le code de 1810, en garantissant la jouissance absolue de la propriété, « ne consacre pas le triomphe de la prison mais le développement des travaux forcés » (p. 128). Les nouvelles prisons pénales, les centrales, se caractériseront par l'obligation du travail. « La manufacture carcérale est la pénalité du pauvre et occupe le terrain pénitentiaire » (p. 544).

Le livre de Jacques-Guy Petit est un travail minutieux et constitue une mine d'informations pour la période étudiée.

La première partie (p. 17-180) est consacrée à « l'émergence de la prison pénale » (1780-1815). L'auteur étudie le contexte dans lequel la prison a été instituée en peine : dénonciation de l'état des prisons sous l'Ancien Régime et de l'arbitraire, demande d'une réorganisation générale de la justice sous l'esprit des Lumières (Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria) prônant la nécessité des lois et des peines claires et rationnelles, élaboration du projet de la peine de prison sous la Constituante. Lepellettier, dont l'influence prépondérante de faire de la prison le pivot de la nouvelle pénalité, « fait figure de promoteur et de père de la prison pénale française » (p. 58). Ensuite, l'auteur met en relief les difficultés de mettre en oeuvre la réforme de la prison. Les lieux de détention ont continué à fonctionner, oubliés dans l'état où ils se trouvaient sous l'Ancien Régime, jusqu'au nouveau code de 1810. L'organisation de la prison pénale, au début du XIX[e] siècle, par la mise en place des centrales s'explique par des causes convergentes : volonté de mise en oeuvre de la réforme préconisée en 1791, besoins exécutifs d'une politique répressive accrue et d'efforts de centralisation par souci d'établir des vastes manufactures rentables, instruments de discipline, et si possible de réhabilitation. Cette organisation, qui avait transformé la prison en une manufacture privée fonctionnant avec des bâtiments, des ouvriers et un personnel de garde mis presque gratuitement par l'Etat à la disposition des entrepreneurs généraux, justifierait la remarque de Braudel d' « une solution es-

clavagiste du problème de la pauvreté par la privation de la liberté et les travaux forcés » (p. 160).

Dans la deuxième partie (p. 183-541) intitulée « L'ordre carcéral (1815-1875) », sont présentés de manière thématique tous les aspects qui reconstituent l'image complète de l'organisation et du fonctionnement de la prison de cette période. L'administration pénitentiaire est prise entre deux camps opposés : les théoriciens de la nouvelle peine, philanthropes et spécialistes de la science des prisons d'une part, et l'entrepreneur général d'autre part. Le travail est à la base de tous les discours qu'il s'agisse du principe de l'amendement du détenu et il fallait donc profiter de son passage dans la prison, « l'école universelle du peuple », ou du principe du châtiment et de la prison intimidante, — afin de pouvoir remplacer les anciens supplices et la peine de mort sans mettre en danger l'ordre social —. Le travail salutaire ou le travail châtiment a permis à l'Etat d'organiser ses prisons. A défaut de pouvoir les entretenir lui-même, il en a cédé l'exploitation à l'entrepreneur général, qui, assurant les frais de fonctionnement, nourriture, vêtements, salaires, est devenu l'homme fort de la prison déterminant tout son système d'organisation. Avec la complicité de l'administration, sur laquelle il disposait de tous les moyens de pression, la prison deviendra l'entreprise la plus spéculatrice du XIX[e] siècle. A cet effet concourrent : des bas salaires et des frais d'entretien minimes (le scandale de Clairvaux en 1847, où l'on a recensé 117 décès pour le seul mois d'avril et de mai à cause d'une nourriture pourrie et du froid). C'est une occasion de mettre à jour à quel point les détenus sont mal nourris, mal vêtus et dispensés de soins médicaux. L'entrepreneur étant choisi, parmi les candidats, selon le prix de l'allocation journalière pour chaque prisonnier demandé à l'Etat, explique cet état déplorable. Ce qui a amené Buret à déclarer, en 1840 que « l'institution de prison est délibérément mise au rabais » (p. 323). Des règlements pénitentiaires mettent à la disposition de l'entrepreneur un dispositif de discipline sévère dans les ateliers ; le refus de travail constitue, après 1839, la première cause de punition bien loin devant le manquement au silence.

L'hostilité que ce système de production a provoqué auprès des ouvriers libres par la concurrence de bas salaires des détenus, mais aussi les accusations des réformateurs, a périodiquement provoqué la crise de l'entreprise générale qui, cependant, ne serait définitivement bannie qu'à la fin du siècle. Parmi ces réformateurs, Charles Lucas et Alexis de Tocqueville ont mis en évidence le détournement de la prison de ses buts fixés par la politique pénale et l'immoralité de ce système d'organisation qui « constitue le vice le plus grave, car le gouvernement soumet l'intérêt public à l'intérêt privé et l'entrepreneur jouit nécessairement d'un pouvoir excessif, spécule sans vergogne et empêche l'administration de jouer son rôle moralisateur ».

L'image de l'état réel de la prison est complétée par les chapitres sur les statistiques donnant les chiffres et les aspects sociologiques de la population détenue, le personnel, et la vie quotidienne telle qu'elle a été relatée par les écrits des détenus. En outre, on trouve dans les annexes quelques textes importants du XIX[e] siècle.

Enfin, en intitulant son livre *Ces peines obscures*, Jacques-Guy Petit ne nous trompe pas. Tout au long de son ouvrage, la réalité de la prison est un démenti des principes proclamés lors de son instauration. Ni l'humanisation, ni la clarté et la rationalité de la peine pénale n'ont été réalisées en cette peine de prison. Au contraire, c'est la continuité de multiples supplices et la vacillation de la raison dans l'obscurité de la prison.

L'importance de ce livre dépasse de loin le seul cercle des spécialistes et constitue un ouvrage indispensable pour tous ceux qui s'intéressent à une réflexion sur les mécanismes d'organisation et sur la pensée de notre société contemporaine post-révolutionnaire.

Georgia BECHLIVANOU

B. – BIBLIOGRAPHIE DES PERIODIQUES DE LANGUE FRANÇAISE

PÉRIODIQUES PROFESSIONNELS ET ASSIMILÉS

Michel GENDREL

Ancien chargé de cours des facultés de droit
Maître de conférences de droit privé et de sciences criminelles
à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

I. – HISTOIRE DU DROIT PENAL

1. – BAUCLAIR (A.), « Les ordalies et le duel judiciaire », *Vie jud.* 1988, 28 nov.-4 déc. p. 5 et 6.
2. – BAUMGARTEN (R.), « La naissance de la guillotine », *Vie jud.* 1989, 2-8 janv. p. 5 et 6.
3. – BAUMGARTEN (R.), « Sur les galères du roi », *Vie jud.* 1989, 8-14 mai, p. 5 et 6.
4. – M.F. « La Révolution française et l'humanisation de la justice », *Vie jud.* 1989, 26 juin-2 juill. p. 7.
5. – FERRARI (M.), « Les lois d'Esnunna », *Vie jud.* 1989, 16-22 janv. p. 5 (Sumer).
6. – FERRARI (M.), « Les lois de Manou », *Vie jud.* 1989, 29 mai-4 juin, p. 5 (Inde, XIII[e] siècle avant J.-C.).
7. – LE SIDANER (L.), « Fouquier-Tinville », *Vie jud.* 1989, 9-15 janv. p. 5.
8. – R.V., « La répression des attentats aux moeurs autrefois », *Vie jud.* 1988, 24-30 oct. p. 5.
9. – R.V. « Le folklore des pendus », *Vie jud.* 1989, 20-26 févr. p. 5.
10. – X..., « La guillotine à Bicêtre ou la recherche expérimentale du docteur Guillotin », *Aspects de recherche* (Université Paris-sud), 1989, p. 66-69.

II. – DROIT PENAL GENERAL

11. – FOURNIER (A.), « Extradition », *Rép. pén.* Dalloz, 1[er] janv. 1990, 35 p.
12. – GONNARD (J.-M.), « Amnistie. Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 », *J.-Cl. Pénal annexes*, 9-1988, 16 p.
13. – HOGUET (J.-H.), « Douanes », *Rép. pén.* Dalloz, 31 août 1989, 45 p.
14. – LAVIGNE (S.), « L'application des lois d'amnistie dans la fonction publique », *Petites affiches*, 1989, 5 juin, p. 17-20.
15. – MATAGRIN (D.-H.), « Assez "décodé" ! ou un Lazare juridique... (à propos de l'"exhumation" du projet de révision de code pénal) », *La Nouvelle revue de l'APM*, 1989, févr.-mars, p. 21 et 22.
16. – NEGRIER-DORMONT (L.), « Célébration internationale du 250[e] anniversaire de la naissance de Cesare Beccaria », *Vie jud.* 1989, 16-22 janv. p. 7.
17. – SALINGARDES (B.), « Réhabilitation des condamnés », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 782 à 799, 6-1988, 12 p.

18. — X..., « Amnistie. Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1989, 33 p.

19. — X..., « Le code pénal en tous ses états ou le "nouveau" code pénal », *La Nouvelle revue de l'APM*, 1989, avr.-mai, p. 3 et 4.

20. — X..., « Recours en grâce », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1989, 17 p.

III. — PROCEDURE PENALE

21. — ANGEVIN (H.), « Cour d'assises. Débats. Production et discussion des preuves », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 323 à 346, fasc. 1, 6-1988, 18 p. ; fasc. 2, 6-1988, 38 p.

22. — BOUILLANE DE LACOSTE (O.), « Tribunal correctionnel. Intervention des assureurs devant la juridiction pénale », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 381 à 392, fasc. 2, 9-1988, 17 p.

23. — ESCANDE (P.), « Commissions rogatoires », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 151-155, 9-1988, 16 p.

24. — ESCANDE (P.), « Juge d'instruction. Juridiction d'instruction du premier degré. Dispositions générales », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 79 à 84, 6-1988, 25 p.

25. — FOURNIER (A.), « Extradition », *Rép. pén.* Dalloz, 1er janv. 1990, 35 p.

26. — GONNARD (J.-M.), « Reconnaissance de l'identité des individus condamnés », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 748, 6-1988, 4 p.

27. — GUIRIMAND (D.), « Tribunal correctionnel. Restitution par les juridictions de jugement des objets placés sous main de justice », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 478 à 484, 1-1989, 7 p.

28. — HOGUET, (J.-H.), « Douanes », *Rép. pén.* Dalloz, 31 août 1989, 45 p.

29. — KRIEGK (J.-F.), « Détention provisoire : sommes-nous coupables ? », *Le Nouveau pouvoir judiciaire*, 1989, mai, p. 7-10.

30. — MARON (A.), « Les écoutes font du bruit », *Droit pénal*, 1re année, n° 1, nov. 1989, p. 2 et 3[1].

31. — PELLETIER (H.), « Pourvoi en cassation. Ouvertures à cassation (art. 591 à 600) », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 567 à 621, fasc. 30, 1-1989, 12 p.

32. — ROBERT (J.-H.), « Tribunal de police. Amende et indemnité forfaitaires », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 524 à 530-3, fasc. 2, 6-1988, 7 p.

33. — X..., « Casier judiciaire », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), fasc. 1, 1-1989, 25 p. ; fasc. 2, 1-1989, 23 p. ; fasc. 3, 1-1989, 12 p. ; fasc. 4, 1-1989, 8 p. ; fasc. 5, 1-1989, 9 p.

34. — X..., « Les opiniâtretés de la Cour de cassation. Soustraire les élus aux poursuites pénales », *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1989, juill. p. 11 et 12.

35. — X..., « Pièces à conviction », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 6-1988, 18 p.

36. — X..., « Pour un projet de procédure pénale », *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1989, juill. p. 28-34.

37. — X..., « Tribunal de police », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1989, 32 p.

V. aussi *supra*, nos 12, 17 et 18.

1. Ayant vu disparaître plusieurs bonnes revues, nous nous réjouissons de la naissance de ce périodique.

IV. – DROIT PENAL SPECIAL

38. – BARBERGER (C.), « Contraventions et peines (4e classe). Inscriptions... », *J.-Cl. Pénal*, art. R. 38 2° et 3°, 11-1988, 11 p.

39. – BRICHET (R.), « Associations », *J.-Cl. Pénal annexes* 9-1988, 7 p.

40. – CULIOLI (M.), « Castration », *Rép. pén.* Dalloz, 1er janv. 1990, 7 p.

41. – DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Du délit d'informations fausses ou trompeuses liées à l'utilisation de certaines techniques de communication (note sous Trib. grande inst. Paris, 1re ch. 5 juill. 1987) », *Petites affiches* 1989, 3 févr. p. 2-4.

42. – FOUGERES (M.), « Sociétés. Infractions relatives aux procédures collectives », *J.-Cl. Pénal annexes*, fasc. J, 9-1988, 12 p.

43. – GASSIN (R.), « Informatique (Fraude informatique) », *Rép. pén.* Dalloz, 31 août 1989, 41 p.

44. – GENDREL (M.), « Commentaire de la loi n° 87-1133 du 31 décembre 1987 tendant à réprimer la provocation au suicide », *ALD* 1988, 171-179.

45. – GODARD (O.), « Travail. Les infractions et leurs sanctions. Tableau des infractions », *J.-Cl. Pénal annexes* fasc. 3, 9-1988, 17 p.

46. – GUERIN (H.), « Infractions économiques. Pratiques anticoncurrentielles en droit communautaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, fasc. 50, 1-1989, 31 p.

47. – HOGUET (J.-M.), « Douanes », *Rép. pén.* Dalloz, 31 août 1989, 45 p.

48. – HONORAT (A.) et BERNARDINI (R.), « Banqueroutes et délits connexes. Procédures ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 », *J.-Cl. Pénal*, art. 402 à 404, fasc. 5, 2-1989, 10 p.

49. – JEANDIDIER (W.), « Faux en écriture », *J.-Cl. Pénal*, art. 145 à 162, fasc. 1, 11-1988, 17 p. ; fasc. 2, 11-1988, 26 p. ; fasc. 3, 11-1988, 11 p. ; fasc. 4, 11-1988, 8 p.

50. – LAUR (R.), « Protection des animaux », *J.-Cl. Pénal*, art. 453 à 454-1, 2-1989, 17 p.

51. – LAUR (R.), « Contraventions et peines (2e classe). Divagation des fous... Excitation de chiens... », *J.-Cl. Pénal*, art. R. 30 7°, fasc. 30, 2-1989, 7 p. ; « Contraventions et peines (3e classe), Mort ou blessures involontaires causées aux animaux d'autrui », *J.-Cl. Pénal*, art. R. 34 2°, 3° et 4°, fasc. 38, 4 p. ; « Contraventions et peines (4e classe). Mauvais traitements à animaux », *J.-Cl. Pénal*, art. R. 38 2°, fasc. 58-2, 2-1989, 11 p. ; « Contraventions et peines (5e classe). Destruction d'animaux », *J.-Cl. Pénal*, art. R. 40 9°, fasc. 68, 5 p.

52. – MARCHI (P.), « L'organisation frauduleuse de son insolvabilité par le débiteur », *Vie jud.* 1988, 28 nov.-4 déc., p. 7 et 8 (Paris, 9e ch. 25 févr. 1988).

53. – NEEL (B.), « Impôts. Contributions indirectes », *J.-Cl. Pénal annexes* fasc. 3-1, 9-1988, 23 p. ; fasc. 3-2, 9-1988, 13 p.

54. – ORTSCHEIDT (P.), « Discriminations raciales et autres », *J.-Cl. Pénal*, art. 416, 11-1988, 9 p. ; art. 46-1, 11-1988, 4 p.

55. – PIGASSOU (P.), « Fraudes », *Rép. pén.* Dalloz, 30 avr. 1989, 66 p.

56. – RIBIERE (C.), « Protection des installations et secrets de fabrication relatifs à la défense nationale », *J.-Cl. Pénal*, art. 418-1, 2-1989, 5 p.

57. – SARAMITO (F.), « Chemin de fer », *Rép. pén.* Dalloz, 30 avr. 1989, 21 p.

58. – THOMAS (D.), « Vagabondage », *J.-Cl. Pénal*, art. 269 à 273, 11-1988, 10 p. ; « Mendicité », *J.-Cl. Pénal*, art. 274 à 276, 11-1988, 8 p. ;

« Dispositions communes aux vagabonds et aux mendiants », *J.-Cl. Pénal*, art. 277 à 282, 11-1988, 4 p.

59. — VITU (A.) et DARDEL (J.), « Utilisation publique de costume, insigne ou documents, prise illégale d'un nom d'emprunt », *J.-Cl. Pénal*, art. 260 à 261, 11-1988, 10 p.

60. — VITU (A.) et RENUCCI (J.-F.), « Enlèvement de mineurs », *J.-Cl. Pénal*, art. 354 à 357, 2-1989, 19 p.

V. aussi *infra* n° 92.

V. — DELINQUANCE JUVENILE ET ASSISTANCE EDUCATIVE

61. — CHAILLOU (P.), « Pour une limitation du champ de l'assistance éducative. Juge des enfants, mais juge... », *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1989, juill. p. 38-40.

62. — GEBLER (M.-J.), « Protection de l'enfance et de l'adolescence en danger. Assistance éducative », *J.-Cl. Pénal*, App. art. 345 à 357-3, fasc. 10, 2-1989, 19 p. ; fasc. 20, 2-1989, 14 p.

63. — GUEISSAZ (M.), « La captivité sans barreaux », *Inform. sociales*, 6-1989, p. 12-16 (Mettray).

64. — MARGUERAT (Y.), « Réflexions sur les problématiques de prévention de la délinquance juvénile en Afrique noire », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989. 208-213.

VI. — DROIT PENAL MILITAIRE

.....

VII. — SCIENCE PENITENTIAIRE

65. — COLIN (M.) et ELCHARDUS (J.-M.), « Faut-il construire des prisons nouvelles ou de nouvelles prisons ? », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.41-46.

66. — KUHN (A.), « Les effets pervers des remèdes au surpeuplement carcéral. Le cas de la Suisse », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.196-207.

67. — MARY (P.), « Pratiques clandestines en milieu carcéral. Réflexions sur la reproduction et la production de la prison », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.172-184.

68. — MODERNE (F.), « La mort d'un détenu à la prison des Baumettes (Sur la responsabilité de l'administration pénitentiaire) (Cons. d'Et. 16 nov. 1988, *Epoux Deviller*) », *Quot. jud.* 1989, 23 févr. p. 2-4.

69. — X... « Permission de sortir », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1989, 16 p.

V. aussi, *infra* n° 105.

VIII. – DROIT PENAL ETRANGER ET DROIT PENAL COMPARE

A. – *Droit pénal étranger*

1. Allemagne

70. – HILBOLD (J.), « La République fédérale allemande », *Le Nouveau pouvoir judiciaire*, 1989, mai, p. 11, 12 et 15.

2. Andorre

71. – CAMP (A.-A.), « La principauté d'Andorre. Institutions. Police. Justice », *Rev. int. pol. crim.* 1989, janv.-févr. p. 4-8.

3. Autriche

72. – « L'organisation de la police et de la justice en Europe. Les systèmes de l'Autriche, de la Belgique et de Chypre », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mars-avr. p. 2-10.

4. Belgique

73. – « L'organisation de la police et de la justice en Europe. Les systèmes de l'Autriche, de la Belgique et de Chypre », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mars.-avr. p. 2-10.

V. aussi, *infra* n° 117.

5. Brésil

V. *infra* n° 108.

6. Chypre

74. – « L'organisation de la police et de la justice en Europe. Les systèmes de l'Autriche, de la Belgique et de Chypre », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mars-avr. p. 2-10.

7. Etats-Unis d'Amérique (U.S.A.)

75. – SWEATMAN (B.R.), « Interpol Washington », *Rev. int. pol. crim.* 1989, janv.-févr. p. 24-29.

8. Finlande

76. – « L'organisation de la police et de la justice en Europe. Les systèmes de la Finlande, de Gibraltar, de la Grèce et de la Hongrie », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 2-8.

9. Grande-Bretagne

77. – « L'organisation de la police et de la justice en Europe. Les systèmes de la Finlande, de Gibraltar, de la Grèce et de la Hongrie », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 2-8.

10. Grèce

78. — « L'organisation de la police et de la justice en Europe. Les systèmes de la Finlande, de Gibraltar, de la Grèce et de la Hongrie », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 2-8.

11. Italie

79. — SCLAFANI (F.), « Le système des sanctions pénales en Italie à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.59-67.

12. Hongrie

80. — « L'organisation de la police et de la justice en Europe. Les systèmes de la Finlande, de Gibraltar, de la Grèce et de la Hongrie », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 2-8.

13. Pays-Bas

81. — PETERSON (R.W.), « Aruba et sa police », *Rev. int. pol. crim.* 1989, janv.-févr. p. 2 et 3.

14. Suisse

V. *supra* n° 66 et *infra* n° 87.

15. Uruguay

82. — CORGATELLI (D.S.), « La législation pénale uruguayenne en matière de contrefaçon de la monnaie et des effets publics », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin p. 20-22.

B. — *Droit pénal comparé*

.....

IX. — DROIT PENAL INTERNATIONAL

83. — LEANZA (V.), « La police maritime à la lumière du droit de la mer », *Rev. int. pol. crim.* 1989, janv.-févr. p. 9-17.

84. — MEYER (J.), « Anecdotes en matière d'entraide judiciaire franco-suisse », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.75-77.

V. aussi, *supra* n° 75.

X. — CRIMINOLOGIE

85. — BROCHU (S.) et FRIGON (S.), « Toxicomanie et délinquance : une question d'éthique », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.163-171.

86. — DUFOUR (R.-Y.), « Les défis actuels à la criminologie clinique et la violence des scientifiques », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.25-40.

87. – KILLIAS (M.), « Tendances récentes en criminologie suisse », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.136-153.

88. – LE BLANC (M.), « La criminologie clinique, un bilan rapide des travaux sur l'homme criminel après 25 ans », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.117-135.

89. – LEMAITRE (A.), « Recherches sur l'insécurité urbaine et sa prévention », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.185-195.

90. – WILSON (J.-Q.), « La redécouverte des valeurs morales », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.12-24.

V. aussi, *infra* nos 123-125.

XI. – MEDECINE LEGALE ET MEDECINE MENTALE

A. – *Médecine légale*

91. – X..., « Autopsies », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 6-1988, 14 p.

V. aussi, *infra* n° 97.

B. – *Médecine mentale*

92. – BIGOT (T.) et FELINE (A.), « L'otage, prototype de la victime », *Paris-sud Université*, 1989, sept. p. 3 et 4.

93. – DIEDERICHS (G.), DUNCKER (H.), KITTEL (V.) et MULLER (G.), « Du vol à la perversion. L'importance des troubles précoces à la lumière d'un cas clinique », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.154-162.

XII. – POLICE SCIENTIFIQUE ET POLICE TECHNIQUE

A. – *Police scientifique*

94. – BORRICAND (J.), « La technique des empreintes génétiques (situation en droit français) », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.68-74.

95. – MITTAL (S.-C.) et SEHGAL (V.N.), « L'expertise en écriture dans des langues inconnues », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 11-15.

96. – SANZ-ABALOS (A.), « La régénération de la pulpe digitale sur les cadavres brûlés, putréfiés ou momifiés », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 16-19.

97. – X..., « Criminalistique, médecine légale, toxicologie », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1989, 13 p.

B. – *Police technique*

98. – DALI (H.), « L'utilisation des indicateurs : une pratique policière classique mais dévoyée », *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1989, juill. p. 18-19.

99. – KASHYAP (V.K.), et PILLAY (V.V.), « Insectes et enquête judiciaire. Qu'est-ce que l'entomologie légale ? », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mars-avr. p. 12-17.

100. – WEBB (D.W.B.), « Quand la connaissance est reine », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 9 et 10.

101. — X..., « Criminalistique, médecine légale, toxicologie », *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1989, 13 p.

102. — X..., « Conteneurs et trafic », *Rev. int. pol. crim.* 1989, janv.-févr. p. 18-23.

103. — X..., « La cocaïne, "drogue de l'année" en Europe », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mai-juin, p. 23-27.

104. — X..., « Le détournement de produits chimiques et la fabrication clandestine de drogues », *Rev. int. pol. crim.* 1989, mars-avr. p. 18-27.

XII. — VARIA

A. — *Etudes*

105. — ARAUD (R.), « Regard sur une prison », *Etudes*, 1990, juin, p. 771-781.

106. — BAUCLAIR (A.), « Le fait judiciaire dans le roman », *Vie jud.* 1989, 12-18 juin, p. 5.

107. — ELLENBERGER (H.F.), « Castration et eunuques », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989.47-58.

108. — FERREIRA (C.L.), « La mise en oeuvre du droit international humanitaire au niveau national, spécialement eu égard au développement de la guerre moderne », *Rev. dr. pén. militaire*, 1989.123-129 (rapport national brésilien).

109. — FUGARD (M.-T.), « Mise en oeuvre du droit international humanitaire au niveau national, spécialement eu égard au développement de la guerre moderne », *Rev. dr. pén. militaire*, 1989.25-36.

110. — GUETAT-SERVOZ (V.), « Etrangers », *J.-Cl. Pénal annexes*, 1-1989, 12 p.

111. — GIACOMONI (F.), « L'éloignement des étrangers », *Le Nouveau pouvoir judiciaire*, 1989, mai, p. 16-18.

112. — LOCHAK (D.), « La compétence du juge judiciaire en matière administrative », *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1989, mai, p. 40 (Etrangers. Contentieux de la légalité des décisions de reconduite à la frontière).

113. — PASTOREL (J.-P.), « Injure, outrage, diffamation en droit administratif », *Petites affiches*, 1989, 22 mai, p. 7-10.

114. — R. V., « Rabelais et la justice de son temps », *Vie jud.* 1989, 6-12 févr. p. 5 et 6.

115. — R. V., « La justice d'après les moralistes », *Vie jud.* 1989, 6-12 mars, p. 5.

116. — X., « Etrangers », *Pratique des parquets* (*J.-Cl.* 6-1988, 12 p.)

117. — X..., « La mise en oeuvre du droit international humanitaire au niveau national, spécialement eu égard au développement de la guerre mondiale », *Rev. dr. pén. militaire*, 1989, p. 91-121 (rapport national belge, complété p. 363-365 par une intervention de R. Bats).

118. — X..., « La garde républicaine », *Gendarmerie nationale*, 1989, 2e et 3e trim. p. 1-80 (soit l'intégralité dudit n° de cette revue).

B. — *Affaires criminelles*

119. — BAUMGARTEN (R.), « L'affaire *Berthet* », *Vie jud.* 1989, 19-25 juin, p. 5 et 6 (comp. Julien Sorel).

120. — FERRARI (M.), « L'exécution du duc d'Enghien », *Vie jud.* 1989, 13-19 févr. p. 5.

121. — KEHL (C.), « L'affaire *Lavalette* », *Vie jud.* 1989, 5-11 juin, p. 5-7.

122. — NIDAS (D.), « Astolphe de Custine », *Vie jud.* 1989, 27 févr.-5 mars, p. 5-7-8.

C. — *Congrès et autres rencontres*

123. — HOBE (K.), « Association internationale des criminologues de langue française (AICLF). 1er Colloque à Genève du 24 au 25 février 1989 », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1989, p. 228-230.

124. — KWAI-PUN (L.), « Quelques échos des 16e Journées de l'Institut de criminologie de Paris 2 », *Vie jud.* 1988, 11-17 juill. p. 8 et 9.

125. — TSITSOURA (A.), « 10e Congrès international de criminologie (Hambourg, 4-9 septembre 1988) », *Rev. int. crim. et pol. techn.*, 1989, p. 87-89.

C. — OUVRAGES REÇUS*

Politique criminelle et théorie générale du droit

Définir le droit/2, numéro spécial de *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 11, 1990, Paris, Presses universitaires de France, p. 3-130.

Albanische Strafgesetze. Das Strafgesetzbuch vom 15.5.1977. Die Strafprozessordnung vom 25.9.11979 und Nebengesetze, traduction, commentaires et introduction de Wolfgang STOPPEL, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990, 278 pages.

FISCHER (Louis), *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1988, 306 pages.

CEDRAS (Jean), *La justice pénale aux Etats-Unis*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 1990, 406 pages.

KLEIN (Claude), *Le droit israélien*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1990, 125 pages.

IPSEN (Hans Peter), *Uber das Grundgesetz. Gesammelte Beiträge seit 1949*, Tubingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1988, 477 pages

WASER-HUBER (Leonie), *Die Präambeln in den schweizerischen Verfassungei*, thèse, Berne, Francfort-sur-le-Main, New York, Paris, Verlag Peter Lang AG, 1988, 217 pages.

Droits de l'homme

LEIMBACHER (Jörg), *Die Rechte der Natur*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1988, 481 pages.

BOURGEOIS (Bernard), *Philosophie et droits de l'homme. De Kant à Marx*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, 133 pages.

DUNDES RENTELN (Alison), *International Human Rights. Universalism Versus Relativism*, Newbury Park, Londres, Sage Publications, 1990, 205 pages.

* Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

L'esprit de 1789 et des droits de l'homme. Textes et documents (1725-1986), Paris, Centre national de documentation pédagogique, ministère de l'Education nationale, de la Jeunesse et des Sports, 1989, 287 pages.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 259 pages.

Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Human Rights in Occupied Cyprus and in Albania. Ta anthropina dikaiomata stin katechomeni Kypro kai stin Alvania, publié par Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Athènes, Ant. N. Sakkoulas Publications, 1990, 52 pages en anglais, 54 pages en grec.

SHARPE (Robert J.), *The Law of Habeas Corpus*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1989, 271 pages.

EWING (K. D.) et GEARTY (C. A.), *Freedom Under Thatcher. Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 305 pages.

Histoire du droit pénal

POPE (Withney), avec la collaboration de POPE (Lucetta), *Alexis de Tocqueville. His Social and Political Theory*, Beverly Hills (Californie), Londres, New Dehli, Sage Publications, 1986, 159 pages.

KONRAT (Michel) et ABBRAD (Fabrice), *Surveiller et éduquer sans punir. 100 ans d'histoire, 1888/1988*, Nantes, Association départementale de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence de Loire-Atlantique, 1988, 217 pages.

SOCIETE D'HISTOIRE DE LA REVOLUTION DE 1848 ET DES REVOLUTIONS DU XIXe SIECLE, *Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au XIXe siècle*, Paris, Editions Créaphis, 1987, 413 pages.

SOCIETE D'HISTOIRE DE LA REVOLUTION DE 1848 ET DES REVOLUTIONS DU XIXe SIECLE, *Répression et prisons politiques en France et en Europe au XIXe siècle*, Paris, Editions Créaphis, 1990, 327 pages.

Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, publié par Werne SCHUBERT, Oürgen REGGE, Peter RIESS et Werner SCHMID, *II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939) Strafgesetzbuch*, Band, 2, *Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums*, 3. Teil, 2. Lesung, *Allgemeiner Teil. Besonderer Teil*, publié par Jürgen REGGE et Werner SCHUBERT, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990, 964 pages.

Crime and Control in Scandinavia during the Second World War, publié par Hannu TAKALA et Henrik THAM, Oslo, Norwegian University Press, Scandinavian Studies in Criminology, Vol. 10, 1989, 160 pages.

Droit pénal général

CONTE (Philippe), MAISTRE de CHAMBON (Patrick), *Droit pénal général*, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, Masson Editeur, 1990, 339 pages.

PEDROSA MACHADO (Miguel Nuno), *Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal portugûes (ensaio de introduçâo geral)*, Lisbonne, tirage à part du *Boletim do Ministério da Justica*, n° 383, 1989, 132 pages.

Karlsruher Kommentar, zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, publié par Karlheinz BOUJONG, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, 1 571 pages.

Practica judiciara penala, Vol. II, *Partea generala (art. 52-154 Codul penal)*, publié par George ANTONIU et Constantin BULAI, Bucarest, Editura Academiei române, 1990, 287 pages.

HAUG (Ulrich), *Bemerkungen zu Art. 20 StGB (Rechtsirrtum), unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, thèse, Berne, Copy Quick Producktions AG Flamatt, 1989, 342 pages.

Droit pénal spécial

HESSE (Max), *Armes et munitions. Commentaire de la loi du 3 janvier 1933 et de ses arrêtés d'exécution*, Liège, ASBL Editions du jeune Barreau de Liège, 1988, 86 pages.

ORTEGO COSTALES (Jose), *Teoria de la parte especial del derecho penal*, Salamanque, Madrid, Editorial Dykinson, 1988, 276 pages.

LAMER (L.), *Encyclopédie des règlements. Décrets annotés*, 2 tomes, 19e éd. 1986, La Baule, Editions La Baule, 1986, 1 270 pages.

MEUNIER (G.) et LAMOTTE (M.), *Mémento des infractions au code pénal*, 1re éd. 1988, La Baule, Editions La Baule, 1988, 308 pages.

LAMOTTE (M.) et MEUNIER (G.), *Mémento des infractions aux codes annexes. Code des débits de boissons. Code de la santé publique. Code des postes et télécommunications. Code du service national. Code de justice militaire. Code de procédure pénale. Code de la Légion d'honneur et de la Médaille militaire. Code électoral*, 1re éd. 1989, La Baule, Editions La Baule, 1989, 358 +VI pages.

LAMER (L.), *Réglementation de la circulation routière. Code de la route annoté. Coordination des transports. Conventions internationales. Règlements CEE. Réglementation sociale*, 23e éd. 1989 sous la direction de G. MEUNIER, La Baule, Editions La Baule, 1989, 517 pages.

LAMER (L.), *Mémento des infractions au code de la route*, 4e éd. 1989, sous la direction de G. Meunier, La Baule, Editions La Baule, 1989, 270 + XII pages.

LAMOTTE (Michel) et MEUNIER (Gatien), *Code de la voirie routière (parties législative et réglementaire). Analyse et commentaires*, 1re éd. 1990, La Baule, Editions La Baule, 1990, 218 + X pages.

GREFFE (Pierre et François), *La publicité et la loi. France, CEE, Suisse*, 7e éd., Paris, Litec, 1990, 892 pages.

COLUCCIA (Anna), *Norma giuridica e tosscodipendenza in Francia. Legislazione e strategie di intervento in tema di stupefacenti*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, 209 pages.

Defamation : Libel and Slander. Readings from « Communications and the Law », 1, publié par Theodore R. KUPFERMAN, Westport, CT, Londres, Meckler, 1990, 241 pages.

Privacy and Publicity. Readings from « Communications and the Law », 2, publié par Theodore R. KUPFERMAN, Westport, CT, Londres, Meckler, 1990, 262 pages.

Censorship, Secrecy, Access and Obscenity. Readings from « Communications and the Law », 3, publié par Theodore R. KUPFERMAN, Westport, CT, Londres, Meckler, 1990, 426 pages.

Advertising and Commercial Speech. Readings from « Communications and the Law », 4, publié par Theodore R. KUPFERMAN, Westport, CT, Londres, Meckler, 1990, 146 pages.

WALTER (Nicolas), *Blasphemy Ancient and Modern*, Londres, Rationalist Press Association, 1990, 96 pages.

HAWKINS (Gordon), ZIMRING (Franklin E.), *Pornography in a Free Society*, Cambridge University Press, 1988, 236 pages.

KREY (Volker), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 7e éd., 2 vol., Stuttgart, Berlin, Cologne, Verlag W. Kohlhammer GmbH, 1988 et 1989, 337 et 281 pages.

CARDINAUX (France Françoise), *Les dispositions pénales de la loi fédérale sur la circulation routière et le concours*, Lausanne, Editions Payot, 1988, 280 pages.

BARRELET (Denis), *Droit suisse des mass media*, 2e éd. revue et augmentée, Berne, Editions Stämpfli & Cie S.A., 1987, 422 pages.

Droit pénal des affaires

SCHLEGEL (Kip), *Just Deserts for Corporate Criminals*, Boston, Northeastern University Press, 1990, 235 pages.

GILLMEISTER (Ferdinand), *Ermittlungsrechte im deutschen und europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, 261 pages.

BERNASCONI (Paolo), *Finanzunterwelt. Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*, Zurich et Wiesbaden, Verlag Orell Füssli, 1988, 231 pages.

TRUMPY-WARIDEL (Françoise), *Le droit de la personnalité des personnes morales et en particulier des sociétés commerciales*, thèse, Lausanne, Editions Payot, 1986, 282 pages.

Justice militaire

PAENSON (Issac), *English-French-Spanish-Russian. Manual of the Terminology of the Law of Armed Conflicts and of International Humanitarian Organizations*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, Londres, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 844 pages.

HUBER (Michael), *Militärjustiz der Helvetik*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, 178 pages.

BOITON-MALHERBE (Sylvie), *La protection des journalistes en mission périlleuse dans les zones de conflit armé*, Bruxelles, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989, 404 pages.

Droit médical et bioéthique

La personne humaine face au développement des sciences biomédicales. 200 ans après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Paris, Litec, 1990, 142 pages.

Expérimentation chez l'homme du nouveau médicament. Groupe d'études du droit médical, Paris, Assemblée nationale, 10 octobre 1985. Textes rassemblés par O. DIAMANT-BERGER, J.-P. DEMAREZ, J. PENNEAU, M.-B. DOROT, Paris, New York, Barcelone, Milan, Mexico, Sao Paulo, Masson Editeur, 1986, 200 pages.

Birthrights. Law and Ethics at the Beginnings of Life, publié par Robert LEE et Derek MORGAN, Londres et New York, Routledge, 1989, 222 pages.

Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärtze und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche, publié par Arthur KAUFMANN, Heidelberg, C.F. Müller et Juristischer Verlag GmbH, 1989, 320 pages.

MAJUNKE (Philipp), *Änasthesie und Strafrecht. Die strafrechtliche Verantworlichkeit des Änasthesisten*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1988, 213 pages.

HOLZHAUER (Brigitte), *Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch. Die Rolle des reformierten § 218 StGB bei der Entscheidungsfindung betroffener Frauen*, Fribourg-en-Brisgau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, 436 pages.

PETERS (Ralf), *Der Schutz des neugeborenen, insbesondere des missgebildeten Kindes. Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Lebensschutzes*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1988, 290 pages.

DUBLER-NÜSS (Hedwig), *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Editions Peter Lang S.A., 1988, 305 pages.

International Survey of Laws on Assisted Procreation. Recueil international de lois sur la procréation assistée, réuni et édité par Jan STEPAN, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, 217 pages.

Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen. Soziale Rahmenbedingungen. Empirische Grunddaten, publié par Albin ESER et Hans-Georg KOCH, Teil 2, Aussereuropa, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellchaft, 1989, 1 353 pages.

Procédure pénale

WEIGEND (Thomas), *Absprachen im ausländischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozess*, Fribourg-en-Brisgau, Eingenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1990, 122 pages.

BERTEL (Christian), *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, 3e éd. renouvelée, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1990, 302 pages.

SCHWAIGHOFER (Klaus), *Auslieferung und internationales Strafrecht. Eine systematische Darstellung des ARGH*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, 253 pages.

Commission de réforme du droit du Canada. Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne. Controlling criminal prosecutions : the attorney general and the crown prosecutor, Série droit pénal, document de travail 62, Ottawa, 1990, 126 et 132 pages.

CRISTIANI (Antonio), *Manuale del nuovo processo penale*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1989, 630 pages.

NENCINI (Alessandro), *Arresti domiciliari, detenzione domiciliare, misure obligatorie. La disciplina normativa nella legge 5 agosto 1988 N. 330 e nel nuovo Codice di procedura penale*, Milan, Giuffrè Editore, 1989, 509 pages.

TREVISSON LUPACCHINI (Tiziana), *L'estradizione dall'estero per l'Italia (problematiche tra vecchio e nuovo Codice di procedura penale)*, Bologne, Ponte Nuovo Editrice, 1989, 328 pages.

PIQUEREZ (Gérard), *Précis de procédure pénale suisse*, Lausanne, Editions Payot, 1987, 523 pages.

LANGUIN (Nöelle), LUCCO-DENEREAZ (Claudine), ROBERT (Christian Nils), ROTH (Robert), *La grâce, institution entre tradition et changements*, Lausanne, Editions Payot, 1988, 157 pages.

Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern, Nr. 305, Gesetz über die Strafprozessordnung (vom 3. Juni 1957). Ausgabe vom 1. Januar 1990, Lucerne, Staatskanzlei, 1990, 129 pages.

BÜRGI (Thomas), *Die Rechtsmittel im Obwaldner Strafprozessrecht*, thèse, Stans, Engelberger Offsetdruck AG, 1989, 288 pages.

HANSJAKOB (Thomas), *Kostenarten, Kostenträger und Kostenhöhe im Strafprozess (am Beispiel des Kantons St. Gallen)*, thèse, Berne, Druckerei Leo Fürer AG, 1988, 434 pages.

Droit pénal comparé

Constitutiones Africae, publié par F. RYNTJENS, Vol. I et II, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant S.A., Paris, Editions Pedrone, 1989, feuillets mobiles.

Droit pénal international et droit communautaire

BOSSARD (André), *Transnational Crime and Criminal Law*, Chicago, The Office of International Criminal Justice, the University of Illinois at Chicago, 1990, 155 pages.

European Human Rights Reports, publié par P. J. DUFFY, Vol. 11, Londres, European Law Centre, Sweet & Maxwell Ltd., 1989, 568 pages.

Europäische Strafvollzugsgrundsätze. Überarbeitete europäische Fassung der Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen. Gemeinsame Übersetzung für die Bundesrepublik Deutschland, die Republik Österreich und die schweizerische Eidgenossenschaft, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag GmbH, 1988, 99 pages.

Colloque L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale. Kolloquium : Die Internationale Rechtshilfe in Straf-, Zivil-, Verwaltungs-und Steuersachen, organisé par le Centre d'études juridiques européennes de la Faculté de droit de Genève, sous la présidence des professeurs Charles-André Junod et Alain Hirsch, Genève, 6-7 février 1986, Genève, Georg Editeur S.A., 1986, 543 pages.

FRIAUF (Karl Heinrich) et SCHOLZ (Rupert), *Europarecht und Grundgesetz. Betrachtungen zu materiell-und formarechtlichen Probleme bei Schaffung und Umsetzung sekundären Gemeinschaftsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 111 pages.

Problèmes de l'enfance et de l'adolescence

Nouvelles tendances dans le droit pénal des mineurs. Médiation, travail au profit de la communauté et traitement intermédiaire, publié par Freider DÜNKEL et Jean Zermatten, Fribourg-en-Brisgau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1990, 270 pages.

PARKER (Howard), SUMMER (Maggie), JARVIS (Graham), *Unmasking the Magistrates. The « custody or not » decision in sentencing young offenders*, Milton Keynes, Philadelphie, Open University Press, 1989, 183 pages.

Exécution des peines

DANIELE (Mario), MAISTRO (Francesco), *Codice di diritto penitenziaro, con giurisprudenza aggiornata, commenti, tavole esplicative e regolamento integrato e modificato dal D.P.R. 18 maggio 1989 n° 248, 2e éd.*, Milan, Pirola Editore, 1989, 386 pages.

10 Jahre Strafvollzugsgesetz. Resoziolisierung als alleiniges Vollzugsziel ?, publié par Hans-Dieter SCHWIND, Gernot STEIHILPER et Alexander BÖHM, Heidelberg, Kriminalistik Verlag GmbH, 1988, 151 pages.

Sciences criminologiques

BROWN (Stephen E.), ESBENSEN (Finn-Aage), GEIS (Gilbert), *Criminology, Explaining Crime and Its Context*, Cincinnati, Ohio, Anderson Publishing Co., 1990, 727 pages.

Paying for Crime, publié par Pat CARLEN et Dee COOK, Milton Keynes, Philadelphie, Open University Press, 1989, 165 pages.

TROJANOWICZ (Robert) et BUCQUEROUX (Bonnie), *Community Policing. A Contemporary Perspective*, Cincinnati, Ohio, Anderson Publishing Co., 1990, 458 pages ; Instructor's Guide, 1990, 42 pages.

CAJAT (Claude), *Crimes et criminels en Seine-et-Marne au XIXe siècle*, La Mée-sur-Marne, Editions Amatteis, 1990, 159 pages.

BRAITHWAITE (John), *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 226 pages.

The Crowd in contemporary Britain, publié par Georges GASKELL et Robert BENEWICK, Londres, Newbury Park, Beverly Hills, New Delhi, Sage Publications, 1987, 273 pages.

Psichiatria forense generale e penale, Vol. XIII du *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, publié par Franco FERRACUTI avec la collaboration de Francesco BRUNO et Maria Cristina GIANNINI, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, 817 pages.

SGUBBI (Filippo), *Il reato comme rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologne, Società editrice il Mulino, 1990, 98 pages.

MIDDENDORFF (Wolf), *Staatsstreiche in historischer und kriminologischer Sicht. Vortrage Gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Februar 1988*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1988, 56 pages.

DÖRMANN (Uwe), KOCH (Karl-Friedrich), RISCH (Hedwig), VAHLENKAMP (Werner), *Organisierte Kriminalität. Wie gross ist die Gefahr ? Expertenbefragung zur Entwicklung der organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland vor dem Hintergrund des zusammenwachsenden Europa*,Wiesbaden, Bundeskriminalamt, 1990, 171 pages ronéotées.

Crime Trends in Sweden 1988, publié par Lars DOLMEN, Stockholm, National Council for Crime Prevention, BRA-Report 1990 : 4, 128 pages.

Crime and Measures against Crime in the City, publié par Per-Olof H. WIKSTRÖM, Stockholm, National Council for Crime Prevention, BRA-Report 1990 : 5, 234 pages.

Drugs Policies in Western Europe, publié par Häns-Jörg ALBRECHT et Anton van KALMTHOUT, Fribourg-en-Brisgau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, 479 pages.

Police

LAMER (L.) *Mémento et formulaire à l'usage des officiers de police judiciaire et des agents de police judiciaire. Recueil des modèles de procès-verbaux utilisés dans la Gendarmerie nationale.* Edition 1987 dirigée par G. MEUNIER, La Baule, Editions La Baule, 1988, 270 pages.

LAMER (L.), MEUNIER (G.) et BARRE (P.), *Recueil des modèles de procès-verbaux utilisés dans la police nationale. Mémento et formulaire à l'usage des officiers et agents de police judiciaire*, édition 1988 sous la direction de G. MEUNIER, La Baule, Editions La Baule, 1988, 246 pages.

Varia

HUNZIKER (Andreas), *Juristiche Informationen. Theoretische-Analyse des Rechtsanwendungsprozesses zur Ermittlung der in eine schweizerische juristische Datenbank aufzunehmenden Informationen,* thèse, Bamberg, Difo Druck Schmacht, 1989, 261 pages.

BIBLIOTHÈQUE

Notes pour une sociologie du rapport surveillant(s)/détenu(s)*

REFERENCES**

ANZIEU (Didier), 1975, *Le groupe et l'inconscient, L'imaginaire groupal*, Dunod, 1984, Coll. Psychismes, 134 pages.

—— 1985, « Illusion groupale », *Gruppo*, n° 1, 110-113.

ATTICA, 1972, *Attica, The Official Report of the New York State Special Commission on Attica*, New York, A Bantam Book, 533 pages.

BARTHES (Roland), 1977, *Leçon*, Seuil, 1978, 46 pages.

BENTHAM (Jeremy), 1971, *Panoptique*, texte établi par E. Dumont, précédé de *L'oeil du pouvoir*, entretien avec Michel Foucault, postface de Michelle Perrot, Pierre Belfond, 1977, Coll. L'échappée, 223 pages.

BOURDIEU (Pierre), 1980, *Questions de sociologie*, Minuit, Coll. Documents, 269 pages.

—— 1987, *Choses dites*, Minuit, Coll. Le sens commun, 231 pages.

BRICON (Joël), 1983, « A des situations impossibles, trouver des issues... », *Connexions*, n° 42, 97-111.

CASADAMONT (Guy), 1984, « Les prisons demain : être surveillant différemment ? », *Actes/Cahiers de Vaucresson*, n° 45-46, 44-47.

—— 1984, *La détention et ses surveillants, Représentations et champ carcéral*, E.H.E.S.S. thèse sociologie, 421 pages + Annexes.

—— 1986, « Sociologie carcérale : propositions pour un débat », Nanterre, *Droit et Cultures*, n° 11, 135-136.

—— 1987, *Des triangles dans des cercles*, Plessis-le-Comte, Ecole nationale d'Administration pénitentiaire, 24 pages + discussion.

CHAR (René), 1971, « Recherche de la base et du sommet, V L'âge cassant », (1963-1965), *in* R. Char *Oeuvres complètes*, Gallimard, 1983, Coll. La Pléiade, 1364 pages, 625-768, ici p. 766.

CLASTRES (Pierre), 1976, « Liberté, Malencontre, Innommable », *in* Etienne de La Boétie, *Le discours de la servitude volontaire* (1548). Texte établi par P. Léonard, Payot, Coll. Critique de la politique, 311 pages, 229-246.

CROUCH (Ben M.), 1980, « The book vs. the boot : two styles of guarding in a southern prison », *in* B. M. Crouch (Ed.) : *The keppers, prison guards and contemporary corrections*, Springfields, Ill, Ch. C. Thomas Publisher, 354 pages, 207-224.

DELEUZE (Gilles), PARNET (Claire), 1977, *Dialogues*, Flammarion, Coll. Dialogues, 179 pages.

DELEUZE (Gilles), 1988, *Périclès et Verdi, La philosophie de François Châtelet*, Minuit, 29 pages.

* V. article cette *Revue*, p. 58 et s.

** Lorsque le lieu de publication est Paris, il n'est pas indiqué.

DERRIDA (Jacques), 1984, *Otobiographies, l'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Galilée, Coll. Débats, 119 pages.

DIET (Emmanuel), 1987, « Des oreilles ennemies nous écoutent... Réticences et résistances au groupe », *Psychanalystes*, n° 23, 19-25.

DORLHAC de BORNE (Hélène), 1984, *Changer la prison*, Plon, Coll. Tribune libre, 187 pages.

EDELMAN (Bernard), 1981, *L'homme des foules*, Payot, Coll. Pbp, n° 395, 184 pages.

ENRIQUEZ (Eugène), 1983a, *De la horde à l'Etat, Essai de psychanalyse du lien social*, Gallimard, Coll. Connaissance de l'inconscient, 460 pages.

—— 1983b, « Eloge de la psychosociologie », *Connexions*, n° 42, 113-133.

—— 1987, « Le travail de la mort dans les institutions », *in L'institution et les institutions, Etudes psychanalytiques*, Dunod, Coll. Inconscient et culture, 211 pages, 62-94.

FAUGERON (Claude), HOUCHON (Guy), 1985, « Prison et pénalités : De la pénologie à une sociologie des politiques pénales », *L'année sociologique*, vol. 35, 115-151.

FOUCAULT (Michel), 1975, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 318 pages.

—— 1976, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 213 pages.

—— 1982, « Deux essais sur le sujet et le pouvoir », *in* H. Dreyfus et P. Rabinow, *Michel Foucault, un parcours philosophique*, traduction française F. Durand-Bogaert, Gallimard, 1984, Bibliothèque des sciences humaines, 366 pages, 297-321.

FREUD (Sigmund), 1912, *Totem et Tabou, Interprétation par la psychanalyse de la vie sociale des peuples primitifs*, traduction française de. S. Jankelevitch, Payot, 1985, Coll. Bbp, n° 77, 186 pages.

—— 1920, « Au-delà du principe de plaisir », traduction française J. Laplanche et J.-B. Pontalis, *in* S. Freud, *Essais de psychanalyse*, Payot, 1981, coll. Prismes, n° 7, 278 pages, 41-115.

—— 1921, « Psychologie des foules et analyse du moi », traduction française P. Cotet et *alii*, *in* S. Freud, *Essais de psychanalyse*, précité, 117-217.

FREUND (Julien), 1983, *Sociologie du conflit*, PUF, Coll. La politique éclatée, 380 pages.

GOEMAERE (Jean), 1977, « La relation gardiens-gardés d'un point de vue sociologique », Louvain, *Cahiers de criminologie et de pathologie sociale*, n° 14, 59-66.

—— 1981, « Approche sociologique de la dangerosité individuelle : L'apport d'un projet théorique sur la clinique sociologique en criminologie », *in* Chr. Debuyst (Dir.), *Dangerosité et justice pénale, Ambiguïtés d'une pratique*, Louvain-Genève, Masson, M+H, Coll. Déviance et société, 350 pages, 107-119.

GOFFMAN (Erving), 1953, « L'ordre social et l'interaction », traduction française Y. Winkin, *in* E. Goffman, *Les moments et leurs hommes*, textes recueillis et présentés par Yves Winkin, Seuil/Minuit, 1988, 256 pages, 95-103.

—— 1961, *Asiles, Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, traduction française L. et Cl. Lainé, présentation de R. Castel, Minuit, 1968, Coll. Le sens commun, 449 pages.

—— 1967, *Les rites d'interaction*, traduction française A. Kihm, Minuit, 1974, Coll. Le sens commun, 231 pages.

—— 1969, *Strategic interaction*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, Coll. Conduct and communication, 145 pages.

—— 1982, « L'ordre de l'interaction », traduction française M. Hamad et F. Reumaux, *in* E. Goffman, *Les moments et leurs hommes*, précité, 186-230.

GUENTHER (Anthony L.), GUENTHER (Mary Quinn), 1974, « Screws vs. thugs », *in* B.M. Crouch (Ed.), *The keepers, prison guards and contemporary corrections*, précité, 162-1982.

IMBERT (Francis), 1987, *La question de l'éthique dans le champ éducatif, Pour une praxis pédagogique II*, Vigneux, Matrice, Coll. Pi. 116 pages.

KAES (René), 1986, « Le groupe comme appareil de transformation », Toulouse, *Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe*, n° 5-6, 91 100.

LACAN (Jacques), 1953, « Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse », *in* J. Lacan, *Ecrits*, Seuil, 1966, Coll. Le champ freudien, 924 pages, 237-322.

—— 1954, *Le Séminaire, Livre I, Les écrits techniques de Freud*, texte établi par J.-A. Miller, Seuil, 1975, Coll. Le champ freudien, 318 pages.

—— 1960, *Le Séminaire, Livre VII, L'éthique de la psychanalyse*, texte établi par J.-A. Miller, Seuil, 1986, Coll. Le champ freudien, 382 pages.

LEFORT (Claude), 1981, *L'invention démocratique, Les limites de la domination totalitaire*, Fayard, 333 pages.

—— 1986, Essais sur le politique, (XIX^e-XX^e siècles), Seuil, Coll. Esprit, 333 pages.

LEGENDRE (Pierre), 1985, *L'inestimable objet de la transmission, Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 408 pages.

LEVINAS (Emmanuel), 1949, « La transcendance des mots », *in* E. Lévinas, *Hors sujet*, Fata Morgana, 1987, 244 pages, 213-222.

—— 1974, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Coll. Phaenomenologica, n° 54, 233 pages.

—— 1976, *Noms propres*, Fata Morgana, 159 pages.

—— 1987, *Hors sujet*, précité.

—— 1988, *Autrement que savoir*, Avec des études de G. Petitdemange et J. Rolland, Osiris, 95 pages.

LYOTARD (Jean-François), 1977, *Rudiments païens, Genre dissertatif*, 10-18, n° 1187, 250 pages.

—— 1979, *Au juste*, Conversations avec J.-L. Thébaud, Christian Bourgois, 191 pages.

—— 1983, *Le différend*, Minuit, Coll. Critique, 280 pages.

MICHAUD (Yves), 1978, *Violence et politique*, Gallimard, Coll. Les Essais CCIII, 231 pages.

MILNER (Jean-Claude), 1983, *Les noms indistincts*, Seuil, Coll. Connexions du champ freudien, 157 pages.

MOSCOVICI (Serge), 1981, *L'âge des foules, Un traité historique de psychologie des masses*, Fayard, Coll. L'espace du politique, 505 pages.

NASIO (J.-D.), 1987, *Le silence en psychanalyse*, Rivages, Coll. Psychanalyse, 279 pages.

NORMANDEAU (André), 1987, « La petite histoire de la sociologie en milieu carcéral en Amérique du Nord (1940-1985) », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 111, n° 1, 34-48.

RAJCHMAN (John), 1986, *Le savoir-faire avec l'inconscient, Ethique et psychanalyse*, traduction française S. Durastanti et l'auteur, Bordeaux, Willam Blake & Co. 34 pages.

ROUCHY (Jean-Claude), 1972, « Phénomènes inconscients dans les groupes et les organisations », *Connexions*, n° 1-2, 83-100.

—— 1980, « Vers une psychosociologie psychanalytique », *Connexions*, n° 29, 17-37.

—— 1985, « Au commencement était le groupe », Toulouse, *Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe*, n° 1-2, 9-12.

RUFFIOT (André), 1984, « Le couple et l'amour, De l'originaire au groupal », *in La thérapie psychanalytique du couple*, Dunod, Coll. Inconscient et culture, 225 pages, 85-145.

SCHAYEWSKI (Michel), 1988, « Quartiers d'isolement », *Libération*, n° 2228, 20 juill. 1988, p. 34.

SENNETT (Richard), 1980, *Autorité*, traduction française F. Drosso et Cl. Roquin, Fayard, 1981, Coll. L'espace du politique, 286 pages.

SYKES (Grescham M.), 1958, *The society of captives, A study of a maximum security prison*, Princeton University Press, 1974, 144 pages.

TOURAINE (Alain), 1978, *La voix et le regard*, Seuil, Coll. Sociologie permanente, 315 pages.

—— 1980, « L'inutile idée de société », *in* Chr. Delacampagne et R. Maggiori (Dir.), *Philosopher, Les interrogations contemporaines*, Fayard, 532 pages, 237-244.

—— 1984, *Le retour de l'acteur, Essai de sociologie*, Fayard, Coll. Mouvements, n° 3, 350 pages.

WEBB (G. L.), MORRIS (David G.), 1978, *Prison guards : the culture and perspective of an occupational group*, Houston, Coker Books, 87 pages.

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. 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. – **J. BEAUME**, Magistrat. – **J.-C. BONICHOT**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes. – **J. BORRICAND**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie. – **F. BOULAN**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique. – **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (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 honoraire à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth, Président de l'Association française de droit pénal. – **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. – **J. COSSON**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. DECOCQ**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 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 de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **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**, Président de chambre 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. – **J. FRANCILLON**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Grenoble. – **M. GENDREL**, Ancien Chargé de cours des Facultés de droit, Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **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. KOERING-JOULIN**, Professeur à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Secrétaire général adjoint de l'Association française de droit pénal. – **J. LAFON**, Médecin-chef au Centre psychiatrique Sainte-Anne, Expert près les tribunaux. – **Ch. LAZERGES**, Professeur à l'Université de Montpellier I, Directeur de l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.). – **A. LAINGUI**, Professeur à la Faculté des sciences juridiques de Rennes. – **M. LE CLÈRE**, Professeur à l'Institut de criminologie de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **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**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **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, Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal. – **F.-J. PANSIER**, Magistrat au tribunal de grande instance de Bobigny, Chargé de travaux dirigés à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **C. PIERRE**, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris. – **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J. ROBERT**, Ancien Procureur général près la Cour de cassation. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **L. ROCHE**, Professeur honoraire 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. – **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. – **A. TOUREN**, Premier avocat général honoraire à la Cour de cassation. – **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général honoraire 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 honoraire à la Faculté de droit d'Oslo. – **Inkeri ANTTILA**, 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.

Le Professeur **M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. – **M. Ch. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de

C.P.P.A.P. N° 58.320 *Le directeur de la publication*: J.-M. BOURGOIS

Composé par M. MASSOL / 11 *bis*, villa du Bel Air 75012 Paris
PARAGRAPHIC / 1, AV. DE TOULOUSE 31240 L'UNION / FRANCE

Dépôt légal : mars 1991

ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE
BIBLIOTHÈQUE

l'Association internationale de droit pénal. – **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. – **A. BERNARDI**, Docteur en droit de l'Université de Ferrare. – **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel. – **M. CHIAVARIO**, Professeur à l'Université de Turin.

F. CLERC, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. – **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 honoraire à la Faculté de droit de Coimbra. – **P.-J. DA COSTA**, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.

C. DEBUYST, Professeur ordinaire à l'Université de Louvain. – **S. DONMEZER**, Professeur honoraire à 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, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles.

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 Coimbra.

C. GARDIKAS, Professeur de criminologie à l'Université d'Athènes. – **K.-H. GOSSEL**, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.

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-Brisgau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal. – **H. JUNG**, Professeur à l'Université de Sarrebruck.

G. KELLENS, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. – **H.-J. KERNER**, Professeur à l'Université de Hambourg.

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-Brisgau. – **T. MORISHITA**, Professeur émérite de 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.

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-Amazonie.

F. C. PALAZZO, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. – **O. PERIC**, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. – **G. D. PISAPIA**, Professeur à l'Université de Milan. – **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. SCREVENS**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. – **Sami SELÇUK**, Conseiller à la Cour de cassation de Turquie. – **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **A. SOROUR**, Professeur et doyen de la Faculté de droit, Université du Caire, Ministre de l'Education de la République arabe d'Egypte. – Dr. **G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Etablissement de Herstedvester (Danemark). – **D. SZABO**, Professeur honoraire à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.

K. TIEDEMANN, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brisgau. – **Luis Fernando TOCORA**, Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga.

G. VASSALLI, Professeur à l'Université de Rome, Ministre de la Justice d'Italie. – **J. VERHAEGEN**, Professeur à l'Université de Louvain. – **C. N. VOUYOUCAS**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université aristotélienne de Thessalonique.

K. WAABEN, Professeur à l'Université de Copenhague.