

**revue
de science
criminelle et
de droit pénal
comparé**

1992

 **sirey**

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.

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, Doyen honoraire, 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. ROZÉS**, 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. – **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. LEGAIS**, 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.



La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme

Michel van de KERCHOVE

Professeur ordinaire aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)

Dans la présente contribution, nous nous limiterons à l'examen de la jurisprudence des organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, quant aux limites qui en découlent concernant la preuve en matière pénale pour les différents Etats signataires. N'ayant aucune prétention critique, cette étude se contentera de refléter l'état actuel de la jurisprudence en cette matière. Elle ne porte que sur la « la matière pénale », telle que l'entendent les organes de la Convention, à l'exclusion des autres matières. Elle ne concerne, par ailleurs, que le problème de l'administration de la preuve tel qu'il se pose, au regard de la Convention, au sein des différents ordres juridiques internes, et non tel qu'il se pose devant les organes de la Convention eux-mêmes¹. Elle ne porte, enfin, que sur la jurisprudence des organes de la Convention — aussi bien de la Commission que de la Cour —, et non sur l'impact de celle-ci dans les différents ordres juridiques internes.

Après avoir rappelé les limites générales inhérentes aux contraintes posées par la Convention, nous aborderons successivement trois questions : celle de la charge de la preuve et des autres garanties liées à la présomption d'innocence, celle de l'admissibilité des modes de preuve en général, et celle des exigences relatives au témoignage.

I. — LES LIMITES DE LA COMPÉTENCE DES ORGANES DE LA CONVENTION EN MATIÈRE DE PREUVE

Avant d'évoquer les rares dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales applicables au problème de la

1. A ce sujet, cf. notamment, S. Trechsel, L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, 1977, p. 121 et s. ; M.-A. Eissen, La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, *ibid.* p. 143 et s.

preuve en matière pénale², ainsi que l'interprétation qu'ont pu en donner les organes de la Convention, il importe de souligner, comme ceux-ci l'ont fait constamment, les limites inhérentes à leur compétence en cette matière spécifique.

Les organes de la Convention ont en effet rappelé à de maintes reprises que, si la Convention, dans son article 6, § 1, « garantit à toute personne le droit à un procès équitable, elle ne régleme[n]te pas toutefois la matière des preuves en tant que telle et notamment leur admissibilité et leur force probante, questions relevant essentiellement du droit interne »³. La Commission considère, dès lors, « qu'elle n'a pas pour tâche de dire si les tribunaux ont correctement apprécié les preuves qui leur ont été soumises, mais d'examiner si les moyens de preuve produits pour et contre l'accusé ont été présentés de manière à garantir un procès équitable de manière à obtenir ce même résultat »⁴. Les tribunaux nationaux ont corrélativement, en principe, « toute liberté d'apprécier la valeur de tout mode de preuve » produit devant eux⁵.

Dans des termes très semblables, la Cour a également décidé que « si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme[n]te pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne »⁶. Par voie de conséquence, « il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles » et il incombe seulement aux organes de la Convention de « rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable »⁷.

Sans doute peut-on ajouter que le procédé par lequel se trouve obtenu un mode de preuve est susceptible de tomber sous le coup de certaines dispositions de la Convention, telles que l'article 3 interdisant le recours à la torture ainsi qu'à des traitements inhumains ou dégradants, ou l'article 8 relatif à la protection de la vie privée, du domicile et de la correspondance⁸. Si une condamnation peut dès lors être envisagée sur base de ces seules dispositions, indépendam-

2. Cf. notamment, G. Levasseur, Le régime de la preuve en droit répressif français, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, op. cit. p. 10 : « Il faut dire que la Convention européenne est elle-même assez discrète à ce sujet ».

3. Comm. EDH, D 7450/76 X. c/ Belgique, 28 févr. 1977, DR 9, p. 109 ; Comm. EDH, D 8876/80 X. c/ Belgique, 16 oct. 1980, DR 23, p. 234 ; Comm. EDH, D 10862/84, Pierre Schenk c/ Suisse, 6 mars 1986, DR 46, p. 138 ; Cour EDH, arrêt Schenk, 12 juill. 1988, série A, n° 140, p. 29.

4. Comm. EDH rap. sur la requête n° 343/57, Nielsen c/ Danemark, 15 mars 1961, Ann. Conv. EDH 1961.569 ; Comm. EDH, D 4427/70, X. c/ Autriche, 1^{er} juin 1972, Ann. Conv. EDH 1972.287 ; Comm. EDH, D 6172/73, X. c/ Royaume-Uni, 7 juill. 1975, DR 3, p. 78 ; Comm. EDH, D 8876/80, X. c/ Belgique, 16 oct. 1980, DR 23, p. 234 ; Comm. EDH, D 9000/80, X. c/ Suisse, 11 mars 1982, DR 28, p. 129 ; Comm. EDH, D 10862/84, Pierre Schenk c/ Suisse, 6 mars 1986, DR 46, p. 138.

5. Comm. EDH, D 6172/73, X. c/ Royaume-Uni, 7 juill. 1975, DR 3, p. 78 ; Cour EDH, arrêt Barbera, Messague et Jabardo, 6 déc. 1988, série A n° 146, p. 31 ; Cour EDH, arrêt Kostouski, 23 mai 1989, série A n° 166, p. 19 ; Cour EDH, arrêt Windisch, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 10.

6. Cour EDH, arrêt Schenk, 12 juill. 1988, série A n° 140, p. 29 ; Cour EDH, arrêt Kostouski, 20 nov. 1989, série A n° 166, p. 19 ; Cour EDH, arrêt Windisch, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 10.

7. Comm. EDH D 8876/80, X. c/ Belgique, 16 oct. 1980, DR p. 234 ; Cour EDH, arrêt Barbera, Messague et Jabardo, 6 déc. 1988, série A n° 146, p. 31 ; Cour EDH, arrêt Kostouski, 20 nov. 1989, série A n° 166, p. 19 ; Cour EDH, arrêt Windisch, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 10 ; Cour EDH, arrêt Delta, 19 déc. 1990, série A, n° 191, p. 15 ; Cour EDH, arrêt Igrò, 19 févr. 1991, série A n° 194 (p. 8) ; Cour EDH, arrêt Asch c/ Autriche, 26 avr. 1991, série A n° 203 (p. 6). Cf. également Comm. EDH, D 6172/73, X. c/ Royaume-Uni, 7 juill. 1975, DR 3, p. 78.

8. Cf. notamment, P. van Dijk et G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on human rights*, 2^e éd. Deventer-Boston, 1990, p. 324 ; J. Messine, La vie privée et le droit de la preuve en matière pénale, in *Ann. de droit*, 1984-1985, p. 109 et s. ; A. Masset, Limites de certains modes de preuve, in *Les droits de la défense en matière pénale*, Actes du colloque des 30-31 mai-1^{er} juin 1985, Liège, 1985, p. 176 et s.

ment de tout problème relatif à l'admissibilité de tels modes de preuve⁹, elle ne relève cependant pas directement, dans ce cas, de notre propos. En revanche, nous évoquerons le cas où la combinaison de ces dispositions avec celles relatives à la preuve a été envisagée explicitement par les organes de la Convention.

Enfin, il est évident que, si la garantie d'un procès équitable visée à l'article 6, § 1 comprend certaines exigences relatives à la preuve¹⁰, elle en comporte bien d'autres, telles que la publicité des audiences ou le respect des droits de la défense, qui ne sont pas spécifiquement liées à celle-ci¹¹. Nous nous limiterons dès lors autant que possible à l'examen des principes ayant un lien direct avec l'administration de la preuve en matière pénale, tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence des organes de la Convention.

II. — LA CHARGE DE LA PREUVE ET LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE

L'article 6, § 2 de la Convention dispose que « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Il importe de préciser successivement le champ d'application de cette disposition, le principe qu'elle pose en ce qui concerne la charge de la preuve, ainsi que les garanties complémentaires qui découlent de la présomption d'innocence.

A. — Champ d'application

Il convient tout d'abord de rappeler que la Cour reconnaît d'une façon générale que « "l'autonomie" de la notion de "matière pénale" telle que la conçoit l'article 6 » concerne les « trois paragraphes de l'article 6 »¹², et s'applique donc en particulier à la présomption d'innocence.

En ce sens, elle a notamment admis que le principe s'applique à une personne accusée d'une infraction pénale, et cela « indépendamment de l'issue des poursuites », même si l'infraction est considérée comme « non punissable » par l'effet

9. P. Van Dijk et G.J.H. van Hoof, *op. cit.* p. 324. Cf. notamment, en ce qui concerne l'art. 3, Comm. EDH, rap. sur les requêtes, n° 3321/67, *Danemark c/ Grèce*, 3222/67, *Norvège c/ Grèce*, 3323/67, *Suède c/ Grèce*, et 3344/67, *Pays-Bas c/ Grèce*, Ann. Conv. EDH *The Greek case*, 1969, p. 505 ; Cour EDH, arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, série A n° 25, p. 67. En ce qui concerne l'art. 8 cf. Cour EDH, arrêt *Klass et autres*, 6 sept. 1978, série A n° 28, p. 20-28 ; Cour EDH, arrêt *Malone*, 2 août 1984, série A n° 82, p. 37-39.

10. A cet égard, cf. Cour EDH, arrêt *Deuweer*, 27 févr. 1980, série A n° 35, p. 30 : « la présomption d'innocence que consacre le § 2 et les divers droits que le § 3 énumère en des termes non exhaustifs (« notamment », « *minimum rights* ») constituent des éléments, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale » ; Cour EDH, arrêt *Bönisch*, 6 mai 1985, série A n° 92, p. 14-15 ; Cour EDH, arrêt *Unterpertinger*, 24 nov. 1986, série A, n° 110, p. 14 ; Cour EDH, arrêt *Barbera, Messegue et Jabardo*, 6 déc. 1988, série A n° 146, p. 31 ; Cour EDH, arrêt *Windisch*, 27 sept. 1990, série A, n° 186, p. 9 ; Cour EDH, arrêt *Delta*, 19 déc. 1990, série A n° 191, p. 15 ; Cour EDH, arrêt *Isgro*, 19 févr. 1991, série A n° 194 (p. 8) ; Cour EDH, arrêt *Asch c/ Autriche*, 26 avr. 1991, série A n° 203, p. 6. Il s'ensuit que la Cour examine souvent les griefs formulés sous l'angle des textes combinés du § 2 ou 3, d'une part, et du § 1, d'autre part.

11. A cet égard, cf. notamment M. Melchior, *Le procès équitable dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme*, in *Les droits de la défense en matière pénale*, *op. cit.* p. 239 et s. ; A. Kohl, *Implications de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en procédure pénale*, in *Journal des tribunaux*, 1988, p. 433 et s. ; 450 et s.

12. Cour EDH, arrêt *Lutz*, 25 août 1987, série A n° 123, p. 22. Au sujet de la notion de « matière pénale » visée par la Convention, cf. notamment Groupe de recherche droits de l'homme et logique juridique, dirigé par M. Delmas-Marty, *La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, flou du droit pénal, cette *Revue* 1987.818 et s.

d'une excuse absolutoire¹³, si les poursuites aboutissent à une décision « de ne pas donner suite à la plainte »¹⁴, ou si la personne accusée a renoncé au procès par une transaction conclue sous la contrainte¹⁵. La Cour a également admis, comme elle l'avait déjà décidé pour l'article 6, § 3 dans l'affaire *Öztürk*, que le principe s'applique à une « contravention administrative »¹⁶. Elle a encore décidé que « les principes énoncés au paragraphe 2... valent *mutatis mutandis* pour celles des procédures disciplinaires que régit le paragraphe 1 de la même manière que dans le cas d'une personne accusée d'une infraction pénale »¹⁷.

En revanche, la Commission a notamment décidé qu'« une personne condamnée par une décision judiciaire ayant forcé de chose jugée n'est pas une personne "accusée d'une infraction" au sens de l'article 6, et ne saurait se prévaloir des droits garantis par cet article », de même que « les dispositions de l'article 6 ne sont pas applicables à un condamné durant la procédure ultérieure de révision entamée par lui devant une juridiction interne, à moins que cette dernière ne soit saisie d'accusations en matière pénale contre le condamné, qu'il s'agisse de l'inculpation initiale ou de celle qu'un procureur a pu formuler ou renouveler s'il a été donné suite à la demande en révision du condamné »¹⁸.

La Commission a également estimé que « la présomption d'innocence figurant à l'article 6, § 2 ne vise que la culpabilité de l'accusé et ne peut pas être invoquée au sujet d'une aggravation de la peine prononcée par la juridiction d'appel »¹⁹. Elle ne trouve pas non plus à s'appliquer lorsque « au moment où le requérant a formulé son grief, la procédure au fond n'avait pas encore commencé » et qu'il n'y avait dès lors « pas de jugement établissant légalement la culpabilité du requérant »²⁰.

B. — La charge de la preuve

La Commission a considéré que l'article 6, § 2 de la Convention « exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé »²¹. Autrement dit, la charge de la preuve de la culpabilité incombe au ministère public, et le doute profite à l'inculpé²². De plus, les juges doivent permettre à ce dernier de leur fournir ses contre-preuves. Puis, au moment de

13. Cour EDH, arrêt *Adolf*, 26 mars 1982, série A n° 49, p. 16.

14. Cour EDH, arrêt *Minelli*, 25 mars 1983, série A n° 62, p. 15.

15. Cour EDH, arrêt *Deweert*, 27 févr. 1980, série A n° 35, p. 30.

16. Cour EDH, arrêt *Lutz*, 25 août 1987, série A n° 123-A, p. 24.

17. Cour EDH, arrêt *Albert et Le Compte*, 28 mai 1982, série A n° 58, p. 20. Cf. cependant Comm. EDH, D 10313/83, *Herbert Eggs c/ Suisse*, 12 juill. 1984, DR p. 230 où la Commission a considéré que l'article 6, § 2 n'était pas applicable à une sanction disciplinaire, car la « sanction infligée ne relevait pas de la matière pénale ».

18. Comm. EDH, D 914/60 X. c/ République fédérale d'Allemagne, 16 déc. 1961, Ann. Conv. EDH 1961, p. 377 ; Comm. EDH, D 2136/64, X. c/ République fédérale d'Allemagne, 18 avr. 1964, Ann. Conv. EDH 1964, p. 305-307.

19. Comm. EDH D 8289/78, X. c/ Autriche, 5 mars 1980, Ann. Conv. EDH 1980.253.

20. Comm. EDH, D 6323/73, *Salvatore Boccheri c/ Italie*, DR 8, p. 64.

21. Cf. également Comm. EDH D 5523/72, *Herbert Huber c/ Autriche*, 4-5 oct. 1974, Ann. Conv. EDH 1974.331 : « les magistrats ne doivent pas, dans l'exercice de leur tâche, partir de l'hypothèse que l'inculpé a commis l'acte dont il est accusé » ; Comm. EDH D 7950/77, X., Y., Z. c/ Autriche, 4 mars 1980, DR 19, p. 221 et Comm. EDH, D 9037/80, X. c/ Suisse, 5 mai 1981, p. 222 : « cette disposition ... interdit notamment de partir de la conviction ou de la supposition que le prévenu est coupable ».

22. Cf. également Comm. EDH D 7950/77, X., Y., Z. c/ Autriche, 4 mars 1980, DR 19, p. 221 : « le juge ... ne peut condamner que si l'accusation a réussi à prouver en sa présence que l'accusé est coupable ». Dans le même sens, cf. Comm. EDH D 9037/80, X. c/ Suisse, 5 mai 1981, p. 222 ; Comm. EDH D 10519/83, *Amosi Salabiaku c/ France*, 16 avr. 1986, DR 46, p. 105.

prendre leur décision, ils ne doivent arriver à une condamnation que sur la base de preuves directes ou indirectes mais suffisamment fortes, aux yeux de la loi, pour établir la culpabilité »²³. En ce sens, « l'article 6 § 2 concerne au premier chef l'état d'esprit dans lequel les juges s'acquittent de leur tâche »²⁴ et constitue « une garantie de caractère procédural s'appliquant à toute procédure pénale »²⁵. Ainsi y a-t-il violation de cette disposition si le tribunal donne l'impression qu'il « partage l'animosité qui se fait jour à l'endroit de l'accusé et considère celui-ci comme condamné d'avance »²⁶, et en particulier si, « sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu, ... une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable »²⁷.

A la question de savoir si l'obligation pour une personne soupçonnée d'avoir conduit un véhicule en état d'ébriété de se soumettre à une prise de sang est contraire à ce principe, en ce qu'elle l'obligerait à fournir elle-même une preuve de sa culpabilité, la Commission a répondu qu'il s'agit là « d'un moyen de preuve qui peut être soit favorable soit défavorable au prévenu » et qu'elle « estime justifié que le ministère public, pour s'acquitter de sa tâche, puisse prendre certaines mesures affectant la personne qu'il soupçonne d'une infraction »²⁸.

La Cour a également jugé que la disposition légale qui permet au prévenu de faire une déclaration initiale, aussitôt après la lecture de l'acte de l'accusation n'aboutit pas à déplacer le fardeau de la preuve, dans la mesure où il s'agit d'une « latitude dont il peut user dans son propre intérêt », mais qui « ne l'oblige point à parler ni à répondre aux questions »²⁹.

Par ailleurs, la Commission a estimé que « la technique juridique d'un moyen de défense appelé communément "la preuve de vérité" permettant à la personne accusée de diffamation par voie de presse de se disculper en démontrant la véracité de son assertion, « ne veut absolument pas dire que l'accusé doit prouver son innocence » et, compte tenu de son but qui est de protéger la victime d'assertions fausses, ne viole pas le principe de la présomption d'innocence »³⁰.

En revanche, la Commission a déclaré recevable, sur cette base, la requête incriminant une disposition établissant une double présomption d'imputabilité matérielle et de responsabilité, au motif qu'elle « pourrait conduire un accusé à devoir apporter la preuve de sa non-culpabilité »³¹. La Cour a cependant jugé dans cette affaire que, si « l'article 6 § 2 ne se désintéresse ... pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives », il se contente de commander « aux Etats de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense »³². Elle a estimé dès lors que l'application de ce mécanisme ne porte pas atteinte à

23. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 788/60, *Autriche c/ Italie*, Ann. Conv. EDH 1963.783-785 ; Comm. EDH, D 7628/76, X. c/ *Belgique*, DR 9, p. 971 ; Cour EDH, arrêt *Barbera, Messegue et Jabardo*, 6 déc. 1988, série A, n° 146, p. 33.

24. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 788/60, *Autriche c/ Italie*, Ann. Conv. EDH 1963.785 ; Comm. EDH D 5528/72, *Herbert Huber c/ Autriche*, 45 oct. 1974, Ann. Conv. EDH 1974.331 ; Comm. EDH D 7950/77, X., Y, Z, c/ *Autriche*, 4 mars 1980, DR 19, p. 221 ; Comm. EDH, D 9037/80, X. c/ *Suisse*, 5 mai 1981, p. 222.

25. Comm. EDH, D 7986/77, *Petra Kravse c/ Suisse*, 3 oct. 1978, Ann. Conv. EDH 1978.521 ; Comm. EDH, D 9037/80, X. c/ *Suisse*, 5 mai 1981, p. 222 ; Comm. EDH, D 9077/80, X. c/ *Autriche*, 6 oct. 1981, DR 26, p. 213 ; Comm. EDH, D 10847/84, R.F. et S.F. c/ *Autriche*, 7 oct. 1985, DR 44, p. 241.

26. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 788/63, *Autriche c/ Italie*, Ann. Conv. EDH 1963.785.

27. Cour EDH, arrêt *Minelli*, 25 mars 1983, série A n° 62, p. 18.

28. Comm. EDH D 8239/78, X. c/ *Pays-Bas*, 4 déc. 1978, DR 16, p. 185.

29. Cour EDH, arrêt *Kamasinski*, 19 déc. 1989, série A n° 168, p. 41.

30. Comm. EDH, D 8803/79, *Peter Michael Lingens et Gerd Leitgeb c/ Autriche*, 11 déc. 1981, DR p. 189.

31. Comm. EDH, D 10519/83, *Amosi Salabiaku c/ France*, 16 avr. 1986, DR 46, p. 105.

32. Cour EDH, arrêt *Salabiaku*, 7 oct. 1988, série A n° 141, p. 16.

la présomption d'innocence lorsque « les juges du fond ont su se garder de tout recours automatique à la présomption » et qu'« ils ont exercé leur pouvoir d'appréciation "au vu des éléments de preuve contradictoirement débattus devant eux" »³³.

C. — *Autres garanties découlant de la présomption d'innocence*

Même si les organes de la Convention ont donné aux garanties découlant de la présomption d'innocence une portée relativement large, on peut d'abord en rappeler certaines limites.

La Commission a ainsi pu décider que « le droit d'être présumé innocent jusqu'à ce que la culpabilité ait été légalement établie ... ne peut être interprété comme garantissant à un accusé qu'aucune opinion de nature à lui porter préjudice ne sera exprimée sur sa culpabilité par un témoin à son procès ». Elle a conclu, dès lors, que la déclaration qu'aurait faite un psychiatre durant le procès, aux termes de laquelle « il n'hésiterait pas à dire et à redire que le requérant est une canaille », « ne tombe pas sous le coup de l'article 6, § 2 de la Convention »³⁴.

La Commission a également estimé que le fait d'ordonner un examen médical de l'accusé ne peut être considéré comme « préjudiciable à l'établissement de l'innocence ou de la culpabilité du requérant » et « constitue un aspect normal et souvent souhaitable d'une instruction complète et consciencieuse de l'affaire »³⁵.

La Commission a également jugé que la communication, pendant le procès, d'informations relatives aux condamnations antérieures de l'accusé ne constitue pas une violation de la présomption d'innocence³⁶. De même, elle a estimé que « la saisie provisionnelle des sommes trouvées en possession d'une personne au moment de son arrestation ne préjuge en rien de sa culpabilité » et ne « crée qu'une sécurité au bénéfice du gouvernement pour la couverture des frais possibles »³⁷. Dans le même sens, la Commission a estimé que « la détention de sûreté dans un établissement pour récidivistes ... ne saurait poser de problème quant à sa compatibilité avec l'article 6, § 2 de la Convention », dans la mesure où « rendre un jugement concernant le caractère dangereux d'un individu n'est pas en soi contraire à la présomption d'innocence »³⁸.

Il a également été décidé que la présomption d'innocence « a trait à la déclaration de culpabilité, non à la nature ni au taux de la peine », ce qui « n'empêche donc pas le juge national d'avoir égard, en se prononçant sur la sanction à infliger à un accusé qu'il a régulièrement convaincu de l'infraction soumise à son verdict, à des éléments relatifs à la personnalité de l'intéressé », et en particulier à ses « antécédents judiciaires »³⁹.

De même, les organes de la Convention ont estimé qu'« on ne saurait déduire de l'article 6, § 2, une obligation générale de l'Etat d'accorder à tout accusé qui, finalement, n'a pas été reconnu coupable par un tribunal compétent, une répa-

33. *Ibid.* p. 18.

34. Comm. EDH D 343/57, *Nielsen c/ Danemark*, 2 sept. 1959, *Ann. Conv. EDH* 1958-1959, p. 447.

35. Comm. EDH D 986/61, *X. c/ République fédérale d'Allemagne*, 7 mai 1962, *Ann. Conv. EDH* 1962.199 ; Comm. EDH D 8239/78, *X. c/ Pays-Bas*, 4 déc. 1978, *DR* 16, p. 185.

36. Comm. EDH, D 2518/65, *X. c/ Danemark*, 14 déc. 1965, *Ann. Conv. EDH* 1965.373 ; Comm. EDH, D 2742/66, *X. c/ Autriche*, 1^{er} avr. 1966, *Ann. Conv. EDH* 1966.555.

37. Comm. EDH D 4338/69, *X. c/ Autriche*, 17 déc. 1970, *Ann. Conv. EDH* 1970.913.

38. Comm. EDH D 9167/80, *X. c/ Autriche*, 15 oct. 1981, *DR* 26.253.

39. Cour EDH, arrêt *Engel et autres*, 8 juin 1976, série A n° 22, p. 38 ; Cour EDH, arrêt *Albert et Le Compte*, 28 mai 1982, série A n° 58, p. 20 ; Comm. EDH, D 7058/75, *X. c/ République fédérale d'Allemagne*, 12 juill. 1976, *DR* 6, p. 130.

ration au titre de la période passée en détention provisoire »⁴⁰, pas plus qu'« on ne saurait en déduire l'obligation pour les Etats de laisser les personnes ayant bénéficié d'un acquittement, libres de tous frais ou dépenses »⁴¹.

Cette disposition n'empêche pas non plus « les autorités de poursuites de soupçonner quelqu'un d'avoir commis une infraction », ni « le parquet de décider de ne pas poursuivre ou d'abandonner l'accusation et le juge de mettre fin à la procédure sans jugement »⁴², même si cette décision « donne simplement l'impression que les raisons de soupçonner l'intéressé d'une infraction subsistent »⁴³.

En revanche, la Commission a estimé que l'article 6, § 2 ne concernait pas seulement l'état d'esprit dans lequel les juges s'acquittent de leur tâche, mais également « l'attitude d'autres personnes qui participent à la procédure, par exemple les représentants du ministère public et de la partie civile, les experts et les témoins »⁴⁴. Cet article garantit dès lors à tout individu que « les représentants de l'Etat ne pourront pas le traiter comme coupable d'une infraction avant qu'un tribunal compétent ne l'ait établi selon la loi »⁴⁵.

Il en résulte en particulier que « les autorités, surtout celles qui s'occupent d'enquêtes et de procédures pénales, doivent se montrer très prudentes lorsqu'elles font des déclarations publiques sur des questions en cours d'instruction et sur les personnes qui en font l'objet, afin d'éviter autant que possible que ces déclarations soient mal interprétées par le public et conduisent à mettre en question l'innocence du requérant avant même qu'il ait été jugé »⁴⁶. Il a été ainsi admis que « dans certaines circonstances les informations communiquées à la presse par des fonctionnaires avant la condamnation d'un accusé puissent porter atteinte aux dispositions de l'article 6, § 2, de la Convention »⁴⁷, notamment « en influençant l'opinion publique et, par là-même, les jurés appelés à se prononcer sur la culpabilité d'un accusé »⁴⁸. En revanche, des déclarations faites par le ministre compétent ou par un représentant du parquet tendant à « informer le public d'une enquête pénale en cours », sans inclure « une déclaration formelle qu'une personne est coupable » ne méconnaissent pas cette disposition⁴⁹, pas

40. Comm. EDH D 7950/80, *Hans Eckle c/ République fédérale d'Allemagne*, 14 mai 1981, DR 24, p. 236.

41. Comm. EDH D 9037/80, X. c/ Suisse, 5 mai 1981, DR 24, p. 222 ; Comm. EDH D 9531/81, X. c/ République fédérale d'Allemagne, 6 oct. 1982, DR 31, p. 216 ; Comm. EDH D 9688/82, *Famille C. c/ Suisse*, 16 déc. 1983, DR 35, p. 100 ; Comm. EDH, rap. sur la requête n° 10107/82, I. et C. c/ Suisse, 4 déc. 1985, DR 48, p. 53. Cf. également Cour EDH, arrêt *Minelli*, 25 mars 1983, série A n° 62, p. 17 ; Cour EDH, arrêt *Lutz*, 25 août 1987, série A n° 123, p. 25.

42. Comm. EDH D 9531/77, X., U. et Z. c/ Autriche, 4 mars 1980, DR 19, p. 221 ; Comm. EDH, D 9531/81, X. c/ République fédérale d'Allemagne, 6 oct. 1982, DR 31, p. 215.

43. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 10107/82 I. et C. c/ Suisse, 4 déc. 1985, DR 48, p. 55.

44. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 788/63, *Autriche c/ Italie*, Ann. Conv. EDH 1963, p. 785.

45. Comm. EDH, D 7986/77, *Petra Krause c/ Suisse*, 3 oct. 1978, Ann. Conv. EDH 1978, p. 521 ; Comm. EDH, D 10847/84, R.F. et S.F. c/ Autriche, 7 oct. 1985, DR 44, p. 241. Cf. également, Comm. EDH, D 7950/77, X., Y., Z. c/ Autriche, 4 mars 1980, DR 19, p. 221 : « le § 2 de l'article 6, en liaison avec le § 1 du même article, ... protège toute personne qui n'a pas été reconnue coupable par un tribunal au terme d'un procès équitable contre toute déclaration de représentants de l'Etat faisant état de sa culpabilité ou l'assimilant à une personne reconnue coupable » ; Comm. EDH, D 9077/80, X. c/ Autriche, 6 oct. 1981, DR 26, p. 213 ; Comm. EDH, D 10857/84, *Georges et Louise Bricmont c/ Belgique*, 15 juill. 1986, DR 48, p. 122 : « le principe ... exige qu'aucun représentant de l'Etat ne déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que la culpabilité ait été établie par un tribunal » ; Comm. EDH D 8361/78, X. c/ Pays-Bas, 17 déc. 1981, DR 27, p. 48 ; Comm. EDH, D 9295/81, X. c/ Autriche, 6 oct. 1982, DR 30, p. 230.

46. Comm. EDH, D 8361/78, X. c/ Pays-Bas, 17 déc. 1981, DR 27, p. 49.

47. Comm. EDH, D 2343/64, X. c/ Autriche, 7 févr. 1967, Ann. Conv. EDH 1967.183.

48. Comm. EDH, D 1476/62, X. c/ Autriche, DR 11, p. 31 ; Comm. EDH, D8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79, *Crociani et autres c/ Italie*, Ann. Conv. EDH 1981.275.

49. Comm. EDH, D 7986/77, *Petra Krause c/ Suisse*, 3 oct. 1978, Ann. Conv. EDH 1978.521 ; Comm. EDH, D 8361/78, X. c/ Pays-Bas, 17 déc. 1981, DR 27, p. 49 ; Comm. EDH, D 10857/84, *Georges et Louise Bricmont c/ Belgique*, 15 juill. 1986, DR 48, p. 122.

plus que des déclarations émanant tant de la presse que des autorités responsables de la politique criminelle, portant « non sur la culpabilité des accusés mais sur leur caractère dangereux lorsqu'elles disposent d'éléments d'information non contestés »⁵⁰. Il en va de même de « la diffusion par la police d'un communiqué de presse » dont certains termes, pris isolément, « se rapprochent d'une affirmation de culpabilité », mais qui, « pris dans son ensemble ... ne contient pas l'affirmation que la requérante était coupable »⁵¹.

Par ailleurs, « il peut y avoir violation de l'article 6, § 2 lorsque des magistrats déclarent qu'une personne est coupable d'une infraction sans qu'un tribunal n'en ait ainsi décidé »⁵², et en particulier « après une décision de suspendre les poursuites, lorsque le juge est appelé à statuer sur des questions comme celle des frais et dépens ou des réparations après poursuites »⁵³, eu égard aux « motifs invoqués par le tribunal compétent pour en décider »⁵⁴. Cette disposition régit donc « l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul bien-fondé de l'accusation »⁵⁵. Dès lors, si « le fait de mettre certains frais ou certaine indemnité à charge d'un accusé, lorsque la procédure n'a pris fin ni par une condamnation ni par un acquittement, ne saurait à lui seul constituer une atteinte au principe de la présomption d'innocence », « en revanche, un problème se pose sur le terrain de l'article 6, § 2, si la répartition de ces dépenses, telle qu'elle ait été arrêtée est résultée d'une appréciation de la culpabilité de l'accusé, de telle sorte que les frais mis à sa charge pourraient apparaître comme une sorte de peine de suspicion »⁵⁶. De même, lorsque le tribunal n'a pas seulement évoqué « la persistance de soupçons, mais s'est prononcé sans ambiguïté sur l'issue qu'aurait eue la procédure si elle n'avait pas été abandonnée », une telle déclaration « ne saurait être compatible avec l'article 6 § 2 que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsque l'accusé a fait l'objet d'une condamnation définitive dans une affaire liée cependant à un ensemble d'activités criminelles visées aussi par la procédure abandonnée »⁵⁷.

La question a été ainsi posée de savoir si le fait qu'un tribunal, après avoir prononcé un non-lieu au bénéfice de l'accusé, ait décidé de ne pas lui rembourser ses débours personnels au motif qu'il « aurait normalement été condamné » et qu'un « acquittement paraissait invraisemblable » ou encore que « le résultat de l'enquête et les constatations du premier juge avaient fait apparaître la condamnation comme justifiée », enfreint cette exigence. Dans les affaires *Neubecker* et *Liebig*, la Commission avait estimé cette question suffisamment com-

50. Comm. EDH D 7572/76, 7586/76 et 7587/76, *G. Ensslin, A. Baader et J. Raspe c/ République fédérale d'Allemagne*, 8 juill. 1978, DR 14, p. 88.

51. Comm. EDH, D 9077/80, *X. c/ Autriche*, 6 oct. 1981, DR 26, p. 213-214. Cf. également Comm. EDH, D 10847/84, *R.F. et S.F. c/ Autriche*, 7 oct. 1985, DR 44, p. 242.

52. Comm. EDH D 7986/77, *Petra Krause c/ Suisse*, 3 oct. 1978, *Ann. Conv. EDH* 1978.521.

53. Comm. EDH, D 7950/77, *X., Y., Z. c/ Autriche*, 4 mars 1980, DR 19, p. 221; Comm. EDH, D 9053/80, *X. c/ République fédérale d'Allemagne*, 13 juill. 1982, DR 29, p. 150.

54. *Ibid.*

55. Cour EDH, arrêt *Minelli*, 25 mars 1983, série A n° 62, p. 15-16.

56. Comm. EDH, D 10107/82, *I. et C. c/ Suisse*, 12 juill. 1984, DR 38, p. 102. Cf. également Cour EDH, arrêt *Lutz*, 25 août 1987, série A n° 123, p. 25 : « une décision refusant à un "accusé", après l'arrêt des poursuites, le remboursement de ses frais et dépens nécessaires, peut soulever un problème sous l'angle de l'article 6 § 2 si des motifs indissociables du dispositif ... équivalent en substance à un constat de culpabilité sans établissement légal préalable de celle-ci » ; Cour EDH, arrêt *Englert*, 25 août 1987, série A n° 123-B, p. 54-55 ; Cour EDH, arrêt *Nolkenbockhoff*, 25 août 1987, série A n° 123-C, p. 79.

57. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 10107, *I. et C. c/ Suisse*, 4 déc. 1985, DR 48, p. 56.

plexe que pour déclarer la requête recevable⁵⁸. L'affaire fit cependant l'objet, dans les deux cas, d'un règlement amiable entre les parties. La Commission a également déclaré recevable une requête faisant grief au tribunal d'avoir mis fin à une procédure pénale sans prononcer aucune peine vu l'insignifiance de l'infraction, mais tout en constatant, sans enquête judiciaire, certains faits contestés par le requérant⁵⁹. Elle a également considéré que l'affirmation selon laquelle les requérants avaient « après tout commis des infractions » était incompatible avec la présomption d'innocence⁶⁰. La Cour a également jugé incompatible avec cette présomption l'affirmation selon laquelle les faits auraient « très probablement conduit à la condamnation » du requérant, accompagnée de la référence à « des décisions prises dans deux autres causes, relatives aux mêmes faits mais auxquelles (le requérant) n'était point partie et qui, juridiquement, se distinguaient de la sienne »⁶¹. Dans d'autres affaires, elle s'est cependant écartée d'une telle appréciation, pourtant adoptée par la Commission⁶², en estimant que des expressions, telles que « aurait presque certainement été condamné » ou « une condamnation était beaucoup plus probable qu'un acquittement », indiquaient seulement que « de graves soupçons continuaient à peser » sur le requérant et « ne renfermaient pas un constat de culpabilité »⁶³. Par ailleurs, la Commission a estimé qu'en refusant d'accorder aux accusés une réparation au titre de leur détention provisoire, après l'abandon des poursuites pénales consécutif à l'exercice du droit de grâce, au motif qu'en ce cas, « on ne peut pas généralement considérer que les soupçons ont été écartés », la Cour « n'a pas fait de déclaration formelle sur la culpabilité des requérants » et, partant, n'a pas violé l'article 6, § 2⁶⁴. De même, la Commission a estimé que le refus d'accorder une réparation pour la raison « qu'une condamnation était vraisemblable » étant donné les condamnations dont l'intéressé avait déjà fait l'objet dans le cadre « de poursuites pénales analogues », ne constituait pas une violation du principe de la présomption d'innocence⁶⁵. Le fait d'avoir mis les frais de procédure à charge des requérants malgré la décision de non-lieu dont ils avaient bénéficié, et cela en raison de leur « comportement négligent », a également été considéré comme ne donnant « pas l'impression que les requérants sont coupables d'une infraction pénale, mais seulement qu'ils ont agi à la légère »⁶⁶.

La Commission a également considéré que « les juridictions qui ont à connaître des conséquences non pénales d'un comportement qui a fait l'objet de poursuites pénales ... sont liées par la décision du juge pénal concluant à l'ab-

58. Comm. EDH, D 6281/73, *Otto Friedrich Neubecker c/ République fédérale d'Allemagne*, 5 mars 1976, DR 5, p. 23 ; Comm. EDH, D 6650/74, *Rainer Liebig c/ République fédérale d'Allemagne*, 15 juill. 1976, Ann. Conv. EDH 1976.343.

59. Comm. EDH, D 8269/78, *X. c/ Autriche*, 6 juill. 1979, Ann. Conv. EDH 1979.343. Cf. à ce sujet, Cour EDH arrêt *Adolf*, 26 mars 1982, série A n° 49, p. 19 qui n'a pas retenu la violation de l'article 6, en admettant que la décision incriminée devait être lue conjointement avec l'arrêt de la Cour suprême qui avait expressément déchargé le requérant de tout constat de culpabilité.

60. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 10107/82, *I. et C. c/ Suisse*, 4 déc. 1985, DR 48, p. 55-56.

61. Cour EDH, arrêt *Minelli*, 25 mars 1983, série A n° 62, p. 18.

62. Comm. EDH, rap. sur l'affaire *Lutz*, 18 oct. 1985, série A n° 123, p. 35 : « la Commission admet avec le requérant que les motifs en question ici peuvent très bien être compris comme indiquant que le requérant non seulement a continué d'être soupçonné d'avoir commis une infraction mineure au code de la route, mais encore qu'il était bien coupable de cette infraction ». Il en va de même pour Comm. EDH, rap. sur l'affaire *Englert*, 9 oct. 1985, série A n° 123, p. 63 ; Comm. EDH, rap. sur l'affaire *Nölkenbockhoff*, 9 oct. 1985, série A n° 123-C, p. 90.

63. Cour EDH, arrêt *Lutz*, 25 août 1987, série A n° 123, p. 25-26 ; Cour EDH, arrêt *Englert*, 25 août 1987, série A n° 123-B, p. 55 ; Cour EDH, arrêt *Nölkenbockhoff*, 25 août 1987, série A n° 123-C, p. 81.

64. Comm. EDH, D 7950/77, *X., Y., Z. c/ Autriche*, 4 mars 1980, DR 19, p. 222.

65. Comm. EDH, D 9108/80, *Hans Eckle c/ République fédérale d'Allemagne*, 14 mai 1981, DR 24, p. 237.

66. Comm. EDH, D 9688/82, *Famille C. c/ Suisse*, 16 oct. 1983, DR 35, p. 100.

sence d'une responsabilité pénale pour les faits litigieux », mais que « cela ne les empêche pas, bien entendu d'établir par exemple une responsabilité civile à raison des mêmes faits »⁶⁷. Inversement, lorsqu'une juridiction civile sursoit à statuer en attendant la décision de la juridiction pénale, il lui appartient de ne porter « aucune appréciation sur la culpabilité ou une vraisemblance de culpabilité du requérant »⁶⁸.

III. — L'ADMISSIBILITÉ DES MODES DE PREUVE

Si, comme nous l'avons déjà rappelé, l'admissibilité des modes de preuve est en principe considérée comme relevant du droit interne, les organes de la Convention se sont néanmoins fondés sur l'article 6, § 2, en ce qu'il prévoit que la culpabilité de l'accusé doit être « légalement établie », pour lui imposer certaines limites⁶⁹.

Ainsi le fait que l'accusé ait « été victime, au cours de l'instruction préparatoire, de sévices destinés à lui arracher des aveux » constitue, indépendamment des griefs que l'on pourrait formuler sur la base de l'article 3 de la Convention, une infraction à l'article 6, § 2, au cas où « le tribunal, par la suite, aurait accordé une force probante quelconque à des aveux extorqués de la sorte »⁷⁰. « L'aveu n'est recevable que s'il est établi qu'il a été fait spontanément »⁷¹.

L'admissibilité d'un examen de sang obligatoire comme mode de preuve aurait pu également, semble-t-il, être considérée sous le même angle. La Commission semble, cependant, s'être limitée à l'apprécier sous l'angle de la présomption d'innocence, comme nous l'avons déjà rappelé, de même que sous l'angle de l'article 8 relatif à la protection de la vie privée⁷².

Quant à l'admissibilité d'un moyen de preuve, tel qu'un enregistrement illégal, qui n'a pas été recueilli conformément au droit interne, la Commission a estimé qu'elle « pose des problèmes délicats au regard de la notion de procès équitable »⁷³. Cependant, et cela sur avis conforme de la Commission, la Cour est partie du principe, déjà rappelé, que la Convention ne régit pas l'admissibilité des preuves en tant que telle pour décider qu'elle « ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale » et qu'il « lui incombe seulement de rechercher si le procès ... a présenté dans l'ensemble un caractère équitable »⁷⁴. Le fait que le requérant ait eu connais-

67. Comm. EDH, D 9295/81, X. c/ Autriche, 6 oct. 1982, DR 30, p. 230.

68. Comm. EDH, D 10103/82, Christian Farragut c/ France, 6 juill. 1984, DR 39, p. 198.

69. A cet égard, cf. notamment Cour EDH, arrêt *Salabiaku*, 7 oct. 1988, série A n° 141, p. 16 : « le législateur national pourrait à sa guise priver le juge du fond d'un véritable pouvoir d'appréciation, si les mots "légalement établie" impliquaient un renvoi inconditionnel au droit interne ».

70. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 788/60, Autriche c/ Italie, Ann. Conv. EDH 1963.785. Cf. également Comm. EDH, D 5523/72, *Herbert Huber c/ Autriche*, 4-5 oct. 1974, Ann. Conv. EDH 1974.331, où se trouve visé le cas où « le tribunal admet comme preuve péremptoire, sans aucune appréciation, des aveux irrégulièrement obtenus ».

71. Comm. EDH, D 9370/81, G. c/ Royaume-Uni, 13 oct. 1983, DR 35, p. 85. A ce sujet, cf. également Comm. EDH, rap. sur les requêtes n° 3321/67, Danemark c/ Grèce, 3222/67, Norvège c/ Grèce, 3323/67, Suède c/ Grèce et 3344/67, Pays-Bas c/ Grèce, Ann. Conv. EDH *The Greek case*, 1969.149 où la Commission a retenu le grief selon lequel les victimes de tortures ou de traitements dégradants, en l'absence d'examen de leur plainte, n'ont pas pu démontrer l'influence que ceux-ci auraient exercée sur leurs déclarations.

72. Comm. EDH, D 8239/78, X. c/ Pays-Bas, 4 déc. 1978, DR 16, p. 187 : « pour autant que l'examen obligatoire du sang puisse être considéré comme portant atteinte à la vie privée au sens de l'article 8, § 1, il peut être considéré comme nécessaire à la protection du droit des tiers, au sens du § 2 dudit article ».

73. Comm. EDH, D 10862/84, *Pierre Schenk c/ Suisse*, 6 mars 1986, DR 46, p. 138.

74. Cour EDH, arrêt *Schenk*, 12 juill. 1988, série A n° 140, p. 29.

sance de l'enregistrement litigieux, qu'il ait eu la possibilité d'en contester l'authenticité et d'en combattre l'emploi, ajouté au fait qu'il n'ait pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation suffit à cet égard à lui assurer un procès équitable⁷⁵.

IV. — RÈGLES PARTICULIÈRES RELATIVES AU TÉMOIGNAGE

La Convention contient deux dispositions applicables au témoignage : l'article 6, § 3 d), aux termes duquel « tout accusé a droit notamment à ... interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge », et l'article 6, § 1 garantissant le déroulement équitable du procès, dans la mesure où « un procès pourrait ne pas remplir les conditions générales d'un procès équitable alors même que les droits minimaux garantis par le paragraphe 3 ... auraient été respectés »⁷⁶. En revanche, il a été décidé que « le refus d'entendre des témoins ne saurait par lui-même constituer une violation du principe de la présomption d'innocence »⁷⁷ et ne relève donc pas de l'article 6, § 2.

Dans l'application de ces dispositions, la Cour a, d'une manière constante, donné à la notion de « témoin » une signification large et « autonome »⁷⁸ qui est susceptible de s'écarter des qualifications adoptées en droit interne. La Cour a pu ainsi décider, à propos du directeur d'un institut fédéral pour le contrôle des denrées alimentaires désigné comme « expert » par le tribunal, que « les apparences rapprochaient plutôt le directeur d'un témoin à charge »⁷⁹. De même, elle a considéré comme témoin l'individu dont, bien qu'il n'ait « déposé en personne ni en première instance ni en appel », les « déclarations, lues à l'audience, furent prises en compte par les juges »⁸⁰.

A. — Convocation et interrogation des témoins

On peut d'abord rappeler que l'article 6, § 3 d) a pour but « d'assurer à la défense, en ce domaine, une entière égalité de traitement, par rapport à l'accusation et à la partie civile »⁸¹, ce qui ressort à la fois « de sa lettre » et « des travaux préparatoires »⁸².

75. *Ibid.* p. 29-30.

76. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 343/57, *Nielsen c/ Danemark*, série A n° 61, p. 81 ; Comm. EDH, rap. sur la requête n° 788/60, *Autriche c/ Italie*, Ann. Conv. EDH 1963.791. On peut concevoir, dès lors, qu'un tribunal qui refuse d'entendre un témoin à décharge puisse violer le § 1^{er} de l'article 6 tout en observant le principe d'égalité que consacre le § 3 d) : Comm. EDH, D 1404/62, *Ernst Wiechert c/ République fédérale d'Allemagne*, 7 mars 1964, Ann. Conv. EDH 1964.113.

77. Comm. EDH, D 8339/78, *Francis Schertenleib c/ Suisse*, 12 juill. 1979, DR 17, p. 202.

78. Cour EDH, arrêt *Windisch*, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 9 ; Cour EDH, arrêt *Delta*, 19 déc. 1990, série A n° 191, p. 15 ; Cour EDH, arrêt *Isgro*, 19 févr. 1991, série A n° 194, p. 8 ; Cour EDH, arrêt *Asch c/ Autriche*, 26 avr. 1991, série A n° 203, p. 6.

79. Cour EDH, arrêt *Bönisch*, 6 mai 1985, série A n° 92, p. 15.

80. Cour EDH, arrêt *Kostouski*, 20 nov. 1989, série A n° 166, p. 19-20 ; Cour EDH, arrêt *Windisch*, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 10 ; Cour EDH, arrêt *Delta*, 19 déc. 1990, série A n° 191, p. 15 ; Cour EDH, arrêt *Isgro*, 19 févr. 1991, série A n° 194, p. 8.

81. Comm. EDH, rap. sur la requête n° 788/60, *Autriche c/ Italie*, Ann. Conv. EDH 1963.773 ; Comm. EDH, D 1134/61, *X. c/ Belgique*, 19 déc. 1961, Ann. Conv. EDH 1961.383 ; Comm. EDH, D 9000/80, DR 28, p. 130. Cf. également Cour EDH, arrêt *Engel et autres*, 23 nov. 1976, série A n° 22, p. 38 : « ce texte ... a pour but essentiel une complète "égalité des armes" en la matière ».

82. Comm. EDH, D 788/60, *Autriche c/ Italie*, 11 janv. 1961, Ann. Conv. EDH 1961.173.

En revanche, les organes de la Convention ont décidé d'une manière constante que l'article 6, § 3 d) « ne permet pas à l'accusé d'obtenir la convocation de n'importe quelle personne et notamment de celle qui n'est pas en mesure, par ses déclarations, d'aider à la manifestation de la vérité »⁸³. Il en résulte que « les autorités judiciaires compétentes des Etats contractants demeurent donc libres, sous réserve du respect de la Convention et, notamment, du principe d'égalité susmentionné, de s'assurer que l'audition d'un témoin de la défense est susceptible d'aider à la manifestation de la vérité et, dans le cas contraire, de ne pas convoquer ce témoin »⁸⁴. La Cour a même été jusqu'à affirmer qu'« il incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou opportunité de citer un témoin » et que seules « des circonstances exceptionnelles pourraient conduire la Cour à conclure à l'incompatibilité avec l'article 6 de la non-audition d'une personne comme témoin »⁸⁵. *A fortiori*, il a été admis que « le droit interne des Hautes Parties contractantes peut fixer des conditions pour l'admission ... de témoins, pourvu que ces conditions soient identiques pour les témoins des deux parties »⁸⁶. En particulier, le fait que les tribunaux « n'ont pas pu contraindre (le témoin cité par la défense) à témoigner en raison de l'immunité dont il jouissait et que le Parlement a refusé de lever » ne saurait entacher le procès d'iniquité⁸⁷.

Par ailleurs, il a été décidé que le refus d'entendre des témoins ne peut être apprécié qu'« après la fin de la procédure, sous réserve du cas où un élément du procès aurait une importance telle qu'il soit décisif pour juger de son déroulement sans plus attendre ». Il s'ensuit que le refus du juge d'instruction d'entendre les témoins cités par le requérant ne constitue pas une violation de l'article 6, § 3 d) s'il n'est pas démontré que ce refus « empêcherait leur audition par la juridiction de jugement »⁸⁸.

Ces principes s'appliquent également à l'interrogation des témoins à charge : « un accusé ne possède pas, en vertu de cette disposition, le droit illimité de poser des questions à des témoins déposant contre lui en justice. L'exercice de ce droit est subordonné à l'appréciation du tribunal sur la pertinence des questions pour aider à la découverte de la vérité et par conséquent sur leur nécessité »⁸⁹.

83. Comm. EDH, D 617/59, *Alois Hopfinger c/ Autriche*, 19 déc. 1960, *Ann. Conv. EDH* 1960.391-393 ; Comm. EDH, D 753/60, *X. c/ Autriche*, 5 août 1960, *Ann. Conv. EDH* 1960.321 ; Comm. EDH D 1167/61, *X. c/ Association allemande de Z. c/ République fédérale d'Allemagne*, *Ann. Conv. EDH* 1963.219 ; Comm. EDH, D 9000/80, *X. c/ Suisse*, *DR* 28, p. 131. Cf. également Comm. EDH, D 3692/68, *X. c/ Pays-Bas*, 5 févr. 1970, *Ann. Conv. EDH* 1970.527 ; Comm. EDH, D 4042/69, *X. c/ Royaume-Uni*, 2 févr. 1970, *Ann. Conv. EDH* 1970.695 : « les dispositions de l'article 6, § 3 d), de la Convention, ne donnent pas à l'accusé le droit général d'obtenir l'audition de témoins à décharge ; qu'en particulier un tribunal est fondé à refuser de convoquer des témoins dont les déclarations ne pourraient avoir aucun intérêt dans le cas d'espèce » ; Comm. EDH, D 10563/83, *John Ekbatani c/ Suède*, 5 juill. 1985, *DR* 44, p. 122.

84. Comm. EDH, D 1134/61, *X. c/ Belgique*, *Ann. Conv. EDH* 1961.383 ; Comm. EDH, D 1404/62, *Ernst Wiechert c/ République fédérale d'Allemagne*, 7 mars 1964, *Ann. Conv. EDH* 1964.113 ; Comm. EDH D 5560/72, *X. c/ Autriche*, 31 mai 1973, *Ann. Conv. EDH* 1973.191. Cf. également Comm. EDH, D 4607/70, *X. c/ Royaume-Uni*, 3 févr. 1971, p. 659 : « les tribunaux compétents des parties contractantes ont toute liberté, pourvu qu'ils respectent des dispositions de la Convention, pour décider si l'audition d'un témoin à décharge est vraisemblablement de nature à favoriser l'établissement de la vérité, et, dans le cas contraire, pour décider de ne pas convoquer le témoin en question ».

85. Cour EDH, arrêt *Bricmont*, 7 juill. 1989, série A n° 158, p. 31. Cf. également Cour EDH, arrêt *Engel et autres*, 23 nov. 1976, série A n° 22, p. 38 : « sous cette réserve (respect de l'égalité des armes), il laisse aux autorités nationales compétentes le soin de juger de la pertinence d'une offre de preuve dans la mesure compatible avec la notion de procès équitable qui domine l'ensemble de l'article 6 ».

86. Comm. EDH, D 4428/70, *X. c/ Autriche*, 1^{er} juin 1972, *Ann. Conv. EDH* 1972.283.

87. Comm. EDH, D 8803/79, *Peter Michael Lingens et Gerd Leitgeb c/ Autriche*, 11 déc. 1981, *DR* 26, p. 100.

88. Comm. EDH, D 8939/78, *Francis Schertenleib c/ Suisse*, 12 juill. 1979, *DR* 17, p. 203.

89. Comm. EDH, D 4428/70, *X. c/ Autriche*, 1^{er} juin 1972, *Ann. Conv. EDH* 1972.283.

La Cour a également décidé que, si « les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire⁹⁰, ... l'emploi de dépositions remontant à la phase de l'instruction préparatoire ne se heurte pas en soi aux paragraphes 3 d) et 1 de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense » et de ce que, en règle générale, l'accusé ait eu « une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard »⁹¹. Ceci n'implique pas nécessairement la présence de son avocat, si « le ministère public se trouvait lui aussi absent »⁹², ni même « la présence de l'inculpé lors de l'audition des témoins antérieure au procès si ces témoins sont à nouveau entendus pendant le procès et qu'ils peuvent alors y être interrogés par l'accusé »⁹³.

De même, il a été jugé que le fait que l'on n'ait pu divulguer les noms des personnes qui avaient fourni des renseignements sur le requérant et, par le fait même, autoriser celui-ci à les interroger, ne viole pas l'article 6, § 3 d), lorsque « le requérant n'a pas démontré que la divulgation du nom ... fût nécessaire, en l'espèce, au tribunal pour établir la vérité des accusations »⁹⁴.

En revanche, le fait que des témoins à charge, après avoir été entendus par la gendarmerie, aient refusé de témoigner devant les juridictions de jugement, empêchant ainsi le requérant de les « interroger ou faire interroger » au sujet de leurs dires, et réduisant ainsi sensiblement les droits de la défense, a été considéré comme violant le § 1 de l'article 6 de la Convention, combiné avec les principes inhérents au § 3 d)⁹⁵. Il en va de même lorsque le tribunal refuse de faire comparaître ces témoins, avec comme conséquence que « ni le requérant ni son conseil n'eurent jamais une occasion suffisante d'interroger des témoins dont les dires, recueillis en leur absence et rapportés plus tard par un fonctionnaire de police ... furent pris en compte par le juge du fond, d'une manière déterminante en première instance et en appel, le dossier ne contenant aucun autre indice »⁹⁶.

La Cour a également jugé que « la décision de protéger l'anonymat » de deux témoins à charge, même si elle s'appuie sur un « intérêt légitime », a eu pour conséquence que, « ignorant leur identité, la défense subit un handicap presque insurmontable : il lui manqua les renseignements nécessaires pour contrôler la crédibilité des témoins ou jeter le doute sur celle-ci »⁹⁷, d'autant plus que les renseignements fournis et l'identification opérée par les 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 »⁹⁸ ou, tout au moins, que « la condamnation se fondait "à un degré déterminant" sur les dépositions anonymes »⁹⁹. Il s'ensuit que l'accusé n'a pu, dans ces conditions, jouir d'un procès

90. Cour EDH, arrêt *Barbera, Messegué et Jabardo*, 6 déc. 1988, série A n° 146, p. 34.

91. Cour EDH, arrêt *Kostovski*, 20 nov. 1989, série A n° 166, p. 20 ; Cour EDH arrêt *Windisch*, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 10 ; Cour EDH arrêt *Delta*, 19 déc. 1990, série A n° 191, p. 16 ; Cour EDH, arrêt *Isgro*, 19 févr. 1991, série A n° 194, p. 8 ; Cour EDH, arrêt *Asch c/ Autriche*, 26 avr. 1991, série A n° 203, p. 6-7.

92. Cour EDH, arrêt *Isgro*, 19 févr. 1991, série A n° 194, p. 9.

93. Comm. EDH, 8876/80, *X. c/ Belgique*, 16 oct. 1980, DR 23, p. 235.

94. Comm. EDH, D 4428/70, *X. c/ Autriche*, 1^{er} juin 1972, Ann. Conv. EDH 1972.285.

95. Cour EDH, arrêt *Unterpertinger*, 24 nov. 1986, série A n° 110, p. 15.

96. Cour EDH, arrêt *Delta*, 19 déc. 1990, série A n° 191, p. 16.

97. Cour EDH, arrêt *Kostovski*, 20 nov. 1989, série A n° 166, p. 20 ; Cour EDH, arrêt *Windisch*, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 11.

98. Cour EDH, arrêt *Windisch*, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 11.

99. Cour EDH, arrêt *Kostovski*, 20 nov. 1989, série A n° 166, p. 21.

équitable¹⁰⁰. En revanche, la Commission a estimé que l'utilisation à l'audience d'informations anonymes ne viole pas le droit à un procès équitable lorsque « le requérant a pu faire entendre divers témoins » contestant l'existence des faits et que « l'attention du jury a été attirée sur la valeur d'une déclaration non confirmée à l'audience sous la foi du serment », d'autant plus que « ce témoignage indirect ne constituait pas le seul élément de preuve »¹⁰¹.

La Commission a également estimé que, s'« il est en principe essentiel que l'accusé assiste lors de son procès à l'audition des témoins », ne viole pas cette disposition le fait que, dans des circonstances exceptionnelles, un témoin ait été entendu « en l'absence de la personne contre qui est dirigée la déposition, à condition que son avocat soit présent » et dans la mesure où « l'avocat pouvait pendant l'interrogatoire du témoin en question protéger les intérêts de la défense autant que le requérant l'aurait fait lui-même »¹⁰².

B. — *Autres garanties*

La Cour a décidé que « le principe de l'égalité des armes découlant de la notion de procès équitable ... et illustré par le § 3 d) de l'article 6 ... exigeait un équilibre entre son audition (d'un témoin à charge) et celle des personnes qui, à un titre quelconque, étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense », équilibre qui est rompu lorsqu'existe une « différence entre les places respectives de l'expert désigné par le tribunal et "l'expert-témoin" de la défense »¹⁰³.

La question a été posée, au regard de la garantie du procès équitable, de savoir si la condamnation d'un accusé sur base d'un témoignage par « oui-dire » viole la Convention. Il a été notamment jugé qu'une telle violation n'a pas lieu lorsque « la condamnation ... ne repose pas uniquement sur les témoignages par oui-dire, ... mais que d'autres moyens de preuve ont pesé sur lui » et que l'accusé n'a pas été empêché « de contester la véracité des déclarations faites ... ou de produire des moyens de preuve à sa décharge ou de présenter sa défense devant le tribunal par tout autre moyen »¹⁰⁴. La Commission a également estimé que l'article 6, § 1 « ne s'oppose pas ... à ce que le tribunal se fonde sur des preuves indirectes (*hearsay*) pour établir les faits dans toute leur vérité, dans la mesure où de tels témoignages ne sont pas utilisés de manière déloyale »¹⁰⁵.

Enfin, il a également été jugé que « l'arrestation d'un témoin par un magistrat du parquet ... est un acte exceptionnel qui peut affecter l'équité du procès lui-même »¹⁰⁶, mais qui peut cependant se justifier lorsqu'elle résulte d'un « juste équilibre entre la protection de la procédure pénale en tant que telle et les droits de l'accusé à un procès équitable » et notamment par le souci de faire respecter « l'obligation faite au témoin de dire la vérité »¹⁰⁷.

100. Cour EDH, arrêt *Kostovski*, 20 nov. 1989, série A n° 166, p. 21 ; Cour EDH, arrêt *Windisch*, 27 sept. 1990, série A n° 186, p. 11.

101. Comm. EDH, D 8417/78, X. c/ Belgique, 4 mai 1979, DR 16, p. 204.

102. Comm. EDH, D 8395/78, X. c/ Danemark, 16 déc. 1981, DR 27, p. 59-60 ; Comm. EDH, D 11219/84, *John Ib Nielsen Kurup c/ Danemark*, 10 juill. 1985, DR 42, p. 297-298.

103. Cour EDH, arrêt *Bönisch*, 6 mai 1985, série A n° 92, p. 16.

104. Comm. EDH, D 4428/70, X. c/ Autriche, 1^{er} juin 1972, Ann. Conv. EDH 1972.287-289.

105. Comm. EDH, D 8414/78, X. c/ République fédérale d'Allemagne, 4 juill. 1979, DR 17, p. 236.

106. Comm. EDH, D 8744/79, X. et Y. c/ République fédérale d'Allemagne, 2 mars 1983, DR 32, p. 147.

107. Comm. EDH, D 8744/79, X. et Y. c/ République fédérale d'Allemagne, 2 mars 1983, DR p. 148.

Les limites de la liberté de la preuve

Aspects actuels en France

Henri LECLERC

Avocat à la cour d'appel de Paris

Si l'on voulait rester sur le plan des principes, bien peu de divergences apparaîtraient entre la doctrine française en matière de preuve et les orientations de la jurisprudence européenne. Pourtant dans le domaine des preuves utilisées en matière pénale, la France a été condamnée récemment, à trois reprises, dans les affaires *Kruslin*, *Huwig* du 24 avril 1990 concernant l'utilisation à des fins probatoires d'écoutes téléphoniques, et dans l'affaire *Delta* du 10 décembre 1990 concernant les conditions dans lesquelles des témoignages ont pu être pris en considération pour prononcer une condamnation. Y aurait-il donc, entre la loi française et la Convention, des contradictions ?

I. — PRINCIPES FRANÇAIS ET EUROPÉENS EN MATIÈRE DE PREUVE

La preuve est libre en droit pénal français. Chacun le sait depuis qu'on a jeté dans le feu révolutionnaire l'absurde système des preuves légales. On lui a substitué l'intime conviction du juge, notion bien difficile à définir concrètement et que le code de procédure pénale cherche à serrer par un texte presque métaphysique, bien surprenant pour le juriste, celui de l'article 353 « la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-même dans le silence et le recueillement et de chercher dans la sincérité de leur conscience quelle impression ont faites, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction ? »

On peut gloser à l'infini sur ces prescriptions en forme de maximes qui font appel à une conception transcendante du juge. Mais, à lire de plus près ce texte, on y voit bien que les principes essentiels y sont affirmés : l'accusation a le devoir de rapporter des preuves et la défense doit avoir les moyens de les combattre.

C'est à l'audience publique, au cours du débat oral et contradictoire, que l'accusation doit donc apporter les preuves aux juges. Devant la cour d'assises bien sûr où le juré ne doit rien savoir que ce qu'il a entendu, puisque l'oralité du

débat est un principe d'ordre public auquel nul ne peut renoncer, même l'accusé (Crim. 19 mars 1896, *Bull. crim.* n° 107)¹.

Mais c'est aussi vrai devant le tribunal correctionnel, comme le prouve clairement l'article 427 : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».

Ces prescriptions légales s'inscrivent dans le cadre des principes qui régissent notre loi pénale : la *présomption d'innocence* proclamée par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et qui impose au juge le doute préalable et nécessaire à l'examen impartial des preuves. Le *formalisme* et le *légalisme* obligatoires dans la recherche et la production des preuves par l'article 7 « nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ». Les *droits de la défense* enfin, principe fondamental reconnu par les lois de la République.

C'est donc à la loi qu'il appartient d'organiser les modalités qui seront employées pour que le juge puisse forger sa décision. Les rédacteurs du code d'instruction criminelle de 1808 ont construit la méthode sur les décombres du système de l'ancien régime mis à mal par l'abolition de la torture préalable en 1788, puis radicalement détruit par les lois des 16 et 19 septembre 1791 et au sortir du chaos désastreux provoqué par la procédure révolutionnaire, passage brutal à un système accusatoire à l'anglaise, mal maîtrisé, immédiatement confronté aux soubresauts de la Terreur, sans cesse remanié et littéralement saboté par les juristes professionnels. Le système alors inventé louvoie entre l'inquisitoire et l'accusatoire ; il rattache la phase d'instruction préparatoire à la tradition et confie à un juge d'instruction puissant et travaillant en secret la recherche des éléments nécessaires à la manifestation de la vérité qui ne sont plus insérés dans le carcan des preuves légales. De plus, l'examen au fond des preuves a lieu à une audience où se déroule un débat contradictoire et oral sous le contrôle du public.

Tout cela a évolué avec le temps, au gré des pratiques et des critiques, des grandes réformes inlassablement mises à l'étude et des petites réformes juxtaposées de façon parfois incohérente. Aujourd'hui, le juge d'instruction, pilier du système de recherche des preuves, joue un rôle de plus en plus restreint puisque moins d'une affaire pénale sur dix lui est confiée. L'encombrement des audiences correctionnelles a souvent réduit le débat public à un simulacre et la participation de magistrats professionnels à la délibération du jury sur la culpabilité a considérablement relativisé le principe de l'oralité des débats en cour d'assises. Dans les mécanismes de l'intime conviction, la phase préparatoire a pris le pas sur l'audience publique dans le même temps où les exigences pressantes du droit à l'information, excitées par les moyens modernes de communication, érigent en juge l'opinion publique au moment où, dans un secret théoriquement affirmé mais sans cesse bafoué, se réunissent des preuves qui seront produites à l'audience publique, dans un quasi secret.

Dans le système français de l'administration de la preuve, ce que va chercher le juge d'instruction, ou la police judiciaire agissant le plus souvent sous le seul contrôle du ministère public, ce sont les éléments qui apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité et qui constitueront les preuves sur lesquelles s'appuyera l'accusation à l'audience.

1. V. aussi l'art. 347 c. pén. qui interdit la présence du dossier au cours des délibérations.

Certes, la preuve est libre mais la doctrine est unanime : toutes les preuves ne sont pas admissibles et tous les moyens ne sont pas bons pour les réunir. La loi fixe des limites. La morale et les principes aussi². Mais chacun sait que dans notre droit, ni la morale, ni les principes n'ont force de loi et pour peu qu'il ne soit pas démontré que la violation de la loi a « vicié la recherche et l'établissement de la vérité », il existe également bien des accommodements avec les prescriptions législatives³.

Quant à la loi, si elle ne respecte pas les principes, les citoyens seraient bien impuissants s'il n'y avait le contrôle européen puisque, juge de la loi et non juge du juge, le Conseil constitutionnel ne peut contrôler que la loi qui lui a été soumise et que le juge n'a pas le pouvoir de faire prévaloir les principes constitutionnels sur la loi écrite. En matière de preuve, le Conseil constitutionnel a affirmé le principe absolu de la présomption d'innocence, (Décis. 20 janv. 1981) ou des droits de la défense (Décis. 2 déc. 1976).

Mais la loi française et les décisions des juges sont aujourd'hui confrontées à la norme européenne, constitutionnellement supérieure et dans laquelle il va bien falloir enserrer les spécificités françaises.

C'est bien entendu l'article 6 de la Convention européenne qui détermine les principes en la matière : jugement public et équitable par un tribunal indépendant et impartial (6.1), présomption d'innocence et légalité de l'établissement des preuves (6.2), droits de la défense (6.3a, 6.3b, 6.3c), audition contradictoire des témoins et équilibre des armes (6.3d). La Cour européenne rappelle de façon constante les principes qu'elle tire de sa méthode d'interprétation : « La recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elle. La tâche de la Cour consiste donc à rechercher si la procédure examinée dans son ensemble, y compris les modes de représentation des preuves, revêt un caractère équitable »⁴.

La Chambre criminelle, d'ailleurs, statuant dans le même sens, a tenu à préserver le système de preuve français : « L'article 6 de la Convention ne limite pas autrement les modes de preuve que la loi du for met à la disposition de la partie poursuivie pour emporter la conviction du juge » (Crim. 21 janv. 1983, *Bull. crim.* n° 104).

La Cour de cassation, toutefois, ne se ralliera pas à la norme européenne de « procès équitable » que, bien entendu, elle ne contredira pas, mais elle tentera de fixer des limites à la liberté de la preuve en trouvant des critères plus spécifiquement français. Ce qui semble distinguer, en effet, la jurisprudence comparée de la Cour européenne de celle de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de preuve, ce n'est pas la nature des preuves susceptibles de forger la conviction du juge, ni même les méthodes employées pour les réunir, c'est la finalité supérieure qui détermine la recevabilité de cette preuve. Pour la Cour de cassation, c'est essentiellement sa valeur probante, son rôle dans la manifestation de la vérité. Une preuve est une preuve et la haute juridiction répugne à laisser impuni un coupable avéré et à sacrifier la vérité à des principes non écrits et dont la définition est l'objet de discussions. Qu'il s'agisse des interrogatoires

2. V. Merle et Vitu, *Traité* p. 950 et s.

3. V. Bouloc, *Les abus en matière de procédure pénale*, cette *Revue* 1991.221 ou Maistre de Chambon, *La régularité des provocations policières*, *JCP* 1989.3422 ; V. aussi note D. Mayer sous *Crim.* 21 oct. 1980, *D.* 1981.104.

4. V. notamment *Windish*, 27 sept. 1990, A 186, n° 25 ; *Delta*, 19 oct. 1990, A 191, n° 35 ; *Isgro*, 12 févr. 1991, A 194, n° 31).

au cours d'une garde à vue illégale dans la forme (Crim. 17 mars 1960, *JCP* 1960.II.11641), des écoutes téléphoniques (Crim. 9 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 255), des stratagèmes policiers à la limite de la provocation (Crim. 16 mars 1972, *Bull. crim.* n° 108) ou de la nécessité d'une audition publique et contradictoire du témoin (Crim. 5 nov. 1975, *Bull. crim.* n° 237 ou *Delta*, 4 oct. 1984, non publié). Ce n'est qu'en désespoir de cause que la Cour rejette une preuve, lorsque l'illégalité ou la déloyauté sont si manifestes et si considérables qu'il n'est pas possible de les légitimer en les ignorant.

La Cour européenne rappelle avec constance que « dans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6 ne correspondrait pas au but et à l'objet de ses dispositions ». (*Delcourt*, 17 janv. 1970, A 11). Elle s'interroge essentiellement sur la notion de procès équitable qu'elle tire de l'article 6.1 tout en confrontant les modes de preuve retenus aux autres moyens tirés d'une disposition essentielle de la Convention, qu'il s'agisse de l'interdiction de la torture ou de traitements inhumains ou dégradants (art. 3) ou du respect de la vie privée (art. 8). Mais, pour autant, la Cour européenne n'entend pas réglementer les modes de preuve qu'un Etat estime nécessaires, même s'ils paraissent à première vue difficilement compatibles avec certains principes⁵. Ce qui intéresse au premier chef la Cour européenne, c'est l'équité de la procédure, la garantie des droits, sans négliger bien entendu la répression nécessaire. Ce qui intéresse la Cour de cassation, c'est avant tout la manifestation de la vérité, la protection des droits constituant certes des limites à ne pas franchir, mais elle a une interprétation très restrictive pour ce qui concerne l'examen de ces limites tant il lui paraît difficile de considérer comme un abus un acte qui révèle la vérité.

Quatre exemples de cette confrontation peuvent être examinés : l'audition des témoins où la Cour de cassation a adopté une position identique à celle de la Cour européenne, les écoutes téléphoniques où la Cour de cassation ayant résisté à la Cour européenne, le législateur est intervenu ; l'expertise parce que la position de la Cour européenne semble actuellement poser problème pour la loi française ; l'interrogatoire et l'aveu, laissés à la libre appréciation du juge en droit français mais qui restent au coeur de notre système de preuve et qu'il faut confronter aux normes européennes.

II. — L'AUDITION DES TÉMOINS⁶

L'article 6.3d de la Convention stipule que l'accusé doit pouvoir « interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ». La Cour européenne et la Cour de cassation ont parallèlement construit en ce domaine un ensemble cohérent.

Dans le système français, les témoins peuvent être entendus à de nombreuses reprises : en secret, ou même gardés à vue par la police dans le cadre d'enquêtes,

5. V. en particulier l'arrêt *Salabiaku c/ France* du 7 déc. 1988 A.141) où la Cour européenne estime compatible avec la Convention le système des présomptions en matière douanière, qui n'est pas selon elle en contradiction avec la présomption d'innocence, mais en remarquant toutefois qu'en la circonstance les juges français ont relevé un certain élément intentionnel.

6. V. Pettiti, cette *Revue* 1980.829 ; 1991.142 et 636 ; Braunschweig, cette *Revue* 1989.350 ; 1991.605 ; Pradel, *D.* 1989.Somm.174 ; 1991.Somm.213.

devant le juge d'instruction ou publiquement à l'audience du tribunal correctionnel, devant la cour d'appel si celle-ci l'ordonne, enfin devant la cour d'assises. Le témoignage reçu en audience publique a une valeur nettement plus forte puisqu'il résulte des termes des articles 361 et 362 du code pénal et de la jurisprudence constante, qu'il peut seul donner lieu à d'éventuelles poursuites pour faux témoignage. Mais, le juge étant libre de former son intime conviction sur tout élément, la pratique la plus courante en matière correctionnelle consiste à ne pas procéder à l'audition publique des témoins et à se contenter des déclarations antérieures. Devant la cour d'appel, il est fort rare que celle-ci l'ordonne, comme le lui permet l'article 513 du code de procédure pénale. Enfin, devant la cour d'assises, beaucoup de témoins ne sont pas cités ; le président lit alors leurs dépositions antérieures en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

Longtemps la Chambre criminelle, il est vrai peu sollicitée à ce sujet, s'est contentée d'appliquer en la matière sa conception traditionnelle de confiance aux juges dans l'appréciation souveraine qu'ils portent en particulier sur la nécessité de procéder à des investigations complémentaires ou de se contenter des éléments suffisants pour établir leur intime conviction (Crim. 5 nov. 1975, *Bull. crim.* n° 237).

C'est l'arrêt *Unterpertinger* de la Cour européenne, du 24 novembre 1986 (A. 110) qui de façon très claire, affirme que lorsque l'accusé n'a eu, à aucun stade de la procédure antérieure, l'occasion de questionner les témoins dont les déclarations sont lues à l'audience, il y a là une infraction à l'article 6.3 *d* combiné avec l'article 6.1. En effet, la Cour précise bien, comme elle en a l'habitude, que la règle de l'article 6.3 *d* doit être appréciée, non sur un plan formel, mais de façon beaucoup plus générale par rapport à la notion de procès équitable tirée des dispositions de l'article 6.1 et qui domine la matière.

Dans l'arrêt *Barbera, Messegue, Jabardo* du 6 décembre 1988 (A. 146) entre autres dispositions, la Cour retient la violation de l'article 6 parce qu'un témoin essentiel n'a pas été entendu à l'audience. Certes, la Cour remarque que le témoin n'avait pas été retrouvé, mais le juge d'instruction n'avait pas cherché à l'entendre alors qu'il était détenu et les accusés n'avaient donc jamais eu l'occasion de le questionner. Le procès n'avait donc pas été équitable au sens de l'article 6.1.

Manifestement, la jurisprudence française se trouve alors en porte à faux. La Cour de cassation a donc, au cours des années 1989 et 1990, dans une série d'arrêts, précisé sa position.

C'est dans l'arrêt *Randhawa* du 12 janvier 1989 (*Bull. crim.* n° 13, cette *Revue*, Braunschweig, 1989.350) que la Chambre criminelle va tirer les conséquences de l'interprétation de la Cour européenne, censurant une décision de la cour d'appel de Douai qui avait prononcé une condamnation sans accepter d'ordonner, conformément aux dispositions de l'article 513, l'audition contradictoire sollicitée de témoins sur les déclarations desquels pourtant elle fondait sa conviction et alors qu'à aucun stade de la procédure le prévenu n'avait été confronté avec ces témoins.

La cour d'appel avait pourtant pris la précaution de reprendre les termes mêmes de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation et de dire que les déclarations des témoins en question, recueillies tant au cours de l'enquête préliminaire que de l'instruction, avaient été soumises au débat contradictoire. Dans son arrêt, la Chambre criminelle limite déjà les contours du principe qu'elle a défini et rappelle, comme l'a fait d'ailleurs la Cour européenne, que le fait de ne

pas entendre des témoins n'enfreint pas en tant que tel les dispositions de la Convention, « les juges pouvant tenir compte des difficultés particulières posées par l'audition contradictoire de ce témoin, telles que le risque d'intimidation, de pression ou de représailles », mais encore faut-il que ce refus « ait lieu dans le respect des droits de la défense et que les juges s'expliquent sur l'impossibilité de la confrontation ».

La Chambre criminelle va confirmer et appliquer les principes ainsi définis (Crim. 23 mars 1989, *Bull. crim.* n° 144), mais elle exigera que la demande d'audition ait été faite dès le stade de l'audience du tribunal dans les formes de l'article 435 ou de l'article 444, alinéa 3 (Crim. 19 sept. 1989, *Bull. crim.* n° 321) alors surtout que la déclaration de culpabilité ne repose pas sur ce seul fait (Crim. 24 oct. 1989, *Bull. crim.* n° 373). La Cour estimera qu'on ne peut exiger la présence d'un témoin qu'il est impossible de faire venir lorsque l'instruction à l'audience a permis de se passer de sa présence (Crim. 29 nov. 1989, *Bull. crim.* n° 457 et cette *Revue*, Braunschweig n° 191, p. 605). Il faut bien constater que la Chambre criminelle est revenue quelque peu, au gré des circonstances et des espèces, vers sa conception traditionnelle de confiance aux juges, auxquels elle donnera un pouvoir d'appréciation très large lorsqu'ils motivent leurs décisions refusant de procéder à l'audition de témoins. C'est ainsi que les juges pourront, sans trop les préciser, invoquer les risques d'intimidation, de pression ou de représailles rendant impossible la confrontation sollicitée (Crim. 8 oct. 1990, *Bull. crim.* n° 70 ou 27 juin 1990, *Bull. crim.* n° 264) ou même simplement dire que la confrontation serait inopérante en raison des multiples artifices utilisés par le prévenu pour empêcher son identification (Crim. 21 janv. 1991, *Bull. crim.* n° 32). Il n'empêche que le principe est aujourd'hui défini et que c'est le refus d'entendre un témoin qui doit être motivé, le principe de l'audition publique contradictoire devant le tribunal correctionnel étant considéré comme un élément important de l'exercice des droits de la défense. Encore faut-il, bien sûr, que la défense la réclame.

Il s'agissait là de témoignages utilisés comme éléments probants devant le tribunal correctionnel, mais la Chambre criminelle eut à statuer à ce sujet en matière criminelle. Elle l'a fait dans l'affaire *Dobbertin* qui constitue une véritable mine de jurisprudences interne et européenne ; elle a bien clarifié sa position sur le moment où le témoin devait être entendu contradictoirement. Il s'agissait de l'audition d'un témoin à charge dont les déclarations à la DST constituaient l'essentiel des charges retenues. Dans un premier temps (Crim. 4 janv. 1990, *Bull. crim.* n° 4), la Cour, saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de renvoi, rappelle sa jurisprudence constante en la matière (Crim. 28 juin 1988, *Bull. crim.* n° 29), c'est-à-dire que l'article 6.3 *d* ne concerne que la juridiction de jugement et qu'au stade de la réunion des charges par le juge d'instruction celui-ci est libre d'apprécier ce qui lui paraît nécessaire à la manifestation de la vérité et n'a pas d'obligation du respect du principe de la contradiction. C'est bien là la conception traditionnelle — que d'aucuns estiment critiquable — de l'instruction préparatoire en droit français. Mais la Cour tirera la conséquence de cette conception en cassant l'arrêt de la cour d'assises qui, saisie par cet arrêt de renvoi, condamna M. Dobbertin à douze ans de réclusion criminelle, après avoir passé outre à l'audition du même témoin, pourtant cité et dénoncé au seul motif que cette audition n'était pas nécessaire à la manifestation de la vérité (Crim. 6 mars 1991, *Bull. crim.* n° 115). Notons — comme cela avait d'ailleurs été le cas pour M. Randhawa — que M. Dobbertin a été acquitté par la cour de renvoi.

Simultanément la Cour européenne approfondissait sa position et dégagait des principes, que M. le bâtonnier Pettiti a parfaitement résumés (cette *Revue* 1991.142). S'il appartient manifestement à chaque pays de déterminer les conditions procédurales dans lesquelles seront recueillis les éléments de preuve, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait lui sacrifier et qu'il importe aux juridictions européennes de vérifier si les conditions d'un procès équitable au sens de l'article 6.1 ont bien été réunies et notamment dans la manière dont les témoignages à charge ou à décharge ont été produits. Il faut, en particulier, veiller au respect des droits de la défense (arrêts *Kostowski* 20 nov. 1991, A 166 ; *Windisch* du 27 nov. 1990, A 187).

La Cour européenne va d'ailleurs censurer la France dans l'affaire *Delta* (arrêt 12 oct. 1989, série A, n° 191). Il s'agissait d'une procédure de saisine directe où les témoins, sur la déclaration desquels se fondait l'accusation, avaient été entendus par la police et où la Chambre criminelle, saisie sur le fondement de l'article 6.3 d, avait rejeté le pourvoi le 4 octobre 1984, avant l'évolution de sa jurisprudence, au simple motif que la cour de Paris avait dit tirer son intime conviction de la déclaration de ces témoignages recueillis par la police de façon non contradictoire, et qu'il ne lui était pas possible de « mettre en cause l'appréciation souveraine par les juges d'appel de l'ensemble des éléments de preuve versés au débat »⁷.

La Cour constate que l'accusé n'a jamais eu l'occasion adéquate et suffisante de contester les témoignages et d'en interroger les auteurs, au moment de leur déposition ou après, et dit que la France devra verser 100 000 F au requérant pour dommages sur la base de l'article 50 de la Convention. Dans son arrêt *Cardot* du 19 mars 1991, portant sur le même moyen, qui concernait également la France (cette *Revue*, 1991.631) la Cour n'a pas eu à se prononcer puisque, contrairement à la Commission, elle a déclaré le recours irrecevable en raison des dispositions de l'article 26 pour défaut d'épuisement des voies de recours internes, le moyen n'ayant pas été soulevé devant la Cour de cassation française.

Les restrictions de la Chambre criminelle ne paraissent pas, au moins dans leurs principes, contraires à la position de la Cour européenne qui, dans une affaire qui met en cause l'ancienne procédure italienne (*Isgro c/ Italie*, 19 févr. 1991 A 194), (et contrairement à la Commission), estime qu'une confrontation à l'instruction constitue un élément de contradiction suffisant. En fait, ce qui sépare essentiellement la Commission de la Cour et qui prête à discussion, c'est que cette confrontation avait été effectuée par le juge d'instruction hors la présence, non prévue à ce stade de la procédure, de l'avocat. La Cour a estimé que l'absence du ministère public faisait que l'égalité des armes avait été en quelque sorte respectée et que « grâce à la possibilité de formuler lui-même les questions et les commentaires, le requérant jouissait des garanties de l'article 6.3 d à un degré suffisant ». La Commission avait pour sa part estimé, à une très forte majorité, que cette confrontation n'était pas entourée des garanties « indispensables à l'exercice des droits de la défense ». Il faut tout de même noter que la Cour a tenu à mentionner que le témoignage n'était pas le seul élément qui avait été retenu pour condamner M. Isgro.

La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et celle de la Cour européenne paraissent donc sur ce point proches même si leurs fondements diffèrent légèrement. La Cour de cassation, toujours soucieuse du principe de confiance au juge, semblant privilégier la notion de motivation par le

7. Arrêt non publié mais cité dans la décision de la Cour européenne.

juge du refus de procéder à l'audition contradictoire et la Cour européenne celle de procès équitable. Mais l'une et l'autre mettent au premier plan le principe de contradiction et de respect des droits de la défense. On peut tirer de ces arrêts un état des lieux suffisamment clair en la matière : en principe c'est aujourd'hui une obligation d'entendre contradictoirement, et si possible à l'audience publique, les témoins sur les déclarations desquels repose la preuve d'une culpabilité.

III. — LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES

Il y a eu tant et tant de décisions, de commentaires, de discussions à ce sujet depuis deux ans qu'on se contentera de résumer la situation et de faire un état des lieux après le vote tant attendu d'une loi réglementant ces écoutes.

Depuis des années, le débat juridique sur les écoutes téléphoniques judiciaires et leur admissibilité en preuve étaient menés dans l'ombre du débat plus politique sur les écoutes administratives. Le rapport de la Commission présidée en 1981 par M. Robert Schmelck ayant rejoint le grand cimetière des rapports morts à la Chancellerie, la Chambre criminelle avait forgé une jurisprudence et depuis l'arrêt *Tournet* du 9 octobre 1980⁸, sur le fondement de l'article 81 du code de procédure pénale, elle estimait que le juge d'instruction pouvait ordonner une écoute téléphonique s'il la jugeait nécessaire à la manifestation de la vérité.

Le débat a pris un tour aigu après les arrêts *Kruslin* et *Huwig* de la Cour européenne (24 avr. 1990, A. 176), qui avaient condamné la France, estimant que le système jurisprudentiel, qui suppléait à l'absence de loi spécifique et constituait une base légale, n'était pas d'une qualité suffisante et que face à cette « atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance », le système n'offrait pas, « pour le moment de sauvegarde adéquate contre divers abus à redouter » que la Cour énumérait et sur lesquels, selon elle, les garanties étaient insuffisantes.

C'est l'arrêt de la Chambre criminelle du 15 mai 1990, rendu dans l'affaire *Bacha* (*Bull. crim.* n° 113) qui, tout en renforçant les exigences jusque-là mises par la jurisprudence dans le sens souhaité par la Cour européenne, allait néanmoins créer un conflit apparemment insoluble, en maintenant sa position et en validant l'écoute même qui avait été censurée dans l'affaire *Kruslin*. Car si l'Etat peut considérer, en raison des dispositions de l'article 53 de la Convention, qu'il convient de mettre sa législation en conformité avec les décisions de la Cour européenne, il paraît difficile d'imposer à une Cour souveraine comme la Chambre criminelle de la Cour de cassation de faire plier sa jurisprudence, non devant les termes de la loi, mais devant les décisions d'une autre juridiction à laquelle elle n'est pas hiérarchiquement soumise. On pouvait entrer dans une situation absurde où, devant une jurisprudence ferme de la Chambre criminelle, insuffisante au regard des prescriptions de la Cour européenne, la France se serait trouvée régulièrement condamnée chaque fois qu'un individu déclaré coupable sur la base d'une écoute téléphonique irrégulière aurait eu le courage et la patience de mener à son terme une procédure devant les instances européennes.

Il faut donc se féliciter que le gouvernement français ait décidé de ne pas faire « l'économie d'une loi » comme le craignait Mme le Professeur Koering-Joulin

8. Crim. 9 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 255, D. 1981.332, note Pradel ; cette *Revue* 1981.879, obs. Levasseur.

(D. 1990, *Chron.*XXXII) et comme le faisait supposer la circulaire prise par la Chancellerie après les décisions *Kruslin*, *Huwig* et *Bacha* (V. éd. tech. *Droit pénal*, juin 1990), qui semblait accepter que la loi en matière de procédure résulte de la jurisprudence, la Chambre criminelle n'ayant plus ainsi qu'à légiférer par arrêt de règlement !

Les écoutes téléphoniques sont donc enfin réglementées en France, non seulement sur le plan judiciaire mais sur le plan administratif et il faut s'en féliciter, même si la loi du 10 juillet 1991 peut donner lieu à certaines critiques. On ignore actuellement si des citoyens passionnés de procédure et patients ont saisi à ce sujet la Commission européenne comme le firent des procureurs et des avocats allemands, après la loi du 13 août 1958 réglementant les écoutes téléphoniques en République fédérale puisqu'il s'agit de l'un des rares cas où la Cour européenne admet un droit de recours pour les personnes seulement potentiellement touchées par une ingérence prévue par la loi (arrêt *Klass et autres* 6 sept. 1978, A. 28).

Le débat sur la conformité de la jurisprudence de la Cour de cassation évoluant depuis l'affaire *Bacha*, les résistances ou les contradictions des différentes cours d'appel sont devenues sans objet, ou tout au moins d'un intérêt tout à fait limité qui ne concernera que les écoutes antérieures au mois de juillet 1991.

Reste à savoir si cette loi met le système français des écoutes téléphoniques et leur recevabilité en matière de preuve en conformité avec les règles de la Convention. L'application concrète de la loi et son interprétation par la Cour de cassation permettront seules de répondre à cette question car de nombreux problèmes d'application concrète restent posés, même si le législateur français a satisfait à un certain nombre de points sensibles dénoncés par la Cour européenne lorsqu'elle fit apparaître l'absence de « sauvegarde adéquate contre divers abus à redouter » dans la loi française telle qu'elle résultait de la jurisprudence.

S'agissant de la « nature des infractions susceptibles d'être mises sous écoutes judiciaires », la loi a aligné le régime des écoutes téléphoniques sur celui de la détention provisoire en ne les autorisant que lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans (art. 100 nouveau c. pr. pén.), ce qui est un critère extrêmement vaste et recouvre, outre les affaires criminelles, la très grande majorité des affaires correctionnelles.

Mais la loi n'a pas défini, comme le demande la Cour européenne, « des catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoutes judiciaires ». Quel recours pourrait être exercé par les personnes indûment écoutées ? Quand leur fera-t-on connaître l'existence de cette ingérence dans leur vie privée ? Comment vont-elles obtenir la destruction des bandes avant l'expiration du délai de prescription de l'action publique ? Comment pourront-elles se prémunir contre l'utilisation de ces bandes à des fins non prévues dans l'autorisation d'origine du juge d'instruction ? Tout cela reste flou et incertain.

Si la loi a astreint le juge à « fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure », il faut constater que la durée maximum de quatre mois précisée par le nouvel article 100.2 peut être renouvelée indéfiniment dans les mêmes conditions de forme et de durée, c'est-à-dire par une décision, certes rendue par un juge, mais qui n'a pas de véritable caractère juridictionnel, n'étant ni motivée ni susceptible d'aucun recours (art. 100, alinéa 2). Est-il bien raisonnable et conforme aux exigences de la Convention de ne pas encadrer mieux cette « atteinte grave au respect de la vie privée et des correspondances », de la laisser

à la seule discrétion du juge sans aucun contrôle de la motivation, sans aucun recours possible, autre qu'une demande de nullité pour des raisons formelles ? N'y-a-t-il pas là des risques d'abus contre lesquels les citoyens ne disposeraient pas de garanties adéquates ?

Certes, on ne peut pas, au risque de retirer toute signification probante à l'écoute, demander à celui qui en est l'objet l'autorisation préalable d'y procéder, mais ne peut-il au moment où il en a connaissance, où elle lui est opposée et pour en contrôler les motivations, envisager alors un recours, non sur la forme, mais sur le fond. Doit-on considérer que, du moment qu'elle est ordonnée par un juge d'instruction qui estime qu'elle est nécessaire à la manifestation de la vérité, l'écoute est forcément légale ? En un mot, est-il bien équitable de ne permettre d'autre exercice des droits de la défense que dans le contrôle de la forme de la décision du juge et non de son fondement ?

En principe, les écoutes administratives, appelées « interceptions de sécurité » ne devraient pas concerner notre matière des preuves. En tout cas, jusqu'à ce jour, ces écoutes étaient totalement illégales quoique constamment et impunément pratiquées, mais elles ne pouvaient apparaître que sous forme d'une information anonyme dont la valeur probante restait faible. Cependant, l'article 3 de la loi du 10 juillet 1991 permet au Premier Ministre de les ordonner dans des cas qui peuvent tous donner lieu à des poursuites judiciaires : sécurité nationale, sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, prévention du terrorisme, de la délinquance organisée, reconstitution de mouvement dissous. L'article 7 permet la transcription de renseignements relatifs à ces objectifs. Mais, si ces renseignements ne peuvent servir à d'autres fins que celles de la recherche des renseignements, c'est « sans préjudice de l'application du deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale » (art. 10) qui prévoit que « toute autorité constituée, officier public, fonctionnaire qui dans l'exercice de ses fonctions acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au Procureur de la République et de transmettre à ce magistrat les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée Nationale a bien affirmé que ces communications seraient « sans valeur juridique, ces pièces ne pouvant en aucun cas avoir de valeur probante puisqu'elles ne sont pas réalisées dans les conditions prévues aux articles 100 et suivants du code de procédure pénale »⁹. Mais le principe de la liberté de la preuve et de l'intime conviction, et la jurisprudence de la Cour de cassation permettront-ils de se contenter de cette volonté clairement exprimée du législateur ? Il faut d'autant plus l'espérer que les enregistrements eux-mêmes auront été détruits dans les trois jours en vertu des dispositions de l'article 9.

Si des problèmes restent évidemment posés en matière de force probante des écoutes téléphoniques, il faut néanmoins constater que le législateur a fait l'effort de tenter d'harmoniser la loi écrite avec les exigences de la Convention et qu'une fois encore une décision de la Cour européenne a seule été capable de faire progresser le droit dans un Etat démocratique.

9. Rapport de M. François Massot, n° 2088, *Doc. Ass. nat.* p. 54.

IV. — L'EXPERTISE

On ne saurait aujourd'hui contester la valeur grandissante de l'expertise parmi les éléments de preuve qui vont permettre au juge de fonder sa conviction. Les progrès de la science et des techniques apportent à la raison des éléments de conviction objectifs qui rassurent le juge lorsqu'il lui faut vaincre son doute et décider. Qu'il s'agisse des expertises qui portent sur des éléments matériels de l'infraction, médicales, balistiques, toxicologiques, génétiques ou autres, ou sur l'élément moral, psychiatrique ou psychologique par exemple, le progrès de la science enseigne aussi sa relativité, ses incertitudes et le débat ancien sur la nécessité d'une expertise contradictoire et la possibilité, soit du choix d'un expert par la défense, soit du contrôle de l'expertise, reste toujours aussi vif¹⁰.

Mais l'expertise française reste très peu contradictoire. Depuis le 30 décembre 1985, le législateur a renoncé à ce qui n'avait été en 1958, au moment de la réforme du code de procédure pénale, qu'un artifice pour échapper à l'expertise contradictoire que voulait le Parlement : la désignation de deux experts pris sur la liste lorsque l'expertise porte sur le fond de l'affaire. Par cette même loi de 1985, le législateur, prenant conscience de l'importance croissante des enquêtes de police dans la phase préparatoire du procès et de l'importance de la célérité d'investigations scientifiques, a permis à la police de recourir à « toute personne qualifiée pour procéder à "des examens techniques et scientifiques" » (art. 60 et 77 c. pr. pén.) qui prête le serment des experts.

La controverse était déjà si forte et les exemples d'erreurs, de contradictions ou d'incertitudes techniques gravissimes si spectaculaires (affaire *Marie Besnard*) que le code de procédure pénale a permis à la défense de faire entendre à l'audience un témoin qui « contredit les conclusions d'une expertise » ou « apporte au point de vue technique des indications nouvelles » (art. 169 c. pr. pén.). En fait, après avoir refusé l'expertise contradictoire à l'instruction, limité le droit d'appel des ordonnances refusant une contre-expertise, avant même que ne soit autorisé le choix d'experts par la police hors des listes sous le seul contrôle du Procureur de la République, le code a donc permis une contradiction à l'audience par des experts de la défense qui restent néanmoins des témoins.

Il y a, dans ce système, un problème « d'égalité » des armes dans la phase préparatoire puisque l'accusation, c'est-à-dire la police sous le contrôle du ministère public, a pu choisir son expert, lui soumettre les éléments probants sans que la défense puisse procéder de même et que, s'agissant de l'expertise plus classique ordonnée par le juge d'instruction, le ministère public aura un droit d'appel plein pour un refus de contre-expertise (art. 185 c. pr. pén.), alors que la défense pourra voir son appel écarté par une simple décision d'irrecevabilité du président de la chambre d'accusation, non motivée et non susceptible de voie de recours (art. 186.1) Tout cela ne peut se rattraper véritablement à l'audience publique. D'une part, le témoin-expert de la défense, prévu par l'article 169, n'a pas communication des pièces à conviction, ni aucun droit de visite à un accusé détenu — ce qui est indispensable lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une expertise psychiatrique. D'autre part, les conditions d'audition à l'audience du tribunal correctionnel ne respectent pas l'égalité des armes.

10. V. Marx, Observation sur le problème de l'expertise pénale, in *Mélanges Huguency*, p. 193 ; Vérin, L'expertise dans le procès pénal, cette *Revue* 1980.1022 ; Besson, Des règles de l'expertise, *D.* 1960.Chron.71 et *La mise en état des affaires pénales*, rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme. La Documentation française, p. 58, 197, 300.

C'est ce qu'a constaté, de façon très claire, la Cour européenne dans un arrêt *Bonisch c/ Autriche* du 6 mai 1987 (A. 92). Un expert, d'abord auteur d'un rapport préliminaire, puis commis par le tribunal, pouvait s'apparenter à un témoin à charge alors que le principe de l'égalité des armes exigeait un équilibre entre son audition et le respect des droits de la défense. Or, cet expert pouvait assister à l'audience, poser des questions à l'accusé qui lui n'avait aucune possibilité de faire nommer alors un contre-expert, ni de contrebalancer de façon équitable l'influence de l'expert par un témoin-expert qui ne se voyait pas reconnaître les mêmes droits. La Cour a estimé qu'il y avait là, en raison de ce déséquilibre même, une violation manifeste des dispositions de l'article 6.1. On voit le parallélisme très grand qui existe entre cette situation et la situation à laquelle se trouve accusée la défense en France lorsqu'elle fait entendre des témoins dans le cadre des dispositions de l'article 169.

Il paraît donc, sous réserve bien sûr de l'interprétation de la Cour européenne, que le système procédural français de production de ce mode de preuve, aujourd'hui essentiel qu'est l'expertise, ne correspond pas aux exigences de la Convention et qu'en raison des textes mêmes qui régissent la matière, seule une réponse législative pourra résoudre la difficulté.

V. — L'INTERROGATOIRE ET L'AVEU

Les témoignages, les expertises, les indices matériels, les moyens modernes d'investigation ne sont encore dans le système français que des éléments qui s'organisent autour de ce qui constitue le fondement de la preuve pénale : l'interrogatoire de « l'accusé ». Ses premiers interrogatoires sont menés en général par les services de police judiciaire, et le plus souvent au cours d'une garde à vue, alors qu'il est déjà privé de liberté et qu'il ne peut exercer aucun des droits de la défense ; puis par le juge d'instruction qui confronte déjà ces premières déclarations à celles qu'il reçoit, soit en première comparution, soit après, en présence de l'avocat, enfin à l'audience où le président interroge et compare les paroles successives du prévenu de façon à essayer d'en faire jaillir la vérité.

On ne peut donc pas parler de preuve sans parler de l'aveu. La *probatio probatissima* de l'ancien régime est bien juridiquement devenu un élément de preuve comme un autre « laissé à la libre appréciation des juges » comme le dit l'article 428 du code de procédure pénale. Mais il suffit de fréquenter les audiences pour constater l'importance que revêt l'aveu comme moyen de preuve, soit qu'il soit réitéré et dispense le plus souvent les acteurs du procès d'une partie importante des débats, soit qu'il soit rétracté et il devient alors le centre du débat contradictoire, l'accusé étant sommé de s'expliquer sur les raisons apparemment incompréhensibles qui l'ont amené à un moment de la procédure — et le plus souvent au cours d'un interrogatoire policier — à avouer des actes qu'il prétend ne pas avoir commis. L'aveu, bien que ce ne soit ni écrit, ni dit, renverse en quelque sorte la charge de la preuve libre et celui qui l'a fait, de présumé innocent, devient présumé coupable. Cette pratique n'est que le reflet archaïque dans l'inconscient de notre procédure, du souvenir de ses origines.

Maurice Garçon, qui analysait au cours d'une séance de la Société des Prisons en 1928 les conséquences de la loi du 8 décembre 1897, réclamait le droit au silence : « l'interrogatoire n'est plus un moyen d'instruction, il n'est qu'un moyen de défense » et protestait contre le développement de la phase policière depuis

la réforme. Il disait que lorsque le policier « obtient un aveu, il triomphe ; c'est un inquisiteur qui s'ignore, une survivance du passé qui se méconnaît. Le juge reçoit un dossier complet, son instruction est faite, il ne lui reste plus qu'à avertir l'accusé — dérisoire ironie — qu'il peut ne s'expliquer qu'en présence d'un défenseur » Il constate, navré, que la pratique a contourné la réforme si difficilement acceptée par le corps judiciaire qui retirait à la procédure d'instruction son caractère secret à l'égard du prévenu et permettait la communication du dossier la veille des interrogatoires et la présence de l'avocat aux côtés de son client¹¹. Car c'est bien l'aveu obtenu au cours de la phase policière qui pose un problème, lorsque celui qui est arrêté et contre lequel il y aurait donc, en principe, « des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction » (art. 5.1 c) n'est toujours pas officiellement informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui (art. 6.3 a), qu'on ne lui laisse aucun temps pour préparer sa défense (art. 6.3b) et qu'il ne peut avoir aucun contact avec un avocat (art. 6.3 c). D'ailleurs MM. Merle et Vitu expliquent très clairement l'intérêt de cet interrogatoire : « Dans cette phase de procédure, l'interrogatoire présente un intérêt considérable car il a lieu à un moment où l'intéressé n'a pu mettre sur pied un système de défense qui enrayerait peut-être la manifestation de la vérité, ni perturber efficacement les preuves » tout en rappelant qu'il faut alors prendre garde aux abus¹².

Comment s'étonner alors que M. Lambert, commissaire de police et professeur à l'École des commissaires, qui fut l'objet de sévères critiques mais dont l'enseignement reste encore très respecté dans les écoles de police, explique très crûment à ses élèves : « Avant toute chose, il faut bien se convaincre de l'importance capitale de l'aveu dans une procédure criminelle. S'il est une peine qui a sa récompense, c'est bien celle qu'un commissaire a prise pour obtenir l'aveu du coupable... ; pour n'être plus une preuve légale liant le juge, pour n'être qu'un élément de conviction parmi les autres, l'aveu reste de loin le plus puissant, le plus impératif des moyens de conviction et il s'impose au juge au même titre qu'une preuve légale »¹³.

Ce propos n'est excessif que parce que, comme dans la légende allemande, le commissaire se fait enfant pour révéler que le roi est nu. Il explique les ressorts psychologiques qui mènent à l'aveu, les techniques policières qui doivent être mises en place et qu'il appelle « stratégies », notamment celle de « l'enfermement » dans lequel on enserre le « coupable », voire les contraintes physiques non violentes mais humiliantes, les pressions, la tension psychique, l'angoisse qui peuvent acculer celui qu'on interroge au « vertige mental de l'aveu ».

La garde à vue, instaurée par le code de procédure pénale pour régulariser une pratique jusqu'alors illégale, l'enserrer dans un cadre rigide et se prémunir des abus policiers, avait sans doute pour objectif premier de conserver à la disposition de la justice un homme, pendant que se déroulent les investigations. En fait, elle a pour objectif essentiel d'interroger cet homme, et si possible d'obtenir ses aveux¹⁴.

Cette procédure est contraire aux dispositions de la Convention. D'abord lorsqu'elle permet de procéder à l'arrestation et à la détention d'un témoin.

11. *Rev. pén.* 1928.143.

12. Merle et Vitu, *Traité* n° 973.

13. Louis Lambert, *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de procédure policière*, éd. 1945, n° 207 et s.

14. V. Merle, La garde à vue, *Gaz. Pal.* 1969.2.doc.18.

Dans son arrêt *Fox, Cambell et Hartley* du 30 août 1990 (A. 182), la Cour européenne a rappelé l'importance qu'elle attachait à la lecture restrictive, s'agissant de la liberté individuelle d'aller et venir, des dispositions de l'article 5.1 *c* soulignant qu'il ne suffit pas d'avoir des soupçons contre un individu pour procéder à une telle privation de liberté, mais que « la *plausibilité* des soupçons sur lesquels doit se fonder une arrestation constitue un des principes essentiels de la protection offerte par l'article 5.1 *c* contre la privation de liberté arbitraire ».

Les déclarations d'un homme gardé à vue, auquel la police a fait prêter serment et qui n'est qu'un témoin, peuvent-elles alors être retenues contre lui ou même contre des tiers ?

Par ailleurs, l'absence de toute défense au cours de ces interrogatoires pour ceux contre lesquels il existe des soupçons plausibles satisfait-elle aux prescriptions des articles 5.2 et 5.3 et plus encore 6.3 *a, b, c* puisque la finalité non contestée de cet interrogatoire se trouve justement dans la nécessité d'éviter l'organisation d'une défense pour obtenir la manifestation de la vérité.

Les garanties de forme, sans cesse renforcées par les lois successives depuis 1958, ne sont guère efficaces. Faut-il rappeler la jurisprudence constante de la Chambre criminelle, forgée en pleine guerre d'Algérie, à un moment où pourtant existaient de graves mises en cause des pratiques policières, à savoir « que l'inobservation de ces règles, si elle engage, même au regard de la loi pénale la responsabilité personnelle des officiers de police judiciaire ou des autres agents de la force publique qui les auraient méconnues, ne saurait par elle-même entraîner la nullité des actes de la procédure lorsque, comme en l'espèce, il n'est pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité en ont été fondamentalement viciés » (Crim. 17 mars 1960, *JCP* II.11641, note Chambon). Mme D. Mayer a montré clairement, vingt ans après, devant la permanence de cette jurisprudence déplorée par la quasi-unanimité de la critique, comment l'exigence de la Cour de cassation était impossible à réaliser puisque, pour écarter des aveux obtenus dans de telles conditions, il faut faire une double preuve impossible à réaliser « d'une part que les aveux ont été provoqués par l'atteinte irrégulière à la liberté, et d'autre part qu'ils ne traduisent pas la vérité » (note sous Crim. 21 oct. 1980, *D.* 1981.104).

Imperturbable la Chambre criminelle maintient sa position (Crim. 26 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 97).

Certes, elle rappelle inlassablement que si les délits et les crimes peuvent être prouvés par tous moyens, c'est « à la condition que les moyens de preuve produits devant le juge pénal ne procèdent pas d'une méconnaissance des règles de procédure et n'aient pas pour effet de porter atteinte aux droits de la défense » (Crim. 19 juin 1989 *Bull. crim.* n° 261). Mais en la circonstance, elle se désarme en exigeant de celui qui se plaint de la violation des formes ou d'une pratique déloyale une preuve impossible à faire.

Bien entendu, tout le monde s'accorde à dire que les aveux recueillis à la suite de tortures, de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention sont nuls. Mais il faut bien constater que la jurisprudence sur ce point est pauvre. La Cour de cassation irait-elle d'ailleurs jusqu'à la définition que la Commission européenne des droits de l'homme donne des traitements inhumains et dégradants en constatant que, même devant des lésions légères, celles-ci « n'en représentent pas moins des manifestations de l'usage de la force physique sur une personne privée de liberté et donc vulnérable et en état d'infériorité. Il s'agit là d'un traitement qui ne saurait se justifier et qui, dans les cir-

constances de la cause, a revêtu un caractère à la fois inhumain et dégradant ». (*Tomasi c/ France*, 11 déc. 1990).

L'arrêt *Barbera, Messegue et Jabardo* de la Cour européenne du 6 décembre 1988 (A. 186) est clair quand il relève « qu'au moment de leurs aveux à la police, les requérants se trouvaient déjà inculpés mais ne bénéficiaient pas de l'assistance d'un avocat, bien que ne paraissant pas y avoir renoncé, partant, lesdits aveux, obtenus de surcroît pendant une longue période de garde à vue subie au secret appellent des réserves de la part de la Cour ». La Commission pour sa part a, bien entendu, dénoncé à plusieurs reprises les aveux obtenus sous la contrainte ou la torture, mais elle a estimé que « l'aveu n'est recevable que s'il est établi qu'il a été fait spontanément » (*G. c/ Royaume-Uni*, 13 oct. 1983).

Ainsi, c'est bien là une des bases du système français des preuves, non dans sa théorie, mais dans son application, qui doit être remise en cause. Faudra-t-il qu'un citoyen, condamné sur des aveux rétractés, n'ayant pas omis de poser la question de l'infraction à la Convention aux juridictions françaises puis à la Cour de cassation, engage le long processus qui mène à une décision de la Cour européenne pour que l'on accepte enfin de revoir cette survivance inéquitable de la procédure inquisitoire secrète, cherchant à arracher la vérité du corps de l'accusé plutôt que d'envisager des moyens de preuve extérieurs ?¹⁵

*

* *

Si l'on observe aujourd'hui la situation du système des preuves en droit pénal français, on doit bien constater que le passage du carcan des preuves légales à la liberté de la preuve ne peut se concevoir que s'il s'inscrit dans un cadre de principes forts dont le juge doit sans cesse s'inspirer pour écarter de sa raison, au moment où se forge l'intime conviction, les éléments qui, tout en établissant peut-être la vérité, heurtent les principes nécessaires à la démocratie. En l'absence de principes directeurs, de recours individuel ou judiciaire devant le Conseil constitutionnel, seule la jurisprudence contraignante de la Cour européenne peut permettre d'achever l'évolution de notre système souvent trop conservateur vers un système moderne, totalement conforme aux exigences d'une société démocratique.

15. V. *La mise en état des affaires pénales*. rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, *Doc. fr.* 1991, p. 53, 87, 206, 269 et 274.

Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne*

Mario CHIAVARIO

Professeur à la faculté de droit de l'université de Turin

I. — INTRODUCTION

Du point de vue de la technique législative la présence d'un « livre » *ad hoc* — le troisième — entièrement consacré aux « preuves » est une remarquable nouveauté du récent code italien de procédure pénale.

Il ne s'agit pas d'une simple coquetterie. On a voulu plutôt tracer de la sorte les lignes essentielles d'un « droit de la preuve », d'un « statut de la preuve » dont l'absence avait été souvent déplorée sous l'empire du code antérieur.

C'est donc d'abord à l'intérieur de ce « livre » qu'on trouve, soit sous forme de « dispositions générales », soit sous forme de dispositions relatives aux spécifiques moyens un ensemble de règles concevable en termes de définition de « limites en matière de preuve ». Cependant il faut aller aussi au-delà, faute de quoi la description de ces limites ne serait pas complète : c'est-à-dire qu'il faut considérer aussi d'autres dispositions, notamment parmi les articles du code concernant les relations entre la phase du jugement et les phases antérieures de la procédure.

En découlent de puissantes contributions (entre autres) au dépassement d'une conception ambiguë et débordante du principe de l'« intime conviction » (en Italie on avait l'habitude de justifier au nom du « *libero convincimento* » du juge plusieurs expressions d'intolérance pour toute norme visant à régler la recherche et l'administration des preuves ainsi que leur appréciation).

Bien entendu, par là même on n'a pas voulu nier au juge le droit et le devoir de juger selon sa conscience. Encore moins on n'a voulu l'obliger à juger « contre » sa conscience. Le but était tout autre, c'est-à-dire qu'on a eu l'intention de bâtir un système de règles qui lient la conviction du juge à une « *fairness* » de la procédure probatoire (ce n'est pas par hasard que j'ai choisi ce mot anglais devenu d'emploi commun dans le domaine des relations entre le procès pénal et les droits de l'homme). But sans doute d'importance première, quoiqu'il ne faille pas méconnaître les problèmes qui se dressent aujourd'hui en Italie à certains points de vue. Cependant moins par rapport à la poursuite de ce but en tant que tel qu'à cause de certaines modalités concrètes de son « incarnation » (on dira quelques mots à ce sujet même en conclusion de cet aperçu).

* Essai réalisé dans le cadre d'une recherche financée par le ministère de l'Université italien.

De toute façon on ne saurait nier que le chapitre des « limites à la preuve » — pas moins que le chapitre des développements du « droit à la preuve » aujourd'hui consacré en Italie à la suite de l'article 6.3d de la Convention européenne des droits de l'homme — constitue une des parties les plus fondamentales de la nouvelle procédure pénale italienne.

II. — LA TUTELLE DE LA LIBERTÉ MORALE ET DE LA PERSONNALITÉ DES INDIVIDUS

Voilà une première limite d'ordre général en matière de preuve : il s'agit de la défense absolue d'attenter à la liberté morale des personnes. A ce sujet l'article 188 du code ne saurait être plus formel : « Il est défendu d'utiliser, même avec le consentement de la personne concernée, toutes méthodes ou techniques aptes soit à influencer sur la liberté d'autodétermination soit à altérer la capacité de rappeler et d'apprécier les faits ».

D'ailleurs l'institution d'une règle pareille n'est que la consécration normative d'une attitude déjà solide dans la doctrine et la jurisprudence italiennes, lesquelles ont toujours refusé le recours aux moyens tels que la narcoanalyse, le *lie-detecteur*, l'hypnose, le sérum de vérité..., en s'appuyant sur la sauvegarde que la Constitution italienne et les sources internationales donnent à la sphère intime de la personne humaine. On a cependant estimé utile de codifier ce refus par une règle tout à fait générale : ce qui n'a pas empêché de souligner encore le soin de tutelle de la liberté morale sous plusieurs angles particuliers : d'abord, là où on a prévu l'éventualité d'un recours à des preuves « innomées ».

Lorsqu'une des parties au procès requiert une « preuve que la loi ne règle pas », le juge italien peut bien l'admettre et la retenir après avoir entendu les raisons des autres parties : néanmoins, il ne suffit pas que la preuve soit « apte à assurer l'établissement des faits » ; il est tout aussi nécessaire justement qu'elle « ne porte pas préjudice à la liberté morale de la personne » (art. 189 c. pr. pén.). C'est là le résultat dernier d'un processus assez tourmenté. Au début, c'est-à-dire à l'époque de la première rédaction (1978) d'un avant-projet du nouveau code, une règle bien plus radicale avait été conçue : en effet on ne prévoyait aucune possibilité de preuve en dehors des catégories mentionnées en tant que telles par la loi (témoignages, expertises, documents, etc.). Ensuite on a estimé que cette solution n'était pas réaliste, compte tenu des caractères imprévisibles des développements du progrès technique : d'où la solution différente que nous venons d'esquisser, par laquelle on a voulu éviter de sacrifier *a priori* des possibilités de preuve (à présent inconnues mais supposées fiables) sans oublier des garanties essentielles.

Du reste, la tutelle de la liberté morale n'est qu'un aspect du souci pour la personnalité des individus et celui-ci n'est pas étranger à l'esprit (et parfois au texte) de la prescription d'autres limites à la preuve : telles, certaines règles que nous verrons inscrites dans le statut du témoignage ; telle, en définitive, la confirmation — quoique fortement contestée dans les milieux des psychologues — de l'exclusion des expertises « visant à établir la nature habituelle ou professionnelle de l'infraction, la tendance criminelle, le caractère ou la personnalité du prévenu et en général les qualités psychiques indépendantes de causes pathologiques » (art. 220 al. 2 c. pr. pén. qui sauvegarde toutefois le pouvoir du juge d'admettre

ces expertises en vue de déterminer les modalités d'exécution de la peine ou de la mesure de sûreté).

III. — INDICES — « APPEL EN COMPLICITÉ » — RÈGLES TIRÉES DE LA LOI CIVILE

Trois (au moins) limites ultérieures découlent de la partie générale du livre du code consacré aux « preuves ».

Je me réfère d'abord à la règle selon laquelle « l'existence d'un fait ne peut pas être déduite d'indices, sauf s'ils sont graves, précis et concordants » (art. 192 al. 2 c. pr. pén.) : règle inédite dans le domaine de la législation pénale italienne, tandis qu'en matière civile la loi imposait depuis longtemps au juge de n'admettre que « des présomptions graves, précises et concordantes » (art. 2729 c. civ.).

Moins formelle et plus discutée la règle suivante (art. 192 al. 3 c. pr. pén.) qui concerne « l'appel en complicité », c'est-à-dire dénoncer les complices (*chiamata di correo*). A vrai dire le texte de la loi se borne ici à établir une sorte de principe de globalité d'appréciation de l'ensemble des éléments de preuve dont fait partie la déclaration dans laquelle l'« appel » prend corps : « les dires des coaccusés dans un procès connexe...sont appréciés avec les éléments de preuve qui en confirment la crédibilité ». Il s'agit d'une formulation de compromis souvent critiquée par la doctrine : compromis entre les efforts de ceux qui voulaient seulement l'exclusion d'efficacité des simples « appels en complicité » et les résistances de ceux qui souhaitaient une sauvegarde plus générale de l'utilisation de ces déclarations notamment dans le cadre de la lutte contre les organisations du crime (en effet le problème est perçu surtout à propos des déclarations des « *pentiti* », c'est-à-dire des personnes qui manifestent un détachement de ces organisations : non l'unique aspect d'une problématique brûlante et riche de conséquences en matière de limites à la preuve). Sans doute en découle une interdiction à fonder une décision judiciaire — et notamment une condamnation — sur la seule base des mots d'un coaccusé : cependant on ne saurait prétendre exclure en absolu que des « appels en complicité » provenant de personnes différentes puissent se soutenir réciproquement (cf. encore tout récemment Cass. 10 juill. 1990, *Furlanetto*, in *CED Cass.* n° 10128). Plus en général et en tout cas, une exigence est soulignée : c'est le contexte qu'il faut regarder afin d'apprécier un « appel en complicité ».

Finalement la confirmation d'un principe traditionnel : à la suite de l'article 193 du nouveau code — conçu suivant l'exemple de l'article 308 du code 1930 — « les limites de preuve établies par les lois civiles ne s'observent pas dans la procédure pénale, sous réserve de celles qui concernent l'état de famille ou de nationalité ».

IV. — LIMITES GÉNÉRALES AU TÉMOIGNAGE

Nombreuses sont les limites légales concernant les spécifiques moyens de preuve : tantôt presque totalement recopiées de la législation antérieure, tantôt largement ou tout à fait nouvelles.

C'est notamment à propos du témoignage qu'on trouve une riche gamme de limites, marquées par plusieurs dispositions à partir du premier des articles concernant ce sujet – intitulé justement « objet et limites du témoignage » – à l'intérieur duquel on discerne au moins trois « *exclusionary rules* » : le témoin ne peut pas déposer sur la moralité de l'accusé, sauf s'il s'agit de faits spécifiques, aptes à qualifier sa personnalité par rapport à l'infraction et à sa dangerosité ; la déposition sur les faits utiles à définir la personnalité de la victime n'est admise que si le fait de l'accusé doit être apprécié par rapport à la conduite de la victime elle-même ; il est interdit au témoin de déposer sur les rumeurs publiques ainsi que d'exprimer des appréciations personnelles sauf s'il est impossible de les séparer du témoignage sur les faits (art. 194 c. pr. pén.).

Des limites aux possibilités théoriques de témoignage découlent d'ailleurs des dispositions prévoyant d'« incompatibilités » de telle ou telle autre situation avec le rôle de témoin (art. 197 c. pr. pén.) : par exemple il n'est pas possible de recevoir une déposition de ceux qui ont rempli la fonction de juge ou de ministre public pendant le même procès. Plus complexe est la question du témoignage des parties : pas d'incompatibilité entre la position de témoin et la position de partie civile ; au contraire l'incompatibilité subsiste avec le rôle d'accusé ou de responsable civil ; pourtant les deux, ainsi que la partie civile lorsqu'elle n'est pas appelée au témoignage, peuvent demander d'être « examinés » selon des règles partiellement différentes de celles prévues pour les témoins (art. 208 et s. c. pr. pén.). L'incompatibilité avec le témoignage, contrebalancée par la possibilité d'un « examen » *sui generis*, est prévue aussi pour les personnes qui figurent comme accusées dans un procès connexe (art. 210 c. pr. pén.).

Par ailleurs le nouveau code ne prévoit aucune « incapacité » absolue au témoignage par rapport à des conditions subjectives d'ordre permanent. « Toute personne – dispose l'article 196 du code de procédure pénale – a la capacité de témoigner », sous réserve d'un contrôle du juge quant à l'« aptitude physique ou mentale au témoignage ». D'anciennes règles d'exemption de l'obligation de déposer ont été transformées en règles spéciales sur les modalités de la déposition (art. 205-206 c. pr. pén.) : c'est le cas des agents diplomatiques et des « grands officiers de l'Etat » ; c'est le cas même du président de la République (pourtant, à ce propos, la solution a été l'objet de polémiques violentes et demeure en fait inappliquée, étant en tout cas indéfinissable à la lumière de la Constitution italienne qu'un « ordre de témoigner » donné au chef de l'Etat ne serait pas coercitif et que son refus de rendre témoignage n'entraîne pas en tant que tel une responsabilité personnelle).

V. – « HEARSAY EVIDENCE »

Absolument interdite est la déposition des officiers et des agents de police judiciaire sur le contenu des déclarations qu'ils ont reçues de la part de témoins (art. 195 al. 4 c. pr. pén.). Ce sont donc les documents officiels (procès-verbaux...) qui seuls peuvent « parler » de façon indirecte à cet égard.

Même quant aux autres témoignages « indirects » nous rencontrons des règles assez sévères, bien que plus nuancées. Elles reposent sur le principe de la nécessité de l'audition du « témoin caché », de sorte qu'on puisse contrôler l'authenticité de l'« hearsay » : faute de quoi il est interdit au juge d'utiliser le témoignage indirect, sauf en cas de mort, d'infirmité ou d'impossibilité de retrouver la

personne en question. En tout cas demeure formellement inutilisable la déposition de ceux qui refusent ou bien ne sont pas en condition d'indiquer au juge la personne ou la source d'où ils ont tiré la connaissance des faits, objet de l'audition.

La loi (art. 203 c. pr. pén.) a soin de préciser que le principe s'étend aux informations confiées aux officiers et agents de police par ces personnes dont ils ne veulent pas révéler l'identité.

VI. — PREUVES ET SECRETS

Par le biais de la question des « indicateurs de police » — les « *Crown witnesses* » de la pratique anglaise — la réglementation des « témoignages indirects » se relie à une thématique ultérieurement riche de limites au témoignage : c'est la thématique des « secrets », laquelle se déroule à travers une série de prévisions d'abstention (soit facultative soit obligatoire) du témoin potentiel, avec le contrepoids de plus ou moins forts pouvoirs de contrôle du juge.

Il s'agit d'un ensemble de normes dont la structure prend largement racine dans le code antérieur, aussi bien à propos du « secret familial » qu'au sujet des secrets professionnels et officiels.

En principe une personne n'est pas obligée de témoigner si l'inculpé est un de ses proches (mais elle ne peut pas invoquer son droit à se taire si elle est elle-même à la source de l'affaire, ayant porté plainte ou dénonciation).

Quant aux ministres de confessions religieuses et aux personnes exerçant des professions « libérales », tels que les avocats ou les médecins, ils n'ont en principe aucune obligation de témoignage pour tout ce qu'ils ont appris eu égard à leur ministère ou profession ; pourtant le juge est tenu à apprécier le bien-fondé de l'appel au secret dans le cas concret (ces règles s'étendent aux journalistes au sujet des noms des personnes qui leur ont donné des informations confidentielles, mais le journaliste ne peut pas se soustraire à l'obligation de fournir la source de l'information si celle-ci est indispensable pour acquérir la preuve et si ladite source est le seul moyen de la vérifier).

Le même mécanisme presque concerne les fonctionnaires publics au regard des faits destinés à demeurer secrets et dont ils ont eu connaissance en raison de leur fonction (cependant si le secret subsiste, ils n'ont pas seulement la faculté mais sont formellement obligés de se taire). Un régime particulier se dessine néanmoins quant au « secret d'État » parce que, ici, la question ne se règle pas entre le juge et le fonctionnaire : c'est l'autorité politique la plus haute — le Premier ministre lui-même — qui est mise en cause si le juge n'est pas convaincu de l'exception de secret levée par le fonctionnaire : d'ailleurs, si le secret est confirmé par l'autorité politique, la conclusion obligatoire — sous réserve d'une conviction autrement gagnée — sera le prononcé d'un « non-lieu » spécifiquement motivé par l'opposition du secret.

En tout cas aucune sorte de secret n'est opposable s'il s'agit de crimes visant à renverser l'ordre constitutionnel (art. 204).

VII. — PREUVE ET DIALECTIQUE DU PROCÈS CONTRADICTOIRE

Un rôle tout à fait central est joué par l'importance accrue que la dialectique et la parité entre les parties au procès se voient reconnaître dans l'économie de la nouvelle procédure pénale italienne.

Nous verrons ici les limites qui en découlent pour la dynamique intérieure au déroulement des moyens de preuve. Plus avant (§ XI) on essaiera de mettre au point un autre aspect essentiel de cette thématique, eu égard aux limites d'utilisation judiciaire des résultats de l'enquête du parquet.

Quant aux opérations de recueil des dépositions en tant que telles et plus généralement quant aux opérations d'« instruction probatoire » — en principe réservées à la phase des débats — elles sont largement confiées aux initiatives des parties, notamment par le biais de la technique dont le moment-clé est donné par la « *cross-examination* » (V. l'art. 498 al. 1^{er} c. pr. pén., suivant lequel les questions aux témoins « sont posées directement par le ministère public ou par l'avocat qui a demandé l'examen »).

Le juge garde deux rôles essentiels : *a*) un rôle d'arbitre pour faire observer les « règles du jeu » qui régissent le déroulement du contradictoire finalisé pour la formation des preuves (art. 470 et 495 al 4 c. pr. pén.) : *b*) un rôle de suppléance pour éviter qu'une conduite négligente de la partie publique ou des parties privées — même sans penser à des combines entre l'une et les autres... — produise l'oubli d'éléments déterminants pour la décision (art. 506 al. 1^{er} c. pr. pén. : « Soit à la suite de l'issue de l'administration des preuves sur initiative des parties, soit à la suite des lectures admises, le président a le pouvoir d'indiquer aux parties des thèmes de preuve nouveaux ou plus larges, au profit du caractère exhaustif des examens » ; art. 506 al. 2 c. pr. pén. : « le président a la faculté de poser des questions aux témoins... déjà examinés, sous réserve du droit des parties à conclure elles-mêmes l'examen... » ; art. 507 c. pr. pén. : « une fois achevée la réception des preuves, le juge, s'il est absolument nécessaire, peut ordonner *ex officio* le recueil de nouveaux moyens de preuve »).

Il va sans dire que tout cela entraîne, plus ou moins directement, des changements — non marginaux — dans la physionomie traditionnelle des limites à la preuve. Implicites, des changements qui en découlent du point de vue de la légitimation du juge à poser lui-même les thèmes de preuve et à déterminer les modes de preuve. De protagoniste le juge est appelé à devenir contrôleur et éventuellement rééquilibrateur.

Pas moins importants, cependant, sont certains changements ultérieurs, que la loi a pris soin d'explicitier, à partir de l'assouplissement du contrôle préalable sur la pertinence des preuves proposées par les parties au procès : il ne s'agit plus de vérifier *a priori* ce caractère — c'est-à-dire de le démontrer « en positif » — chaque fois on demande l'admission d'une preuve, bien que le juge garde le pouvoir et la tâche d'empêcher l'introduction de ces preuves qui sont soit « manifestement » dépourvues de pertinence soit « manifestement » superflues (art. 190 al. 1^{er} c. pr. pén.).

Pleine de signification, entre autres, est une mise au point qui est en même temps un enrichissement quant au catalogue des « *exclusionary rules* » confiées au juge afin qu'il exerce son pouvoir de contrôle.

A ce propos l'article 499 du code de procédure pénale est significatif : « 1. L'audition des témoins se déroule moyennant des questions sur des faits spéci-

fiques. 2. Au cours de l'audition il est interdit de poser des questions aptes à nuire à la sincérité des réponses. 3. A la partie ayant demandé la citation du témoin ainsi qu'aux parties ayant un intérêt commun avec celle-ci, il est interdit de poser des questions visant à suggérer les réponses. 4. Le président prend soin que l'audition se déroule sans léser le respect de la personne. 5. Pour aider sa mémoire le témoin peut être autorisé à consulter des pièces rédigées par lui-même. 6. Pendant l'audition le président intervient, le cas échéant *ex officio*, afin d'assurer la pertinence des questions, l'authenticité des réponses, la loyauté de l'examen, la politesse des contestations ».

VIII. — LIMITES RELATIVES AUX DOCUMENTS — L'ANONYMAT

Certains aspects de la thématique que nous avons essayé d'esquisser à propos du témoignage concernent aussi les documents : tel est le cas du secret d'Etat.

Tout à fait inhérente à la matière des documents est la question de l'anonymat. La position du nouveau code italien à cet égard est en apparence très rigoureuse. Lisons l'article 240 : « Les documents contenant des déclarations anonymes ne peuvent être acquis ni utilisés d'aucune façon sauf s'ils constituent le corps du délit ou bien s'ils viennent du prévenu ». Et l'article 333 alinéa 3 : « Aucune utilisation ne sera faite des dénonciations anonymes, sauf par les dispositions de l'article 240 ».

Néanmoins un assouplissement de la rigidité de ces règles découle de la législation complémentaire au code : l'article 108 des « *disposizioni d'attuazione* » confie aux dispositions réglementaires d'établir « les modalités de conservation des dénonciations anonymes ainsi que des autres documents anonymes qui ne sont pas utilisables au procès ». D'où les dispositions de l'article 5 du « règlement pour l'exécution » du code imposant de tenir un registre *ad hoc* : ce registre et les documents concernés sont gardés dans le bureau du parquet « par des modalités aptes à en assurer le caractère confidentiel » ; ce ne sera qu'après cinq ans que le registre et les pièces seront détruits à la suite d'un ordre donné chaque année par le procureur de la République.

Quant à la raison formelle de cet assouplissement on fait référence à l'exigence de vérifier si le document n'est anonyme qu'en apparence, venant en réalité du prévenu lui-même. Plus généralement et plus au fond on admet que la police judiciaire et le parquet peuvent avoir l'opportunité de parvenir à d'autres sources de preuve justement par le biais d'un simple témoignage « anonyme » : jamais utilisable, donc, en tant que tel, ni pour obtenir un renvoi en jugement du prévenu, il pourra cependant être à l'origine d'une enquête et par conséquent d'une acquisition de preuves qui seront, elles, bien utilisables.

IX. — LIMITES AUX MOYENS DE RECHERCHE DE LA PREUVE — LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES

Le nouveau code italien a soin de tracer une *summa divisio* entre les « moyens de preuve » proprement dits (tels, entre autres, le témoignage, l'expertise, les documents) et les « moyens de recherche de la preuve » : inspections, perquisitions (fouilles), saisies, écoutes téléphoniques.

C'est notamment à propos des écoutes — et pour cause — que nous trouvons des prescriptions limitatives.

Le code ne se borne ni à décrire minutieusement les démarches à mettre en oeuvre pour garantir une légalité substantielle des écoutes (art. 268 c. pr. pén.) ni à fixer un principe de « juridictionnalisation » en cette matière (l'art. 267 c. pr. pén. ramène soit à l'autorisation soit à l'approbation par le juge de tout ordre d'écoute émis par le parquet). De plus on a voulu délimiter de façon rigoureuse le domaine des infractions pour lesquelles les écoutes sont admises (art. 266) afin de réserver cette intrusion dans la vie privée aux seuls cas vraiment « importants ».

Justement la question des écoutes téléphoniques fut d'ailleurs à l'origine d'un célèbre arrêt de la Cour constitutionnelle italienne (n° 34/1973) à l'occasion duquel celle-ci eut à lancer un des messages les plus significatifs quant aux règles fondamentales sur les limites générales en matière de preuve pénale. En effet par cet arrêt la Cour en arriva jusqu'à reconnaître qu'aucun acte accompli « au mépris des droits fondamentaux du citoyen » ne peut servir de « justification et fondement » comme preuve à charge « de ceux qui ont subi l'activité contraire à la Constitution ».

X. — L'INTERDICTION D'UTILISER LES PREUVES ILLICITES

L'arrêt auquel nous avons fait référence est à la base de la solution que l'article 271 du code de procédure pénale donne à la question des écoutes illégales : « les résultats des écoutes ne peuvent pas être utilisés » si l'opération a eu lieu hors des cas admis par la loi, si l'autorisation ou l'approbation du juge n'ont pas été obtenues, ou encore si les plus fondamentales parmi les prescriptions concernant le *modus procedendi* n'ont pas été observées. Le même article ajoute que l'enregistrement issu des écoutes « inutilisables » doit être détruit sauf s'il constitue le corps du délit.

Ce n'est pas là la seule prescription qui pose une interdiction d'utiliser des matériaux probatoires à cause de leur « illégalité ». Pour m'en tenir à la disposition la plus générale en la matière je me bornerai à souligner ce que l'article 191 du code de procédure pénale prescrit : « les preuves acquises en violation des interdictions établies par la loi ne peuvent pas être utilisées » : il s'agit d'une inefficacité radicale, étant donné qu'elle peut être invoquée « en tout état et degré de la procédure ».

Voilà le développement — jusqu'à des conséquences extrêmes (peut-être excessives à défaut de toute distinction) — du principe consacré par la Cour constitutionnelle (qui faisait référence aux seules violations des « droits fondamentaux »).

XI. — LIMITES À LA PREUVE DÉCOULANT DU SYSTÈME DES RELATIONS ENTRE LES PHASES DE LA PROCÉDURE ET DU RÔLE CENTRAL DE LA PHASE DES DÉBATS

Jusqu'ici nous avons analysé des limites à la preuve qui se concrétisent soit en vertu de règles d'exclusion (de la possibilité de prouver tel ou tel autre élément,

du recours à tel ou tel autre moyen, ...) soit par rapport à des violations supposées de règles concernant le *modus procedendi*.

Pourtant, le nouveau code italien évoque d'autres aspects de la thématique des limites à la preuve pénale en rapport avec la physiologie de la dynamique du procès plutôt qu'à sa pathologie : ce sont les limites découlant des caractères qu'on a voulu conférer à telle ou à telle autre phase de la procédure et aux relations entre les phases.

Il faut rappeler que la réforme italienne a supprimé à la fois la figure du juge d'instruction et la phase de l'instruction préparatoire en tant que telle.

Au lieu de l'instruction préparatoire se déroule une phase qu'on peut appeler d'enquête ou d'investigations préliminaires (« *indagini preliminari* », selon la dénomination officielle) : le ministère public (en Italie un magistrat indépendant, lui aussi) est le maître du déroulement de cette phase, bien entendu organisée selon des règles.

Quant au juge d'instruction, il a été remplacé par un juge à pleine juridiction (*giudice per le indagini preliminari* : couramment, « *g.i.p.* »). Il s'agit d'un magistrat dépourvu de responsabilités directes et actives en ce qui concerne l'investigation mais chargé de fonctions de première importance aussi bien pendant le déroulement de l'enquête qu'à sa conclusion : c'est lui, entre autres, qui exerce de façon exclusive — sauf les cas d'urgence — les pouvoirs de décision sur la liberté du prévenu ; c'est lui qui se voit confier la direction des *incidenti probatori* (dont on parlera ci-après) ; c'est lui qui gouverne et décide l'audience par laquelle s'achève en principe la phase préliminaire.

Or, une règle fondamentale est couramment énoncée : la formation de la preuve est réservée à la phase des débats contradictoires. La formule est séduisante et, dans un certain sens, fondamentalement exacte. Toutefois elle n'exprime qu'une demi-vérité, tandis qu'une compréhension adéquate du système ne se gagne que par le biais de quelques remarques supplémentaires.

XII. — LA PREUVE À L'AUDIENCE PRÉLIMINAIRE ET LES PROCÉDURES « SIMPLIFIÉES »

D'abord on ne saurait nier que la logique de la « preuve » en tant que telle — c'est-à-dire du lien entre une décision et certaines données de fait dont elle tire sa crédibilité — est bien présente, aujourd'hui pas moins qu'hier, à tout moment de la procédure : en Italie comme ailleurs. Il faut plutôt constater que de nouvelles limites — même par rapport à des phases caractérisées par l'intervention de la juridiction — se laissent discerner comme conséquences des fonctions caractéristiques de ces phases. Et cela, bien au-delà de certaines limitations « classiques », telles les limites aux pouvoirs de connaissance *in facto* de la Cour de cassation.

Un exemple typique découle de la réglementation de l'« audience préliminaire », c'est-à-dire de cette audience contradictoire placée à la conclusion de l'enquête du parquet et à la suite de laquelle le *g.i.p.* pourra se prononcer soit pour le renvoi en jugement soit pour le non-lieu.

En principe ce juge doit décider en l'état « *allo stato degli atti* » sur la seule base de la documentation recueillie pendant l'enquête (art. 421 c. pr. pén.). Des preuves ultérieures sont admises pourvu qu'elles se montrent « décisives » par

rapport à l'alternative entre le renvoi en jugement et le prononcé immédiat d'un non-lieu (art. 422 c. pr. pén.).

Bien plus limitées sont toutefois les possibilités de preuve si l'audience préliminaire est simplement l'occasion d'une décision « anticipée » sur l'affaire, suivant les schémas de certaines procédures « spéciales » auxquelles la réforme a confié beaucoup de chances de réussite des efforts vers une justice pénale plus rapide. Aucune possibilité d'un « supplément d'instruction » n'est admise en ce cas-là, le juge étant obligé de juger en l'état « *allo stato degli atti* » (V. l'art. 441 al. 1^{er} quant au jugement « abrégé » et l'art. 448 al. 1^{er} c. pr. pén. quant au « *patteggiamento* »).

XIII. — LA PROCÉDURE ORDINAIRE ET LE SYSTÈME DES « DEUX DOSSIERS »

Quant aux cas où le procès se déroule jusqu'à la phase des débats contradictoires à la suite d'un renvoi en jugement (suivant la procédure « ordinaire »), des éclaircissements sont encore plus nécessaires.

On l'a déjà souligné. L'instruction « préparatoire » dans son sens traditionnel a été supprimée. Par conséquent il n'y a plus de « dossier d'instruction », transféré en tant que tel à la disposition du juge de jugement en cas de renvoi.

Le renvoi en jugement entraîne la formation de deux dossiers (art. 431 et 433 c. pr. pén.) : un dossier « pour les débats » (transmis *ex officio* au juge du jugement) et un dossier « du parquet » (qui est ouvert à la « *discovery* » des parties privées mais qui n'est pas transmis au juge du jugement). Les procès-verbaux des actes accomplis pendant la phase préliminaire ne s'inscrivent pas, en principe, dans le premier dossier, mais dans le second (une exception à la règle concerne les procès-verbaux relatifs à ces « parenthèses juridictionnelles » introduites à la phase de l'enquête qu'on appelle « *incidenti probatori* »).

Cette distinction n'est pas sans conséquences sur le plan des limites aux connaissances que le juge du jugement est autorisé à utiliser pour fondement de ses décisions.

Il faut notamment souligner le double régime qui en découle dans un contexte marqué par la règle fondamentale que l'article 526 du code de procédure pénale fixe en cette matière : « lors de la délibération (*scil.* : de l'arrêt) il est interdit au juge d'utiliser des preuves autres que celles légalement administrées pendant les débats contradictoires ».

Quant aux contenus des deux dossiers, toutes les données, et elles seules, résultant du dossier « pour les débats » peuvent être utilisées en tant que telles afin de juger l'affaire, au même titre que les données directement acquises par le juge (unique ou collégial) du jugement : pour être plus précis, dans les « motifs » de son arrêt, le juge est pleinement autorisé à faire référence aux pièces de ce dossier, pourvu qu'elles aient été offertes à la contradiction des parties à la suite d'une « lecture » en audience ou bien à condition que l'accusation et la défense en aient pris acte et donné leur accord pendant la phase des débats (art. 511 c. pr. pén.).

Le régime des procès-verbaux compris dans le dossier du ministère public est tout à fait différent (art. 500 et 503 c. pr. pén.). En principe le code n'admet à ce propos qu'une utilisation assouplie : ils sont utilisables par les parties au procès

comme moyens de « contestation », c'est-à-dire qu'ils auront une force « négative » dans la mesure où une partie réussit (par le biais de la contestation) à détruire la crédibilité de ce que le juge écoute directement pendant les débats. Par contre ils n'ont en principe aucune force « positive » de preuve : seulement certaines pièces peuvent être transférées de l'un à l'autre dossier à la suite de leur utilisation comme moyens de contestation : tels les procès-verbaux des déclarations du prévenu au ministère public en présence de l'avocat (mais par exemple la règle contraire vaut quant aux dépositions des tiers que le titulaire des pouvoirs d'investigation a reçue pendant son enquête).

XIV. — VALEUR DES PRINCIPES ET DIFFICULTÉS D'ÉQUILIBRE : LES PROBLÈMES DE L'« APRÈS-RÉFORME »

Il serait difficile de nier l'importance des principes nouveaux qu'on a essayé de présenter ici en une synthèse imparfaite et incomplète. Le progrès en termes de civilisation juridique devrait être hors de question notamment comme conséquence du bouleversement de la ligne « inquisitoriale » qui inspirait le système antérieur.

Néanmoins certains détails (à vrai dire, pas du tout secondaires) font discuter justement à cause des « coûts » qu'ils entraînent quant aux limites à la preuve.

La controverse porte surtout sur quelques dispositions dont la jurisprudence elle-même ne réussit parfois qu'à mettre en évidence la rigidité. Telle la règle d'interdiction absolue du « témoignage indirect » des officiers et des agents de police : raisonnablement conçue comme moyen d'éviter des attitudes non orthodoxes de la part des policiers pendant l'accomplissement de leurs tâches, elle a été poussée à des conséquences vraiment excessives, au moins dans la mesure où elle empêche ce témoignage même si la personne concernée est morte ou absolument introuvable. C'est justement dans ce sens-là que l'article 195 alinéa 4 du code de procédure pénale est couramment interprété et en même temps suspect de contradiction avec plusieurs principes de la Constitution (cf. Trib. Roma, 26 févr. 1991, *Lanternari*, in CP 1991.II.672 ; Trib. Verona, 9 avr. 1991, *Belhady*, *ivi* 1991.II.676) qui ont déféré la question à la Cour constitutionnelle. Pourtant une autre juridiction (Trib. Torino, 15 juin 1990, *Migliori*, in CP 1990.II.348) a estimé possible une solution de compromis en admettant que, dans le cas de décès d'une personne, les déclarations qu'elle a rendues à la police judiciaire doivent être considérées comme « actes insusceptibles de répétition », et en tant que tels susceptibles d'être joints au « dossier pour les débats » et en dernier ressort utilisées comme preuves.

Tout à fait centrale, du reste, est une question d'ordre plus général : est-il convenable de maintenir dans toute son étendue actuelle la règle en vigueur selon laquelle les procès-verbaux contenus dans le « dossier du parquet » n'ont en principe qu'une valeur de preuve négative ? Parfois les juridictions se voient obligées de tirer des conclusions inquiétantes (V. notamment, Ass. Verona, 3 oct. 1990, *Tommasoni*, in CP 1991.II.301 à propos d'une affaire d'homicide : la mère de l'inculpé — et femme de la victime — avait dénoncé le fils comme responsable d'une agression contre le père et avait donné une déposition détaillée en ce sens-là au cours de l'enquête ; au cours des débats elle s'était déditée mais sa rétractation avait perdu toute crédibilité devant les contestations ; toutefois le

jury n'a pas pu condamner justement en se basant sur l'interdiction de faire référence aux seules déclarations faites par la femme au cours de l'enquête).

Sans oublier que derrière certaines rétractations – et derrière certaines disparitions de témoins – c'est la délinquance organisée (mafia etc.) qui « tire les ficelles »...

Les problèmes pratiques et les problèmes des choix de principe se mêlent sans qu'on puisse pourtant accepter le simple retour au passé comme solution... ce ne serait pas une solution si l'on pense aux polémiques, aux drames et aux affaires non résolues dont la procédure d'hier et d'avant-hier s'est montrée riche.

Cependant quelques mises à jour semblent indispensables.

Hors question, afin de réduire certains dangers, paraît la nécessité, au moins, d'un élargissement modéré des possibilités de recours à l'*incidente probatorio* (aujourd'hui peu encouragé par la loi) ainsi que la nécessité de mieux garantir la protection de ceux qui sont tenus à faire des dépositions de cette sorte devant le *g.i.p.*

Vraisemblablement il faudra mieux creuser le « sens » du système « des deux dossiers ». A mon avis, par exemple, ce système a son fondement et demeure essentiel afin d'éviter que les juridictions de jugement se trouvent dans une situation de « pré-jugé » lorsque les débats s'ouvrent : d'où l'importance de ne pas remettre en question leur « ignorance » à ce moment-là quant aux preuves potentielles à charge et à décharge. Je ne méconnais pas non plus l'exigence de continuer à reconnaître un rôle fondamental à la dialectique entre les parties et à la « neutralité » du juge comme pivot d'un « procès équitable ». Pourtant tout cela n'a pas à réduire la procédure pénale aux termes d'un simple jeu de puissance et d'habileté selon les versions extrêmes de la *sporting theory*.

Dans le nouveau code on ne trouve plus, il est vrai, aucune référence d'ordre général à la nécessité d'« éclairer la vérité », telle qu'elle apparaît dans l'article 299 du code de 1930 là où il précisait le rôle du juge d'instruction. Aucune nostalgie n'est à exprimer à ce propos si l'on considère que la disparition est le résultat d'une réaction compréhensible aux prétentions d'omniscience mêlées à la concentration de pouvoirs hétérogènes dans une seule personne : précisément le juge d'instruction. Pourtant il ne serait ni acceptable en absolu ni conforme aux buts les plus authentiques de la réforme d'en tirer un mépris pour les exigences de vérité réelle que le procès, tout procès, doit prendre en compte : bien entendu dans un contexte de respect de la personne et de la légalité.

Les limites en matière de preuve

Aspects actuels

J. R. SPENCER

Fellow, Selwyn College

Reader in Common Law (Cambridge)

Comme l'automobiliste français, le Français qui étudie le système de preuve anglais se trouve dans un monde où toutes les règles semblent opérer en sens inverse. En droit français moderne la preuve est libre en ce que tout moyen de preuve est recevable : mais le moyen par lequel la preuve a été obtenue peut la rendre inutilisable en provoquant une nullité. En droit anglais, la position a traditionnellement été le contraire. La preuve n'est pas libre dans le sens que tout moyen de preuve est recevable, une série de matières étant exclues comme preuve, qu'elles soient pertinentes ou non : mais la matière étant en principe recevable comme preuve, les tribunaux ne s'intéressent que peu aux moyens adoptés pour l'obtenir. Dans la phrase célèbre de M. Justice Crompton au XIX^e siècle, « De quelque façon que vous l'ayez obtenue — même si vous l'aviez volée, la preuve serait recevable »¹.

Un changement d'attitude se voit dès le milieu du XIX^e siècle. Peu à peu, la loi et la jurisprudence ont progressivement atténué les catégories de preuves non recevables, les remplaçant souvent par une simple faculté accordée au juge de rejeter ce qui peut risquer d'embrouiller les débats plutôt que les éclairer. En même temps, la jurisprudence s'intéresse de plus en plus à la qualité des méthodes par lesquelles les preuves ont été obtenues, les tribunaux modernes ayant tendance à rejeter ce qui a été obtenu par de graves infractions aux dispositions réglant la phase policière.

Par ce changement d'attitude, le système anglais s'assimile un peu au système de son voisin. Le Français qui s'intéresserait à la loi de la preuve anglaise moderne se trouverait encore dans un monde étranger, il est vrai : mais il aurait des points de repère.

I. — LE DÉVELOPPEMENT ET LE DÉCLIN DES CATÉGORIES DE PREUVE IRRECEVABLE

Si les détails restent obscurs, les grandes lignes du développement de la loi de la preuve anglaise en matière pénale sont assez bien connues. Pendant les premiers trois ou quatre siècles de son histoire, le procès pénal du *common law* se

1. *Leatham*, 1861, 8 Cox CC 498.

déroulait presque toujours sans avocats, et à cette époque la preuve était plus ou moins libre. Au XVIII^e siècle les avocats colonisèrent les tribunaux répressifs, et les règles furent développées par la jurisprudence au fur et à mesure que les juges acceptèrent leurs arguments que tel ou tel témoin doit être récusé, ou que doit être rejeté tel ou tel moyen de preuve².

Les motifs qui influencèrent les tribunaux à accepter les conclusions des avocats ne sont pas connus pour certains, mais il est probable que les juges furent influencés par un ensemble de raisons. La meilleure était le désir de supprimer les preuves d'un caractère potentiellement trompeur, de peur qu'un jury de profanes ne fasse dans son innocence une erreur³. Un autre facteur fut la peur de faire témoigner les personnes qui seraient tentées de mentir sous serment ; aux superstitieux, il était plus important d'éviter le risque de parjure que d'assurer la condamnation des coupables et la non-condamnation des innocents. Une autre raison pourrait avoir été le fait que les tribunaux faisaient face à une quantité de travail qui augmentait sans cesse avec des ressources en temps et en personnel qui restaient inchangées⁴ de sorte qu'ils s'efforcèrent de trouver tout moyen de réduire le temps qu'il leur fallait consacrer à entendre le témoignage. Plusieurs explications sont possibles, dont l'une n'exclut pas les autres.

Au début du XIX^e siècle, le *common law* avait créé une série de catégories de preuves irrecevables, dont les suivantes sont les plus importantes.

A. — *Les témoins incapables*

Fut rejetée comme témoin toute personne que la loi croyait impossible de contraindre à dire la vérité par serment. Les jeunes enfants et les déments furent rejetés dans la mesure où ils ne comprenaient pas l'idée de la damnation éternelle ; les athées, qui le comprenaient, parce qu'ils ne l'acceptaient pas ; et les quakers, qui la comprenaient et l'acceptaient, parce que leur religion leur interdisait de jurer. Les forçats furent rejetés, surtout ceux qui avaient été condamnés pour parjure. Fut également rejeté le défendeur lui-même, selon la théorie, apparemment, qu'il serait aussi tenté de se parjurer ; par analogie, fut aussi rejetée son épouse (sauf le cas où elle était la victime). En droit civil, un tel raisonnement rendit également incapable le demandeur, et toute autre personne ayant un intérêt pécuniaire à l'affaire.

Les règles concernant les témoins incapables devinrent plus strictes au cours du XVIII^e siècle. A la fin du siècle précédent les juges, bien que refusant d'entendre les témoins incapables sous serment, disposaient de la faculté de les laisser parler sans serment « pour renseigner le tribunal »⁵. Cent ans plus tard ils adoptèrent une position plus rigide, refusant de les entendre sans serment, même à titre de renseignement : soit le témoin prête serment, soit il se tait⁶. La seule exception qu'ils continuaient à accepter concernait le défendeur à qui le

2. J. H. Langbein, *The Criminal Trial Before the Lawyers*, 1978, 45, *University of Chicago Law Review*, 263 ; J. H. Langbein, *Shaping the Eighteenth Century Criminal Trial*, 1983, 50, *University of Chicago Law Review*, 1.

3. J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, 1898.

4. Au début du XVIII^e siècle il semble que le jury généralement se retirait pour considérer son verdict. A la fin du siècle, il n'avait plus le temps de le faire ; J. S. Cockburn, *A History of English Assizes 1558-1714*, 1972, p. 123.

5. V. Sir Matthew Hale, *Historia Placita Coronae. The History of the Pleas of the Crown*, 634.

6. Brasier, 1779, *East, Pleas of the Crown*, 443.

juge pouvait encore permettre de faire une déclaration à l'audience — sans serment, et sans la possibilité d'être interrogé.

B. — *L'ouï-dire*

L'ouï-dire, librement admis comme preuve pendant les siècles précédents, fut rejeté. Les tribunaux donnèrent à la règle contre l'ouï-dire une portée très large, qu'elle a gardé en principe jusqu'à présent. Comptaient (et comptent) comme ouï-dire non seulement les affirmations des tiers parties que les témoins prétendent avoir entendu parler, mais également toute affirmation par écrit d'un non-témoin : non seulement ses écritures informelles — ses lettres, par exemple — mais aussi ses dépositions, même sous serment, faites devant une justice de paix au cours de ce qui existait à cette époque en guise d'enquête préliminaire. La règle contre l'ouï-dire opère non seulement en faveur du demandeur, mais aussi contre lui. En ce qu'elle empêche qu'il soit condamné sur l'accusation d'une personne qui ne dépose pas oralement à l'audience : elle empêche également qu'il soit acquitté par l'affirmation d'un tiers partie, rapportée par un témoin, que l'infraction a été commise par une autre personne⁷.

A la règle contre l'ouï-dire il y avait évidemment un nombre d'exceptions importantes, dont la plus importante est l'aveu extra-judiciaire de l'accusé, qui a toujours été recevable contre lui comme preuve de l'infraction. Un tel aveu, bien que recevable comme preuve, n'est pas une preuve concluante : à la différence d'un aveu à l'audience, qui peut constituer un *plea of guilty*, obligeant le tribunal à prononcer une condamnation.

C. — *La personnalité du défendeur*

A la très grande différence du droit français, le *common law* prit la décision de supprimer presque totalement la personnalité du défendeur comme élément de preuve — qu'il s'agisse de l'existence d'un casier judiciaire, ou qu'il s'agisse d'actes malhonnêtes semblables au comportement qu'on lui reproche et qui semblent démontrer une tendance à les faire. Cette règle, comme la règle contre l'ouï-dire, est soumise à un nombre important d'exceptions. La règle, en outre, n'empêche pas le défendeur qui jouit d'une bonne réputation de s'en prévaloir comme preuve de son innocence.

Il est évident que la conséquence de ces règles est d'obliger les tribunaux à décider de la culpabilité d'un défendeur dans l'ignorance de certains faits qui sont pertinents. Au XIX^e siècle, des opinions divergentes furent exprimées sur la justification de règles qui avaient une telle conséquence. Le juge, historien et comparatiste James Fitzjames Stephen pensait que l'absence de telles règles à la fin du XVII^e siècle avait été une des raisons d'une série d'erreurs judiciaires célèbres notamment l'affaire de *Titus Dates*, où quatorze innocents furent condamnés à mort à la suite de témoignages faux. Bien qu'il critiquât avec vigueur plusieurs détails des règles telles qu'elles existaient à son époque, Stephen ne doutait pas qu'en principe des catégories de preuve irrecevable étaient nécessaires pour éviter les erreurs judiciaires. Selon lui, de telles règles étaient juste l'élément « qui manque au procès français pour le mettre dans une forme acceptable »⁸.

7. *Sparks v. R.* 1964, AC 964.

8. J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, vol. i, p. 549.

Pour Jeremy Bentham, cependant, de telles règles ne pouvaient jamais aider un tribunal dans sa tâche principale, qui est de découvrir la vérité, parce que pour découvrir la vérité il est en principe nécessaire d'examiner tout fait qui y est lié. On peut justifier une règle cachant au tribunal un fait pertinent par la nécessité d'éviter un inconvénient pour un témoin, ou l'alourdissement du procès, mais jamais par la nécessité d'éviter une erreur judiciaire⁹.

« Pour éviter les erreurs judiciaires, c'est-à-dire pour supprimer une preuve qu'on croit susceptible de tromper, on utilise la non-recevabilité avec prodigalité. Pour éviter les délais, les dépenses, et les inconvénients, on l'utilise très restrictivement. Ainsi dans les cas où ce remède serait certainement efficace, il ne s'emploie que rarement ; et dans les cas où ses effets ne sont que plus ou moins dangereux, il s'emploie tout le temps. »

Pendant les 150 ans suivants, les opinions de Bentham ont beaucoup influencé le développement de la loi sur la preuve. La jurisprudence et la législation se sont unies pour atténuer progressivement les règles sur la preuve irrecevable.

Les règles concernant les témoins incapables furent attaquées les premières et ont été complètement éliminées. A la suite d'une loi qui permit aux quakers de témoigner sous « déclaration solennelle » au lieu du serment, le Parlement, après un débat public très acrimonieux, étendit finalement le même droit aux athées et aux non-croyants en 1888. Les forçats furent reconnus capables de témoigner par une loi de 1843. En 1898 — alors que la France venait à peine d'accorder au défendeur le droit au silence pendant l'instruction — le *Criminal Evidence Act* en Angleterre accorda au défendeur, à l'audience, le droit de parler. Désormais, le défendeur avait le droit de témoigner sous serment — au lieu de la simple possibilité de s'exprimer sans serment, si le juge avait l'intention de le permettre. En même temps, l'épouse du défendeur acquit le droit de témoigner pour la défense. Son incapacité générale à témoigner à charge dura encore 94 ans, jusqu'au *Police and Criminal Evidence Act*, qui l'abolit en 1984.

L'incapacité des enfants s'avéra plus durable. Une loi de 1888 — votée à la suite d'une campagne menée par la *National Society for the Prevention of Cruelty to Children* — permit à l'enfant trop jeune pour en comprendre la nature de témoigner sans serment, à condition que le juge le trouve suffisamment intelligent pour lui accorder la parole et que l'enfant comprenne le devoir de dire la vérité¹⁰. Ces conditions doivent être établies par le juge, en interrogeant l'enfant avant de lui permettre de témoigner. Selon un arrêt de 1958, le juge ne doit pas admettre l'enfant à témoigner s'il n'a pas atteint l'âge de six ans¹¹. En face d'une inquiétude croissante à propos des infractions sexuelles contre les enfants, cependant, la cour d'appel condamna cet arrêt en 1990, et nia l'existence d'un âge minimum pour l'enfant témoin¹². L'année suivante, le Parlement vota l'article 52 du *Criminal Justice Act 1991*, destiné à rendre capable de témoigner tout enfant qui peut communiquer intelligiblement, son intelligence et sa conception du devoir de dire la vérité ne portant dorénavant que sur sa crédibilité.

Quand cette législation entrera en vigueur en octobre 1992, la seule personne qui restera incapable de témoigner sera l'adulte handicapé mental qui ne com-

9. J. Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence*, 1825, éd. Dumont § 6.7, ch. 4.

10. La disposition actuelle est le *Children and Young Persons Act 1933*, art. 38.

11. *Wallwork*, 1958, 42 CrApR 153.

12. Z. 1990 2 QB 355.

prend pas la nature d'un serment¹³ : anomalie dont l'abolition semble certaine dans l'avenir.

La règle contre l'ouï-dire reste encore en vigueur, mais la liste des exceptions devient de plus en plus longue.

En 1964, la *House of Lords* affirma que la règle concernant l'ouï-dire méritait une réforme plus complète que ne pouvaient le faire les tribunaux eux-mêmes, et recommanda au Parlement de légiférer¹⁴. Huit ans plus tard le *Criminal Law Revision Committee* formula des exceptions très larges dans son projet pour une réforme générale de la loi sur la preuve¹⁵. Ce projet déclencha une controverse, à la fin de laquelle il fut évident que le gouvernement ne l'adopterait pas. Dès cet instant, les tribunaux se mirent à créer de plus en plus d'exceptions¹⁶. Devinrent ainsi recevables le compte que rend la victime d'une agression immédiatement après celle-ci¹⁷, et la description que donne la victime de son agresseur¹⁸. En 1965¹⁹ 1984²⁰ et 1988²¹ le Parlement vota une série d'exceptions de plus en plus étendue concernant les documents. La dernière de ces lois a rendu recevable, *inter alia*, le procès-verbal fait au commissariat par un témoin qui ne comparait pas à l'audience pour l'une ou l'autre d'une série de raisons données : mort, maladie, absence à l'étranger, disparition, peur, ou le fait qu'il a été « *kept out of the way* », c'est-à-dire enlevé ou soudoyé.

Des trois catégories principales de preuve non recevable, seules les règles concernant la personnalité du défendeur restent plus ou moins intactes. Malgré les demandes pour leur abolition que fait de temps en temps la police, les juges démontrent encore qu'ils croient cette règle équitable et nécessaire. Même quand la loi prévoit expressément que le casier judiciaire d'un prévenu est recevable — comme l'article 27 du *Theft Act* 1968, qui permet au tribunal d'en tenir compte en matière de recel — les tribunaux lui donnent un sens très étroit²². Mais même dans ce domaine, la jurisprudence la plus récente indique un changement d'attitude. Un arrêt de la *House of Lords*, réinterprétant la jurisprudence antérieure, permet au procureur de faire connaître au jury le fait qu'un prévenu accusé d'une infraction sexuelle contre l'enfant X est également accusé d'une série de telles infractions sur les enfants Y et Z, pourvu que la preuve des infractions contre X et Y fasse croire à l'homme raisonnable que le prévenu serait coupable de l'infraction contre X²³.

II. — LA SUBSTITUTION DE LA FACULTÉ DE REJETER LA PREUVE

Dans l'arrêt *Christie*²⁴ en 1914, la *House of Lords* énonça l'idée que le juge disposait d'une faculté de rejeter une preuve qui est *more prejudicial than probative* :

13. Bellamy, 1985, 82 CrApR 222.

14. *Myers v DPP* 1965, AC 1001.

15. Criminal Law Revision Committee, *Eleventh Report — Evidence (General)*, Cmnd, 4991.

16. A. Ashworth et R. Pattenden, Reliability, Hearsay and the English Criminal Trial, 1986, 102, *Law Quarterly Review*, 292.

17. *Andrews*, 1987, AC 281.

18. *Cook*, 1987 QB 417, *McCay*, 1991 91 CrApR 84.

19. Criminal Evidence Act 1965.

20. Police and Criminal Evidence Act 1984, art. 68.

21. Criminal Justice Act 1988 art. 23-26.

22. *Bradley*, 1979, 70 CrApR 200 ; *Wood*, 1987 85 CrApR 287.

23. *D.P.P. v. P.* 1991 AC 447.

24. 1914, AC 545.

c'est-à-dire, qui a tendance à éveiller les préjugés du jury contre le défendeur, sans leur donner en réalité une grande quantité d'informations pertinentes quant à sa culpabilité. Les tribunaux ont affirmé son existence dans un grand nombre d'arrêts, adoptant de temps en temps une formule considérablement plus large : que le tribunal dispose de la faculté d'écarter une preuve quand la recevoir ne serait pas équitable pour la défense²⁵. Cette faculté a trouvé trois champs d'application. A l'origine, elle fut conçue pour le cas d'une preuve de nature normalement recevable, mais qui semble en l'espèce être particulièrement trompeuse : l'identification de son agresseur par un petit enfant par une confrontation au moment où il est encore en état de choc par exemple²⁶. Les tribunaux ont affirmé, cependant, que le tribunal peut exercer ce pouvoir discrétionnaire pour rejeter une preuve d'une catégorie normalement irrecevable, que le Parlement a rendue expressément recevable par une exception à la règle²⁷.

Récemment, en créant des exceptions nouvelles aux catégories des preuves irrecevables, le Parlement a eu tendance à accorder expressément au juge le pouvoir discrétionnaire de rejeter la preuve s'il considère que l'admettre rendra la procès inéquitable. Il l'a fait, notamment, dans les lois précitées de 1984 et de 1988 qui créent pour les documents des exceptions très importantes à la règle contre l'ouï-dire. De plus, il y a le *Criminal Justice Act 1991*. Quand il entrera en vigueur, il rendra recevables sous certaines conditions les enregistrements sur vidéo des interrogatoires des enfants victimes de sévices ou d'attentats sexuels. La législation prévoit qu'il sera nécessaire d'obtenir la permission du juge avant de produire une telle preuve : permission qu'il peut refuser s'il pense que « compte tenu de toutes les circonstances, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de la recevoir » (art. 54).

Encore un point de repère pour le Français, qui connaît de l'article 309 de son code de procédure pénale le pouvoir du président du tribunal de rejeter tout ce qui tendrait à compromettre la dignité des débats, ou à les prolonger sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats.

III. — VERS LA SUPPRESSION DES PREUVES EN RAISON DU MOYEN DE LES OBTENIR

Comme précité, le *common law* ne s'intéresse pas traditionnellement au moyen par lequel une preuve a été obtenue. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle on trouve peu de règles comparables aux règles françaises concernant les nullités : l'idée qu'un acte gravement irrégulier doit être retiré du dossier, avec le risque, dans certains cas, de ne pas pouvoir utiliser les faits découverts postérieurement à cet acte.

Pour comprendre cette attitude, il faut se souvenir que le *common law* n'a connu que récemment une enquête réglementée. Pendant trois siècles les justices de paix furent chargées de mener une phase investigatoire, au cours de laquelle elles avaient le pouvoir et le devoir d'interroger le suspect et les témoins, et d'enregistrer ses réponses par écrit. Mais les lois de 1554 et 1555 qui leur imposaient ces devoirs étaient vagues et brèves. Il n'y avait pas dans cette législation les dispositions détaillées telles qu'en contenaient les ordonnances européennes

25. *Kuruma*, 1955 AC 197.

26. *O'Leary*, 1988 87 CrApR 387.

27. *Blithing*, 1983, 77 CrApR 86 (procès-verbal d'un témoin mort) ; cf. *Collins* 1938, 26 CrApR 177.

contemporaines²⁸. Au début du XIX^e siècle fut organisée une police professionnelle, à laquelle les justices de paix, étant non professionnelles préférèrent déléguer officieusement l'interrogatoire des témoins et du suspect. Une loi de 1848, consacrant la situation actuelle, enlevait aux justices de paix la tâche de la recherche des preuves. Mais — chose surprenante — elle ne transféra pas cette tâche officiellement à la police. Si la justice de paix, en son temps, interrogeait selon des textes vagues et imprécis, nul texte ne réglait l'interrogatoire par la police. La perquisition était réglementée par des textes éparpillés, complétés par une jurisprudence floue. En l'absence de réglementation, on ne peut guère se plaindre de la non-observation d'une règle.

En 1984, le *Police and Criminal Evidence Act* rationalisa et codifia les pouvoirs de la police en matière de recherche des preuves. Dès cette législation, un changement d'attitude se voit progressivement dans les tribunaux — qui semblent de plus en plus disposés à rejeter une preuve quand les formalités prévues par la loi n'ont pas été respectées.

Pour expliquer l'évolution moderne, il faut dégager trois catégories de matières qui peuvent être rassemblées au cours de l'enquête.

La première catégorie concerne les procès-verbaux et les dépositions des témoins. En ce qui les concerne, le moyen de les obtenir ne s'est jamais rapporté que peu à leur recevabilité comme preuve. A l'audience anglaise il n'y a pas de dossier et la procédure s'en tient très fortement au principe de l'oralité. On accorde à la règle contre l'ouï-dire une portée très large, ce qui rend irrecevables les propos des personnes qui ne comparaissent pas à l'audience même quand ils ont été enregistrés par écrit. D'où il s'ensuit que la déclaration que fait un témoin au cours de la phase préliminaire du procès n'est pas en général recevable du tout, même quand les formalités prescrites par la loi — quand elles existent — ont été respectées. La recevabilité d'une déposition ou d'un procès-verbal ne dépend donc pas de la régularité ou de l'irrégularité de l'interrogatoire du témoin.

Il est à noter, cependant, que quand la loi, exceptionnellement, accorde à la déposition d'un témoin la valeur de preuve les tribunaux l'ont quelquefois rejetée pour non-respect d'une formalité exigée par la loi. Une loi du XIX^e siècle prévoyait que serait recevable à l'audience la déposition d'un témoin décédé faite sous serment devant une justice de paix. Une telle déposition fut rejetée parce que la loi exigeait la notification du suspect avant l'interrogatoire du témoin devant la justice de paix — formalité qu'avaient oubliée la justice de paix et la police²⁹.

On doit noter encore à ce propos la loi de 1991, qui rendra recevable la déclaration d'un enfant témoin enregistrée par video. Comme précité, cette législation accorde au juge la faculté de rejeter la déclaration de l'enfant quand il considère qu'il n'est pas dans l'intérêt de la justice de la recevoir. Quand cette législation entrera en vigueur, le ministère de l'Intérieur publiera un code pour l'interrogatoire des enfants victimes. Il est très probable que les juges en tiendront compte en exerçant leur pouvoir discrétionnaire.

La deuxième catégorie concerne les aveux du suspect obtenus au cours de l'enquête. Ils sont recevables comme preuve à l'audience malgré la règle contre l'ouï-dire, à laquelle ils ont toujours constitué une exception très importante.

28. J. H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, 1974.

29. Shurmer, 1886, 55 *Law Journal* NS 153.

Mais quoiqu'ils soient en principe recevables, les aveux peuvent certainement être rejetés en raison des moyens employés pour les obtenir. La matière est réglementée actuellement par des articles importants du *Police and Criminal Evidence Act 1984*, qui consacrent et renforcent une jurisprudence développée par les tribunaux au cours de deux siècles.

Vers la fin du XVIII^e siècle les tribunaux décidèrent que doit être rejeté par le juge tout aveu obtenu à la suite d'un *inducement* : c'est-à-dire d'une promesse ou d'une menace³⁰. Le but de cette règle n'était ni de protéger les droits de la défense, ni de soutenir un système officiel de réglementation de l'enquête (qui n'existait guère à cette époque), mais seulement l'espérance de supprimer les aveux qui étaient faux. Plus tard, les tribunaux décidèrent qu'il en va de même pour un aveu fait à la suite d'une *oppression* (contrainte), concept qui comprenait n'importe quel comportement susceptible de produire un faux aveu, bien qu'il ne s'agisse ni d'une promesse ni d'une menace³¹.

En 1912 les juges formulèrent les *Judges Rules*. Ces règles — qui furent reformulées en 1918 et en 1964³² — comprenaient une série de directives pour la police sur la conduite d'un interrogatoire, notamment sur le devoir de prévenir le suspect qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Les dernières lignes de ces règles furent ces mots : « L'inobservation de ces règles peut faire que des réponses et des déclarations soient rejetées par le tribunal ». D'où il s'ensuit qu'outre le devoir de rejeter un aveu obtenu à la suite d'une menace, d'une promesse ou d'une contrainte, le tribunal disposait désormais d'un pouvoir discrétionnaire de rejeter un aveu obtenu au mépris des *Judges Rules*.

En 1981 la *Royal Commission on Criminal Procedure*³³ condamna les pouvoirs actuels de la police pour rechercher les preuves comme incertains et insuffisants, et proposa qu'ils soient élargis, précisés et codifiés. Quant aux pouvoirs des tribunaux de refuser les aveux obtenus au mépris des règles, la Commission pensa qu'un aveu doit être rejeté en raison d'une circonstance qui a tendance à le rendre moins crédible, mais pas en raison d'une simple inobservation des règles. Ainsi proposa-t-elle d'accorder au tribunal seul le devoir de rejeter un aveu qui a été obtenu dans des circonstances qui sapent sa crédibilité. L'inobservation des règles, en tant que telle, devrait déclencher des sanctions disciplinaires contre la police, mais désormais elle ne doit pas aboutir au rejet de l'aveu par le tribunal.

Les recommandations de la Royal Commission sur l'expansion et la codification des pouvoirs de la police furent acceptées. Le *Police and Criminal Evidence Act 1984* les a soumis à une réglementation globale, dont les détails sont prévus dans une série de *Codes of Practice* formulés par le ministre de l'Intérieur selon l'autorité qui lui est octroyée par l'article 66 de la loi³⁴. La proposition de la Commission sur l'effet de l'inobservation des règles, cependant, fut très controversée³⁵. Au Parlement le projet de loi, qui suivait les recommandations de la Commission, fut finalement modifié pour incorporer un article accordant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire très étendu. Cette modification devint l'article 78 du *Police and Criminal Evidence Act* :

30. *Warickshall*, 1783, 1 Leach 263 ; *Cross on Evidence*, 7^e éd. p. 598.

31. *Priestley*, 1967, 51 CrApR 1.

32. Le texte fut publié par le *H.M. Stationery Office*. Pendant que les règles restaient en vigueur, il fut reproduit dans tous les ouvrages sur la procédure pénale et sur le droit de la preuve : e.g. Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 37^e éd., 1969, § 1119.

33. Cmnd 8092.

34. Home office, *Police and Criminal Evidence Act 1984, Codes of Practice, revised edition*, avr. 1991 ; ISBN 0-11-340997-4 ; publié par Her Majesty's Stationery Office, Londres.

35. Pour les détails, V. Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 2^e éd. 1990, 199-200.

« 1) dans toute procédure le tribunal peut refuser une preuve que veut présenter le procureur s'il lui semble que, compte tenu de toutes les circonstances, y compris celles dans lesquelles la preuve a été obtenue, la réception de la preuve aurait un effet si préjudiciable à l'équité du procès qu'il ne doit pas la recevoir ;

2) cet article ne déroge à aucune règle selon laquelle un tribunal est obligé de rejeter une preuve. »

En somme, le *Police and Criminal Evidence Act* prévoit qu'en matière d'aveu :

— a) le tribunal est obligé de refuser ceux qui ont été obtenus soit par la contrainte, soit en conséquence d'un comportement ayant tendance à rendre l'aveu d'un suspect moins crédible (art. 76) ;

— b) le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire de refuser un aveu qui a été obtenu à la suite de l'inobservation de la réglementation de l'interrogatoire que prévoit le *Police and Criminal Evidence Act* et les *Codes of Practice* (art. 78).

Le pouvoir discrétionnaire de refuser un aveu a déjà donné naissance à une jurisprudence considérable³⁶ d'où trois grandes lignes semblent se dégager. La première est l'importance de la mauvaise foi de la part de la police ; les tribunaux sont disposés à rejeter les aveux qu'a obtenus la police au mépris intentionnel des règles³⁷. La deuxième est la tendance à rejeter un aveu quand l'inobservation des règles semble rendre l'aveu douteux : quand le policier a omis d'observer les formalités prévues pour la notation et l'enregistrement de l'interrogatoire, par exemple³⁸. La troisième est la tendance à refuser un aveu obtenu par l'inobservation des règles, privant le suspect de son droit au silence : par exemple, quand la police refuse de lui laisser voir son avocat avant qu'il ne commence à parler³⁹.

La troisième catégorie d'informations rassemblées irrégulièrement pendant l'enquête concerne les pièces recueillies et les constatations scientifiques faites au cours d'une perquisition ou d'une fouille irrégulières : la découverte d'une arme illicite dans la maison du suspect, par exemple, ou de traces sur ses vêtements.

Jusqu'à l'époque moderne le refus d'une telle preuve en raison du moyen irrégulier de l'obtenir était hors de question. Dans un arrêt de 1870, où il s'agissait d'un poisson, objet d'un braconnage, qu'avait trouvé un policier dans la poche du défendeur au cours d'une fouille non autorisée, J. Mellor a dit : « il serait un obstacle dangereux à l'administration de la justice si nous décidions qu'une preuve ne pouvait être utilisée contre un préposé en raison du fait qu'elle avait été obtenue par un moyen illégal »⁴⁰.

La phrase encore plus tranchante de J. Crompton en 1861 a été citée ci-dessus.

La première suggestion qu'un tel article de *hard evidence* (preuve solide) pouvait être rejeté en raison de l'illégalité du moyen de l'obtenir fut faite dans l'affaire *Kuruma, son of Kaniu v. B*⁴¹ en 1955. L'accusé avait été condamné pour la possession de munitions illicites trouvées sur sa personne au cours d'une fouille faite par un agent de police, fouille que seul un officier était autorisé à faire. En refusant le recours du condamné, le *Privy Council* exprima en passant l'opinion que le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de rejeter une preuve pour assurer

36. Zander, *op. cit.* 201 et s.

37. Mason, 1988, 86 CrApR 349 ; Canale, 1990, 91 CrApR 1.

38. Keenan, 1990, 90 CrApR 1.

39. Samuel, 1988, 87 CrApR 232.

40. Jones v. Owens, 1870, 34 JP 759.

41. 1955, AC 197.

l'équité du procès s'étendait en principe à une preuve d'une telle nature, bien qu'il soit rare que le tribunal en fasse l'application.

Dans une série d'arrêts, au cours des années suivantes, les tribunaux reconnurent l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire. Mais ils refusèrent généralement de s'en servir. Dans une affaire célèbre, en outre, ils refusèrent l'acquittement du tribunal inférieur parce qu'il l'avait invoqué pour rejeter la découverte d'une drogue dans la maison au cours d'une perquisition non autorisée⁴². La portée — même l'existence — du pouvoir discrétionnaire fut rendue encore plus discutable par l'arrêt *Sang* en 1979⁴³. Au moment de décider qu'un tribunal ne peut pas refuser la preuve d'une infraction en raison du seul fait que le prévenu avait été persuadé de la commettre par un agent provocateur, plusieurs des juges de la *House of Lords* exprimèrent des opinions très restrictives sur le pouvoir discrétionnaire de refuser une preuve qui avait été irrégulièrement obtenue.

Cinq ans plus tard l'article 78 du *Police and Criminal Evidence Act*, en accordant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire sans limite, mit hors de doute le pouvoir discrétionnaire de refuser une preuve concrète en raison du fait qu'elle a été irrégulièrement obtenue. Dans l'affaire *Fox*⁴⁴ la *House of Lords* reconnut qu'un tribunal pourrait utiliser l'article 78 pour refuser un alcotest non autorisé qu'avait fait la police — et dans *Matto v. Wolverhampton Crown Court*⁴⁵ la Divisional Court même cassa la condamnation prononcée par le tribunal inférieur dans une affaire semblable : le juge aurait dû considérer la possibilité de faire application de l'article 78, mais avait refusé à tort de statuer sur la question, croyant que le pouvoir discrétionnaire ne pouvait pas s'appliquer à de tels faits.

Il est évident qu'on peut faire un rapprochement entre l'intérêt que commentent à montrer les tribunaux anglais aux moyens par lesquels les preuves sont obtenues, et le fait que le *Police and Criminal Evidence Act* a élargi, rationalisé et codifié les pouvoirs de la police dans la recherche des preuves. Quand J. Crompton exprima l'opinion tranchante citée au premier paragraphe de cet article, les pouvoirs de la police étaient au même moment vagues et absurdement restreints. Ils étaient caractérisés, en outre, par une série de lacunes et d'anomalies bizarres : dont la plus célèbre est le fait qu'il était possible pour la police d'obtenir un mandat de perquisition pour rechercher des objets volés, mais pas pour chercher le corps de la victime d'un homicide⁴⁶. Il n'est pas étonnant qu'à cette époque les tribunaux ne s'intéressaient pas à la légalité des moyens par lesquels la preuve avait été obtenue. Et il est normal que, la police ayant obtenu des pouvoirs adéquats, l'attitude des tribunaux ait changé.

42. *Jeffrey v. Black*, 1978, QB 490.

43. 1980, AC 402.

44. 1986, AC 281.

45. 1987, RTR 337 ; mais *V. Thomas*, 1990, *Criminal Law Review*, 269.

46. *Chani v. Jones*, 1970, 1 QB 693.



La preuve impossible ?

De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements

Thierry CRETIN

Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Dole

Lorsqu'un enfant est victime des violences ou de la perversité sexuelle d'un adulte, la première (et pratiquement la seule) des réactions observées est l'indignation, la réprobation, expression d'une révolte qui s'éteint le plus souvent aussi rapidement que les propos tenus avaient été vengeurs, voire extrêmes. Par delà ces flambées affectives, le magistrat saisi de l'affaire doit travailler à vérifier — c'est son premier devoir — la réalité des faits allégués. Voilà donc posé le problème de la preuve. Et quel problème !

D'une manière générale, la justice le rencontre toujours et il est encore plus aigu lorsqu'il s'agit de la preuve par témoin. Or, ce mode de preuve est le seul auquel on puisse recourir lorsque, le cas est fréquent dans l'hypothèse des affaires que nous envisageons ici, les preuves indiciales font défaut. Certes, les magistrats disposent parfois de constatations médicales mais cette hypothèse est en définitive assez rare.

L'enjeu est d'autant plus lourd quand dans une procédure s'affrontent les accusations d'une victime et les dénégations de l'accusé, et que tout s'articule autour de cette confrontation. Cette hypothèse est presque toujours celles des dossiers relatifs à des agressions sexuelles. Ceci est vrai pour les adultes mais plus encore lorsque ces infractions ont été commises sur des enfants. L'institution judiciaire se trouve confrontée, dans cette dernière éventualité, à deux impératifs antinomiques : ne pas condamner un innocent injustement accusé, mais aussi ne pas laisser impuni un acte commis sur un être qui a moins que les autres la possibilité de se protéger.

Ces quelques lignes suffisent à cerner la préoccupation principale des magistrats à qui sont soumis de tels dossiers : la manifestation la plus certaine possible de la vérité. Posons plus précisément encore la question. Les violences ou attentats à la pudeur sur des mineurs ou mineures rassemblent généralement les caractéristiques suivantes :

- ils sont commis par des proches ;
- dans un cadre privé ou bien très circonscrit ;
- la victime connaît l'auteur avant l'infraction et se trouve avoir à son égard des liens affectifs, ou de subordination, ou de sympathie.

Autrement dit, ils sont le fait d'un père, d'un voisin, d'un éducateur, d'un instituteur, par exemple.

Je me propose d'analyser ici, sous le double angle juridique et concret, les incidences de cette situation sur le travail judiciaire, en abordant successivement ; la valeur du témoignage d'enfant ; les modes de vérification du bien-fondé des accusations ; l'absence de témoins extérieurs.

I. — LA VALEUR DU TÉMOIGNAGE D'ENFANT

Si la parole du mineur a une valeur juridique, dans quelles circonstances doit-on lui porter crédit ?

A. — Sa valeur juridique

Il existe dans notre droit pénal une obligation de déposer en qualité de témoin pour tout citoyen ayant personnellement constaté un fait ou connaissant une information intéressant la justice. Néanmoins, le législateur a décidé d'exclure le témoignage de différentes personnes parmi lesquelles les individus intellectuellement ou physiquement « insuffisants » et les personnes reprochables en raison de l'intérêt matériel ou affectif qu'elles portent au fait lui-même ou à la personne en cause.

Or, l'enfant, ou plutôt le mineur de moins de seize ans, entre dans la catégorie des êtres considérés comme en état « d'infériorité » physique ou intellectuelle, cette incapacité trouvant son fondement dans la conviction qu'il ne peut pas se rendre exactement compte de la gravité et de l'incidence de sa déposition.

En outre, l'enfant se trouve être également un témoin reprochable. Que faut-il entendre par là ? Tout d'abord, reprochable signifie l'inverse d'irréprochable. Cette définition se passe de tout commentaire, et juridiquement, reprochable a pour sens : que l'on peut récuser, c'est-à-dire contester.

Le législateur estime que certaines catégories de personnes, par leur situation ou leur qualité, ne présentent pas *a priori* les caractéristiques du témoin idéal. Parmi ceux-ci se comptent essentiellement les parents et les alliés. Les enfants en font partie. C'est sagesse de considérer que les liens familiaux et le tissu affectif reliant les membres d'une même famille sont de nature à provoquer des témoignages éloignés de l'idéal de neutralité et d'objectivité qu'on espère d'eux.

Nous constatons donc que dans les cas d'agressions sexuelles sur mineurs nous sommes presque toujours en situation de devoir suspecter les témoignages des enfants, et plus particulièrement lorsque l'hypothèse est celle de l'inceste.

Seulement, ce qu'a voulu le législateur n'est pas l'exclusion totale et définitive des témoignages d'enfants ou de personnes reprochables. Il a simplement prévu que dans les hypothèses qui viennent d'être envisagées, le témoin soit dispensé du serment ; ce qui n'interdit pas d'entendre le témoin. En somme, on ne supprime pas le recours à ce type de témoignages, on l'entoure de réserves destinées à souligner soit le contexte spécifique dans lequel le témoin a pu recueillir ce qu'il rapporte, soit son manque de maturité.

Pour être plus précis, ne parlons donc plus de témoignage, ce terme étant réservé à la déposition des gens entendus sous serment, mais d'auditions d'enfants, soit qu'ils aient été témoins, au sens ordinaire du mot, soit qu'ils aient été victimes d'agissements qu'ils rapportent à d'autres.

Puisque l'audition des mineurs est juridiquement possible, voyons comment elle doit être recueillie par les enquêteurs sur le terrain pour surmonter ou plus simplement prendre en compte les faiblesses qu'elle atteignent.

B. — *Le poids de la parole de l'enfant*

L'expérience démontre que la manière de recueillir la déclaration du mineur est aussi importante que la parole elle-même. Autrement dit, les circonstances et les conditions de l'audition seront d'importance égale au contenu de la déclaration.

Tout ceci trouve son fondement dans le fait que juridiquement le principe de l'intime conviction du juge est la base de la condamnation ou de la relaxe du prévenu. L'appréciation du degré de confiance que mérite une déposition relève de la seule conscience du juge. Dès lors, le juge et même le procureur de la République, auteur des poursuites, vont chercher dans chaque affaire de ce type qui leur sera soumise les éléments du témoignage qui vont forger leur conviction.

Un exemple tiré d'un cas réel s'impose pour illustrer ce propos. Supposons une affaire d'attentats à la pudeur répétés dans le temps depuis plusieurs années, sur une série de fillettes ayant fréquenté successivement la classe d'un même instituteur.

Si les enquêteurs saisis d'une première plainte de parents procèdent en entendant chacune des fillettes l'une après l'autre avec convocation à la brigade de gendarmerie ou au commissariat de police, l'inculpé pourra soutenir que la rumeur, ayant été plus rapide que le rythme des différentes auditions, les dépositions recueillies sont sujettes à caution. A l'inverse, si les enquêteurs ont entendu simultanément et séparément les victimes, cet argument tombe. Un autre avantage en sera tiré pour le plus grand bénéfice de la vérité : si l'ensemble des témoignages ainsi recueillis sont concordants, l'accusation est renforcée ; à l'inverse, s'ils sont contradictoires, l'accusation est sérieusement compromise et les poursuites peuvent être abandonnées.

Mieux encore. Si les enquêteurs entendent toutes les fillettes simultanément à leurs propres domiciles en présence des parents, il ne pourra être soutenu valablement que le cadre inhabituel des locaux administratifs, impersonnels et impressionnants, de même que les questions des policiers ou gendarmes parfois vêtus d'uniformes, aient pu accroître la suggestibilité des mineures.

On en arrive ainsi à conclure que la crédibilité d'une déposition est, dans cette matière au moins, autant fonction de son contenu que de la manière dont elle a été prise.

Il ne s'agit là que d'un exemple dont l'esprit doit être retenu beaucoup plus que la lettre, et qui n'est pas une hypothèse d'école, loin s'en faut. A la barre des tribunaux, le témoignage d'enfants est toujours malmené.

Quel reproche lui adresse-t-on ? Un syndicat d'enseignants a organisé en 1983 un colloque sur ce thème, intitulé : « Les risques du métier, l'enfant, l'éducateur et la justice ». En conclusion de leurs travaux, les intervenants élaboraient une liste de neuf cas types de mensonge d'enfant, résumé complet de ce qui est habituellement reproché au témoignage enfantin.

- 1) Dénonciation, fruit d'une activité imaginaire.
- 2) Mensonge par peur.
- 3) Mensonge par vengeance ou agressivité à l'égard de l'enseignant.
- 4) Mensonge par incompréhension des questions.
- 5) Mensonge induit par la forme et le contenu des questions.
- 6) Mensonge par vantardise et faire valoir.
- 7) Mensonge par suggestion collective.
- 8) Enfants vecteurs d'une cabale d'adultes.
- 9) Attitude maternante ou ambiguë de l'enseignant lui-même.

Deux observations s'imposent.

Premièrement, comment ne pas être étonné de présenter l'enfant comme menteur ou vecteur d'un mensonge. Il est frappant de constater que tout se passe comme si jamais

le mineur ne pouvait avoir une parole crédible. On ne le croit pas *a priori* ; tout au plus *a posteriori* mais nous verrons plus loin cet aspect des choses.

Deuxièmement, l'illustration exposée plus haut d'une technique d'enquête adaptée à ces types d'affaires évite de tomber dans la plupart des cas qui viennent d'être énumérés et écarte, dans une large mesure, en définitive, les reproches que l'on fait au témoignage enfantin.

Cependant, le juge n'aura pas toujours à sa disposition une enquête faite dans les conditions qui viennent d'être décrites et il aura recours à deux procédés d'instruction classiques utilisés depuis longtemps avec les adultes mais qui ne sont pas forcément très heureux dans les dossiers mettant en cause des mineurs : la confrontation et l'expertise psychologique.

II. — LES MODES DE VÉRIFICATION DU BIEN-FONDÉ DES ACCUSATIONS

A. — *Le recours à la confrontation*

Le juge apprécie souverainement le recours à tel ou tel mode de preuve mais en l'état des moeurs judiciaire, le recours à la confrontation est systématique dès lors que l'on se trouve dans l'hypothèse de deux thèses qui s'affrontent.

Au cas d'espèce, elle est inévitable. Si le juge ne l'organise pas, elle manquera et l'accusé pourra se prévaloir de l'absence de cette diligence. Des accusations lointaines sont toujours considérées comme plus facilement émises qu'en face à face. De surcroît, la justice ne peut priver un inculpé de ce moyen de défense ; cela fait partie de ses droits.

Inévitable donc, mais lourde de deux inconvénients majeurs.

Le premier est relatif à la preuve elle-même. La confrontation n'est pas, dans la matière qui nous occupe, une garantie ni dans un sens ni dans l'autre. Il faut avoir connu l'atmosphère de ces confrontations dans le bureau du juge pour sentir à quel point tout peut basculer sans pour autant qu'il s'agisse de la vérité. Revenons à notre exemple. La confrontation d'une fillette avec un père ou un instituteur, personnage dont nous rappellerions au début de notre propos qu'il est proche, respecté, voire aimé, n'exclut pas les manipulations de la part de l'adulte. Il serait naïf de considérer que toute perversion est absente du fait de la présence du magistrat. Un regard, une inflexion de voix peuvent suffire. L'expérience enseigne que des enfants qui se sont rétractés pendant la confrontation sont revenus à leurs accusations dès le départ de l'accusé. La même expérience apprend que la candeur et l'innocence peuvent ne pas exister chez l'enfant ou l'adolescent qui profite d'une situation pour fuir un foyer ou tout simplement parce qu'il s'aperçoit que sa parole a un énorme pouvoir.

Le deuxième est relatif à ce que l'on fait ainsi vivre à l'enfant. Il va lui être demandé de raconter par le menu ce qu'il a déjà exposé aux enquêteurs et du fait de ce face à face il change forcément de statut. Psychologiquement, on lui demande de passer du rôle de témoin et de victime à celui d'accusateur. Le mineur est incapable de formuler cette importante nuance mais il paraît bien difficile qu'il ne puisse la ressentir, surtout avec la solennité des lieux judiciaires. Il voit bien qu'il est un personnage central sur qui tout repose. Il sait aussi que ses révélations ont abouti à l'incarcération de cet être proche qu'est le père, le voisin ou l'instituteur.

Il faut être conscient du poids terrible que l'on fait supporter à l'enfant. J'ai l'expérience d'une tentative de suicide d'une mineure de 13 ans, quelques jours après toute une journée passée au tribunal correctionnel à répondre, point par point, aux dénégations de celui qui lui avait pourtant, disait-elle, imposé des fellations. Cette jeune fille ne comprenait pas pourquoi quinze heures de débats pénibles avaient abouti à une dé-

cision d'incompétence et elle confiait à son journal intime son incompréhension totale de la machine judiciaire qui semblait ne pas avoir tenu compte de sa sincérité et de sa souffrance.

B. — *L'expertise psychologique*

La confrontation est un premier mode de vérification du bien-fondé des accusations portées ; l'expertise psychologique, un deuxième qui consiste à confier à un sachant l'examen de l'enfant pour déterminer s'il présente des tendances à l'affabulation et à la mythomanie.

Remarquons que :

— la réponse apportée sera toujours d'ordre général mais jamais, en tout cas je ne l'ai jamais vu, elle attestera définitivement de la véracité ou de la fausseté des déclarations précisément faites dans le dossier concerné. Les conclusions de l'expert n'indiquent en définitive qu'une probabilité de certitude ou de mensonge ; pas plus ;

— l'insistance sur la mythomanie de l'enfant finit par révéler une attitude pour le moins inquiétante de la part de l'adulte qui résiste à voir dans l'enfant un être humain à part entière. On voit là la distance qui reste encore à parcourir entre les déclarations officielles et les réalités quotidiennes.

Le poids des habitudes est énorme et il est clair que l'adulte se protège plus qu'on ne protège l'enfant, en recourant souvent à tout un argumentaire d'origine psychanalytique sur l'enfant pervers accordant au langage une signification magique. Le thème du colloque d'enseignants que j'évoquais plus haut, à savoir *Les risques du métier* qui n'est ni plus ni moins que la reprise du titre d'un film d'André Cayatte sur une histoire vraie d'amour entre un élève et un enseignant, est riche dans sa présentation même de la place qu'on assigne à l'enfant accusateur : un risque à la merci duquel se trouve l'adulte.

Pourquoi ne dit-on jamais que des accusations mensongères se dégonflent dès les premières heures d'enquête, comme l'expérience apprend à le constater ? Pourquoi ne dit-on pas non plus que, selon des statistiques policières les cas d'affabulation sont rarissimes et ne représentent qu'environ 2 %, ce qui est infiniment plus rare que les cas où l'enfant préfère se taire ?

On peut conclure sur l'expertise psychologique qu'elle est nécessaire et qu'elle constitue, comme la confrontation, une mesure dont on ne peut pas priver l'inculpé, mais ne peut-on pas s'interroger sur le rôle qu'on lui fait jouer : une sorte d'exorcisme des peurs des adultes.

Enfin, ayons le courage de relever que la justice est aussi contrainte à se rabattre sur ces modes de preuve (confrontation et expertise) car elle se heurte à l'absence de témoins extérieurs.

III. — L'ABSENCE DE TÉMOINS EXTÉRIEURS

La rigueur conduit à préciser, avant d'aller plus loin, que ce ne sont pas les témoins qui manquent mais bien plus les témoignages. Un constat s'impose : la justice pénale éprouve les plus grandes difficultés à obtenir de ceux qui savent qu'ils viennent le dire à la barre des tribunaux ou tout simplement au juge d'instruction.

Le cas le plus caractéristique se rencontre en matière d'inceste. Dans la presque totalité des cas, la mère sait ce qui se passe entre sa fille et son mari mais préfère accepter et taire l'inacceptable plutôt que de devoir : assumer le scandale d'une révélation ; supporter le départ d'un mari qui pourrait aller chercher bonne fortune ailleurs ; vivre sans le salaire de l'homme.

Le deuxième cas est relatif au très important problème du signalement.

L'Etat et les collectivités locales (département, municipalité ou autre) disposent de services dont la mission est de s'occuper des problèmes sociaux. Ces services quadrillent assez bien leur territoire de compétence et sont ainsi amenés à connaître de nombreuses situations qui ne sont pas toujours signalées à l'autorité judiciaire ou bien alors très tardivement. Le phénomène existe aussi avec le corps médical ou le corps enseignant.

Ainsi, on s'aperçoit au fil des affaires que bien souvent les problèmes sont connus, ou simplement pressentis, mais rien ne se passe car chacun se retranche derrière une argumentation dans laquelle on retrouve deux pôles de fixation.

— Ne pas être dénonciateur, comme si signaler un fait était la même chose que dénoncer une personne. Est-on aussi regardant lorsqu'on porte plainte pour le vol de son auto-radio ? Se soucie-t-on de l'éventuelle interpellation de l'auteur ?

— Ne pas violer le secret professionnel ; il faut dire que les assistantes sociales et les médecins y sont assujettis et l'on pourrait croire qu'ils peuvent l'invoquer pour ne pas témoigner, mais c'est faire abstraction d'une autre donnée juridique. La loi prévoit, en effet, que dans la matière qui nous occupe ce secret est levé. Toutefois la jurisprudence a précisé que le travailleur social ne s'en trouvait pas pour autant obligé de témoigner. Ce qui revient à mettre le témoin en position d'être libre de parler ou de ne pas parler. Or la contrepartie de la liberté, c'est la responsabilité, celle d'omettre, par exemple, de porter secours à personne en danger, qui est un délit pouvant être puni jusqu'à cinq années d'emprisonnement (art. 62 et 63 c. pén.). Cette responsabilité est globalement assumée mais il est des cas ou des lieux pour lesquels le signalement n'intervient pas ou tardivement. Lorsqu'il est tardif, il s'agit presque toujours de se couvrir face à une situation devenue incontrôlable.

Ces exemples ne sont pas exhaustifs. D'une manière générale les adultes se taisent. S'ils parlent, ce n'est que bien longtemps plus tard. Si une loi s'applique, c'est celle du silence.

Voyons maintenant quelles conclusions tirer de cette série de constats.

IV. — LES LEÇONS DU CONSTAT

On peut dire que l'enfant est dans une situation de grand isolement et vraisemblablement de désarroi. Tout se passe comme si sa parole n'était pas crue mais pourtant suffisante pour mettre en route le mécanisme judiciaire. Ainsi, il sera d'abord entendu par les enquêteurs puis par le juge ; on lui fera donner des détails en lui rappelant que ses accusations sont graves ; on le confrontera.

Tout se passe comme si sa parole n'était pas crue mais pourtant suffisante pour faire craindre des choses terribles. Ainsi, la mère dira que c'est le fruit d'une imagination fertile mais recommandera le silence pour ne pas envoyer un père en prison.

Tout cela est bien contradictoire et traduit principalement l'infinie ambivalence des adultes à l'égard de ce sujet. Elle est tellement grande cette ambivalence que l'on a pu voir des personnes persister à dénier toute crédibilité aux dires d'un enfant alors même que l'auteur avait reconnu les faits.

Que vaut la parole de l'enfant ? Question majeure car elle renseigne, selon la réponse apportée, sur la manière dont on le considère : une personne ou pas !

Donner valeur à la parole de l'enfant, c'est le reconnaître comme être humain à part entière ; examiner ce qu'il dit au seul filtre de la raison, c'est le responsabiliser. Quand on aura ainsi nettoyé les rapports entre les adultes et les mineurs de toute la nébuleuse des arrière-pensées, des procès d'intention et des préjugés, alors la recherche de la vérité deviendra, non pas facile, elle ne l'est jamais, mais tout simplement possible, en tout cas débarrassée de ses scories émotionnelles.

Le sursis simple est bien complexe L'art baroque en droit pénal (suite)

Laurent RIEUNEAU

Magistrat au Casier judiciaire national

Un arrêt récemment publié¹ vient apporter des précisions originales sur le régime du sursis simple et la composition des juridictions ; il nous semble même de nature à bouleverser profondément l'organisation judiciaire française, si ses principes devaient être maintenus.

Un délinquant avait été condamné à un an d'emprisonnement avec sursis, pour tentative de vol. Ultérieurement, et sans égard pour l'avertissement formulé par le président de la juridiction sur le fondement de l'article 737 du code de procédure pénale, il se rendait coupable de violences volontaires, sanctionnées en cour d'appel par six mois d'emprisonnement.

Cette nouvelle condamnation entraînant la révocation de plein droit du sursis d'un an, il sollicitait donc la même cour aux fins d'obtenir la dispense de révocation du sursis antérieur, mais la cour rejetait cette demande. Le requérant formait alors un pourvoi en cassation.

Saisie d'un moyen visant l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (exigence d'un tribunal impartial), la Chambre criminelle a décidé que le président de la juridiction ayant prononcé le premier sursis² ne pouvait statuer de façon impartiale sur la requête en dispense de révocation.

Ainsi, le magistrat qui a accordé avec bienveillance le bénéfice du sursis serait, *a priori*, objectivement mal disposé à en maintenir les effets³, lorsque le comportement ultérieur du condamné a prouvé qu'il ne méritait pas pareille indulgence. Or la portée de cette décision dépasse largement le cas d'espèce.

Ce qui est vrai pour le président de la juridiction ne le serait-il pas aussi pour ses assesseurs, en raison du principe de collégialité ? L'un au moins des assesseurs a voté pour le sursis (peut-être même les deux !). Ils sont donc également suspects.

Ce qui est vrai pour la dispense de révocation ne le serait-il pas *a fortiori* plus encore pour les requêtes portant plus directement atteinte à l'autorité de la chose jugée, ou remettant en cause les effets d'une condamnation ?⁴ Les relèvements d'incapacités, déchéances et interdictions, les aménagements, fractionnements, suspensions, en somme le champ d'application de l'article 55-1 du code pénal⁵ tomberaient sous le coup de

1. Cf. Crim. 27 févr. 1991, *Gaz. Pal.* 29 sept. 1991.

2. Qui, entre-temps, avait été nommé à la cour d'appel compétente pour examiner la requête.

3. Contre son propre avertissement, s'agissant du président de la juridiction...

4. En effet, la révocation automatique n'est pas un effet du sursis lui-même, mais de la seconde condamnation, lequel n'a pas été forcément voulu.

5. Cf. aussi les art. 775-1 (dispense d'inscription au B2), 720-1, 708 c. pr. pén. et 44-2 c. pén.

cette jurisprudence (puisque le magistrat, s'il était enclin à ne pas vouloir ces effets, aurait pu les empêcher dès la décision initiale).

Ce qui est vrai pour les requêtes ne le serait-il pas aussi pour de nouvelles poursuites ? On peut craindre qu'un magistrat voyant revenir régulièrement un même individu devant lui, pour des infractions répétées, en conçoive non seulement une certaine lassitude⁶, mais aussi un *a priori* défavorable. Ne serait-ce pas contraire à l'impartialité, appréciée objectivement ?⁷

A court terme, le ministère public, maître de l'audiencement, va donc devoir se livrer, pour chaque requête, à un délicat examen de la composition de la juridiction appelée à se prononcer, pour s'assurer qu'aucun magistrat de la première formation ne vienne compromettre l'impartialité de la seconde.

A moyen terme, compte tenu des désordres que le point précédent ne manquera pas de causer, notamment dans les « petites » juridictions, la création d'une formation spécialisée⁸ sera nécessaire, composée de magistrats interdits d'audience correctionnelle ordinaire (et de cour d'assises, cela s'entend), pour conserver toute l'impartialité requise.

A long terme, un renforcement conséquent des effectifs est sans doute à envisager...

Même sans s'arrêter aux désastreux effets secondaires mentionnés précédemment, cette jurisprudence, qui prétend pourtant se fonder sur une appréciation objective des risques d'impartialité, repose sur un postulat étonnant : les magistrats mémoriseront intégralement l'identité des prévenus qu'ils jugent, ainsi que leur opinion personnelle sur l'affaire.

Elle vient rompre avec la prudence antérieure de la cour sur l'exigence d'impartialité. Il eut été manifestement plus raisonnable de rejeter le moyen, faute de doute objectif : l'encombrement des audiences ne permet hélas pas de souvenirs si précis. On trouvera, du moins, dans cette jurisprudence un bel exemple de cet art baroque décrit par la doctrine⁹.

Cette espèce illustre, en tout cas, l'entropie croissante¹⁰ qui se manifeste depuis plusieurs années dans le domaine de la procédure pénale : les multiples réformes, successives et parcellaires, l'introduction de nouvelles variétés de sursis (sursis assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général ou « STIG »), les évolutions du régime du sursis avec mise à l'épreuve, l'avènement de la « conversion » des courtes peines en travail d'intérêt général (« TIG », art. 747-8 c. pr. pén.), l'augmentation du contentieux post-condamnation, et notamment des requêtes en dispense de révocation de sursis antérieurs, enfin l'extrême complexité de l'ensemble laissent présager un grippage du système actuel¹¹.

En ce qui concerne le sursis simple, notamment, cela renforce l'idée que son régime juridique, tel qu'il résulte des articles 734-1 et suivants du code de procédure pénale, est condamné à plus ou moins brève échéance dans sa forme actuelle¹².

6. Et une interrogation sur l'effet dissuasif de la peine.

7. Dans cette hypothèse, la Chambre criminelle, par arrêt du 13 juin 1991, *Calvy*, a cependant décidé que la circonstance qu'un assesseur de cour d'assises a eu à se prononcer dans une autre poursuite contre le même accusé n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité...

8. Éventuellement départementale, en raison des juridictions à une chambre ?

9. Cf. G. Lorho, *Les alternatives à l'emprisonnement ou l'art baroque en droit pénal*, cette *Revue* 1991.53 et s.

10. Entropie : « en thermodynamique, fonction définissant l'état de désordre d'un système, croissante lorsque celle-ci évolue vers un autre état de désordre accru », *Dictionnaire Robert 1*.

11. Et cela sans même attendre l'improbable espace judiciaire européen. L'entropie semble même s'accroître, puisqu'à l'occasion de la réforme du code pénal vient d'être « inventé » le sursis simple obligatoirement, sauf récidive (futur art. 223-1-1-B sur l'auto-avortement, *JO déb. Sénat*, 2 oct. 1991).

12. *Revue de droit pénal*, oct. 1991, Les voies lumineuses de la conversion : « on doit toutefois, à cette occasion, s'interroger sur les limites que l'institution du sursis simple semble avoir atteintes ».

En effet, son régime apparaît désormais comme infiniment plus contraignant et rigide que tous les autres, de par :

1) ses conditions restrictives de prononcé (art. 734-1 : conditions d'antécédents) qui ne sont pas ou plus exigées pour les autres formes de sursis ;

2) sa durée fixe de cinq ans, irréductible (art. 735), alors que le sursis avec mise à l'épreuve est variable, entre 18 mois et trois ans (art. 738) et abrégéable à un an (art. 743) tandis que le STIG est limité à 18 mois maximum (art. 747-1), devenant même irrévocable dès l'exécution du TIG ;

3) sa révocabilité automatique (art. 735) — alors que les deux autres formes supposent une décision expresse de révocation (art. 742 et s.) — qui conduit, à titre palliatif, à de nombreuses requêtes en dispense de révocation de sursis, participant ainsi à l'encombrement des rôles.

Au surplus, son efficacité psychologique sur le condamné « ordinaire » est assez douteuse : tous les praticiens connaissent la réaction courante de prévenus qui affirment en toute bonne foi n'avoir pas été condamnés alors qu'ils sont sous le coup de plusieurs sursis simples.

C'est dire que la menace, pourtant solennelle (cf. art. 737 c. pr. pén. : avertissement au condamné), leur apparaît surtout comme une absence de sanction, faute de conséquences pratiques, visibles et immédiates.

Enfin, le régime juridique actuel du sursis simple et ses développements jurisprudentiels (abstraction faite de l'arrêt du 27 févr. 1991) amènent le Casier judiciaire à une gestion informatique lourde et infiniment complexe, en raison de l'enchevêtrement des diverses règles applicables (non-avenue, réhabilitation, révocation et dispense, conversion...).

Il semble donc souhaitable de faire évoluer le sursis simple vers plus de souplesse et de clarté, en simplifiant son régime et sa gestion. Compte tenu de l'existence d'autres formes de sursis plus récentes, on est naturellement amené à tenter un rapprochement de leurs régimes, une normalisation de leurs mécanismes. Tel est le sens des propositions qui suivent.

I. — SUPPRESSION DES CONDITIONS TENANT AUX ANTÉCÉDENTS

Le premier alinéa de l'article 734-1 abrogé, le sursis simple devient possible *quels que soient les antécédents judiciaires du prévenu*, comme c'est déjà le cas pour le STIG et le sursis avec mise à l'épreuve. C'est une évolution identique à celle qui a abouti au régime actuel de celui-ci, qui connaissait aussi des conditions d'antécédents et une révocabilité automatique avant la loi du 11 juillet 1975. Comment en effet continuer de justifier ces conditions d'antécédents, alors que ces mêmes conditions ont été abandonnées par le législateur pour les autres régimes ?

Avantages

- Une standardisation des régimes de sursis ;
- un assouplissement des possibilités d'individualisation de la peine, le sursis simple n'étant plus réservé aux délinquants primaires ou quasi primaires ;
- la disparition de la gradation « forcée » établie par les juridictions entre sursis simple, puis sursis avec mise à l'épreuve, faute de pouvoir prononcer un nouveau sursis simple, dans le cas où un emprisonnement ferme paraît inopportun ;

— la revalorisation corrélative du sursis avec mise à l'épreuve, en réduisant l'ensemble des mesures prononcées « faute de mieux » qui encombrant les services de l'application des peines et dispersent le suivi¹³.

Inconvénients

— Un affaiblissement de la répression, en laissant aux magistrats la possibilité de réitérer un choix (sursis simple) dont l'usage antérieur n'a pas été très probant¹⁴.

II. — RÉDUCTION ET MODULATION DU DÉLAI D'ÉPREUVE

Le délai d'épreuve est réduit à 3 ans maximum, sa durée étant fixée, au choix de la juridiction, entre 18 mois et 3 ans. Il s'agit là encore d'une standardisation, d'un alignement sur le régime du sursis avec mise à l'épreuve issu de la loi du 6 juillet 1989.

Avantages

- Une standardisation des sursis ;
- une adaptation du droit à l'évolution du sursis avec mise à l'épreuve : ce que le législateur a jugé bon pour celui-ci doit l'être aussi pour celui-là ;
- un droit à l'oubli plus rapide (disparition du Bulletin n° 2, au non-avenue, acquise plus tôt) ;
- une souplesse de la menace et donc une meilleure individualisation.

Inconvénients

- Un affaiblissement de la menace (cf. *ultra*) ;
- la nécessité d'une réaction plus rapide de la répression et de l'exécution ;
- la dissociation entre délai de prescription des peines fermes (5 ans) et délai de non-avenue (3 ans maximum) ; c'est là un inconvénient très intellectuel, sans grande conséquence pratique, qui aboutit seulement à créer deux régimes autonomes, l'un pour les peines fermes, et l'autre pour les sursis ;
- la dissociation avec le délai de récidive de cinq ans (problème existant toutefois déjà pour le sursis avec mise à l'épreuve) ; à terme, c'est peut-être l'existence même de la récidive, déjà largement battue en brèche par le bénéfice des circonstances atténuantes, qui est en jeu¹⁵.

N.B. L'hypothèse d'un mécanisme de prolongement du délai dans la limite de trois ans paraît de peu d'intérêt, sauf pour la beauté du parallélisme intégral avec le sursis avec mise à l'épreuve.

13. Au 1^{er} janv. 1991, 94 960 SME en cours, soit 82,1 % de l'ensemble des mesures de milieu ouvert, pour environ 600 agents de probation, note de conjoncture n° 109, sept. 1991, de l'Administration pénitentiaire.

14. Cf. P. Salvage, *Le cumul de sursis*, cette *Revue* 1978.13 et s.

15. En pratique, la récidive est déjà très irrégulièrement constatée ; ses effets sur les peines prononcées sont infimes, et se limitent quasiment au délai de libération conditionnelle et à l'annulation de plein droit du permis de conduire.

III. – PAS DE RÉVOCATION DE PLEIN DROIT

Le sursis n'est révocable que par disposition expresse d'une juridiction prononçant une nouvelle condamnation. Ainsi cesse la principale incohérence du régime actuel, où le sursis le plus difficile à prononcer est aussi, paradoxalement, celui qui est révoqué le plus facilement ; dès lors, la dispense de révocation, qui n'est qu'un palliatif à la révocation automatique, n'a plus lieu d'être, puisqu'il y aura autorité de la chose jugée en cas de révocation prononcée.

Avantages

- Les greffes et services de l'exécution des peines n'ont plus à examiner systématiquement la situation pénale d'un condamné pour y déceler une éventuelle révocation de plein droit ;
- les juridictions sont déchargées des requêtes en dispense de révocation désormais supprimées comme sans objet ;
- les régimes de révocations des sursis sont désormais homogènes et identiques ;
- la décision est expressément voulue :
 - la décision judiciaire est plus claire à comprendre pour le justiciable quant à ses effets ;
 - la juridiction est obligée de mesurer les effets de sa décision, ce qui est une responsabilisation ;
- la décision est non accidentelle (contrairement au cas actuel des sursis antérieurs ignorés de la juridiction en raison des retards d'approvisionnement du Casier judiciaire, de l'ordre de neuf mois) ;
- est éliminée la centaine d'erreurs graves annuelles de mise à exécution de sursis faussement considérés comme révoqués par les parquets ; actuellement ces erreurs ne se découvrent qu'à l'enregistrement de la fin de peine au CJN, c'est-à-dire après exécution. La révocation volontaire erronée sera au moins découverte plus vite, à la saisie de la condamnation ;
- sont éliminées les incertitudes¹⁶ liées à l'article 747-8 du code de procédure pénale : le sort des sursis antérieurs sera fixé explicitement et définitivement par la nouvelle condamnation, nonobstant une « conversion » ultérieure ;
- l'ensemble procure une meilleure stabilité juridique des situations pénales grâce à plus de certitude sur le sort des sursis ;
- corrélativement, les traitements informatiques du Casier judiciaire sont allégés ; notamment le Casier judiciaire n'a plus à gérer la masse des révocations de plein droit et le cortège subséquent des dispenses de révocation, volontaires ou induites (art. 747-8 c. pr. pén.)¹⁷ ;
- enfin on supprime les mentions « sursis révoqué de plein droit » sur les B1, considérées comme « surréalistes » par certains parquets, notamment lorsque la peine révoquée est prononcée par défaut.

16. Cf. cependant, Crim. 4 avr. 1991, qui en lève certaines.

17. Cette gestion s'apparente à la tapisserie de Pénélope, éternellement faite et dé faite : une peine avec sursis relève du régime du non-venu, puis de la réhabilitation en cas de révocation, avant de revenir au non-venu en cas de dispense postérieure, quitte à être à nouveau révoquée ultérieurement...

Inconvénients

- Affaiblissement de la menace (argument qui n'a pas retenu le législateur de 1975) ;
- nécessité d'un bulletin n° 1 du Casier judiciaire exhaustif et mis à jour très rapidement pour que la juridiction qui juge ait bien connaissance de tous les sursis révocables (de la révocation accidentelle d'un sursis inconnu, on passe à la non-révocation d'un sursis inconnu qui mériterait peut-être de l'être).

*

* *

Ces propositions apportent toutes une simplification, une uniformisation, une meilleure cohérence globale du régime des sursis ; en cela, elles aideraient sans doute à lutter contre l'entropie.

Elles présentent surtout l'avantage de ne pas créer de nouvelles entités juridiques, mais au contraire d'aligner le sursis simple sur des régimes plus récents, et ce faisant, de restituer un peu de simplicité à un sursis qui, au fil des ans, n'a plus de simple que le nom.

}

A. — CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

I. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

André VITU

*Professeur émérite de la faculté de droit,
sciences économiques et gestion de Nancy*

1. *Circonstances atténuantes et légalité criminelle*

Dans un arrêt de cassation (Crim. 21 févr. 1991, *Passerini*, *Bull. crim.* n° 90), la Chambre criminelle énonce, au « chapeau » de sa décision, que « les juges ne peuvent dès lors prononcer une peine que dans les limites fixées par la loi ; qu'ils ne peuvent réprimer une infraction par une peine inférieure au minimum légal que s'ils reconnaissent l'existence de circonstances atténuantes ». Faute, par la cour d'appel, d'avoir satisfait à cette exigence postulée par le principe de la légalité des délits et des peines, sa décision a été censurée. L'arrêt *Passerini* ne fait, en cela, que rappeler une position admise depuis toujours par la Chambre criminelle.

Mais ce rappel constitue aussi le désaveu flagrant de la position, critiquée dans le précédent numéro de la *Revue* (1991.749) et qu'avait adoptée la même Chambre dans un arrêt du 6 février 1991 (affaire *Amirali*) inédit au moment où son commentaire avait été rédigé, et qui vient d'être publié au *Bulletin criminel* de février 1991 (n° 61).

Ainsi donc, par deux arrêts insérés dans le même fascicule de février, la Haute juridiction consacre en matière de circonstances atténuantes deux attitudes opposées et absolument inconciliables : l'une, celle de l'arrêt *Passerini*, conforme à une longue jurisprudence et seule en harmonie avec le principe de légalité (les circonstances atténuantes doivent être expressément accordées pour que le juge puisse fixer une peine inférieure au minimum légal), — l'autre, celle de l'arrêt *Amirali*, qui estime inutile une motivation spéciale et qui considère que l'admission des circonstances atténuantes se déduit du seul fait que la sanction prononcée est inférieure au minimum prévu par la loi.

Tout porte à croire que cette dualité de solutions, proclamée à quelques jours d'intervalle, est due à la division de la Chambre criminelle en sections, ces formations restreintes pouvant malheureusement prendre des positions irréductibles l'une à l'autre et nuisibles à l'unité de la jurisprudence. S'il en est ainsi, il faudrait que, dès que l'occasion s'en présentera, la Haute juridiction, statuant en assemblée générale de ses membres, « désavoue » la position prise par l'une de ses sections : l'autorité du principe de légalité criminelle et celle de la Chambre criminelle sont à ce prix.

2. L'effet des circonstances atténuantes et des excuses atténuantes sur les peines criminelles

I. — Une chronique précédente (cette *Revue* 1988, 511) dressait une liste des erreurs commises par les cours d'assises dans l'application des circonstances aux criminels poursuivis devant elles : l'ignorance des fourchettes établies par l'article 463 du code pénal et la confusion commise entre les taux des peines criminelles et ceux des peines correctionnelles sont les deux défauts que l'on décèle à travers les espèces soumises à la censure de la Chambre criminelle.

Une décision récente (Crim. 27 févr. 1991, *Droit pénal*, juill. 1991, n° 192 note M. Véron, mais non publiée au *Bull. crim.*) s'ajoute à celles précédemment signalées. La Haute juridiction casse un arrêt de la cour d'assises de la Guadeloupe rendu sur une poursuite pour assassinat et dans lequel, après octroi des circonstances atténuantes, les deux accusés avaient été condamnés respectivement à 12 et 6 ans d'emprisonnement. La censure était inévitable et la Chambre criminelle invoque, comme elle l'avait fait déjà dans des arrêts antérieurs (Crim. 20 mars 1961, *Bull. crim.* n° 179 ; 12 janv. 1983, *Ibid.* n° 17 ; 1^{er} août 1987, *Ibid.* n° 303), l'article 40 du code pénal : si les magistrats et les jurés veulent, dans leur indulgence, descendre jusqu'à un emprisonnement correctionnel, la peine qu'ils prononcent ne saurait dépasser 5 ans, maximum de la peine établie par ce texte.

On peut d'ailleurs se demander si la cour d'assises de la Guadeloupe aurait voulu descendre aussi bas dans la voie de l'atténuation. Ne faut-il pas croire plutôt que le fond de sa pensée transparait dans les taux de 12 et de 6 ans ? Mais alors il fallait parler, non d'emprisonnement, mais de réclusion criminelle. L'erreur de terminologie commise, erreur qu'il était pourtant facile d'éviter, a coûté la cassation de l'arrêt rendu par la cour d'assises, provoqué sans utilité des lenteurs dans l'administration de la justice et aussi, ce qui n'est pas négligeable, entraîné des frais pour le Trésor public, c'est-à-dire pour les contribuables.

II. — Une autre erreur se rencontre, moins fréquente il est vrai, parce que les coupables qui donnent occasion de la commettre, les mineurs de 13 à 18 ans ne constituent qu'une population réduite en nombre. Cette erreur a trait au fonctionnement de l'excuse atténuante de minorité. La Cour de cassation (Crim. 13 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 71, *Droit pénal*, août-sept. 1991, n° 221 note M. Véron) a dû rappeler que, comme en matière de circonstances atténuantes, il importe de ne pas perdre de vue les dispositions de la loi (ici l'art. 66 c. pén.) qui détermine les conditions et les effets de cette excuse.

L'espèce soumise à la Haute juridiction concernait un jeune délinquant de 16 à 18 ans, traduit devant la cour d'assises des mineurs du chef de vol avec port d'arme, infraction punissable de la réclusion criminelle à perpétuité (art. 384, al. 2, c. pén.). En réponse aux deux questions qu'oblige à poser l'article 20 (al. 11) de l'Ordonnance du 2 février 1945, magistrats et jurés avaient décidé de frapper le mineur d'une peine proprement dite, mais ils avaient maintenu à son bénéfice l'excuse atténuante de minorité, ne voulant pas aller plus loin dans la voie d'une assimilation du jeune accusé à un majeur. En suite de quoi, ils l'avaient condamné à dix ans de réclusion criminelle.

Là était la faute qu'il aurait fallu éviter. Aux termes de l'article 66, le mineur qui encourt la réclusion criminelle à perpétuité voit cette peine transformée, par l'effet de l'excuse de minorité, en un emprisonnement de 10 à 20 ans : c'est donc une peine d'emprisonnement, et non une réclusion criminelle, qu'il fallait prononcer, et la fixer en respectant les limites de la fourchette légale.

Que si la cour d'assises avait jugé le minimum de dix ans d'emprisonnement encore trop lourd, il lui appartenait d'user en outre des circonstances atténuantes, mais en respectant l'ordre que la Chambre criminelle impose d'observer entre ces deux causes d'at-

ténuation de la peine (Crim. 29 janv. 1970, *Bull. crim.* n° 45, cette *Revue* 1970.635, obs. A. Légal ; 8 févr. 1978, *Bull. crim.* n° 51, cette *Revue* 1979.824, obs. J. Larguier ; 7 sept. 1981, *Bull. crim.* n° 253 ; 27 nov. 1985, *Ibid.* n° 394 ; 27 janv. 1988, *Ibid.* n° 42) : d'abord les circonstances atténuantes, ce qui aurait remplacé la réclusion perpétuelle par une peine variant de deux années d'emprisonnement à 20 ans de réclusion criminelle (art. 463 c. pén.), puis l'excuse de minorité, qui aurait eu pour effet de substituer à cette peine un emprisonnement de un an à dix ans (art. 66 c. pén.), fourchette à l'intérieur de laquelle il eût été facile de choisir et de prononcer, non pas six ans de réclusion criminelle, mais six ans d'emprisonnement.

Cette simple modification de terminologie, révélatrice d'un raisonnement juridique exactement mené et conforme au principe de la légalité criminelle, aurait sauvé l'arrêt de la cour d'assises d'une cassation inévitable.

3. *Le sursis avec mise à l'épreuve et l'obligation d'indemniser les victimes*

En un long article R. 58, le code de procédure pénale énumère les obligations que les juridictions de jugement peuvent imposer, à titre facultatif, aux condamnés qu'elles font bénéficier d'un sursis avec mise à l'épreuve, et qui s'ajoutent aux mesures de surveillance et d'aide appliquées automatiquement à tout probationnaire. L'une de ces obligations consiste en la réparation des conséquences préjudiciables de l'infraction ; elle figurait initialement au 5° de l'article R. 58 (« réparer les dommages causés par l'infraction ») ; lorsque le décret du 14 mars 1989 fusionna les articles R. 58 et R. 59, elle a glissé, assez sensiblement modifiée dans sa formulation, dans le 6° du nouvel article R. 58 (le probationnaire doit « justifier qu'il acquitte, en fonction de ses facultés contributives, les sommes dues à la victime ou à ses représentants légaux ou ayants cause »). Ecrite dans l'intérêt des victimes, mais aussi dans l'intérêt du coupable lui-même, qui est invité par ce biais à démontrer sa volonté de réinsertion, d'amendement, cette disposition a soulevé des difficultés auxquelles, par une dizaine d'arrêts publiés, la Cour de cassation a voulu apporter une réponse.. La plus récente de ses décisions (Crim. 10 déc. 1990, *Bull. crim.* n° 423) invite à faire le point sur l'ensemble de ces difficultés.

I. — L'article 739 (al. 2) du code de procédure pénale pose en règle qu'au cours du délai d'épreuve le probationnaire doit satisfaire « ... à celles des obligations particulières qui lui sont spécialement imposées, soit par la décision de condamnation, soit par une décision que peut, à tout moment, prendre le juge de l'application des peines ». Or ces obligations particulières ne se conçoivent que précisées dans leur nature, ou dans leur montant si elles sont d'ordre pécuniaire. C'est ce que la Chambre criminelle a tenu à rappeler, dans tous ses arrêts, en affirmant que la décision de condamnation ne peut se contenter d'imposer, d'une façon générale, l'obligation de réparer, mais qu'elle doit déterminer la teneur de cette obligation : le probationnaire doit savoir, avec netteté, à quoi il est engagé (Crim. 6 juin 1972, *Bull. crim.* n° 187 ; 10 mars 1976, *Ibid.* n° 88 ; 11 oct. 1978, *Ibid.* n° 267 ; 27 juin 1983, *Ibid.* n° 199 ; 27 nov. 1984, *Ibid.* n° 368 ; 7 juin 1986, *JCP* 1986.IV.263 ; 15 déc. 1987, *Bull. crim.* n° 466 ; 20 juin 1989, *Ibid.* n° 265 ; 10 déc. 1990, préc.).

Mais, dans sa portée, cette jurisprudence a été affectée par un double mouvement, négatif et positif.

1° En un sens négatif, le décret de 1986 a réduit l'ampleur de l'obligation de réparer qu'assume le probationnaire. En raison du libellé compréhensif de l'ancien article R.58-5° cité plus haut, la Chambre criminelle avait admis que cette obligation pouvait n'être pas seulement pécuniaire, mais prendre aussi la forme d'une réparation en nature, d'une *restitutio in integrum*. Ainsi les juges du fond ont pu prononcer, à l'encontre d'un individu condamné du chef d'enlèvement, l'obligation de remettre le mineur à sa mère,

seule titulaire de l'autorité parentale (Crim. 27 nov. 1984, préc.). Semblablement, et sous réserve qu'une action civile eût été formée de ce chef et une condamnation prononcée à cette fin, un banquieroutier a pu se voir imposer, comme obligation particulière de son sursis, de faire rapport, à la masse des créanciers de la faillite, de sommes dont celle-ci avait été frustrée à la suite du paiement préférentiel effectué au profit de l'un de ces créanciers (Crim. 6 juin 1972, préc.).

Malheureusement, du fait de la modification en 1986 de l'article R. 58-5°, devenu R. 58-6°, la réparation en nature est devenue désormais impossible, puisque le texte actuel n'envisage que l'acquittement des sommes dues à la victime, et que la liste des obligations particulières est limitative et ne saurait être complétée ou étendue au-delà de ses termes (Crim. 2 avril 1963, *Bull. crim.* n° 119, *D.* 1963.506, note J. Schewin, cette *Revue* 1963.556, obs. A. Légal, censurant Colmar 25 oct. 1962, *JCP* 1962.II.12259, note J. Lacombe). Il est fâcheux que le décret de 1986 ait enlevé aux juges du fond une arme efficace, au moment même où il gonflait l'article R. 58 de nouvelles obligations particulières.

2° A l'inverse, ainsi que l'avait remarqué M. le président Escande (*J.-Cl. Procédure pénale*, art. 738 à 747, n° 60), la Chambre criminelle a assoupli à partir de 1983 les conditions auxquelles elle subordonne l'obligation, faite aux probationnaires, d'indemniser la victime de l'infraction.

Dans les arrêts précités de 1972, 1976 et 1978, la Haute juridiction limitait l'obligation au paiement des sommes fixées par le juge pénal statuant sur l'action civile portée devant lui : « la disposition de l'article R. 58-5° (maintenant R. 58-6°) s'entend, lorsqu'il s'agit de dommages pécuniaires, de ceux qui ont été évalués, comme en l'espèce, par une condamnation intervenue sur l'exercice de l'action civile » (arrêt de 1978) ; la formule se retrouve aussi dans l'arrêt du 20 juin 1989.

Mais c'est une formulation beaucoup plus large que contiennent les arrêts de cassation rendus en 1983, 1986 et 1987 : la somme que le probationnaire sera tenu, à titre d'épreuve, de verser à la victime peut être fixée dans son montant, non seulement par la juridiction pénale qui décide l'octroi du sursis, mais également par toute autre juridiction, par exemple par un tribunal de grande instance, qui aurait eu à juger la demande en dommages-intérêts formée par la victime indépendamment de la poursuite pénale. D'où la motivation suivante, particulièrement nette : « Si l'arrêt ... peut imposer spécialement l'obligation de réparer les dommages causés par l'infraction, c'est à la condition lorsqu'il s'agit de dommages pécuniaires, que ceux-ci aient été *déterminés dans leur montant* ; ... que cependant l'arrêt [attaqué] n'a prononcé aucune condamnation de cette nature, *ni ne se réfère à aucune condamnation de cette nature qui aurait pu être décidée préalablement par une juridiction ayant eu à statuer sur l'action civile des victimes ... et ne fait état d'aucune évaluation du préjudice* ».

L'arrêt de rejet du 10 décembre 1990 ne contredit nullement cette position lorsqu'il se contente de rappeler que l'obligation de réparer les dommages pécuniaires, prévue par l'article R. 58-6°, « ne peut être imposée en l'absence de *toute condamnation civile préalable et déterminée* ».

II. — Quelle que soit la formulation employée par la Chambre criminelle, étroite ou élargie, l'exigence d'une fixation précise de l'obligation pesant sur le probationnaire emporte diverses conséquences.

Il est indispensable, on l'a vu, que les juges du fond, en décidant le sursis, fixent le montant des dommages-intérêts dus, ou qu'ils tiennent compte de la somme déterminée par une autre juridiction sur ce point. Mais il importe peu que, en l'espèce, les victimes ne se soient pas toutes manifestées : l'abstention des unes ne paralyse nullement l'obligation d'indemniser les autres au titre du sursis d'épreuve (Crim. 11 oct. 1978, 15 déc. 1987 et 20 juin 1989), et la simple mention, dans la décision de sursis, des

« victimes de l'infraction » s'applique sans ambiguïté aux personnes qui se sont effectivement constituées parties civiles (Crim. 11 oct. 1978).

D'autre part, encore que l'article R. 58-6^o fasse spécialement mention des « facultés contributives » du probationnaire, il n'appartient pas à la juridiction de jugement de se préoccuper de ce point dans sa décision : c'est au juge de l'application des peines que revient la tâche d'adapter l'épreuve tout au long de son déroulement et, par conséquent, d'aménager l'échéancier des versements que le condamné doit effectuer pour satisfaire à l'obligation pesant sur lui ; les juges du fond ne se démettent pas de leurs fonctions, ni ne délèguent aucun de leurs pouvoirs en rappelant le rôle qui incombe à leur collègue de l'application des peines (Crim. 20 juin 1989).

Enfin, il n'est pas satisfait à l'exigence d'une condamnation civile préalable et déterminée si les juges du fond se contentent de surseoir à statuer dans l'attente des résultats d'une expertise qu'ils ordonnent (comp. Crim. 15 déc. 1987). Mais il en va différemment si, en ordonnant une expertise sur le préjudice, les juges ont condamné le prévenu à verser à la partie civile une provision précisée dans son montant, et que l'article 464 (al. 3) du code de procédure pénale déclare immédiatement exécutoire : pour cette provision, la condition légale établie par l'article 439 (al. 2) est satisfaite et l'obligation d'acquitter la provision due est parfaitement fondée (Crim. 10 déc. 1990).

4. *L'emploi d'une arme et l'accomplissement d'actes de barbarie lors de la commission d'une infraction*

Parce qu'il avait contraint son épouse à subir un début de rapport sexuel avec un chien berger allemand dont il était propriétaire, animal particulièrement méchant et qui avait déjà mordu précédemment la malheureuse femme, un certain M. avait été inculpé de viol avec arme par le juge d'instruction d'Arras. Puis, sur les réquisitions définitives du parquet, le magistrat instructeur avait disqualifié les faits et renvoyé M. devant le tribunal correctionnel sous la prévention d'attentat à la pudeur commis avec violence, contrainte ou surprise (art. 33, al. 1^{er}, c. pén.) et avec emploi d'arme, ce qui constituait une circonstance aggravante tout en laissant à ces faits leur nature de délit correctionnel (art. 333, al. 2).

Emploi d'arme, quelle arme ? Le ministère public et le juge d'instruction avaient en effet considéré le chien lui-même comme une arme dont le mari avait fait usage, ou dont il avait menacé son épouse. Mais cette affirmation audacieuse méconnaissait la position, seule satisfaisante, de la Cour de cassation qui considère qu'un chien peut être l'instrument, le moyen de commettre des blessures ou des violences volontaires (notamment lorsqu'au cours d'une altercation on excite l'animal à se ruer sur l'antagoniste et à le mordre), mais qu'il est impossible, en ce cas, de le tenir pour une arme par destination au sens de l'article 102 du code pénal, arme dont l'emploi aggraverait l'infraction de violences volontaires (Crim. 1^{er} mars 1989, *Bull. crim.* n° 99, *JCP* 1989.IV. 185, cette *Revue* 1989.738, obs. G. Levasseur).

À la différence des armes par nature dont la seule vocation est de servir à l'attaque ou à la défense, on appelle « armes par destination » tous « objets quelconques » employés couramment dans la vie journalière ou professionnelle, mais qui deviennent dangereux par l'usage qui en est fait pour attaquer autrui. L'expression « objets quelconques », dont use l'article 102, ne peut désigner que des instruments inertes, qui ne tiennent leur dynamisme que de la volonté et de la force physique de l'homme (V. récemment, l'emploi d'un tracteur attelé d'un motoculteur, à l'occasion du délit de rébellion : Crim. 12 mars 1991, *Droit pénal*, août-sept. 1991, note M. Véron). Le chien, lui, n'a pas la passivité complète d'un objet ; bien que dressé à obéir aveuglément à son maître, il garde une sensibilité, une autonomie, une volonté même, qui l'excluent totalement de la catégorie des objets quelconques.

De là, il suit que l'intervention d'un chien ne peut pas constituer l'emploi d'une arme, qui transformerait la contravention de coups et violences volontaires, réprimée par l'article R. 40-1° du code pénal, en un délit correctionnel de violences avec arme au sens de l'article 309, al. 2-6°, du même code (Crim. 1^{er} mars 1989, préc.). Il ne serait pas possible non plus d'ordonner la confiscation du chien en se référant à l'article 52-1 du code pénal (ajouté par la loi du 2 févr. 1981), qui prévoit comme peine complémentaire obligatoire la confiscation de l'arme qui a servi à commettre un crime ou un délit correctionnel.

Dans le procès concernant le sieur M., le tribunal correctionnel d'Arras n'avait pas eu à décider cette confiscation : ne pouvant supporter l'absence de son maître, placé en détention provisoire, l'animal s'était « suicidé » en se jetant dans le vide depuis le balcon de l'appartement, ainsi que l'expliquait l'une des pièces de la procédure d'instruction préparatoire : la confiscation devenait donc impossible, faute d'objet. En revanche, le tribunal avait repris à son compte la qualification d'attentat violent à la pudeur avec usage ou menace d'une arme, ainsi que l'avait fait le juge d'instruction, et il avait condamné le prévenu à huit années d'emprisonnement.

L'erreur commise par les juges du premier degré n'a pas échappé à la cour d'appel de Douai. Dans un arrêt du 10 octobre 1991, aimablement communiqué par le conseiller R. Lévy, celle-ci a fait triompher la doctrine qui vient d'être rappelée : un chien n'est pas une arme, son emploi ne constitue pas la circonstance aggravante de l'article 333 (al. 2). Pourtant les gestes dont M. s'était rendu coupable ont paru trop graves aux juges d'appel pour ne relever que d'une qualification correctionnelle. Ceux-ci ont estimé que les faits soumis à leur appréciation pouvaient être retenus comme tentative de viol ; plus nettement encore, il leur est apparu qu'imposer un accouplement avec un chien à une femme non consentante relevait de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui interdit la torture et « les traitements inhumains ou dégradants » (à quoi l'on aurait pu ajouter l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui prohibe semblablement la torture et « les traitements cruels, inhumains ou dégradants »).

Mais la référence à des dispositions internationales n'aurait pas suffi à asseoir une qualification criminelle ; l'appui nécessaire, la cour d'appel l'a trouvé dans les articles 2 et 332 pour la tentative de viol, et surtout dans l'article 333-1, ajouté au code pénal par la loi du 23 décembre 1980, qui transforme l'attentat à la pudeur en un crime punissable de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il a été « précédé ou accompagné de tortures ou d'actes de barbarie ». En suite de quoi, les magistrats de la cour d'appel se sont déclarés incompétents à juger les faits auxquels ils venaient d'attribuer une qualification criminelle.

Cette solution peut satisfaire l'équité ou les nécessités d'une répression sévère appropriée à la gravité des faits. Elle soulève cependant une difficulté.

Si l'on voit bien ce que peuvent être des tortures (« souffrances aiguës, physiques ou mentales », infligées intentionnellement, dit en son article 1^{er} la Convention contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants, signée à New York le 10 décembre 1984, et ratifiée par la France), quel sens donner à l'expression « actes de barbarie », que l'on trouve employée, depuis 1980, dans l'article 333-1 précité, mais aussi, depuis 1810, dans l'article 303 du code pénal punissant « comme coupables d'assassinat tous malfaiteurs, quelle que soit leur dénomination, qui, pour l'exécution de leurs crimes, emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie » ? N'est-ce qu'un doublet du mot « torture », ou bien s'agit-il d'une notion spécifique et, en ce cas, que recouvre-t-elle ? Peut-on l'assimiler aux traitements inhumains ou dégradants mentionnés dans les conventions internationales (mais non définis par elles) ?

Les articles 303 et 333-1 ne fournissent aucune lumière, pas plus que les rares et d'ailleurs très anciens arrêts de la Chambre criminelle, qui s'est contentée d'abandonner

à la conscience des jurys d'assises le soin de déterminer le sens de l'expression (V. notamment Crim. 9 févr. 1816, S. 1820.1.478). C'est à la criminologie plutôt qu'il faut demander quelques éclaircissements. L'acte de barbarie est celui par lequel le coupable extériorise une cruauté, une sauvagerie, une perversité qui soulèvent une horreur et une réprobation générales. Par son comportement, l'auteur de tels actes exprime un mépris profond des valeurs humaines ordinairement reconnues, une absence totale de respect pour la sensibilité, l'intégrité corporelle et même la vie d'autrui. Ainsi entendus, les actes de barbarie ne diffèrent en rien des traitements cruels, inhumains ou dégradants dont parlent les Conventions internationales. C'est donc avec raison que la cour d'appel de Douai a pu affirmer l'existence d'un parallélisme complet entre les dispositions internationales auxquelles la France a souscrit, et les textes de notre code pénal. Sous des termes différents, les mêmes réalités se laissent découvrir.

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

Nous prions les lecteurs de la *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Infractions contre la chose publique ». Ils la trouveront dans le prochain numéro.

III. — INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

Georges LEVASSEUR

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

1. *Homicide volontaire. Animus necandi*

Les décisions touchant l'*animus necandi* deviennent fréquentes (V. nos obs. cette *Revue* 1990.337 n° 1-II sous Crim. 9 janv. 1990, et 1991.345 sous Crim. 13 nov. 1990 enfin 1991.760 n° 1-III sous Crim. 8 janv. 1991 ; *adde* Crim. 22 mai 1989, *Droit pénal*, déc. 1989, n° 56).

Le 18 juin 1991 (*Droit pénal* nov. 1991 n° 277 obs. Véron) la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par S. contre l'arrêt de la Chambre des mises en accusation de Lyon le renvoyant devant la cour d'assises. L'arrêt attaqué estimait qu'il y avait des charges suffisantes que S. ait eu l'intention de tuer son frère, « en considération des positions respectives et relativement rapprochées des deux antagonistes, des caractéristiques de l'arme utilisée, de la dualité des coups de feu tirés et de la vulnérabilité de la région du corps de la victime vers laquelle le tir s'est trouvé dirigé ». La Cour de cassation a jugé que ces énonciations étaient exemptes d'insuffisance et que « les chambres d'accusation, en statuant sur les charges de culpabilité, apprécient au point de vue des faits tous les éléments constitutifs des crimes, notamment les questions d'intention ». La Chambre criminelle n'a d'autre pouvoir, affirme-t-elle, que de vérifier si la qualification donnée aux faits justifie le renvoi de l'inculpé devant la juridiction de jugement.

Comme le fait remarquer M. Véron, la preuve de l'intention criminelle ne peut guère être rapportée qu'à l'aide de la réunion de présomptions de fait ; notre collègue fait ressortir, à bon droit, qu'il sera malaisé à l'accusé de faire ressortir la preuve contraire, et que de simples dénégations seront sans doute jugées insuffisantes. Cependant, les jurés apprécieront ...

2. *Coups mortels*

Précisément, il convient de faire remarquer, à ce propos, que la cour d'assises de Paris, le 17 novembre dernier, a acquitté le prince que la chambre d'accusation de Paris avait renvoyé devant elle par un arrêt très motivé que la Chambre criminelle avait jugé irréprochable le 5 février 1991 (nos obs. cette *Revue* 1991.761, n° 2), à la différence du précédent arrêt rendu par la cour de Bastia qu'elle avait d'ailleurs cassé (Crim. 23 janv. 1990, non publié au *Bulletin*, *Droit pénal*, juill. 1990 n° 205 obs. Véron et nos obs. cette *Revue* 1990.784 où sont rapportées les circonstances de l'espèce). Contrairement à la conclusion pessimiste de notre précédente chronique, (cette *Revue* 1991.761) le soussigné peut donc rendre compte ici de l'épilogue de cette affaire, et le commenter.

X. avait tiré successivement deux coups d'une carabine M.1 sur Y. Le premier manqua son but ; le second également, mais la balle, par ricochet, vint atteindre H. qui fut blessé mortellement (peut-être parce que fort mal soigné, comme l'établiront les débats en cour d'assises). On se trouvait donc ici en présence d'une *aberratio ictus*, et le verdict rendu tient sans doute à la jurisprudence sur la qualification d'un tel incident. L'hypothèse, qui était celle de l'espèce, est que A. veut tuer B. mais en réalité atteint C. Pour la doctrine, il devrait y avoir cumul d'infractions, tentative d'homicide volontaire contre B.

et homicide par imprudence sur C. La jurisprudence, au contraire, estime qu'il y a homicide volontaire sur C. l'agissement d'homicide volontaire ne perdant pas son caractère pour s'être trompé de victime (V. nos obs. cette *Revue* 1977.133 et 1985.809 n° 2 sous Crim. 21 nov. 1984 et l'abondante jurisprudence citée).

C'est ainsi que X. avait été renvoyé devant la cour d'assises pour coups mortels (subis par H. quoique en réalité destinés à Y.), puisque la chambre d'accusation avait constaté l'intention de porter atteinte à l'intégrité corporelle (en réalité de Y.) mais n'avait pas retenu l'intention de donner la mort (qui pouvait en effet être douteuse concernant Y., même si en fait H. était décédé des suites de ses blessures). Que le verdict ait estimé que X. n'avait pas commis de coups mortels sur H. ne saurait donc trop surprendre. Mais s'il y avait eu poursuite pour tentative de meurtre sur Y. la réponse n'eût peut-être pas été la même ...

3. *Violences volontaires*

I. — Violences ou menaces

Le nommé T. avait adressé, en l'espace de six mois, 45 lettres anonymes « contenant toutes des papiers sur lesquels étaient dessinés des croix gammées et des cerceaux et, dans certains cas, des écrits injurieux, parfois menaçants ». La Chambre criminelle le 13 juin 1991 (*JCP* 1991.IV.367, *Droit pénal*, nov. 1991 n° 278, obs. Véron) rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Limoges qui avait vu là le délit de violences ou voies de fait commises avec préméditation et visées par l'article 309 alinéa 2-5° du code pénal.

Il y a, en effet, voies de fait même s'il n'y a eu aucun contact entre l'agresseur, son arme ou ses projectiles, d'une part, et le corps de sa victime d'autre part (V. Levasseur, *Rép. dr. pén. Dalloz v° Voie de fait*, n° 12 et s.). La solution, admise par la Cour de cassation, dès le 6 décembre 1872 (*D.* 1872.1.476) a toujours été confirmée depuis lors (Levasseur, *op. et loc. cit.* n° 14).

Mais pendant longtemps, cette qualification a été subordonnée au fait que la victime apporte au moins la preuve d'un trouble physiologique lié à l'émotion qu'elle avait ressentie (V. pour des relaxes tenant à l'absence de cet élément : Nancy 18 nov. 1959, *Gaz. Pal.* 1960.1.137 ; Paris 24 févr. 1972, *Gaz. Pal.* 1972.1.260 note D.S, et nos obs. cette *Revue* 1972.605 ; Angers 4 juin 1981, *Gaz. Pal* 1981.2.Somm. 252).

Aussi la surprise avait-elle été grande lorsque dans une affaire de persécutions téléphoniques le 7 mars 1990 (*Droit pénal*, nov. 1990 n° 290 et nos obs. cette *Revue* 1991.80, n° 1-II) la Chambre criminelle s'était contentée de violences « de nature à » provoquer un choc émotif. Les commentateurs précités s'étaient interrogés sur un fléchissement éventuel de la rigueur de la cour suprême. Mais, l'arrêt n'ayant pas été publié au *Bulletin*, un doute pouvait subsister. Il semble qu'il soit levé par l'arrêt du 13 juin 1991, lequel reprend exactement la même formule pour les violences épistolaires de l'espèce. M. Véron ne manque pas de le faire remarquer ; il se demande au surplus s'il n'eut pas été préférable d'utiliser ici l'article 305 sur les menaces de mort dont l'alinéa 3 punit désormais de peines correctionnelles les menaces de mort sans condition « par écrit anonyme ou signé, image, symbole ou emblèmes », ce qui était bien le cas et ce qui eut évité d'avoir à se préoccuper du trouble subi.

II. — Castration d'un transsexuel.

La Chambre criminelle a rejeté, le 30 mai 1991 (*Bull. crim.* n° 232, *Droit pénal*, oct. 1991 n° 255 obs. Véron), le pourvoi formé contre l'arrêt d'Aix-en-Provence commenté dans cette *Revue* (1991.565 n° 1-II) et par M. Memeteau (*JCP* 1991-II-26720). On retrouvera les circonstances de cette espèce dans l'arrêt attaqué et dans les commentaires précités.

Le pourvoi prétendait que l'intérêt thérapeutique qui sert de base au fait justificatif du chirurgien n'est pas seulement l'intérêt du patient mais également celui de la science, que prétendait rechercher le demandeur. La Chambre criminelle a répondu sèchement qu'en constatant que l'opération n'avait pas « été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien », l'arrêt attaqué en avait déduit à bon droit qu'il « n'était pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi ». D'autre part, l'appréciation de la cour d'appel résultait de « l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments qui leur étaient soumis ». M. Véron fait remarquer qu'en d'autres circonstances la même intervention pourrait poursuivre « un but personnellement et directement thérapeutique » pour remédier à une véritable situation de détresse ; il signale qu'elle est désormais pratiquée en France, et même prise en charge par la sécurité sociale.

Nous avons précédemment approuvé M. Doucet d'avoir estimé que la qualification de castration aurait pu être utilisée en l'espèce. A ce propos, M. Véron fait état (*Droit pénal*, oct. 1991 n° 254) de deux arrêts de la cour d'Orléans en date du 17 décembre 1990, concernant l'un et l'autre l'hypothèse d'un coup de pied dans les parties sexuelles ; dans les deux cas, la victime avait dû subir l'ablation chirurgicale du testicule droit. Dans ces espèces la qualification de castration n'eut pas été possible car elle exige l'amputation d'un organe nécessaire à la génération (Crim. 1^{er} mars 1929, S. 1930.1.36), laquelle n'est pas entravée par l'ablation d'un seul des testicules.

4. Homicide ou blessures involontaires

I. — Accidents de chantier

a) Il convient de signaler avant tout l'arrêt de la Chambre criminelle du 28 mai 1991 (*Bull. crim.* n° 226, *D.* 1991.IR.201) qui a refusé au comité d'entreprise le droit de se porter partie civile dans les poursuites pour homicide par imprudence lors d'un accident de chantier. La loi attribue expressément au comité d'entreprise la personnalité morale (pour le comité d'établissement, c'est la jurisprudence qui la lui a reconnue, Civ. 28 janv. 1954, *D.* 1954.217 note Levasseur, *Dr. soc.* 1954.161 note P. Durand), et il n'est pas contesté que le comité peut se porter partie civile lorsqu'un délit porte atteinte à ses intérêts directs (infraction contre les biens, diffamation, obstacle à la désignation ou au fonctionnement du comité d'entreprise, etc.).

A la suite d'un accident de travail mortel, le directeur technique des usines de la société S., président du comité d'hygiène et de sécurité de l'établissement, avait été poursuivi pour homicide par imprudence. Le comité d'entreprise s'était constitué partie civile et l'arrêt attaqué avait jugé que « le comité d'entreprise est recevable à se constituer partie civile en toutes instances ayant trait à la sécurité des travailleurs », et que « cette action se justifie par les attributions générales des comités d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail ».

L'arrêt attaqué a été cassé sur ce point. La Chambre criminelle a utilisé d'abord le chapeau bien connu : « Attendu que l'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement renfermé dans les limites fixées par les articles 2 et 3 du code de procédure pénale ». Elle a ajouté spécialement que ces articles étaient « applicables au comité d'entreprise ».

Ensuite de quoi la cour suprême a condamné expressément la doctrine de l'arrêt attaqué. La cour d'appel n'a pas donné une base à sa décision, car « le comité d'entreprise n'a pas pour mission de représenter les différentes catégories du personnel, ni les intérêts généraux de la profession » (allusion aux prérogatives reconnues aux syndicats), et « il ne tient d'aucune disposition de la loi le droit d'exercer les pouvoirs de la partie civile sans avoir à justifier d'un préjudice personnel découlant directement des infractions poursuivies, y compris en matière de sécurité du travail ».

La présente décision marque un coup de frein donné à l'action du comité d'entreprise agissant comme partie civile. Sa constitution avait déjà été jugée irrecevable au nom du caractère exceptionnel des articles 2 et 3 du code de procédure pénale, mais il s'agissait alors de poursuites du chef d'abus de pouvoir et de voix, délit prévu par la loi du 24 juillet 1966, lequel ne pouvait causer de préjudice qu'à la société elle-même (Crim. 7 juin 1983, *Bull. crim.* n° 172 ; Crim. 4 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 373). Dans les deux cas, il s'était agi de cassation, les arrêts attaqués ayant en vain invoqué le rôle du comité d'entreprise dans le domaine économique et le risque de compression de personnel que comportaient les agissements reprochés.

b) L'article L. 231-3-1. du code du travail oblige les chefs d'entreprise à organiser une formation pratique et appropriée en matière de sécurité pour les travailleurs qui changent de poste de travail. Si un accident survient parce que la victime n'a pas reçu la formation en question, le chef d'entreprise est en faute et peut être poursuivi pour homicide ou blessures involontaires. La Cour de cassation en a décidé ainsi le 15 janvier 1991 (*Droit pénal*, juill. 1991 n° 198 obs. Véron).

En l'espèce la victime le sieur T., embauché le 11 mai avec la qualification de « receveur offset » dans une imprimerie où il s'occupait de rotatives modernes, avait été affecté le 23 mai à une machine plus ancienne dotée de pièces mobiles à portée de main et démunie de grilles de protection, ainsi que d'avertisseur sonore de mise en marche. C'est ainsi que, le jour même, il eut le bras happé et fut blessé à la main et au bras par les engrenages. Bien qu'il ne se soit agi que de blessures, le parquet engagea des poursuites contre le chef d'entreprise H., lequel fut condamné.

C'est en vain qu'il avait allégué que l'installation de dispositifs particuliers de sécurité n'avait pas été demandée par l'inspection du travail ni par les services de la Caisse régionale d'assurances sociales intéressée à la prévention. La Chambre criminelle a estimé que les juges du fond avaient donné la base légale nécessaire à leur décision en constatant souverainement que la victime, après s'être servie d'une machine équipée de divers dispositifs de sécurité, avait été blessée alors que, venant de changer de poste de travail, elle n'avait pas bénéficié d'une formation de nature à la prémunir contre les dangers inhérents à l'utilisation d'une rotative ancienne ne comportant pas de protections suffisantes.

II. — Responsabilité du fabricant

La revue *Droit pénal* (nov. 1991, n° 279) a publié, avec les observations de M. Véron, deux arrêts touchant la responsabilité du fabricant (V. précédemment : *La responsabilité des fabricants et distributeurs*, colloque Paris janv. 1975, éd. Economica 1975, notamment la 4^e partie rap. B. Boulloc, p. 339, et J.-F. Ryziger p. 374).

a) Dans l'arrêt du 11 avril 1991 (non publié au *Bulletin*) la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par L. fabricant d'un aéronef « ultra-léger motorisé » (U.L.M.). La machine s'était écrasée au sol, tuant le pilote et un passager, parce que l'appareil était équipé de ceintures « aux coutures très fragiles, comportant un vice apparent, et achetées à bas prix par souci d'économie », et qui n'avaient pu remplir leur rôle. Ce fut en vain que le fabricant avait fait valoir l'absence d'une réglementation sur ce point ; la négligence ainsi mise en lumière est en effet encore plus significative que l'inobservation d'un règlement aux termes des articles 319 et 320. Le lien de causalité et la faute étant établis, il importait peu, par application de la théorie de l'équivalence des conditions à laquelle la jurisprudence reste fidèle, que le dommage ait pu être dû aussi à d'autres causes ayant provoqué l'accident.

b) Dans l'arrêt du 6 juin 1991 il s'agissait d'un accident survenu à B. un alpiniste confirmé. Celui-ci escaladait une falaise équipée de pitons ancrés dans la paroi. Alors qu'il se trouvait à 13 mètres du sol, les mousquetons passés dans les 3^e et 4^e pitons se

sont rompus brusquement et B. fut grièvement blessé dans sa chute. Le parquet poursuivit S. chef d'entreprise qui avait fabriqué et distribué les mousquetons. L'expertise ordonnée conclut que la seule cause possible de l'accident était que la sensibilité particulière des mousquetons aux tensions et relâchements brutaux de la charge transmis par la corde de l'alpiniste avait entraîné l'ouverture des cliquets ; or, la force de résistance du mousqueton était inférieure à celle recommandée par l'Union internationale des associations d'alpinisme.

Les juges avaient estimé qu'en commercialisant ce produit sans mettre en garde les utilisateurs, S. avait commis une négligence qui était à l'origine des blessures subies par la victime. En effet, « la fonction essentielle de ce matériel est précisément d'assurer la sécurité de l'alpiniste, qui doit pouvoir compter sur une résistance normale en cas de chute ». Le pourvoi a donc été rejeté.

III. — Responsabilité des membres du corps médical.

Les décisions récemment publiées concernent deux arrêts de la Chambre criminelle rejetant le pourvoi contre une décision de relaxe (*Droit pénal*, juin 1991, n° 169 obs. Véron) et un arrêt de la cour de Pau contenant au contraire condamnation (*JCP* 1991.II. 21683, note Mme Nérac-Croisier).

a) Les décisions de relaxe

α) Le premier arrêt tire tout son intérêt de l'attention apportée, en la circonstance, à la relation de causalité.

La dame S. avait accouché par césarienne le 5 mai, après que tous les résultats d'un bilan préopératoire se fussent révélés normaux ; elle donna naissance à un garçon en parfaite santé, mais elle décéda le 17 mai. Des poursuites pour homicide par imprudence furent engagées à l'encontre des docteurs D., M. et O. ainsi que contre la dame F. A la charge de chacun des prévenus des fautes avaient été relevées. Mme F. s'était rendue coupable de défaut de surveillance clinique post-opératoire ; les docteurs D. et M. se voyaient reprocher un défaut de surveillance biologique qui aurait permis de déceler l'insuffisance rénale de la parturiente ; enfin, le Dr. O. n'avait pas contrôlé l'hématome ni vérifié la compensation correcte des pertes hémorragiques.

Or le décès paraissait dû à une thrombo-phlébite cérébrale, laquelle est une complication connue des accouchements par césarienne, qui survient le plus souvent entre le 4^e et le 20^e jour.

La cour de Montpellier avait estimé qu'il n'était pas établi que l'insuffisance rénale, tardivement diagnostiquée et favorisée par les différentes fautes des prévenus, ait eu un lien avec la thrombo-phlébite ; il en était de même, semble-t-il, de l'importante hémorragie insuffisamment compensée, car la thrombo-phlébite peut intervenir à la suite d'une césarienne indépendamment de toute hémorragie ou de toute faute postérieure à l'intervention chirurgicale. Dans ces conditions, il existait un doute sur la relation de cause à effet (celle-ci doit être certaine, V. Crim. 25 mai 1982, *Bull. crim.* n° 134 et nos obs. cette *Revue* 1983.264 n° 2-II ; Paris 30 juin 1983, *Gaz. Pal.* 15 mars 1984, et nos obs. cette *Revue* 1984.318 n° 1.b ; Crim. 27 janv. 1984, *Bull. crim.* n° 269 et nos obs. cette *Revue* 1985.809 n° 3-I) et, ce doute bénéficiant aux prévenus, ceux-ci avaient fait l'objet d'une relaxe.

La Chambre criminelle a jugé que ce doute, souverainement constaté par les juges du fait, entraînait le rejet du pourvoi : il était utile, pensons-nous, de souligner cette espèce, en présence de la sévérité habituelle de la justice en pareille circonstance. Rappelons la décision de la cour d'Angers du 28 juin 1973 (*Gaz. Pal.* 1973.2.807 note P.J. Doll et nos obs. cette *Revue* 1974 p. 364), que nous avons saluée pour son exigence en matière de preuve, mais qui n'avait pas trouvé grâce devant la Cour de cassation (Crim. 27 mars

1974, *Bull. crim.* n° 134 et nos obs. cette *Revue* 1975-140 n° 2-II ; *adde* Crim. 9 juin 1977, *Gaz. Pal.* 27 sept. 1977, note Y.M. et nos obs. cette *Revue* 1977.819 n° 2-1).

β) Le second arrêt rendu le 17 janvier 1991 (non rapporté au *Bulletin*) se rattache à la distinction entre la faute et l'erreur de diagnostic (V. précédemment : Crim. 3 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 366 et nos obs. cette *Revue* 1990.71 n° 2).

La jeune D. âgée de 18 ans avait été hospitalisée le 19 décembre 1977 (on se permet d'insister sur l'ancienneté des faits) à l'hôpital de Château-Thierry à raison de vomissements avec douleurs abdominales. Après radiographie, elle fut transférée au centre hospitalier de Soissons dans le service chirurgical du Dr. G. qui examina la patiente mais ne procéda à aucune intervention, autorisant au contraire la sortie de la malade le 24 décembre, en dépit d'un léger ballonnement constaté au niveau de l'abdomen. Dès son retour à son domicile, les troubles reprirent ; la malade fut donc réhospitalisée et le Dr. G. procéda à une intervention à la suite d'une nouvelle radio faisant apparaître une occlusion de l'intestin grêle. Malheureusement un collapsus et des complications pulmonaires apparurent alors, au point qu'une trachéotomie dut être pratiquée le 29 décembre ; le lendemain, la patiente était transférée à Paris à l'hôpital Claude Bernard, puis de là à l'hôpital Louis-Mourier, à Colombes, où le Dr. F. diagnostiqua une péritonite stercorale et procéda à une nouvelle intervention chirurgicale. La malheureuse malade décéda le 15 janvier, d'une septicémie à la suite du lâchage de la suture pratiquée par le Dr. G.

On comprend aisément que la famille ait redouté quelque faute, erreur ou négligence dans cet imbroglio médical. Des poursuites avaient donc eu lieu (avec un lenteur un peu surprenante), mais le 30 janvier 1990, la cour d'Amiens avait relaxé le Dr. G. L'arrêt attaqué constatait que « les signes cliniques que présentait la malade étaient frustes » et que le médecin avait « cru pouvoir éliminer de façon absolue le diagnostic d'une occlusion intestinale, la radiographie du 19 décembre lui paraissant normale et une amélioration progressive de l'état de la malade ayant été constatée jusqu'au 23 décembre ». Quant au second séjour de la malade dans le service du Dr. G., le fait qu'après l'apparition du collapsus « la gravité de la situation ait été reconnue tardivement peut s'expliquer par la carence d'éléments de certitude pour envisager une réintervention immédiate ».

Il y a donc eu là, aux yeux de la cour d'Amiens, une *erreur de diagnostic*, laquelle « ne constitue pas en elle-même une faute pénalement punissable, dès lors qu'elle s'explique par la complexité et l'équivoque des symptômes, la difficulté de leur constatation et de leur interprétation ».

Ce soin dans la motivation (que relève avec raison M. Véron) a amené le rejet du pourvoi de la partie civile. On peut se demander si cette dernière n'aurait pas pu demander subsidiairement à la cour d'Amiens d'appliquer l'article 470-1 du code de procédure pénale ajouté à celui-ci par la loi du 8 juillet 1983, à supposer que toutes les conditions de cette disposition fussent réalisées et en s'appuyant sur la responsabilité contractuelle (on aura remarqué que la cour d'appel parle d'absence de « faute pénalement punissable » et non d'absence de faute). En effet, il semble admis que cet article est applicable aux instances dans lesquelles les juges du fond ont statué postérieurement au 1^{er} janvier 1984 après avoir été saisis d'une demande en ce sens (Bouillane de Lacoste, L'application des règles de droit civil en cas de relaxe du prévenu, *Gaz. Pal.* 1987. doct.397, not. p. 400 col. 3). La faute civile engendrant la responsabilité délictuelle est exclue par la Chambre criminelle (Crim. 18 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 343 et nos obs. cette *Revue* 1987.427), mais la porte paraît rester ouverte à la responsabilité contractuelle (Crim. 20 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 291) dont on aurait peut-être pu tenter de se prévaloir.

b) La décision de condamnation (Pau 21 nov. 1989)

La décision en question ne néglige pas, elle non plus, le problème du lien de causalité, mais elle insiste davantage sur la faute du chirurgien (particulièrement dans ses rapports avec l'erreur de diagnostic) et elle n'hésite pas à étendre la responsabilité de ce praticien pendant une certaine période constituant en quelque sorte le « suivi » de l'opération chirurgicale (V. déjà Crim. 9 juin 1977, *Gaz. Pal.* 1977.2.502, note Y.M.; *Bull. crim.* n° 212 et nos obs. cette *Revue* 1977.819, Ass. plén. 30 mars 1986, *Gaz. Pal.* 31 juill. 1986 et nos obs. cette *Revue* 1986.851 n° 3). Il est vrai que les circonstances s'y prêtaient.

La note de Mme Nérac-Croisier expose les faits en ajoutant encore des détails au texte de l'arrêt. Un bébé d'un mois souffre d'une sténose du pylore et subit une intervention chirurgicale pratiquée par le Dr. M. L'enfant ramené dans sa chambre dans la soirée par le médecin anesthésiste est agité ; le Dr. M. passe le soir à la fin de la nuit, puis appelé par la famille et le personnel médical, repasse à 9 heures du matin et se montre rassurant sans pour autant examiner l'enfant. Comme la journée qui commence est son jour de repos, et en outre son anniversaire, il ne reviendra pas. Cependant, dès le début de l'après-midi, l'état du bébé s'aggrave ; il fait un arrêt cardiaque, diverses techniques sont utilisées en vain pour le ranimer, on le transporte alors au service de pédiatrie de l'hôpital où il décède.

Les parents déposent alors une plainte avec constitution de partie civile pour omission de porter secours (ce délit ne sera pas retenu par le tribunal puis par la cour de Pau, il sera examiné ci-dessous n° 4) ; le parquet y joint un réquisitoire pour homicide involontaire ; c'est de ces deux inculpations que le tribunal correctionnel sera saisi. Il ne retiendra que la seconde, et la cour de Pau le suivra sur ce point.

Le Dr. M. prétendait avoir commis une erreur de diagnostic : en présence de l'état inquiétant de son patient il avait pensé à une hémorragie et fait procéder à une numération sanguine dont le résultat l'avait rassuré ; en fait il y avait eu perforation duodénale, seule complication connue à l'heure actuelle de cette intervention et à laquelle il aurait été possible d'essayer de remédier (avec de bonnes chances de succès d'après les experts) par une réopération immédiate. Il y avait donc eu, aux yeux du Dr., une erreur de diagnostic (car il était inconcevable pour lui qu'il ait eu la maladresse de perforer l'intestin du patient).

La cour de Pau prend soin d'affirmer que l'erreur de diagnostic « ne constitue pas intrinsèquement une faute pénale répréhensible » (en ce sens, Crim. 3 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 366) ; à ce sujet, l'annotatrice remarque que l'erreur de diagnostic grossière, que ce soit sur le plan de la recherche ou sur celui de la déduction, a parfois été considérée comme une faute engageant la responsabilité civile (Civ. 1^{re}, 21 févr. 1984, *Bull. civ.* I, n° 69) et parfois même pénale (Crim. 20 avr. 1982, *D.* 1983.Somm. comm. 379, obs. Penneau). Elle a estimé que le chirurgien, faute d'avoir « poussé plus avant le lendemain de l'intervention chirurgicale devant l'état alarmant du patient les investigations que lui offre la science médicale » (Comp. Crim. 25 mai 1982, *Bull. crim.* n° 134 et nos obs. cette *Revue* 1984.264, n° 3.II) avait commis une négligence ou inattention au sens de l'article 319 du code pénal, et « un manque de surveillance du suivi post-opératoire » lequel avait un rapport de cause à effet avec le décès.

En effet, la perforation intestinale est pratiquement, depuis les progrès de l'anesthésie, la seule complication connue de cette opération relativement banale ; les symptômes caractéristiques en avaient été relevés par l'anesthésiste et le personnel médical qui avaient fait venir le Dr. M., lequel n'avait cependant pas fait déshabiller le nourrisson, n'avait pas ordonné une radiographie de l'abdomen, mais était parti sans que l'on puisse le joindre.

La cour de Pau a cru bon d'ajouter qu'il eût appartenu au prévenu « de donner des directives opportunes en fonction des incidents imprévus, et *a fortiori* des incidents

prévisibles » ; elle revient ainsi, en quelque sorte à la conception du « chef de l'équipe chirurgicale », qui s'était atténuée avec l'autonomie reconnue au médecin anesthésiste (V. sur ce point les développements de Mme Nérac-Croisier note II-B ; *adde* nos obs. cette *Revue* 1984.316 n° 1 et 1985.310 n° 3.II).

La relation de cause à effet entre les agissements et inactions reprochés et le décès survenu n'était pas douteuse. Les experts l'affirmaient formellement, et l'annotatrice souligne ce rapport de causalité (note II-A) : « rester inactif impliquait enlever à l'enfant toute chance de survie, le condamner en rendant la mort inéluctable. C'est pourquoi la véritable cause du décès n'est pas la maladresse manuelle du chirurgien commise pendant l'opération mais bien sa carence dans le suivi post-opératoire » (à notre sens l'équivalence des conditions conduit à retenir les deux éléments).

IV. — Point de départ de la prescription de l'action publique

Il est bien connu que la prescription du délit d'homicide commence au jour du décès, même si les agissements qui ont provoqué celui-ci remontent à plusieurs années (Merle et Vitu, *Procédure pénale*, 4^e éd. n° 50, p. 62, note 3 ; Pradel, *Procédure pénale*, 6^e éd. n° 174 ; Rassat, *Procédure pénale*, p. 404 et note 2 ; Crim. 10 mars 1932, *D.H.* 1932.189 ; Crim. 30 déc. 1953, *Bull. crim.* n° 356 ; Aix, 12 janv. 1954, *JCP* 1954.II.8040, note Jean Savatier ; Nancy 6 oct. 1963, *S.* 1964.289 note Meurisse ; Crim. 4 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 339).

Lorsqu'il s'agit de blessures involontaires, l'incapacité engendrée par les agissements du prévenu est un élément constitutif de l'infraction prévue par l'article 320 du code pénal ; dans ces conditions l'infraction n'est caractérisée qu'au jour où cette incapacité existe et peut être constatée ; les poursuites ne sont possibles qu'à partir de cette date, laquelle constitue, dès lors, le point de départ de la prescription (Ch. mixte 26 févr. 1971, *D.* 1971.241 concl. Lindon, *Gaz. Pal.* 1971.2.552, note J.P. Doucet, et nos obs. cette *Revue* 1971.683 n° 3 exposant l'évolution de la jurisprudence au cours du présent siècle ; Crim. 22 oct. 1979, *Bull. crim.* n° 291, *Gaz. Pal.* 1980.1.373 et la note ; Bordeaux, 28 avr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987.2.507, et nos obs. cette *Revue* 1987.878 n° 3-1).

La Chambre criminelle a eu l'occasion de confirmer récemment sa jurisprudence dans un arrêt du 4 décembre 1990 (*Bull. crim.* n° 413, *Droit pénal*, juill. 1991 n° 199, *Gaz. Pal.* 18 juill. 1991 note Doucet). Erigeant en « chapeau » ce qui était le dernier alinéa de l'arrêt de 1979, elle déclare « que la prescription de l'action publique ne court que du jour où l'infraction objet de la poursuite est constituée en tous ses éléments, et que le délit de blessures involontaires n'est caractérisé que du moment où existe l'incapacité, élément constitutif de l'infraction prévue et réprimée par l'article 320 du code pénal ».

L'espèce était assez singulière. Le nommé D. avait été employé de 1973 à 1977 dans l'entreprise du sieur J. En 1979 il déposa une plainte avec constitution de partie civile contre J. pour blessures involontaires à raison de troubles pulmonaires contractés au cours de son travail, ce qui amena la cour d'Aix-en-Provence à condamner J. en janvier 1985. Mais entre-temps D. avait déposé de nouvelles plaintes avec constitution de partie civile à raison de troubles de l'audition dont il imputait l'origine aux conditions dans lesquelles il exécutait son travail près de dix ans auparavant. La cour d'Aix avait estimé le délit prescrit en plaçant curieusement le point de départ de la prescription au départ du salarié de chez son patron en 1977.

Le pourvoi formé par D. a été accueilli, la Chambre criminelle reprochant à l'arrêt attaqué de ne pas s'être appliqué à rechercher la date à laquelle s'était révélée l'incapacité invoquée.

M. Véron, dans ses observations, pose en règle générale que la prescription commence à courir lorsque l'infraction est consommée, et elle ne peut l'être que lorsqu'elle est constituée dans tous ses éléments ; or depuis l'arrêt de la chambre mixte l'incapacité

est un élément constitutif ; la constatation de l'incapacité marque donc le départ du délai de prescription.

M. Doucet, quant à lui, estime que la solution, maintenant bien établie en jurisprudence, déroge au caractère subjectif du droit pénal, lequel est centré sur les actes du prévenu et non sur leur résultat ; il estime donc que « c'est l'ensemble des délits d'imprudence, infractions de nature objective, qui présente en droit criminel un caractère dérogatoire ». Mais les infractions volontaires à l'intégrité corporelle ne sont-elles pas, elles aussi, réprimées en fonction de la gravité de leur effet ? Il est vrai que celui-ci apparaît plus rapidement (quoique pour les coups mortels ...).

5. Non-assistance à personne en péril

I. — Concours avec l'infraction d'homicide involontaire

Nous retrouvons ici l'arrêt de la cour de Pau du 21 novembre 1989 (*JCP* 1991.II. 21683, note Mme Nérac-Croisier) commenté ci-dessus au n° 3-II-b, où les faits sont sommairement exposés.

Nous ne pensons pas que les faits reprochés constituaient un conflit de qualifications (qui eut conduit à choisir celle de l'article 63 al. 2 du code pénal, car elle prévoit des peines plus élevées que celles de l'article 319 et il ne semble pas que l'on eût dû préférer cette dernière au nom de la règle *specialia generalibus derogant*). Il s'agissait plutôt, pensons-nous, d'un concours réel, comme on en constate dans certains accidents de la circulation entraînant aussi l'application des deux textes (Comp. crim. 24 juin 1980, *Bull. crim.* n° 202 et nos obs. cette *Revue* 1981.618 n° 3) ; or le tribunal correctionnel avait écarté le délit de non-assistance retenu par l'ordonnance de renvoi, et la cour de Pau ne s'en est pas expliquée (sans doute parce qu'elle n'était pas saisie d'un appel sur ce point) (Comp. en matière de responsabilité médicale, nos obs cette *Revue* 1972.880 n° 4-III sous *Crim.* 16 févr. 1972, *Bull. crim.* n° 109, *D.* 1972.394 note Costa).

La note de Mme Nérac-Croisier (I-B) analyse justement les raisons qui ont fait écarter cette qualification. Elle rappelle qu'il fut un temps où les médecins fournissaient les plus gros contingents dans les poursuites pour non-assistance (cf. notre rap. au 2^e Congrès international de morale médicale Paris 1966, *Travaux du Congrès*, I, p. 47, not. p. 62 et s.).

Le délit de non-assistance suppose trois conditions préalables (G. Levasseur, *Droit pénal spécial*, Les cours de Droit, 1964 p. 137) : qu'un péril imminent et constant menace une personne, que le prévenu ait pu lui porter secours, et qu'il n'y ait eu aucun risque à le faire ; ces trois conditions étaient bien réunies en l'espèce. L'élément matériel consiste en une abstention, une attitude passive (Levasseur, *op. cit.* p. 147 ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3^e éd. p. 132) et c'est précisément ce que l'on pouvait reprocher le plus au docteur M. (note Mme Nérac-Croisier préc.).

Reste l'élément moral ou psychologique, qui nécessite à la fois que le prévenu se soit rendu compte du péril menaçant, du secours qu'il pouvait apporter et de l'absence de risque (Levasseur, *op. cit.* p. 150 et obs. cette *Revue* 1970.391 n° 2 al. final et 1991-572, n° 3-II-b; Vitu, *Droit pénal spécial*, II, n° 1809, p. 1465 ; Véron, *op. cit.* p. 132 ; Vouin, 6^e éd. par Mme M.L. Rassat, n° 188). Or, c'est ce dernier élément qui a pu paraître faire défaut dans la présente espèce (comp. Pau 16 avr. 1956, *D.* 1957.153 note Pageaud ; *Crim.* 26 nov. 1969, *Gaz. Pal.* 1970.1.82) ainsi que l'expose, non sans hésitation (p. 203 col. 1), la note au *JCP*.

II. — Nécessité d'une intervention personnelle en certains cas

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 mars 1991 de la Chambre criminelle (non publié au *Bulletin, Droit pénal*, oct. 1991 n° 246 obs. Véron) l'arrêt attaqué (Paris 3 avr. 1990) avait pris soin de souligner que le prévenu s'était parfaitement rendu compte du péril qui menaçait la victime, et qui exigeait une intervention personnelle immédiate.

Le nommé G. circulait en automobile avec ses trois filles lorsque sa voiture, après avoir heurté une glissière, fit plusieurs tonneaux et s'immobilisa dans un champ en contrebas. G. fut tué et deux de ses filles blessées. La troisième, la plus jeune (12 ans) qui était indemne, put regagner l'autoroute et chercha à obtenir l'arrêt d'un véhicule. Le sieur M. surpris par l'irruption soudaine de la jeune fille sur sa voie de circulation réussit à l'éviter mais poursuivit sa route. Ce n'est que plus loin qu'il donna l'alerte mais les secours dépêchés sur place arrivèrent trop tard ; la jeune fille avait été heurtée par une autre voiture puis écrasée par plusieurs automobilistes, les unes et les autres étant restés inconnus.

Le prévenu avait fait état du texte de l'alinéa 2 de l'article 63 qui incrimine celui qui s'abstient volontairement d'apporter l'assistance qu'il peut prêter « soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». (La loi de 1941 prévoyait une « action personnelle et immédiate », le texte de l'ordonnance de 1945 s'est montré plus souple). Mais, comme le dit M. Vitu (*op. cit.* n° 1807) « si le choix est permis, il n'est pas entièrement libre : la préférence est donnée, en pratique et dans la mesure du possible, à l'intervention personnelle, car il ne faut pas admettre que l'intéressé puisse se décharger trop facilement sur une tierce personne de l'obligation d'agir qui lui incombe » (V. en ce sens, Levasseur, *op. cit.* p. 142 ; Véron, *op. cit.* p. 131 ; Vouin et Rassat, *op. cit.* n° 187-b). En l'occurrence l'arrêt attaqué avait souligné que le prévenu « se devait d'agir *immédiatement et personnellement* pour se porter au secours, ce qui pouvait se faire sans danger ni pour lui ni pour les tiers « en utilisant la bande d'arrêt d'urgence et ses feux de détresse ».

De son côté, M. Véron note dans ses observations sous cet arrêt que « les deux modes d'assistance ne sont pas envisagés à égalité » et que l'individu témoin du péril « ne peut faire appel à un tiers que s'il n'a pas les aptitudes ou ne dispose pas des moyens pour conjurer le péril sans risque pour lui ou pour les tiers ». M. Véron observe en outre qu'à « péril imminent » (condition exigée par Crim. 31 mai 1949, J.C.P. 1949-II-4945 note Magnol) doit correspondre un secours immédiat, ce qui n'avait pas eu lieu en l'espèce.

III. — Nécessité d'une intervention adaptée

Ce qu'il y a d'original dans l'espèce jugée le 27 mars 1991 par la Chambre criminelle (non publié au *Bulletin, Droit pénal*, oct. 1991, n° 247, obs. Véron) ce n'est pas tellement que le prévenu fût un médecin (on sait que ceux-ci se sont plaints pendant longtemps de fournir à la justice une proportion anormale des inculpés d'un tel délit), mais que la victime ne soit autre que sa propre femme ...

La victime avait absorbé, le 29 mars, en présence de son mari, une forte quantité de comprimés de deux médicaments différents : le lendemain 30 mars, après avoir, il est vrai, veillé son épouse, le Dr. C. avait quitté son domicile, non sans s'être disputé avec sa femme, et n'était rentré que le soir alors que la victime était déjà décédée.

Qu'il y ait eu péril grave et imminent nécessitant une intervention immédiate, connu du prévenu, et auquel ce dernier pouvait remédier sans risque, cela paraît évident. Être resté la nuit auprès de sa femme, alors qu'il aurait pu agir personnellement aussi bien que provoquer un secours ou une hospitalisation, ne constituait qu'une aide dérisoire (Comp. Crim. 15 mars 1961, *Gaz. Pal.* 1961.2.107 ; Crim. 11 oct. 1978, *Gaz. Pal.* 1979.2. Somm.349, cités par M. Véron dans ses obs.), du genre de celle que l'on doit aux agonisants (Crim. 23 mars 1953, *JCP* 1953.II.7584, obs. Huguency, cette *Revue* 1953.496). En

laissant sa femme seule le lendemain, et après une altercation, « sans aviser qui que ce soit de l'état moral et physique de celle-ci alors que la présence d'un tiers aurait permis par son intervention immédiate d'éviter, sinon de réduire le péril », le prévenu « n'a pas manifesté un engagement personnel suffisant et adapté à la situation ». Le pourvoi formé par le Dr. G. a donc été rejeté.

6. Viol

X. avait été condamné par la cour d'assises du Nord à 18 ans de réclusion criminelle pour viols aggravés et complicité de viol aggravé. Il avait commis le crime de viol contre Y., personne particulièrement vulnérable en raison de sa faiblesse physique ou mentale, et qui était la fille de sa concubine, d'où deux circonstances aggravantes (autorité de l'auteur, V. sur ce point, Crim. 2 mai 1990, *JCP* 1990.II.21593, note Véron et nos obs. cette *Revue* 1991.82, n° 3 ; et vulnérabilité de la victime, V. Crim. 4 janv. 1990 non publié et nos obs. cette *Revue* 1990.341, n° 5). Mais en outre il avait, par instructions, incité Z. handicapé mental et frère de Y. à commettre un viol sur sa soeur (viol aggravé par la vulnérabilité de la victime). A raison de son état mental, Z. avait bénéficié d'un non-lieu.

X. s'était pourvu en cassation en soutenant qu'il ne pouvait être condamné à la fois pour viols aggravés et pour complicité de viol aggravé, et que les questions posées à la cour d'assises étaient entachées d'une complexité prohibée.

Mais s'il est exact que l'on ne peut sans contradiction être à la fois déclaré coupable et complice d'un même fait, tel n'était pas le sens du verdict qui sanctionnait à la fois les viols répétés dont X. s'était rendu coupable sur Y. et sa complicité par instructions à raison du viol incestueux perpétré par Z. sur la même Y.

Lorsque l'un des auteurs d'une infraction ne peut comparaître en cour d'assises parce qu'il a bénéficié d'un non-lieu ou qu'il est décédé, la manière de poser les questions dans le procès des co-accusés complices est délicate. On recourt, semble-t-il, à une question « anonyme » (ici : « est-il constant qu'à W. courant 1988, en tout cas dans le département du Nord et depuis moins de 10 ans, un acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, par violence, contrainte ou surprise, a été commis sur la personne de Y. ? ». Ensuite de quoi, on pose la question de savoir si X. est coupable d'un acte de complicité spécifiée dans l'infraction précédemment visée.

C'est ce qui avait été fait en l'espèce, et le pourvoi a été rejeté. (comp. Crim. 27 janv. 1988, *Bull. crim.* n° 40) dans une affaire où l'auteur principal était décédé et où les questions, non anonymes, avaient été mal rédigées.

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. Vol. Escroquerie

Un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 2 février 1988 (inédit) et l'arrêt de la Chambre criminelle du 12 décembre 1990 (*D.* 1991.JR.70, *JCP* 1991.IV.111 et *Actualités* 20 févr. 1991-8 rejetant le pourvoi), méritent de sérieuses réflexions.

Il était fait grief à M. T. d'avoir à Rennes, de janvier à mai 1986, frauduleusement soustrait une prise de communications téléphoniques pour un montant d'environ 6 000 F en utilisant le minitel sans autorisation, au préjudice de M. R. président de l'Union départementale des coiffeurs. Il était constant qu'à l'aide d'une fausse clé le prévenu s'était introduit à plusieurs reprises entre le début de janvier et le 2 mai 1986 dans les locaux de l'Union départementale des coiffeurs à Rennes, dont sa mère avait été précédemment la secrétaire et y avait utilisé frauduleusement le minitel pour s'y adonner à la passion des jeux. La prévention avait retenu à son encontre la seule soustraction frauduleuse de communications téléphoniques au préjudice du président de l'Union départementale des coiffeurs. La cour de Rennes a déclaré : « considérant que si le caractère frauduleux de l'utilisation du minitel qui a abouti à l'obtention de communications téléphoniques ne peut être sérieusement discuté, il n'en est pas de même de la "soustraction" d'un service dont la victime visée à la prévention n'a à aucun moment été propriétaire même si le coût de ces communications lui a été par la suite facturé », puis a ajouté : « Par ailleurs, en l'absence de toute manoeuvre ayant abouti à l'obtention de ces communications téléphoniques le délit d'escroquerie n'est pas davantage caractérisé ».

I. — Vol

La cour n'a fait que se conformer à la distinction souvent rapportée ici entre la détention purement matérielle et la véritable prise de possession. Elle fait bien remarquer en effet que la victime n'a été à aucun moment propriétaire du service de communications téléphoniques et que, selon la formule bien connue, le prévenu n'avait pas la possession de quelque chose qui n'existait pas ; il n'en avait même pas la détention matérielle. Certains auront aussitôt le réflexe après la lecture de cet arrêt de rappeler que les juges ont appliqué aux soustractions d'énergie électrique les peines du vol ; encore que le vol suppose l'appréhension illicite d'un objet et que l'électricité ne soit pas un objet matériel, et était, au surplus, inconnue du législateur de 1810 (*V. Traité de droit pénal et de criminologie*, éd. Dalloz, 1970, n° 89, p. 153). Certes, le raisonnement que nous allons présenter est quelque peu subtil, l'électricité existe, se mesure à un compteur, est stockée par les compagnies d'électricité. Au contraire, les communications téléphoniques ne sont pas stockées. Ce qui est stocké, si l'on peut dire, c'est quelque chose qui n'existe pas encore, mais qui peut exister : des communications téléphoniques, c'est-à-dire des éventuelles prestations de service. Or, le droit pénal français, traditionnellement, ne connaît pas le vol de prestations de service. C'est ce qu'a déclaré l'arrêt de la Chambre criminelle : « Les communications téléphoniques constituent des prestations de service

non susceptibles d'appropriation et n'entrent pas dans la catégorie des choses visées par l'article 379 du code pénal ; fait donc l'exacte application de la loi la cour d'appel qui relaxe un prévenu poursuivi pour avoir, en utilisant le minitel sans autorisation de l'abonné, frauduleusement soustrait des communications téléphoniques au préjudice de ce dernier ». Pour la cour suprême comme pour la cour de Rennes, la communication téléphonique n'est pas susceptible d'appropriation, elle ne peut donc pas être stockée. La cour de Rennes le dit d'une manière beaucoup plus explicite, nous dirions volontiers « parlante ».

Nous avons commenté, dans des chroniques précédentes, des affaires du même ordre, ayant donné lieu à des solutions identiques. C'est ainsi que le tribunal correctionnel de Paris avait jugé le 15 avril 1986 (V. notre chron. cette *Revue* 1987.209), que « l'onde radioélectrique, à l'heure actuelle n'est pas mesurable par des appareils appropriés, même si on peut supposer que dans l'avenir les postes de télévision pourront être pourvus d'un compteur et qu'il sera possible de parler du "vol d'un temps machine" comme le suggèrent certains juristes. L'électricité passe de la possession du fabricant en celle du client, par une transmission qui peut être constatée. La conduction matérielle, dans le cas de la télévision n'a pas lieu. Ces différences doivent être soulignées dès lors qu'on se trouve en présence de l'application d'un texte pénal, toujours considéré restrictivement ». « Mais surtout, le signal électrique n'est que le support de transmission de l'objet volé, lequel est en fait le programme destiné aux seuls abonnés. L'objet de la captation est le programme, c'est-à-dire un ensemble d'images et de sons incorporés dans les signaux destinés à être distribués. Ceux-ci sont, certes, produits par des impulsions électriques, ce qui a amené la partie civile à procéder par voie d'analogie avec le vol d'électricité. Et s'il est vrai, comme le souligne le ministère public, qu'une émission de télévision constitue une richesse économique qui, dans le cas de la quatrième chaîne de télévision cryptée, se trouve rémunérée par le péage, il n'en reste pas moins qu'un programme doit s'analyser juridiquement en une prestation de services. Cette conception a été retenue par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Giuseppe Sacchi* du 30 avril 1974 (*Rec. CJCE*, p. 409). Le fraudeur cherche à obtenir indûment une prestation de services auxquels lui donnerait droit un abonnement. Le droit pénal français ne connaît pas le vol de services ». La cour de Paris, dans un arrêt du 24 juin 1987 (V. notre chron. cette *Revue* 1988.793) a confirmé le jugement du tribunal correctionnel de Paris, en déclarant : « Considérant que dans les éléments constitutifs du délit de vol tel qu'il est défini par le code pénal, le seul qui soit incontestablement établi est le fait que la "chose" appartient à autrui, mais que la notion de "soustraction" n'est pas elle suffisamment caractérisée. Considérant que de même la nature réelle de la "chose" qui est par essence immatérielle, conforte cette interprétation. Que, si la chose objet de la soustraction n'est, selon la thèse de la partie civile dans ses conclusions "que de l'électricité", il convient d'observer que les principes dégagés par la jurisprudence en matière de vol de courant électrique ne sont nullement applicables en l'espèce. Que le branchement frauduleux du décodeur n'a pas pour effet une appropriation du courant électrique, permettant de le transformer en une énergie utilisable, mais seulement celui de modifier les caractéristiques audiovisuelles du "programme" qu'il transporte lorsque ce dernier est livré, crypté, à l'ensemble des téléspectateurs. Que le vol d'électricité, le vol d'une donnée informatique, supposent l'existence d'un "support" matériel quelconque, qui n'existe pas en l'espèce. Que l'onde hertzienne, fût-elle porteuse d'un "signal" codé ou non, est projetée dans l'espace où elle se perd, où son énergie rayonnée décroît rapidement avec la distance, où sa transmission est affectée par divers facteurs, les irrégularités de la basse atmosphère, du sol, le caractère diurne ou nocturne de sa propagation, les variations du champ magnétique terrestre, etc ... mais dont l'énergie résiduelle peut être recueillie sur une antenne de réception disposée, à cet effet, par le jeu de la liberté de la communication audiovisuelle rappelée plus haut, que cette onde échappe ainsi à la maîtrise de son émetteur, à partir de l'antenne d'émission. Que la nature de cette onde et l'intervention de tous ces

facteurs illustre bien son caractère immatériel et l'absence de tout "support", comme il en existe dans le cas de vol de courant électrique, de photocopie ou de données informatiques ».

Certains diront peut-être que, dans un appareil téléphonique fonctionnant normalement, sont stockées des communications téléphoniques éventuelles, ce qui est d'ailleurs exact, mais juridiquement, cette conception nous paraît quelque peu visionnaire. On se rappellera tout de même que Ponsard a dit, au début du XIX^e siècle, dans un vers trouvé quelque peu pompeux et pourtant d'une réalité profonde : « lorsqu'on franchit la borne, il n'est plus de limites ». On a franchi une sérieuse borne, en consacrant la notion de vol d'électricité. Nos juridictions n'ont pas voulu en franchir une seconde en instituant le vol de prestations de services. Malgré Ponsard, une limite est venue.

II. — Escroquerie

La cour de Rennes, dans son arrêt, a rejeté incidemment le délit d'escroquerie. La cour suprême n'y a point fait allusion. On déclare traditionnellement qu'il n'y a pas plus d'escroquerie de prestations de services que de vol de prestations de services, (V. le jugement du tribunal de Paris, 15 avr. 1986, cité *supra*, dans notre commentaire).

En effet, pour qu'il y ait escroquerie, il faut que selon l'article 405, l'agent se soit fait remettre ou délivrer « des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges ». Traditionnellement on déclare que ces expressions paraissent impliquer la remise ou la délivrance matérielle d'une chose déterminée, à l'exclusion d'une prestation de service (ainsi, il a été décidé que commet une escroquerie celui qui, en usant de manoeuvres frauduleuses, obtient la remise d'un titre de transport à prix réduit, mais non celui qui, par le même moyen, réussit à voyager sans billet : cf. notamment, Crim. 22 juill. 1889, S. 1889.1.237).

Et pourtant ! La cour suprême a admis ces dernières années que l'obtention frauduleuse d'une dispense de paiement tacite, donc exclusive de toute tradition effective, constitue la remise d'une décharge (Crim. 6 févr. 1969, *JCP* 1969.II.16116 ; *Bull. crim.* n° 65 ; 10 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 335 ; *D.* 1970.Somm.92 ; 13 oct. 1971, *Bull. crim.* n° 261). Puis, cette assimilation de la simple exonération d'une dette à la décharge matérielle visée par le texte a permis ensuite de réprimer les manoeuvres frauduleuses tendant à obtenir ce qui semble bien être une prestation de service. La cour suprême l'a fait dans un arrêt relatif à une escroquerie ayant consisté pour un automobiliste à faire fonctionner un parcmètre à l'aide d'une rondelle de métal sans valeur (Crim. 10 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 334 ; *Gaz. Pal.* 1971.2.641, 2^e arrêt, note J.P. Doucet ; V. notre chron. cette *Revue* 1971.852). C'est également ce qu'a fait un arrêt très remarqué de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, du 13 septembre 1972, (*JCP*, 1972.II.17240, note A.C.) qui a déclaré : « la remise d'une "décharge" visée à l'article 405 du code pénal s'entend non seulement de la délivrance matérielle d'un reçu ou d'une quittance, mais aussi de l'obtention tacite d'une dispense de paiement. Il en est ainsi lorsque, par effet de manoeuvres frauduleuses, la victime s'abstient de réclamer le paiement de ce qui est dû. Peu importe le moment où doit être effectué le paiement dont l'auteur des manoeuvres cherche à obtenir décharge. Il n'y a pas lieu de s'attacher au fait que l'usager d'un taxi-phonie doit normalement payer à l'avance sa communication en introduisant un jeton dans l'appareil au lieu de payer celle-ci au guichet après l'avoir obtenue. Constitue donc le délit d'escroquerie le procédé consistant à introduire quelques jetons dans un taxi-phonie, à téléphoner normalement à un premier correspondant puis, la communication terminée, à agir d'une certaine façon sur le cadran de sorte que la tonalité reparait et qu'il est possible de téléphoner à nouveau indéfiniment sans utiliser d'autres jetons.

C'est également ce qu'a décidé la Chambre criminelle dans un arrêt du 4 mai 1987 (V. notre chron. cette *Revue* 1988.533), confirmant un arrêt de la cour de Paris du 13 mai 1986, portant condamnation pour escroquerie. Dans cette affaire, M. S. avait ins-

tallé sur sa ligne téléphonique un appareil dont l'usage permettait d'éviter, lorsqu'il était appelé par un ou des correspondants extérieurs, que les taxes de communications téléphoniques soient imputées à ces correspondants. Cependant (et c'est là que l'affaire était étrange) l'appareillage mis en place restait sans effet sur l'enregistrement de la durée des conversations partant de ce poste téléphonique, que son titulaire ou sa famille pouvaient eux-mêmes entretenir, lorsqu'ils étaient entrés en communication avec un autre abonné du réseau des P. et T. La cour de Paris condamna en déclarant : « Le déclenchement par les prévenus du dispositif installé sur leur ligne avait pour but, à l'occasion de communications de correspondants appelant de l'extérieur, d'obtenir en faveur de ceux-ci la décharge du prix des communications qu'ils auraient normalement dû verser à l'administration des P. et T. et qu'ainsi étaient établies les manoeuvres frauduleuses et la remise au sens de l'article 405 du code pénal ». La cour suprême l'a approuvée en déclarant : « qu'il importe, en effet, que les manoeuvres frauduleuses aient eu en même temps pour but et pour résultat d'obtenir une quittance minorée dès lors que cette décharge est démontrée, ni que des tiers aient été les bénéficiaires de l'escroquerie et non les coauteurs de celle-ci, dès lors qu'il est établi que les factures dont ces tiers ont été les destinataires se sont trouvées indûment minorées, le montant de la minoration constituant la décharge ».

L'affaire (cour de Rennes et Cour de cassation), que nous commentons aujourd'hui, ressemble étrangement à celles que nous venons de rapporter *supra* et où condamnation a été prononcée. Certains trouveront peut-être qu'il y a en la matière une notion un peu trop extensive du délit d'escroquerie. Nous répéterons ce que nous disions dans notre chronique de 1988 : à notre époque, où les fraudeurs sont à l'affût des possibilités que leur offrent les progrès de plus en plus grands des sciences et techniques, il n'est pas mauvais de recourir à des notions un peu extensives de certaines infractions ... (V. Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 2312, p. 1887).

Pour terminer, nous ne pouvons que souscrire aux souhaits de l'annotateur A.C. (ref. *supra*), « Le législateur serait bien inspiré de modifier l'article 405 qui, pour ne pas dater du néolithique, est manifestement inadapté aux nouveaux modes de délinquance suscités par le progrès technique ». S'il ne l'a pas fait, il a par la loi du 10 juillet 1987, édicté quelques dispositions intéressantes en la matière dans les nouveaux articles 429-1 à 429-5.

2. Escroquerie

Nous avons exposé dans une précédente chronique (V. cette *Revue* 1991.85) que deux « évêques » et deux « prêtres » très spéciaux de la communauté traditionaliste du Fréchou, poursuivis pour escroquerie, avaient été relaxés par le tribunal correctionnel d'Agen, le 27 juin 1990, et il nous a semblé que cette décision était justifiée car, malgré qu'une hésitation fût permise, les éléments constitutifs de l'escroquerie n'étaient pas tout à fait caractérisés. Il y avait un fort doute.

On aurait pu s'étonner alors que la qualification d'abus de confiance n'ait pas été examinée par le tribunal. Il faut dire (nous l'avons signalé dans ladite chronique) qu'on avait parlé d'une sorte d'acharnement du parquet pour éviter ou au moins retarder le procès : requête au juge d'instruction de prononcer un non-lieu, appel de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel pour escroquerie, requête à la chambre d'accusation de prononcer un non-lieu, requête à la juridiction de jugement de déclarer les prévention non établies, tous les moyens possibles ont été employés ! Mais, changement ..., après le jugement du tribunal d'Agen du 27 juin, dès le 28 juin, le parquet relève appel et le 8 mars 1991, le procureur général prend des réquisitions écrites, tendant à demander à la cour d'Agen d'examiner les faits qui lui sont soumis sous la qualification d'abus de confiance, en sus de celle d'escroquerie. C'est ce qu'a fait la cour

d'Agen qui, le 10 mai 1991 (inédit), a rendu un excellent arrêt dont nous allons exposer les principaux attendus.

I. — Avec beaucoup de conscience, la cour a repris minutieusement l'exposé des faits et de la procédure réalisé par les premiers juges dans la décision querellée et elle y a ajouté quelques éléments recueillis dans le dossier d'information permettant de dessiner de façon plus précise la personnalité des artisans majeurs de la « communauté du Fréchou », tout comme elle mettra l'accent sur les éléments de la personnalité juridique de ladite communauté. Exposé extrêmement intéressant de six grandes pages dont ceux qui auront la chance de le lire pourront admirer tant la précision que la finesse de l'analyse psychologique.

II — La cour prend alors ses décisions

a) Incrimination. Elle décide : « A juste titre, les premiers juges ont considéré qu'il n'était pas établi que la fausse qualité ou les manoeuvres frauduleuses reprochées aux prévenus aient été déterminantes dans la remise de fonds par les fidèles ; ils ont donc logiquement relaxé l'ensemble des prévenus des poursuites exercées à leur encontre du chef d'escroqueries ». Elle déclare ensuite : « Les faits analysés démontrent amplement, au cours des années, la quête éperdue de légitimité ecclésiastique des faux "évêques", dévoilant également le sentiment profond de la précarité de leur statut dans le monde religieux éprouvé par ces derniers, sentiment dont ont résulté leurs comportements face à l'afflux brutal des moyens financiers qui leur avaient longtemps fait défaut ; que tout, dans leur démarche, paraît marqué par le désir d'obtenir, non pas que la communauté créée et son oeuvre puissent survivre à d'éventuels avatars, mais, bien au contraire, que les biens dans lesquels les offrandes des fidèles avaient été réinvesties restent propriété personnelle des fondateurs de la communauté, ou tout au moins de certains d'entre eux ». Puis, après avoir détaillé des pratiques coupables, elle conclut : « Attendu que c'est donc à juste titre que le ministère public, appelant, a décidé d'envisager les faits soumis à l'appréciation de la cour sous la qualification, non plus d'escroquerie, mais sous celle de l'abus de confiance, ce que les premiers juges n'avaient pas estimé utile de faire ».

Dans des attendus très détaillés, elle expose alors les éléments de l'abus de confiance relevés dans l'affaire. Voici ses principaux attendus : « Attendu qu'il est surabondamment démontré que les offrandes des fidèles, même si elles étaient faites aux noms de l'un ou l'autre des prévenus, étaient en fait destinées à la communauté, ainsi d'ailleurs que ceux-ci l'ont toujours admis ; Qu'il est tout aussi évident que la communauté, de 1970 à 1979, n'a eu qu'un seul support juridique : l'association 1901 Fraternité Salve Regina, dont K. et F. (les faux évêques) étaient les dirigeants de droit et de fait, et qu'ils n'ont cependant fait transiter par la comptabilité de celle-ci qu'une infime partie des offrandes reçues des fidèles, et qu'ils avaient statutairement mandat de remettre à la susdite association ; Attendu que la même situation et les mêmes comportements se sont perpétués avec les nombreuses associations créées après 1979, et dont K. et F. sont restés les dirigeants de fait, ainsi qu'ils l'ont toujours reconnu, lorsqu'ils n'en étaient pas les dirigeants de droit, associations dont les objets étaient de couvrir l'ensemble des activités de la communauté (école, séminaire, maison de retraite, publications, vente d'objets de piété) et dont les ressources respectives ont donc été gérées par les quatre prévenus dans un intérêt qu'ils affirment avoir été celui de la communauté, mais que les faits démontrent avoir été ceux, personnels, de K. et F. d'abord. D. et S. (les faux prêtres) accessoirement ; Attendu que les éléments constitutifs du délit d'abus de confiance, prévu par les dispositions de l'article 408 du code pénal paraissent réunis ; Qu'en effet le contrat violé par les prévenus est le mandat, reçu des associations qui ont constitué le support juridique de la communauté, de leur remettre les fonds ou offrandes qui étaient destinés à cette dernière, association titulaire d'une personnalité ju-

ridique distincte de celle de ses membres et dirigeants ; Que l'objet du délit réside dans les sommes et valeurs recueillies par les prévenus pour la communauté du Fréchou représentée juridiquement par les susdites associations ; Que le fait que la remise de la chose ne résulte pas du fait du contractant, en l'espèce des associations mandantes, mais de tiers au contrat, savoir des fidèles donateurs, cette circonstance ne dispensait nullement les prévenus, mandataires de remettre les choses aux associations personnalisant la communauté du Fréchou ; Que le détournement des choses remises, par les prévenus, à l'évidence, notamment du fait de la réalisation, avec ces sommes, d'investissements immobiliers à leurs noms personnels et non pas au nom des associations dont ils étaient les mandataires, et ce, même si l'usage des biens ainsi appropriés a été laissé à la communauté ; Que le préjudice a été manifestement causé à la communauté du Fréchou, représentée par les diverses associations créées pour pouvoir juridiquement à son fonctionnement, et qui est donc la victime du délit ».

Les prévenus ont essayé de se justifier en faisant remarquer, ce qui était vrai, que du jour où les poursuites ont commencé ils ont mis fin à certaines de leurs pratiques frauduleuses. « C'est exact », déclare la cour ; mais, elle ajoute très justement : « Attendu que ce n'est que postérieurement aux poursuites exercées, tant parmi les parties civiles que par le parquet, et aux inculpations pratiquées par le juge d'instruction, que certaines situations délictuelles ont été rectifiées ; Attendu que la restitution tardive ne fait pas apparaître le délit et n'éteint pas l'action publique ». La cour termine faisant droit aux réquisitoires du ministère public, en requalifiant les faits en abus de confiance.

b) Détermination de la peine. Dans un attendu qui aurait été très apprécié par le grand criminaliste Marc Ancel, s'il était encore de ce monde, la cour déclare : « Le but de la répression pénale est non seulement de punir la violation de la loi, mais également de pourvoir à la cessation de la situation délictuelle, tout comme elle doit permettre au condamné de s'amender ultérieurement ». Ce qui la conduit à ces attendus : a) « Il est évident que les poursuites exercées contre les fondateurs de la communauté du Fréchou ont entraîné une régularisation plus ou moins contrainte de la grande majorité des situations juridiques délictuelles ; Il y a lieu, dans ces conditions, de faire aux prévenus une application modérée de la loi pénale et de les faire bénéficier du sursis, pour les peines d'emprisonnement ». b) « Les situations délictuelles n'ayant apparemment pas toutes été supprimées, il conviendra d'assortir les peines prononcées de la mise à l'épreuve ».

La cour, très avisée des possibilités que donne la législation (ce n'est pas le cas de certaines juridictions) ajoute avec beaucoup d'à propos : « Attendu qu'en raison de la nature des délits ayant donné lieu à condamnation et du fait que les prévenus s'adonnent à des activités éducatives auprès des jeunes enfants, la cour estime nécessaire, à titre de peine accessoire, de prononcer à l'encontre des quatre condamnés, par application de l'article 42 du code pénal, l'interdiction d'être tuteur ou curateur, si ce n'est de leurs propres enfants et sur l'avis seulement de la famille, ainsi que du droit de vote et de suffrage dans les délibérations de famille ».

Finalement, des peines modérées sont prononcées : huit mois d'emprisonnement aux faux « évêques » ; quatre mois aux faux « prêtres », avec sursis et mise à l'épreuve pendant trois ans. Le parquet de la cour avait eu une attitude nettement répressive en demandant des peines deux fois plus lourdes. Quelle différence avec l'attitude du parquet de première instance !

3. Escroquerie par minitel

La plus grosse affaire d'escroquerie par minitel au préjudice de France Télécom, et accessoirement de Bull, a été jugée par le tribunal correctionnel de Mende, le 31 janvier 1991 (inédit). Cette affaire a fait grand bruit dans les médias. Elle manifeste cette vérité

bien connue, à savoir que les progrès techniques sont immédiatement mis à profit pour obtenir des gains illicites souvent très importants, par des manoeuvres frauduleuses.

Le tribunal de Mende a statué dans un excellent jugement, examinant tous les aspects du problème :

I. — Il commence par expliquer ce qui était indispensable pour la compréhension de l'escroquerie : le fonctionnement du minitel.

L'information par minitel suppose nécessairement trois intervenants : un particulier, possesseur d'un minitel et utilisateur ; un serveur, diffuseur de messages ou de programmes ; un relais indispensable : France Télécom qui comptabilise et facture les impulsions téléphoniques. Le serveur n'est autre qu'une entreprise de prestations de services. Pour créer une telle entreprise, il faut établir un programme, disposer d'un logiciel et d'un ordinateur professionnel. Si le serveur a les moyens de s'offrir une technologie suffisante, il peut se connecter directement avec France Télécom ; dans le cas contraire, il a recours à un kiosque télématique, sorte de serveur en gros, dont le rôle est d'offrir à un ou plusieurs serveurs le support technique indispensable ; c'est alors le kiosque qui traite directement avec France Télécom pour l'exploitation de son propre logiciel sur le réseau. Après connexion d'un utilisateur sur un service quelconque, une filiale de France Télécom, la société Transpac, comptabilise la durée de l'appel ; les opérations de connexion se font par l'intermédiaire obligé du PAVI (Point d'Accès Vidéo-tex) au plan technologique et au niveau des Télécom. Les factures payées par l'utilisateur servent à rémunérer à la fois France Télécom qui retient seulement 3/8^e et le serveur ou le kiosque à hauteur des 5/8^e. Une autre répartition se fait ensuite éventuellement entre le kiosque et le serveur, sur les principe généralement admis de moitié : 5/16^e pour chacun, dans la mesure où il y a eu effectivement intervention d'un kiosque.

II. — Il explique ensuite comment ce fonctionnement normal et régulier, qu'il vient de décrire, a pu être dévié par des manoeuvres frauduleuses. Sur les prescriptions de la Commission « Informatique et Libertés », un impératif s'est peu à peu fait jour : celui de sauvegarder l'anonymat des utilisateurs. Dans ce but, France Télécom a mis en place un dispositif de cloisonnement à l'intérieur du système PAVI, de telle manière qu'il demeure parfaitement impossible à Télécom, à ses propres services et à quiconque, de déceler pour chaque utilisateur l'intitulé et la nature du service sélectionné ; certes, les utilisateurs ont bien une relation personnalisée avec France Télécom puisque les factures sont établies et adressées à chacun d'entre eux, mais ces factures ne tiennent compte que de la quantification des connexions en unités de compte abstraites, sans qu'à aucun moment n'apparaissent les coordonnées du serveur ou du kiosque. Le kiosque ou le serveur n'ont également aucune possibilité de connaître le nom des personnes ayant fait appel à leurs services. Il existe en conséquence une totale disjonction entre, d'une part le paiement par les utilisateurs de leurs factures et la comptabilisation d'autre part servant de base au paiement des 5/8^e revenant au kiosque ou au serveur, comptabilisation totalement dépersonnalisée et opérée sur le cumul des impulsions sur une période donnée. Autrement dit, ces 5/8^e peuvent très bien être versés par Télécom ou plutôt Transpac aux serveurs et kiosques sans aucune corrélation avec le paiement des factures par les utilisateurs du minitel ; c'est dire par là même que ces 5/8^e ont toute chance d'être payés par France Télécom aux serveurs et kiosques, alors même que les 8/8^e n'auraient pas été payés par tel ou tel utilisateur.

C'est la parfaite compréhension de ce phénomène de disjonction et la volonté d'en tirer parti qui ont été générateurs de la mise en place par des spécialistes du mécanisme original de l'escroquerie. La mise en jeu de ce mécanisme suppose la collusion d'un serveur et d'un utilisateur. L'utilisateur est incité à connecter le serveur dans la mesure où celui-ci lui redistribue une partie des sommes touchées de Télécom, c'est-à-dire une

partie des 5/8^e correspondant à la rémunération normale de ce serveur ou kiosque ; mais, pour permettre l'utilisation en continu des minitels, un obstacle doit être levé, celui dit de « la sécurité des trois minutes ». En effet, pour notamment éviter une manipulation maladroite, France Télécom a placé une sécurité dans le cadre d'un fonctionnement du PAVI qui a pour but de couper automatiquement la communication au bout de trois minutes si aucun échange de données n'a lieu entre le minitel utilisé et le serveur ; pour parvenir à l'utilisation du minitel en continu et sans entrave, il est donc indispensable de contrer ce système de rupture. Le principe général de reversement au profit des utilisateurs a reçu le nom d'« Accès privilégiés » dits « A.P.M. ». Il a été amélioré sur le plan de la rentabilité par le procédé du *Stand by* qui permet d'éviter la coupure automatique des trois minutes en l'absence de communications ou de messages et d'obtenir ainsi un fonctionnement continu et beaucoup plus rémunérateur. Autre amélioration : l'écran noir. Ce dispositif permet à l'utilisateur du minitel de conserver la communication avec le serveur, au moyen d'un poste ne présentant aucun signe de fonctionnement, ce qui évitait à l'utilisateur d'être repéré par un chef de service, lors de l'utilisation d'un minitel sur le lieu de travail.

L'utilisateur, pour profiter dans les meilleures conditions des appels privilégiés rémunérés, peut utiliser deux scénarios. Décrivons seulement celui qui a été utilisé dans l'affaire ici rapportée. Le voici : mise en fonctionnement de plusieurs minitels avec « *stand by* » et « écran noir », aux frais de l'employeur-propriétaire des locaux. C'est ce qu'on appelle, en jargon professionnel, « la fraude typique du veilleur de nuit ». Bien entendu, la collusion entre utilisateurs et serveurs ou kiosques est une condition déterminante de l'escroquerie ; il faut que la manipulation à effectuer pour mettre en « *stand by* » soit connue de l'utilisateur et que parallèlement le logiciel du serveur ou du kiosque soit équipé du programme correspondant.

III. — Avec beaucoup de soin, le tribunal examine très minutieusement le rôle tenu par chaque co-inculpé dans la commission des infractions reprochées. Il est malheureux que nos lecteurs ne puissent prendre connaissance de ce passage tant du point de vue juridique que, et peut-être surtout, des points de vue psychologique et social. On s'apercevrait que, comme souvent, la réalité dépasse la fiction. On s'étonnerait de l'activité fébrile des inculpés : certains créant de nombreuses sociétés fictives pour toucher le reversement des kiosques, d'autres (souvent les mêmes) se connectant sur des serveurs équipés de *Stand by*, vingt heures par jour, puis partant sans laisser d'adresse au bout de quinze jours et bien entendu sans payer les communications téléphoniques. Passons.

Le tribunal fait ensuite une synthèse des éléments constitutifs de l'escroquerie qui se sont retrouvés dans l'affaire.

a) *Les manoeuvres frauduleuses* : propagation des procédés informatiques pour tromper France Télécom : *Stand by*, déconnexion automatique toutes les trois heures, écran noir, procédés communiqués à des complices opérant notamment des lieux dont la surveillance était à leur charge, ou à d'autres complices ne payant pas leurs factures de consommation.

b) *Fausse entreprise* : les kiosques ou serveurs utilisés constituaient en tout état de cause des fausses entreprises puisqu'ils étaient utilisés sans objet licite et qu'ils percevaient des rémunérations correspondantes, en l'absence de toute prestation. Les sociétés ou associations (telle la société des Arts Graphiques) créées uniquement pour obtenir un nombre important de lignes téléphoniques, constituaient bien également des entreprises fictives, en raison même des mobiles de leurs fondateurs et de leur disparition sans laisser d'adresse et en n'acquittant pas les factures de téléphone de ces sociétés.

c) *Remise de la chose* : ces manoeuvres frauduleuses ou manipulations avaient pour but d'obtenir la remise de sommes importantes par suite d'accords existant entre France

Télécom et les centres serveurs, alors même que la facture de consommation n'était pas payée par l'utilisateur.

Le tribunal de Mende n'a pas été très sévère. Il a accordé les circonstances atténuantes à tous les inculpés sauf un. Il faut dire que beaucoup d'entre eux étaient des délinquants primaires. N'empêche que du point de vue criminologique, ils nous paraissent particulièrement dangereux. Finalement, des informaticiens, un gérant de société de presse, un réalisateur de films vidéo, et un employé des Télécommunications ont été condamnés à des peines allant de 2 à 4 ans de prison, assorties partiellement du sursis, de 10 000 à 100 000 F d'amende et à payer 3 402 000 F à l'Etat.

4. *Abus de confiance*

Par trois virements opérés les 31 décembre 1974, 28 février 1975 et 1^{er} avril 1975, M. D. qui était titulaire d'un mandat spécial pour gérer les fonds personnels d'E. D. veuve de M. B. transférait les sommes de 30 000 F, 250 000 F et 170 000 F sur le compte « opérations sur titres » de l'intéressée et dilapidait les fonds dans des opérations boursières désastreuses. Cette succession d'agissements était poursuivie sous trois qualifications pénales : — faux en écriture de banque, — usage de faux, — abus de confiance. Les juges du premier degré relaxèrent M. D. des chefs de faux et usage de faux et déclarèrent que le contrat de dépôt à terme, dit contrat irrégulier, n'entraînait pas dans les prévisions de l'article 408 du code pénal et excluait en outre la notion de mandat. La requalification en délit d'abus de confiance ne leur apparut pas possible.

La cour d'Angers, dans un arrêt du 29 juin 1989, a approuvé le jugement de première instance, en relevant : « Que le compte à terme, qui permet au banquier de disposer librement des fonds remis, à charge pour lui de restituer à l'échéance fixée une somme équivalente augmentée, le cas échéant des intérêts stipulés, est exclusif de toute notion de mandat et s'analyse en un contrat irrégulier qui n'entre pas dans les prévisions de l'article 408 du code pénal ».

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 28 janvier 1991 (*JCP* 1991.IV.174 ; *D.* 1991. *Flash Dalloz*, n° 13, *IR.99* et *Somm. comm.*273), a rejeté le pourvoi en reprenant purement et simplement les termes de l'arrêt d'Angers.

5. *Abus de biens sociaux. Emploi de moyens ruineux*

Un arrêt de la cour de Paris du 17 décembre 1990 (*Gaz. Pal.* 14-15 juin 1991, J.12, note J.-P. Marchi) présente un grand intérêt en tant que statuant sur le problème bien connu des infractions que commettent les entreprises en difficulté pour échapper à la débâcle.

Dans l'affaire ici rapportée, le tribunal de grande instance de Paris avait condamné le dirigeant de la S.A. Santucci Frères pour emploi de moyens ruineux et abus de biens sociaux.

La cour de Paris a affirmé ce jugement en ce qui concerne la première infraction et l'a confirmé en ce qui concerne la seconde. Rapportons brièvement son argumentation.

I. — Emploi de moyens ruineux

La cour relève au cours de son arrêt que « le délit de recours à des moyens ruineux en vue d'empêcher ou de retarder la constatation de la cessation de paiements du débiteur commerçant, personne physique ou morale, exige, pour être caractérisé à la charge du prévenu que soient réunis un ensemble d'éléments constitutifs qui n'apparaissent pas péremptoirement en l'espèce ».

a) *Date de la cessation de paiement.* La date de déclaration de la cessation des paiements telle qu'appréciée par les experts judiciaires (1^{er} oct. 1981) avait été dépassée de huit jours par rapport aux exigences de l'article 131-6 de la loi du 13 juillet 1967 alors applicable. La cour estime que cette déclaration, ayant été souscrite la veille de la date fixée par le tribunal de commerce dans son jugement déclaratif, se situait en fait dans un délai normal et qu'il ne pouvait ainsi être affirmé que le prévenu ait agi en vue de retarder ou d'empêcher la constatation de la cessation des paiements des sociétés incriminées.

b) *Moyens ruineux.* Il était reproché au prévenu d'avoir bénéficié de concours bancaires hors de proportion avec leurs chiffres d'affaires à des taux très élevés. Les frais financiers globaux s'étaient élevés à plus de 3 millions de francs en 1980 et à 3, 811 millions de francs en 1981. Les créanciers, partie civile, soutenaient donc que le délit de recours à des moyens ruineux pour retarder la constatation de la cessation des paiements était constitué dès lors que les avances accordées par la banque étaient à un niveau d'intérêts trop élevés et que les découverts bancaires dépassaient à l'évidence les possibilités financières de l'entreprise. La cour a estimé que « si les taux pratiqués sur les concours financiers apportés au prévenu étaient plus élevés que ceux fixés par les grands établissements de crédits, ils étaient de l'ordre de ceux pratiqués à l'époque par les banques privées » et en conséquence ils n'avaient pas revêtu « un caractère ruineux au sens de l'article 131-2 de la loi du 13 juillet 1967 susvisée dont les dispositions ont été reprises à l'article 197-1 de la loi du 25 janvier 1985 ».

L'argumentation juridique de la cour nous paraît être la bonne, vu les textes, quels que puissent être les regrets psychologiques que puissent causer l'infirmité de la condamnation prononcée par le tribunal correctionnel.

II. — Abus de biens sociaux

Le prévenu ne contestait pas qu'il y avait eu abus de biens sociaux, cet abus étant constitué par des avances de trésorerie effectuées au profit d'une société dont il était l'associé majoritaire. Mais il souleva pour sa défense deux moyens classiques :

a) *La prescription.* La cour a écarté cet argument en rappelant qu'« en ce domaine le point de départ des délais de prescription de l'action pénale ne commence à courir qu'à partir du jour où le détournement ou l'abus a pu être découvert et constaté ». Nous l'avons souvent exposé dans notre chronique (V. cette *Revue* 1985.821 et les réf. citées).

b) *Sociétés du même groupe.* Le prévenu prétendait qu'il s'agissait de mouvements de fonds réalisés entre sociétés de même groupe. C'est une échappatoire dont nous avons souvent parlé dans nos chroniques (V. en particulier cette *Revue* 1984.86 et 1985.821). Mais on sait que, pour que cette échappatoire produise son effet, il faut que le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement doive être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe et ne doive pas être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge, (V. en particulier, Crim. 4 févr. 1985 ; T. corr. Seine, 29 avr. 1983, dans nos chron. préc.). Le fait justificatif tiré de l'existence d'un groupe ne pouvait jouer dans cette affaire puisque, comme l'avaient relevé à la fois le tribunal de Paris et la cour, « les seules similitudes des activités industrielles ne peuvent suffire à caractériser l'existence d'un groupe entre personnes morales en l'absence d'une stratégie commune ».

Rappelons pour terminer (V. notre chron. préc. dans cette *Revue* 1984.86) que dans un excellent attendu le tribunal de Paris, dans son jugement du 24 avril 1983, avait dé-

cidé : « Le terme de "groupe" est un terme largement utilisé en matière commerciale sans qu'il recoupe toujours une signification précise ; il ne suffit pas, pour le caractériser, de l'associer au nom d'un homme d'affaires animant plusieurs entreprises ou au sigle d'une société de holding pour créer, pour autant, d'un coup de baguette magique, l'entité économique répondant à cette notion ; les contours de cette entité économique doivent, au contraire, être définis très étroitement sous peine d'enlever au droit des sociétés toute sa spécificité, notamment en ce qui concerne l'individualité du patrimoine et le cloisonnement des structures sociales ».

6. *Faux en écriture privée. Comptabilité bancaire*

Nous avons exposé dans cette chronique (V. cette *Revue* 1991.765) que la Chambre criminelle se montre large et donc répressive dans l'appréciation des Titres visés par les articles 150 et 155 du code pénal. C'est ce que montre un nouvel arrêt (3 janv. 1991, *D.* 1991.IR.66 et *JCP* 1991.IV.130) qui déclare que la cour de Montpellier (ch. corr., 6 juin 1989, *eodem* ref.) « avait bien caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, l'infraction de faux en écriture de banque en énonçant que l'employé d'une agence bancaire avait fait fonctionner dans la comptabilité de son employeur quatre comptes bancaires ouverts à des noms imaginaires et avait déposé des chèques sur ces comptes dans le but de favoriser la fraude fiscale d'un commerçant dès lors que les documents falsifiés, qui sont des pièces justificatives de la comptabilité de la banque, constituent des titres au sens de l'article 150 du code pénal ».

7. *Chèques sans provision*

Nous avons relevé dans cette chronique (V. cette *Revue* 1984.91 ; 1986.618 ; 1987.437 ; 1988.799 et 1990.577) que d'après l'article 66 du décret-loi du 30 octobre 1935 (réd. L. 3 janv. 1975), pour que l'émission de chèques sans provision soit punissable, il faut que soit établie l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui. Cette nouvelle formule a donné lieu à bien des interprétations et des craintes. Il semble que la jurisprudence soit maintenant bien orientée dans le sens d'une interprétation se contentant d'un *dolus generalis*. C'est ce qu'a montré un arrêt de la Chambre criminelle du 22 mai 1989 (V. notre chron. cette *Revue* 1990.577).

Un arrêt récent de la Chambre criminelle du 10 janvier 1991 (*D.* 1991.IR.64 ; *JCP* 1991.IV.143) est plus restrictif et sévère (tout au moins quant à la forme ...). Il déclare en effet : « Ne caractérise pas en son élément intentionnel le délit d'émission de chèques sans provision tel que défini par ce texte la cour d'appel qui omet de rechercher si la prévenue, qui a émis des chèques alors qu'elle savait que son compte bancaire n'était pas suffisamment approvisionné, avait eu l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui ».

V. — INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE FINANCIER

Jacques BEAUME

Magistrat

Nous prions les lecteurs de la *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Infractions contre l'ordre financier ». Ils la trouveront dans un prochain numéro.

VI. — INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE ÉCONOMIQUE

Jean PRADEL

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

1. Demande de saisine de la Cour de justice des Communautés européennes aux fins d'interprétation. Nature. Exception préjudicielle (non)

Au cours d'une poursuite pour contrefaçon, le prévenu et le ministère public sollicitent la saisine de la Cour de justice aux fins d'interprétation des articles 30, 59, 85 et 86 du Traité de Rome et, par voie de conséquence un sursis à statuer jusqu'à décision de la juridiction communautaire. Mais cette demande d'interprétation étant présentée pour la première fois devant la cour d'appel, celle-ci y voyant une question préjudicielle, la rejette comme tardive : l'article 386 du code de procédure pénale dispose en effet que « l'exception préjudicielle est présentée avant toute défense au fond » (al. 1) ; un régime analogue est d'ailleurs prévu par l'article 385 du même code pour les exceptions fondées sur une nullité de procédure. Les juges d'appel, passant ainsi outre, condamnant aussitôt le prévenu à une amende (Aix-en-Provence, 8 mars 1989).

Saisie d'un pourvoi, notamment sur la question de la saisine de l'instance européenne, la Chambre criminelle devait trancher une question importante : cette demande en interprétation est-elle une question préjudicielle (auquel cas les juges du fond devaient la rejeter, comme tardive ; V. pour une application, mais hors droit communautaire, Crim. 8 juill. 1986, *Bull. crim.* n° 231) ou non (auquel cas sa présentation en cour d'appel n'est pas tardive, les parties pouvant toujours et au moment où elles le jugent opportun présenter un moyen de défense autre qu'un moyen touchant aux nullités ou à une question préjudicielle) ? Pour le prévenu, demandeur au pourvoi, la requête en interprétation est un moyen tendant à faire prévaloir un texte communautaire sur un texte national (ce qu'on admettra aisément) et constitue donc un moyen de défense au fond : en analysant son moyen de défense comme une notion autre que l'exception préjudicielle, le demandeur en déduisait qu'il pouvait être soulevé à toute hauteur de la procédure. Plus prudente, la Chambre criminelle, dans son arrêt du 16 mai 1991, déclare que la demande en interprétation « ne constitue pas une exception préjudicielle au sens de l'article 386 précité ». Elle reconnaît donc le bien fondé du pourvoi et si finalement la cassation n'est pas prononcée sur la base de ce moyen, c'est parce que la Cour de Luxembourg a statué le 13 juillet 1989 sur le problème, certes dans le cadre de demandes émanées d'autres juridictions, mais de façon telle que le moyen était devenu sans objet.

Qu'en penser ? En faveur de l'idée que la demande d'interprétation constitue une question préjudicielle, on peut faire remarquer que le juge pénal, pour pouvoir statuer, est obligé de s'adresser à un juge autre. En faveur de l'idée que cette demande n'en constitue pas une, on peut invoquer deux analyses.

La première est passablement classique, même si elle n'a pas encore été formulée, à notre connaissance, comme on va le faire. Il y a question préjudicielle quand la question à résoudre est extra-pénale, hors de la compétence naturelle du juge pénal, annexe, accessoire, quand, plus précisément, elle correspond à une question préalable à l'infraction.

tion poursuivie, cette question pouvant être civile, administrative ou même pénale (s'agissant alors d'une infraction autre que celle dont le juge répressif est saisi comme il se voit par exemple en cas de dénonciation calomnieuse). Au contraire, il n'y a pas question préjudicielle, mais question touchant le fond même de la prévention lorsque le point à résoudre correspond à un élément constitutif de l'infraction. Tel est le cas en l'espèce : s'agissant d'une poursuite pour contre-façon, il s'agissait de savoir si se retrouvaient les éléments constitutifs de ce délit au regard du droit communautaire et le problème pouvait être discuté même pour la première fois en appel.

La seconde analyse consiste à soutenir que la demande en interprétation par la Cour de justice est certes une question préjudicielle, mais une question préjudicielle d'une nature particulière. C'est qu'en effet les questions préjudicielles, qui sont des moyens de défense, doivent être invoquées par le prévenu (sauf nationalité). Au contraire la demande en interprétation peut être décidée d'office par le juge s'il la considère comme nécessaire à une bonne administration de la justice. C'est peut-être ainsi qu'il faut comprendre la formule un peu énigmatique utilisée par l'arrêt du 16 mai 1991, selon laquelle « une telle demande ne constitue pas une exception préjudicielle au sens de l'article 386 du code de procédure pénale ». Les auteurs se posent assez peu la question et se bornent à placer le recours en interprétation dans l'étude générale des questions préjudicielles, à côté de la nationalité, de la propriété immobilière, etc. (G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, 14^e éd. 1990, n° 442, p. 551 ; M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, I, 3^e éd. refondue 1990, p. 154).

2. Pratiques paracommerciales. Infraction à l'article 37 alinéa 2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

Les pratiques paracommerciales donnent lieu à un contentieux pénal si réduit que l'on doit saisir la chance de découvrir un arrêt récent qui en traite.

On rappellera que les pratiques paracommerciales « consistent à se livrer à une activité commerciale sans supporter les charges correspondantes », constituent « une atteinte aux règles d'une saine concurrence » et « à ce titre doivent être combattues » (Circ. 12 août 1987 relative à la lutte contre les pratiques paracommerciales). Dans cette lutte, deux difficultés apparaissent : on a quelque mal à connaître ces pratiques qui peuvent prendre des formes multiples et qui sont souvent ignorées des pouvoirs publics, il existe de très nombreux textes. On peut à cet égard signaler par exemple l'article 39 de la loi du 27 décembre 1973 qui incrimine la vente directe aux consommateurs faite sans autorisation, la loi du 30 décembre 1906 qui incrimine la vente en solde ou au déballage et l'article 37 alinéa 2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui interdit la vente de produits par des associations dont les statuts ne le prévoient pas. Très exactement, l'article 37 dispose : « Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut de façon habituelle offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts », c'est-à-dire lorsque les associés ne l'ont pas voulu dans leur majorité. Les peines sont celles prévues pour les contraventions de la cinquième classe (art. 33 Décr. 29 déc. 1986 pris en application de l'Ord. du 1^{er} déc. 1986). Des deux textes de décembre 1986, il résulte qu'il existe au point de vue commercial deux sortes d'associations : celles dont les statuts prévoient une activité de vente de produits ou de fournitures de services et celles dont les statuts ne prévoient rien de tel. Et comme les associations qui font commerce dans un but lucratif sont assujetties aux mêmes impôts et taxes que les sociétés de capitaux (Circ. préc. annexe I.B.1^o), leurs dirigeants peuvent avoir la tentation de ne pas prévoir une telle activité dans leurs statuts afin, en y procédant cependant, d'éluider les charges fiscales. Il y a alors une atteinte à la concurrence au détriment d'autres associations dont les dirigeants, plus honnêtes, inscrivent dans les statuts l'exercice d'une activité lucrative. En bref, il y a violation du principe de l'égalité dans la concurrence.

Ce problème s'est trouvé être posé dans les circonstances suivantes. Deux personnes morales vendaient des articles cartographiés à l'usage des touristes, la société « Maison de la cartographie et du tourisme » qui avait des statuts prévoyant une telle activité et qui payait donc des impôts, d'une part, l'association « Randonnées pyrénéennes » qui en ayant la même activité n'avait pas de statuts le prévoyant et ne payait donc pas d'impôts, bénéficiant au surplus de subventions, d'autre part. Poursuivi, le directeur de l'association fut condamné en application de l'article 37 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 à une amende de 2 500 F (cour d'appel de Toulouse, 10 juill. 1990). Il fit un pourvoi en cassation, mais en fut débouté par arrêt du 10 juin 1991. Dans cette décision, la Chambre criminelle indique que l'interdiction faite au dirigeant d'une association de faire du commerce alors que cette activité n'est pas prévue par ses statuts « tend non seulement à assurer le respect du pacte social, mais à protéger la liberté de la concurrence contre une pratique de nature à en compromettre le jeu normal ». L'arrêt indique aussi que « le jeu de la concurrence se trouve faussé ... par l'activité paracommerciale illicite exercée » par le dirigeant de l'association. La jurisprudence est ainsi « fidèle » à la circulaire du 12 août 1987. Ainsi cette décision est parfaitement justifiée puisque par une fraude à la loi, le dirigeant avait porté atteinte au dogme presque sacré de la libre concurrence, c'est-à-dire de l'égalité dans la concurrence.

3. *Publicité trompeuse. Délit pouvant être commis par un simple particulier*

Un individu fait paraître dans un quotidien local une annonce proposant la vente d'un véhicule en très bon état, alors que celui-ci avait été accidenté et mal réparé. Sur poursuite fondée sur l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 (publicité trompeuse), les juges du fond (cour d'appel de Paris, 23 mai 1990) le relaxent au motif que « le délit visé (par la loi de 1973) ne peut être imputé, en tant qu'auteur principal, à un simple particulier qui fait passer dans la presse une annonce en vue de vendre un véhicule automobile ». Sur pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris, la Chambre, par arrêt du 13 juin 1991, casse l'arrêt de relaxe au motif que la loi de 1973 « vise indistinctement toute publicité sous quelque forme que ce soit ; sans subordonner la responsabilité de l'auteur au caractère professionnel des agissements en cause ». En d'autres termes, le délit de publicité trompeuse peut être commis par un simple particulier aussi bien que par un professionnel.

Il est vrai que dans la plupart des cas, la personne poursuivie pour publicité fautive est un professionnel (V. en dernier lieu, Crim. 23 févr. 1989, *Bull. crim.* n° 91, pour le directeur d'un grand magasin ; 5 avr. 1990, *Bull. crim.* n° 148, pour le directeur d'une société ; 27 nov. 1990, *Bull. crim.* n° 4058, pour un vendeur professionnel d'automobiles). Toutefois, l'article 44 alinéa 8 de la loi du 27 décembre 1973 vise « l'annonceur pour le compte duquel la publicité est diffusée » et y voit le « responsable à titre principal ». C'est donc au client au profit duquel la publicité litigieuse a été effectuée qui est responsable à titre principal de l'infraction. Mais qui est ce client ?

Parfois, il est malaisé de répondre à cette question. Il en est ainsi — et c'est très souvent le cas — lorsque plusieurs personnes ont participé à l'opération de publicité. Dans l'espèce évoquée ci-dessus, on pouvait peut-être à première vue hésiter entre le propriétaire de la voiture et le quotidien local. En réalité, les responsables du journal ne peuvent pas se voir charger de vérifier l'exactitude de la publicité sauf situations tout à fait particulières. Force est donc de se rabattre sur le client du journal, c'est-à-dire sur le propriétaire du véhicule. C'est sur ce point que se concentre la discussion. A l'encontre de la responsabilité du propriétaire, on serait tenté d'invoquer le fait qu'il n'est pas un professionnel. Cependant cet argument ne peut être admis que lorsque le propriétaire non professionnel avait besoin des secours techniques d'un professionnel ou lorsque l'erreur est infime de sorte qu'elle pouvait échapper à la vigilance non technique d'un profane. Tel n'est pas le cas en l'espèce : n'importe quelle personne, même si elle n'est

pas un professionnel, sait si la voiture qu'elle propose à la vente a été accidentée et si elle a été correctement réparée (V. note A. Pirovano au *D.* 1977.506, 2^e col. sous Crim. 5 mai 1977). En outre, l'expression légale de « l'annonceur pour le compte duquel la publicité a été diffusée » vise certainement le propriétaire qui fait usage de publicité pour faciliter la vente de son véhicule : c'est bien pour lui que cette publicité est faite. Le simple particulier qu'il est se trouve inclus dans l'expression légale, laquelle n'a pas limité le champ de l'incrimination aux seuls professionnels. Ajoutons enfin que la Chambre criminelle n'a jamais décidé que l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 ne s'applique qu'aux professionnels. L'intention du législateur est même certainement contraire, lui qui a entendu protéger les consommateurs contre toute atteinte à leur information d'où quelle vienne.

VII. — INFRACTIONS CONTRE LA QUALITÉ DE LA VIE : CONSTRUCTION ET URBANISME

Fernand 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*

1. *L'avis du maire ou du préfet au sens de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme*

Il y a manifestement un problème d'interprétation de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme sur la question de savoir si c'est le maire ou le préfet qui doit donner l'avis requis par ce texte.

Par plusieurs décisions précédentes, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de souligner que le fait de recueillir l'avis de l'autorité visée par l'article L. 480-5 est une formalité impérative, que cet avis est distinct d'une constitution de partie civile par une commune et enfin, bien que cet avis ne devant pas revêtir de forme particulière, s'il a été donné après avoir prêté serment, il n'y a pas là en soi une cause de nullité (V. Crim. 20 mars 1990, aff. *Brandel*, et 18 sept. 1990, commentés dans notre chron, cette *Revue* 1991.104, n° 3).

Par deux nouveaux arrêts respectivement en date du 6 juin 1991 (aff. *Barrellon, Public. Flash*) et du 10 juillet 1991 (aff. *Busch*, non publié), la Haute juridiction, placée dans les deux cas sous la présidence de M. Le Gunehec et sur le rapport de M. le conseiller Simon, considère d'une part que « ce texte, s'il exige l'audition du maire ou du fonctionnaire compétent, n'implique pas que, lorsque la délivrance du permis de construire relève de la compétence du maire, celui-ci soit seul habilité, à l'exclusion du représentant de l'Administration, à fournir son avis sur les mesures de remise en état prévues par la loi », et d'autre part que les deux autorités, le maire et le préfet peuvent être cumulativement consultées.

Autant on peut aisément admettre que si dans une procédure il y a à la fois l'avis du maire et du préfet, le surcroît de l'un des avis ne constitue pas une violation des dispositions de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme, autant l'analyse suivant laquelle il importe peu que l'avis émane du maire et du préfet paraît appeler les plus expresses réserves.

Une telle interprétation, si elle devait se maintenir, serait contraire au sens des lois de décentralisation en matière d'urbanisme (a), et rendrait absurde la formalité exigée par l'article L. 480-5 (b).

a) La loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 a opéré une nouvelle répartition des compétences en matière d'urbanisme. L'élaboration et l'approbation des plans d'occupation des sols, des schémas directeurs ou des schémas de secteurs, relèvent de la seule compétence des communes ou de leurs établissements publics de coopération intercommunale, à l'exception du cas prévu à l'article L. 122-1-4 du code de l'urbanisme.

De plus, les permis de construire et les autres autorisations d'utilisation du sol sont délivrées, sauf dans certains cas particuliers limitativement énumérés par la loi, au nom de la commune dès lors que celle-ci dispose d'un plan d'occupation des sols approuvés depuis plus de six mois.

Ces transferts effectifs de compétence sont entrés en application depuis le mois d'avril 1984, et depuis lors le rôle du préfet se borne exclusivement à un contrôle de légalité des actes pris par les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale.

La circulaire du 22 juillet 1982 (*JO* 23 juill. 1982, p. 2354) relative aux nouvelles conditions d'exercice du contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, ainsi que la circulaire du 26 mars 1984 (*JO* 13 avr. 1984, N.C. et *Gaz. Pal.* 1984, textes p. 370-373) relative au contrôle de légalité des actes pris en matière d'urbanisme, définissent exactement le champ d'application du contrôle préfectoral en fonction de la répartition des compétences entre le maire et le préfet.

Enfin la circulaire du 6 juin 1984, relative au transfert des compétences en matière de permis de construire, et celle du 25 avril 1985, relative au transfert des compétences en matière de certificat d'urbanisme, confirment, s'il en était besoin, cette stricte répartition des rôles entre les autorités communales et étatiques.

C'est dans cette même suite qu'est intervenue la loi du 18 juillet 1985, modifiant l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme.

Jusqu'à cette réforme, en vertu de la loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976, l'article L. 480-5 prévoyait, qu'en cas de condamnation pour une infraction prévue aux articles L. 160-1 et L. 480-4, le tribunal devait statuer « au vu des observations écrites ou après audition du fonctionnaire compétent ». La solution était logique puisque les autorisations d'occupation des sols étaient alors délivrées par le maire ou le préfet, mais toujours au nom de l'Etat. Une jurisprudence stable et logique de la Chambre criminelle consacrait le contrôle du respect de cette formalité (V. notamment Crim. 17 févr. 1977, *Bull. crim.* n° 67 ; Crim. 18 juill. 1979, *JCP* 1979.IV.323 ; Crim. 14 oct. 1980, *Rev. dr. imm.* 1981, n° 1, p. 66, chron. M. Gaudemet ; *AJPI* 1980.621, chron. Pittard et Crim. 15 juill. 1981, *AJPI* 1982.735, chron. Pittard). Mais il est bien évident que l'article L. 480-5 devait être modifié pour être mis en conformité avec la nouvelle répartition des compétences. C'est ce que fit la loi du 18 juillet 1985 en prévoyant qu'en cas de condamnation pour une infraction prévue aux articles L. 160-1 et L. 480-4, le tribunal ne pouvait statuer sur la mise en conformité ou la remise en état des lieux, qu'« au vu des observations écrites ou après audition du maire ou du fonctionnaire compétent... ».

Le législateur aurait très bien pu formuler l'article L. 480-5 autrement, en indiquant par exemple que le tribunal ne pouvait statuer qu'après l'avis de « l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'utilisation des sols ». Car, c'est bien cela que signifie l'article L. 480-5, comme le confirment les interprètes.

Dès l'édition de 1986 du code de l'urbanisme, commenté et annoté par MM. F. Bouyssou et J. Hugot, ces auteurs précisent : « Depuis la loi du 18 juillet 1985, c'est le maire qui doit fournir un avis (écrit ou oral) sur la mise en conformité. Pour nous, cette compétence du maire est limitée au cas des communes dotées de plan d'occupation des sols approuvé depuis plus de six mois » (cf. *Litec, Code de l'urbanisme*, éd. 1986, p. 292).

Ainsi, il n'y a aucun doute sur le sens de la loi, et toute analyse qui admettrait que l'avis exigé par l'article L. 480-5 peut être demandé indifféremment au maire ou au préfet, serait en contradiction avec la volonté législative et la lettre des textes.

b) Il serait par ailleurs absurde de donner une telle interprétation à l'article L. 480-5 car il serait vide de sens.

Il faut en effet se demander qu'elle est l'utilité de cet avis demandé au maire ou au fonctionnaire compétent.

Sans que le juge soit lié d'une quelconque façon, l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'utilisation des sols peut apporter au tribunal des éléments d'appréciation concrète pour décider du choix de la mesure à ordonner pour effacer les conséquences

de l'infraction constatée (cf. notre chron. *op. cit.* cette *Revue* 1991.105). Il peut se faire en effet que l'infraction résulte d'une autorisation sollicitée et obtenue mais non respectée, comme d'une absence totale ou partielle d'autorisation. Qui peut être mieux placé que l'autorité qui a délivré l'autorisation ou qui aurait dû être sollicitée pour ce faire, pour renseigner le tribunal sur cette situation ? Qui d'autre que cette même autorité pourra préciser au tribunal que par exemple, une déclaration de travaux vient d'être déposée, ou qu'une modification de permis de construire est en cours d'instruction, ou encore qu'une régularisation est concevable plutôt qu'une remise des lieux dans un état antérieur ? Personne d'autre, c'est l'évidence même.

Considérer que le maire à la place du préfet, peut donner un tel avis sur des autorisations d'utilisation des sols qui concernent l'Etat est absurde.

Considérer que le préfet peut donner cet avis sur des autorisations qui concernent la commune, n'est pas moins absurde.

Si l'on songe à tous les cas où il peut y avoir divergence d'analyse portant sur le fond ou sur l'opportunité, entre le maire et le préfet, se satisfaire de l'avis indistinct de l'un ou de l'autre est même dangereux, car les intérêts en cause peuvent, au-delà des intérêts particuliers, concerner une politique de protection d'un littoral, d'un site classé ou sensible, d'une zone forestière, ou de tout autre lieu spécifique, pour lequel les autorités compétentes ne peuvent être substituées l'une à l'autre.

En conclusion, on peut observer que s'il est vrai que les lois de décentralisation, notamment dans le domaine de l'urbanisme ne sont pas encore complètement assimilées par les autorités judiciaires de base, il n'appartient pas à la Cour de cassation, pour sauver les procédures, d'être trop conciliante dans l'interprétation des textes.

C'est pourquoi, l'arrêt *Barellon* du 6 juin 1991 qui par sa forme lapidaire, semble devoir revêtir une portée qui dépasse le cas d'espèce, doit être limité à ce cas particulier. La Chambre criminelle doit en revanche clairement affirmer que dans les communes dotées d'un plan d'occupation des sols approuvé depuis plus de six mois l'avis du maire doit être impérativement exigé lorsque l'autorisation relève de sa compétence, et dans les autres cas c'est celui du préfet qui doit figurer à la procédure, et exercer, sa censure chaque fois que cette formalité n'aura pas été respectée.

Ce n'est qu'alors que la Haute juridiction aura joué son rôle dans ce domaine particulier du droit pénal de l'urbanisme.

2. *Infraction intentionnelle contre les biens. Incidence d'une négligence de la victime sur le montant des réparations civiles. Réduction (non). Principe de la réparation intégrale*

Il est rare qu'un problème de portée aussi générale soit soulevé à l'occasion d'une infraction relevant du droit de la construction ou de l'urbanisme.

C'est pourquoi l'arrêt *Jean*, rendu par la Chambre criminelle le 16 mai 1991 (*Public. Flash*) mérite une attention particulière dans la mesure où il souligne qu'« aucune disposition de la loi ne permet de réduire, en raison d'une négligence de la victime, le montant des réparations civiles dues à celle-ci par l'auteur d'une infraction intentionnelle contre les biens, le délinquant étant tenu à la réparation intégrale du préjudice et ne pouvant être admis à bénéficier, fût-ce moralement, de l'infraction ».

En l'espèce, un individu avait été poursuivi et condamné pour dégradation volontaire par incendie d'une partie d'un bâtiment hospitalier. L'établissement en question devait être assez vétuste puisqu'une commission de sécurité avait recommandé en 1983, l'encloisonnement des escaliers, afin d'éviter la communication d'incendie. Les travaux n'ayant pas été exécutés, le condamné soutenait pour éviter de devoir réparer l'entier dommage, que cette négligence fautive était de nature à imputer une partie du dommage à l'Etat français.

La cour d'appel de Lyon, avait ordonné la réparation de la totalité du dommage par le prévenu aux motifs que si le défaut d'enclousonnement des escaliers a aggravé les conséquences dommageables de l'incendie, il ne peut être imputé à faute que s'il constitue un manquement à une obligation préexistante. Or en l'espèce, aucune injonction du maire n'avait imposé les travaux nécessaires.

Le pourvoi soutenait pour l'essentiel qu'il résulte des articles R. 123-3, R. 123-2, R. 123-12, R. 123-43 et R. 123-55 du code de la construction et de l'habitation que les établissements recevant du public doivent se conformer spontanément au règlement de sécurité.

La Cour de cassation, rejette le pourvoi en se situant sur un tout autre terrain : la négligence de la victime ne peut justifier un partage de responsabilité civile en cas d'infraction intentionnelle contre les biens.

Cet arrêt présente un double intérêt, car il adopte un régime d'indemnisation intégrale propre aux atteintes aux biens, et par ailleurs, fonde sa position sur un aspect moral.

a) Dans le droit commun de l'indemnisation des victimes d'infractions pénales, il est admis que si la faute de la victime est à l'origine d'une part des dommages subis, elle en supportera les conséquences.

Il ne s'agit que de l'application des règles de la responsabilité civile appliquées comme il se doit à l'action civile exercée devant les tribunaux répressifs.

Pour ce qui concerne les infractions contre les personnes et spécialement les coups et blessures volontaires, la jurisprudence n'avait accepté à une époque le partage de responsabilité que si un fait de provocation était relevé à l'égard de la victime (Crim. 21 juin 1973, *Bull. crim.* n° 293, p. 691 ; *D.* 1974.25, note Doll). Par la suite, elle admit que l'absence de toute excuse de provocation n'interdit pas nécessairement au juge de laisser à la victime de coups et blessures volontaires une part de responsabilité (Crim. 16 oct. 1975, *D.* 1976.2, note P.F.M. ; Crim. 4 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 372, p. 989).

En revanche, lorsqu'il s'agit d'infractions contre les biens, par cet arrêt du 16 mai 1991, la Chambre criminelle affirme le principe de la réparation intégrale sans incidence de la faute de négligence de la victime, même quand il est certain qu'il en est résulté une aggravation des dommages.

Comment justifier ce régime de faveur ? La raison ne peut être trouvée dans le caractère volontaire de l'infraction puisqu'en matière d'infractions volontaires contre les personnes la solution est inverse.

Ce n'est donc que dans le rôle passif de la chose détruite que l'on peut trouver une explication. Etant donné que l'on ne peut attribuer à une chose un comportement susceptible d'avoir entraîné l'acte volontaire de destruction, ce rôle passif serait de nature à justifier la réparation intégrale.

b) L'arrêt mérite d'être signalé à un autre titre, car la Chambre criminelle — une fois n'est pas usage — sort de ses limites traditionnelles, en considérant que le délinquant ne peut bénéficier « fût-ce moralement de l'infraction ». Car tel serait le cas si un partage de responsabilité était admis. Cette référence à un bénéfice « moral » en cas de partage de responsabilité civile est, à notre connaissance, nouvelle dans la règle de l'économie des moyens et des mots de la Chambre criminelle.

VIII. — INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT SOCIAL

Christine LAZERGES

Professeur à l'Université de Montpellier I

Directeur de l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.)

1. Délit d'obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un contrôleur du travail. Article L. 631-1 du code du travail

Régulièrement la Cour de cassation ajoute une pierre à l'édifice « délit d'obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail ». Tel fut le cas le 4 juin 1991 dans un arrêt de rejet. L'employeur, condamné par la cour d'appel de Rennes en décembre 1989, avait tenté de démontrer devant la Chambre criminelle la non-constitution de l'élément légal du délit de l'article L. 631-1 du code du travail.

Un contrôleur des lois sociales en agriculture n'avait pas pu se faire présenter par l'employeur en question, les disques de contrôle des véhicules poids lourds utilisés dans les entreprises de travaux agricoles ainsi que des « fiches navettes » considérées comme établies pour le seul usage interne de l'entreprise. Toute l'argumentation du chef d'entreprise reposait en effet sur le caractère interne à son avis des documents qu'on lui demandait de fournir et sur l'absence de précision dans la décision d'appel sur les dispositions législatives et réglementaires imposant la présentation de tels documents. Sans doute, s'appuyait-il implicitement pour soutenir son moyen sur de vieilles décisions comme celle de la cour de Lyon du 1^{er} juillet 1977 (*Cah. prud'h.* 1978, 4/63) affirmant que ne constitue pas le délit d'obstacle le refus de communiquer les fiches de pointage du personnel.

Pour la Cour suprême l'élément légal du délit d'obstacle, en l'espèce, est constitué sans aucun doute, compte tenu des dispositions de l'article L. 611-9 alinéa 2 du code du travail : « les chefs d'établissement doivent, tenir à la disposition de l'inspecteur du travail et pendant une durée d'un an, y compris dans le cas d'horaires individualisés, le ou les documents existant dans l'établissement qui lui permettent de comptabiliser les heures de travail effectuées par chaque salarié ». Les fiches, états et disques en cause constituaient, sans laxisme dans l'interprétation du principe de l'interprétation stricte des textes incriminateurs, des documents de l'établissement de nature à permettre de comptabiliser les heures de travail de chacun, comme le prévoit l'article L. 611-9 du code du travail. La constitution de l'élément moral de l'infraction n'est pas mise en cause ici par l'employeur condamné, dont on ne pouvait contester qu'il ait personnellement mis obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un contrôleur du travail.

Félicitons-nous de ce que des décisions de ce type confortent l'idée d'une justice garante avec l'administration d'une transparence dans le fonctionnement interne des entreprises petites ou grandes.

2. Responsabilité pénale du fait d'autrui du chef d'entreprise

Infraction aux articles 3 et 3 bis de l'ordonnance n° 58-1310 du 23 décembre 1958.

Le pédagogue, chargé d'expliquer à ses étudiants les formes et les mécanismes de la participation criminelle, hésite à intégrer dans son propos un développement sur un nouveau mode de participation à l'infraction aux côtés de la complicité et de la coac-

tion, fondé sur une faute d'un type particulier : la faute du décideur. En d'autres termes, est-ce ou n'est-ce pas une forme de participation criminelle à proprement parler que celle de l'homme ou de la femme aux côtés de l'auteur matériel et de l'instigateur qui : « par omission volontaire ou incurie, laisse enfreindre par une personne placée sous son autorité les prescriptions légales ou réglementaires pénalement sanctionnées dont la charge d'assurer le respect lui est personnellement imposée » ? Ainsi était formulé l'article 30 § 2 de l'Avant-projet dit définitif de code pénal de 1978.

Dans sa version 1983, l'Avant-projet de code pénal Badinter dans son article 25 § 2 disposait qu'est auteur celui qui : « laisse commettre par une personne placée sous son autorité l'acte incriminé lorsque cet acte consiste en la violation de prescriptions qu'il avait personnellement ou par délégation, l'obligation légale de faire respecter ».

Bien que ce texte ait été abandonné dans le projet de code pénal tel qu'il a été soumis au Parlement, la question de la responsabilité pénale du chef d'entreprise du fait d'autrui reste posée, la jurisprudence est abondante sur le sujet, preuve en est cet arrêt récent de la Chambre criminelle du 4 juin 1991.

En l'espèce, Daniel Nicolas, dirigeant de la Société de transport « Frans Services Nicolas » a vu son pourvoi en cassation rejeté, contre l'arrêt de la cour d'appel de Riom qui l'avait condamné, quelques mois plus tôt, à une peine d'emprisonnement avec sursis et à une amende pour emploi irrégulier d'un chronotachygraphe. L'affaire est particulièrement intéressante dans la mesure où le chauffeur du camion dont le contrologue était bridé, par une attestation revendiquait sa responsabilité personnelle et exclusive de l'infraction.

Pour la cour d'appel, il ne faisait pas de doute que le chauffeur était l'auteur direct de l'infraction et que sa responsabilité devait être engagée, il ne faisait pas de doute non plus que la responsabilité du chef d'entreprise devait être engagée aussi de par son obligation générale de direction et de surveillance. « Daniel Nicolas n'a nullement infligé de sanction à l'encontre du chauffeur qui aurait prétendument enfreint ses ordres, tous ces faits établissent que le prévenu ne s'est pas assuré, comme il en avait l'obligation, du respect par ses salariés de la réglementation applicable en la matière ».

La Chambre criminelle rejette le pourvoi en affirmant à son tour que le commettant a bien laissé contrevenir par une personne relevant de son autorité ou son contrôle aux articles 1, 3 et 3 *bis* de l'ordonnance du 23 décembre 1958.

L'occasion est donnée de s'interroger sur la spécificité ou la non spécificité de la responsabilité pénale du fait d'autrui cumulée avec celle d'autrui, auteur lui-même.

Pour le décideur, la singularité de la situation résulte d'une scission des éléments constitutifs de l'infraction qui semble exclure *a priori* le cumul de sa responsabilité pénale avec celle de l'auteur matériel.

Il s'agirait là d'une conception trop rigide et trop mathématique de la réalité observe Mireille Delmas-Marty (*Droit pénal des affaires*, 3^e éd. refondue, 1990, t. 1, p. 99) car « s'il est bon que le simple exécutant ne serve pas de bouc émissaire, une judicieuse prévention implique aussi qu'il demeure néanmoins responsable de ce qu'il fait et que ses fautes personnelles graves ne soient pas systématiquement couvertes par la hiérarchie ».

Raisonné est en effet, la solution, fort ancienne, de la Cour de cassation (Crim. 27 janv. 1859), qui consiste à admettre, sauf lorsque l'imputation de la responsabilité vise explicitement le dirigeant et de façon exclusive, la participation criminelle conjointe du décideur et de son salarié, c'est-à-dire le cumul de deux responsabilités.

La responsabilité pénale du fait d'autrui dans l'hypothèse du cumul de responsabilités perd du même coup largement sa spécificité, elle n'apparaît plus comme le font observer des auteurs de plus en plus nombreux, qu'une variante de la responsabilité individuelle dont les fondements sont fort intéressants, n'entraînant pas rupture avec le principe de

la personnalité des peines et ne méritant pas un texte particulier dans un code pénal rénové.

Ce propos peut-il être étendu aux hypothèses nombreuses où la responsabilité pénale du fait d'autrui exclut celle d'autrui ? L'arrêt du 4 juin 1991 où le cumul de responsabilités n'était pas contesté n'invite pas à répondre à cette autre question, laissée pour l'heure en suspens.

IX. — INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Jacques FRANCILLON

Professeur à la Faculté de droit Jean Monnet (université Paris XI)

Infractions relevant du droit de l'informatique. Exploitation clandestine d'un autocommutateur téléphonique

Les techniques d'espionnage font partie de l'arsenal des mesures utiles aux entreprises, non seulement pour résister à la concurrence, voire pour en fausser délibérément le jeu, mais aussi pour se prémunir contre des indécitesses. Ainsi l'installation d'un autocommutateur téléphonique à la place d'un standard traditionnel présente-t-il, entre autres avantages, celui de contrôler les déplacements et la sécurité dans les locaux ; il offre, de surcroît, la possibilité de relever, par des procédés électroniques, les numéros de téléphone et les services accessibles par minitel appelés de chaque poste, ainsi que la durée des communications et leur coût. L'employeur peut ainsi obtenir la preuve que des employés utilisent le téléphone de l'entreprise pour leurs communications personnelles. Il peut également évaluer de manière précise le montant du préjudice subi, qui est loin d'être négligeable s'agissant de cette forme contemporaine de « fauche » sur les lieux du travail. Mais l'introduction de nouvelles technologies de ce type dans l'entreprise n'est pas sans risque : pour le personnel d'abord, car l'on peut craindre que des atteintes ne soient portées à la vie privée ou aux libertés ; pour l'employeur ensuite, qui s'expose à des poursuites pénales s'il exploite clandestinement de tels systèmes. Le cas s'est présenté à propos d'un salarié qui avait été licencié pour avoir occupé une importante partie de ses heures de travail à des activités extra-professionnelles. La 17^e chambre du tribunal correctionnel de Paris avait été saisie de l'affaire. Son jugement, rendu le 6 juillet 1988 (*Cahiers Lamy, Droit de l'informatique*, supplément au n° 2, avr. 1989, *mise à jour B*, p. 23, et obs. Frayssinet, *Ibid.* p. 18 et 19), a été cassé à la suite d'un pourvoi formé dans le seul intérêt de la loi par un arrêt de la Chambre criminelle du 23 mai 1991 (arrêt *Baranes*, *Bull. crim.* n° 218, *Gaz. Pal.* 27-28 oct. 1991, p. 11, obs. Doucet, et 31 janv.-1^{er} févr. 1992, p. 41, note Morin, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique* n° 30, oct. 1991, *mise à jour G*, p. 6 ; *Droit pénal*, déc. 1991, n° 325, obs. J.-H. Robert, *Expertises*, 1991.349, obs. Frayssinet).

I. — LICÉITÉ DE LA SURVEILLANCE DES APPELS

Bien que ni le tribunal ni la Cour de cassation n'aient eu à se prononcer sur cette question, les faits relevés en l'espèce conduisent à s'interroger au préalable sur le point de savoir si la technique d'espionnage utilisée en l'espèce était licite. Les juges du premier degré n'avaient-ils pas constaté que la mise en place de l'autocommutateur s'était faite à l'insu du comité d'entreprise ? Il semble bien en effet que l'employeur ait voulu faire jouer l'effet de surprise. La sournoiserie d'une telle attitude était-elle vraiment indispensable ? Il eût été probablement aussi efficace de jouer franc-jeu avec le personnel et de l'avertir que l'utilisation du téléphone à titre privé serait désormais contrôlée. Toujours est-il que, dans une affaire déjà ancienne, des poursuites avaient été engagées sur le fondement de l'article 368 du code pénal et avaient abouti à la condamnation du directeur d'un foyer de jeunes travailleurs qui avait fait installer un dispositif de

contrôle permettant d'intercepter toutes les communications du centre (T. corr. Montbéliard, 1^{er} déc. 1978, *JCP* 1979.II.19248, note Lindon, confirmé par Besançon, 13 déc. 1979, *JCP* 1980.II.19449, note Bécourt). Quoique l'exploitation de ce dispositif présentât un caractère clandestin et impliquât le risque de saisir des conversations touchant l'intimité de la vie privée du personnel et des résidents, la Chambre criminelle avait cassé l'arrêt d'appel, mais sans véritablement trancher les questions controversées en doctrine (Crim. 27 janv. 1981, *JCP* 1982.II.19742, note Bécourt, cette *Revue* 1982.353, obs. Levasseur).

La présente espèce concerne cependant une situation de nature différente. En effet, s'il permet notamment de relever le numéro de l'abonné appelé, un autocommutateur téléphonique n'a pas pour fonction d'écouter ou d'enregistrer le contenu des conversations échangées sur la ligne. Il en résulte qu'à la différence de l'affaire rappelée ci-dessus, il manque l'un des éléments constitutifs du délit de l'article 368. C'est d'ailleurs ce qu'a explicitement admis la Chambre criminelle dans une hypothèse où la victime de persécutions téléphoniques avait voulu se ménager une preuve en faisant poser un appareil destiné à enregistrer le numéro de l'abonné appelant en vue de l'identifier (Crim. 16 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 25, *JCP* 1974.II.17731, note Lindon). Les arrêts distinguant d'ailleurs nettement selon que le procédé technique utilisé a eu pour but et pour résultat d'intercepter des communications téléphoniques — acte illicite s'il est accompli dans les conditions prévues par l'article 368 — ou seulement d'identifier l'auteur des appels — preuve licite — (V. Crim. 4 janv. 1974, *D.* 1974.Somm.10, et les arrêts cités en note).

Notons au passage que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) fait, elle aussi, nettement la différence entre la surveillance et l'enregistrement téléphoniques. Dans son 11^e rapport d'activité (La documentation française, Paris, 1991, p. 43), où elle s'interroge sur les nouvelles méthodes de contrôle dans le milieu du travail telles que les techniques de surveillance par autocommutateurs, elle souligne qu'elle n'a pas compétence pour autoriser ou interdire les pratiques d'écoute et d'enregistrement de conversations échangées par téléphone, les informations recueillies n'étant ni enregistrées, ni conservées sur support informatique. Elle estime toutefois que certaines des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés — les articles 25, 27, 34, et suivants et 45 concernant la collecte de données nominatives et leur conservation dans des fichiers non automatisés — pourraient trouver à s'appliquer, de sorte que l'employeur aurait alors l'obligation d'informer le personnel des enregistrements effectués et les salariés mis en cause la faculté de demander à les entendre. Il est vrai que l'absence de contentieux judiciaire sur ces points particuliers ne permet pas de déterminer avec précision l'étendue d'une telle obligation et la sanction de son inobservation.

II. — CLANDESTINITÉ DE L'EXPLOITATION DU SYSTÈME

C'est précisément sur le terrain de la loi du 6 janvier 1978 que l'employé s'était placé pour se venger de son licenciement. Dans une réclamation qu'il avait adressée à la CNIL, il avait fait valoir qu'en exploitant l'installation litigieuse, l'entreprise avait procédé à un traitement automatisé d'informations nominatives au sens de l'article 5, et qu'en ne déclarant pas ce traitement à la Commission, elle s'était mise en infraction avec les articles 16 et 41 de cette loi. Bien que l'employeur ait prétendu qu'il ignorait que le texte s'appliquât à un tel appareil et qu'il ait cru avoir régularisé sa situation par la suite, ce point n'était pas vraiment contesté. En effet, l'article 4 de la loi considère comme étant nominatives les informations qui permettent d'identifier les individus qu'elles concernent, « sous quelque forme que ce soit, directement ou non ». La notion retenue est suffisamment large (en ce sens Gassin, *Rép. pén. Dalloz v° Informatique et Libertés*, 1987, n° 26 et s; rapp. art. 2-a) Convention européenne du 28 janv. 1981, *JO* 20 nov. 1981, utilisant l'expression « données à caractère personnel » reconnue en général

comme équivalente à la précédente) pour inclure les données se rattachant, comme en l'espèce, à chacun des postes contrôlés et, donc, à l'activité — professionnelle ou non — de leurs titulaires respectifs. Quant à l'article 5 de la loi, qui décrit les opérations dont l'ensemble constitue un traitement, son application ne faisait non plus aucun doute, l'autocommutateur téléphonique ayant eu pour fonction de collecter, d'enregistrer et de conserver de telles données ; en outre, un fichier permettant d'exploiter les informations ainsi obtenues sous forme de rapprochements et de consultations avait certainement dû être constitué. Dans ces conditions, on peut s'étonner que les lettres de mise en demeure adressées par la Commission à la société pour lui rappeler ses obligations légales soient restées sans réponse pendant plusieurs mois. L'employeur s'exposait d'ailleurs d'autant plus à des poursuites pénales que la CNIL avait publié une recommandation où elle estimait, sans la moindre réserve, que les autocommutateurs téléphoniques entraient dans le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978, et où elle précisait les mesures à prendre pour garantir le respect des libertés sur les lieux du travail (Recomm. n° 84-31 du 18 sept. 1984, *JO* 11 janv. 1985 ; rapp. sur l'information du personnel concernant la gestion des communications téléphoniques par autocommutateur, Délib. n° 90-02 du 9 janv. 1990, 11^e rap. d'activité préc. p. 301). Ces poursuites étaient déclenchées après que le ministère public eût reçu une plainte du salarié licencié et recueilli l'avis du président de la CNIL. Mais, plus de trois ans s'étant écoulés depuis l'installation du nouveau système dans l'entreprise, le tribunal de Paris déclarait l'action prescrite. C'est sur ce dernier point que la cassation est intervenue.

Le tribunal, considérant que le délit s'était trouvé accompli par la réunion de tous ses éléments constitutifs dès la mise en place de l'appareil, retenait la première qualification. Il se fondait sur ce que l'article 16 de la loi, auquel renvoie l'article 41, exige une déclaration « préalablement à (la) mise en oeuvre » des traitements. C'est au contraire en faveur de la seconde qualification que s'est prononcée la Chambre criminelle. Les juges du fond se sont vus reprocher d'avoir admis que cette infraction n'était constituée que par le défaut de déclaration préalable. Or, selon la Cour, elle impliquait, en outre, l'accomplissement d'opérations matérielles de traitement. L'article 41 réprime, en effet, le fait d'avoir « procédé ou fait procéder » sans déclaration à la CNIL à l'un des traitements visés par la loi. Les Hauts magistrats en ont déduit que le délit était « commis aussi longtemps » que ces opérations se poursuivaient en l'absence d'une telle déclaration.

Cette décision, qui a l'allure d'un arrêt de principe (Doucet, obs. préc. p. 12), est intéressante à plus d'un titre.

1. Structure de l'incrimination

a) La Chambre criminelle considère d'abord le délit de l'article 41 non comme une infraction d'omission mais comme un délit de commission. Cette solution est parfaitement justifiée au regard de la lettre de la loi, puisque cet article exige, pour caractériser la matérialité du délit, l'accomplissement d'actes positifs permettant de mettre en oeuvre un traitement automatisé d'informations nominatives.

En retenant l'absence de déclaration comme seul élément constitutif du délit, le tribunal avait au contraire analysé celui-ci comme une infraction d'omission. La difficulté relative à la détermination du point de départ du délai de prescription n'était pas simplifiée pour autant : l'inexécution de l'obligation légale de déclaration ne persistait-elle pas aussi longtemps que cette déclaration n'avait pas été faite ? Et la volonté coupable du prévenu ne s'était-elle pas renouvelée après chaque mise en demeure de la CNIL tendant à faire cesser l'irrégularité dénoncée ? L'infraction pouvait donc bien encore être regardée comme continue.

Aussi le prévenu, suivi par le tribunal, avait-il proposé de déduire le caractère instantané du délit du fait qu'une fois le système de traitement mis en oeuvre, l'omission de

déclaration préalable n'était plus réparable par une déclaration ultérieure. Mais cette argumentation était fragile : le prévenu n'en conservait pas moins le pouvoir de faire disparaître, pour l'avenir, le caractère délictueux de sa situation en régularisant celle-ci ; surtout, sur le plan juridique, l'indifférence au repentir actif ne préjuge en rien du caractère instantané ou successif du délit, qu'il soit de commission ou d'omission. Certes, la Chambre criminelle a retenu la première qualification pour le défaut de vaccination obligatoire sans contre-indication (Crim. 23 juin 1955, *Bull. crim.* n° 324, *D.* 1955.553, cette *Revue* 1956.103, obs. Légal), ou pour l'absence de déclaration de mutation du gérant d'un débit de boissons, ce dernier délit se prescrivant donc à compter du jour de la mutation non déclarée (Crim. 14 mars 1974, *Bull. crim.* n° 113 ; Crim. 4 févr. 1981, *Ibid.* n° 143). Mais, dans d'autres hypothèses, comme l'ouverture illicite d'un débit de boissons (art. L. 31 c. débits de boissons), elle a retenu la seconde (Crim. 30 déc. 1920, *Bull. crim.* n° 511 ; Crim. 23 janv. 1979, *Ibid.* n° 30, *D.* 1979.IR.216, obs. Puech). En vérité, dans la présente espèce, c'est plus qu'une simple omission qui était reprochée au prévenu puisque ce dernier, en installant l'autocommutateur sans l'avoir préalablement déclaré à la CNIL, avait à tout le moins créé un traitement clandestin d'informations nominatives. Pouvait-on pour autant considérer ce délit comme continu ?

La doctrine semblait le penser avant l'arrêt ici commenté (Gassin, *op. cit.* n° 310 et s., spéc. n° 311 et 324 ; Frayssinet, obs. préc. et *J.-Cl. Droit pénal, Annexe, v° Informatique, Fichiers et Libertés*, fasc. 30, 1990, n° 49 et 50). Les termes de l'article 16 (« mise en oeuvre ») et de l'article 41 (« procéder ou faire procéder », c'est à dire, pour M. Gassin, « pratiquer une opération ») impliqueraient, selon les auteurs, la continuité du délit. L'incrimination prévue par cette dernière disposition aurait ainsi pour objet non de sanctionner le seul fait de ne pas avoir accompli les formalités légales, mais également celui d'avoir procédé ou fait procéder (« à tout moment », d'après M. Frayssinet) à un traitement non déclaré, donc illégal.

C'est, en définitive, dans l'idée que la création d'un système de traitement clandestin est inséparable de son exploitation proprement dite qu'il faut rechercher la véritable justification de la nature continue du délit de l'article 41. En effet, dans la présente espèce, il est hors de doute qu'à partir du moment où l'autocommutateur téléphonique était installé, cette installation n'avait de sens qu'en raison précisément de l'exploitation qui allait en être faite. La situation était comparable, *mutatis mutandis*, à celle de l'ouverture non déclarée d'un débit de boissons au sens de l'article L. 31 précité ; or, on sait que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître à cette infraction les caractères d'un délit successif, l'ouverture du fonds créé étant « liée indissolublement à l'exploitation » (Vitu, cette *Revue* 1974.865 et 1982.344). Dans ces conditions, il n'est nullement besoin de recourir à l'idée suivant laquelle, une fois le système litigieux mis en place, le délit de commission instantané se transformerait en un délit d'omission continu (l'entreprise disposant du pouvoir de mettre fin à la clandestinité du traitement et s'abstenant néanmoins de le faire). Cet artifice, incompatible avec le principe de la légalité criminelle (V. Légal, cette *Revue* 1972.379), serait de surcroît inutile, le caractère continu du délit pouvant être déduit de l'accomplissement d'opérations matérielles de traitement pendant toute la durée d'exploitation du système. Tel avait bien été le cas en l'espèce.

b) Cet arrêt fournit ainsi une illustration de la tendance jurisprudentielle à élargir les possibilités de répression en la matière. Conforme au souci du législateur et, aujourd'hui, de la CNIL, de renforcer l'efficacité de la protection des personnes contre les abus de l'informatique (V. 11^e rap. d'activité précité, spécialement 1^{re} partie : « Une CNIL toujours plus présente »), il est à situer dans le prolongement d'une précédente décision de la Chambre criminelle rendue, elle aussi, sur un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, ce qui en renforçait apparemment l'autorité. A cette occasion, la Haute juridiction s'était vue reprocher, outre l'absence de motivation de son arrêt — difficilement acceptable, en effet, s'agissant de trancher des questions de principe

controversées en doctrine —, le fait d'avoir « écouté le chant des sirènes qui plaident en faveur d'une interprétation extensive des dispositions pénales de la loi informatique et libertés et créé... un nouveau cas exemplaire de dérive du droit pénal technique » (Gassin, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique*, avr. 1988, *Etudes-Commentaires B.* p. 2 et s. spéc. n° 12 ; *adde Cahiers Lamy, Droit de l'informatique. Supplément au n° 5*, août 1989, E. spéc. p. 10 et 11 à propos de l'extension de l'article 42 aux fichiers non automatisés. Comp. C. d'Haillecourt, *Droit pénal technique et droit pénal*, thèse, Paris 2, 1983, spéc. p. 399 et s. sur l'analyse de l'élément moral des infractions sanctionnant le non-respect d'une réglementation technique). D'une manière assez surprenante, la discussion était même montée d'un ton en doctrine lorsque « pénalistes » et « administrativistes » en étaient venus à confronter leurs méthodes de raisonnement (cette passion mise au service du droit est somme toute réconfortante).

Quoi qu'il en soit, dans son arrêt *Riou* du 3 décembre 1987, la Chambre criminelle avait analysé la mise en oeuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives sans déclaration préalable comme une infraction « purement » matérielle (*Bull. crim.* n° 381, cette *Revue* 1988.295, obs. Delmas Saint-Hilaire, *D.* 1988.17, note Maisl, *JCP* 1988.I.3323, chron. Frayssinet, *Gaz. Pal.* 1988.1.339, note Doucet, *Expertises* 1987.444, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique*, 1987, *mise à jour I*, p. 3 et s.). Les juges du fond l'avaient au contraire regardée comme intentionnel (T. corr. Nantes, 16 déc. 1985, *JCP* 1986.éd.E.I.15791, obs. Vivant et Lucas ; *D.* 1986.471, note Frayssinet, *Expertises* 1986.40, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique*, 1986, *mise à jour B*, p. 7 et s. ; Rennes, 29 janv. 1986, *JCP* 1987.éd.E.I.16607, obs. Vivant et Lucas, *D.* 1987.Somm.377, *Expertises* 1987.41, note Frayssinet, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique*, 1986, *mise à jour B*, p. 7 et s., *Rev. dr. informatique et télécommunications*, 1987.1.66 et s., obs. I. de Lamberterie ; *contra* T. corr. Versailles, 23 sept. 1986, *Expertises* 1987.64, obs. Frayssinet). Quant à la doctrine, une partie d'entre elle considère que les expressions « procéder à » et « faire procéder à » contenues dans la loi paraissent impliquer l'accomplissement d'un acte de volonté délibérée, incompatible avec le concept de faute contraventionnelle (Gassin, article préc. n° 52, 2° ; *adde* pour d'autres arguments en ce sens : Vivant et Le Stanc, *Lamy Droit de l'informatique*, éd. 1991, n° 3310 ; Cahen et Bensoussan, *Le droit de l'informatique*, *Gaz. Pal.* 1981.1.Doctr.183 ; *contra* Frayssinet et Maisl, *op. cit. loc. cit.*). Or, dans l'arrêt *Baranes*, la Chambre criminelle semble avoir retenu une qualification impliquant, selon la formulation habituelle des auteurs, que la perpétration de l'infraction ait été provoquée par des actes de volonté réitérés, par un renouvellement constant de la volonté coupable après l'acte (V. déjà en ce sens Ortolan, *Eléments de droit pénal*, I, n° 740 et s. et Garraud, *Traité*, I, p. 245, à propos de la distinction des infractions dites permanentes et des infractions successives). Aussi peut-on se demander si le choix initial en faveur de la qualification de délit matériel n'imposait pas de considérer la situation infractionnelle comme définitivement cristallisée, dans sa matérialité, par l'accomplissement du premier acte caractéristique d'un traitement clandestin de données nominatives, à savoir, en l'espèce, l'installation sans déclaration préalable de l'appareil procédant à ce traitement. Mais, inversement, il est possible de soutenir que la violation de l'obligation légale de déclaration se produit autant de fois qu'il est procédé à une opération de traitement, par hypothèse clandestine, et que l'on se trouve alors dans une situation de concours matériel d'infractions, voire d'infraction continuée au sens où la doctrine la plus classique entend cette expression (V. plus particulièrement Tsarpalas, *Le moment et la durée des infractions pénales*, thèse, 1967, p. 260 et s. et les auteurs cités). De fait, les termes « délit continu » ne figurent pas dans l'arrêt ; tout au plus, ainsi que nous l'avons déjà observé, la Chambre criminelle admet-elle que le délit est commis « aussi longtemps » qu'il est procédé à des opérations de traitement sans déclaration préalable, ce qui pourrait signifier que l'infraction, quand bien même elle demeurerait instantanée, ne serait pas moins répétée à chaque opération. C'est d'ailleurs cette dernière conception qui a été retenue par la 17^e chambre du tribunal correctionnel de Paris pour écarter l'application d'une loi d'amnistie à des infractions commises après la

date visée par cette loi (5 févr. 1990, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique*, 1990, mise à jour F, n° 1-383 et 1-398, *JCP* 1990.éd.E.II.15920, obs. Lucas et Vivant, n° 10 jugement rendu à propos de la non déclaration d'un traitement automatisé de statistiques journalières concernant le rendement d'opératrices téléphoniques. *Adde Lamy Droit de l'informatique*, éd. 1991, n° 1987 ; *J.-Cl. Droit pénal Annexe*, fasc. 30, n° 50).

L'arrêt *Baranes* trouve ainsi sa place dans un « labyrinthe » de décisions qui, à défaut de « briller par la cohérence », ainsi que le souligne un auteur (Jeandidier, *Droit pénal général*, Précis Domat, 2^e éd. 1991, n° 237, p. 264), illustrent le pragmatisme de la Chambre criminelle. La jurisprudence, aujourd'hui classique, qui étire la prescription de certaines infractions instantanées en raison de la facilité avec laquelle leurs auteurs peuvent les dissimuler, pourrait aisément trouver à s'appliquer ici, sans d'ailleurs que l'on ait à solliciter abusivement les textes. N'a-t-on pas écrit que l'avenir appartenait à la continuité plus qu'à l'instantanéité (Larguier, cette *Revue*, 1982.338) ? Le dispositif légal de protection des libertés et du secret de la vie privée s'inscrit désormais dans cette perspective. Une orientation différente aurait eu pour résultat de ruiner l'efficacité d'un tel dispositif : autorisés à agir dans la clandestinité au delà du délai de prescription, les maîtres des systèmes de traitement auraient pu continuer à priver les bénéficiaires de cette protection de leurs droits fondamentaux, en particulier celui d'avoir accès aux informations nominatives qui les concernent. Cette dernière conséquence eût été inacceptable, car elle eût détruit toute l'économie de la loi. Celle-ci repose en effet sur un équilibre rigoureux entre des droits concurrents, certes, mais étroitement dépendants les uns des autres : le droit d'exploitation d'un traitement et le droit de contrôle sur les informations traitées. Aussi est-il logique, comme l'a décidé la Chambre criminelle, de faire coïncider dans le temps l'exercice de ces droits. Est-ce à dire pour autant que les nombreuses incertitudes du texte soient dissipées ?

2. Etendue de l'incrimination

La doctrine est partagée sur la question de savoir si l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978 réprime également le fait de procéder à un traitement en l'absence de la déclaration simplifiée prévue par l'article 17. Elle est pareillement hésitante sur la question de l'extension de ce texte aux modifications du traitement qui ne sont pas portées à la connaissance de la CNIL, contrairement aux prévisions de l'article 19. Sur ce dernier point, un auteur avoue même sa perplexité et, bien qu'étant favorable ici à une interprétation extensive, souhaite une intervention législative (Gassin, *Rép. pén. Dalloz, op. cit.* n° 322). Il est permis cependant de penser que l'arrêt *Baranes* pourrait contribuer à résoudre ce type de difficultés.

Si les auteurs s'accordent à reconnaître que la loi a entendu établir une « police » de la création des fichiers automatisés, ils se séparent sur la portée qu'il convient d'attribuer à celle-ci. Certains d'entre eux estiment que les traitements soumis à déclaration simplifiée ne sont pas de ceux dont le législateur ait entendu assurer cette police, l'article 17 visant seulement les fichiers « qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés » ; dès lors, les principes d'interprétation devraient conduire, selon ces auteurs, à écarter l'application de l'article 41 aux traitements soumis à déclaration simplifiée, qui sont pourtant de beaucoup les plus fréquents en pratique (Kayser, *La protection de la vie privée, I Protection du secret de la vie privée*, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 270 ; Gassin, *Ibid.* n° 305 ; *contra* 3^e rap. de la CNIL, 15 oct. 1981-15 oct. 1982, La documentation française, 1983, p. 127 ; Vivant et Le Stanc, *Lamy Droit de l'informatique, op. cit.* n° 3309 ; Frayssinet, *J.-Cl. Pénal Annexe, op. cit.* n° 28). Or, l'arrêt du 23 mai 1991 a été rendu dans une espèce où, selon un commentateur, « la protection de la vie privée n'était pas vraiment en cause » (Doucet, *op. cit. loc. cit.*). Si l'on admet cette dernière appréciation, on conviendra qu'une orientation se dessine en jurisprudence dans le sens d'une extension de l'incrimination à tous les traitements au-

tomatisés d'informations nominatives du secteur privé et du secteur public opérés en situation irrégulière (V. déjà en ce sens : T. corr. Versailles, 23 sept. 1987, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique*, 1987, mise à jour C. p. 9 ; *Expertises* 1987, n° 92, p. 62, obs. Frayssinet. Adde T. corr. Paris, 17^e ch. 5 déc. 1991, *Cahiers Lamy, Droits de l'informatique*, 1992, mise à jour K p. 5 : extension de l'incrimination à la simple création de traitement soumis aux formalités de l'art. 15).

Il en est de même sur la délicate question de l'application de l'article 41 aux modifications non autorisées ou non déclarées du contenu des traitements. Certes, plusieurs de ces modifications sont susceptibles de caractériser l'un des délits prévus par les articles 42, 43 et 44. Tel est le cas du détournement de la finalité d'un traitement. Mais que décider pour les autres ? Consacrer une interprétation littérale de l'article 41, lequel ne renvoie pas expressément à l'article 19, mais seulement aux articles 15 et 16, serait priver le texte d'une partie de sa force dissuasive, qui n'est déjà pas si grande à l'heure actuelle, malgré le relatif accroissement des condamnations récemment constaté (V. Frayssinet, *op. cit. Expertises* 1991.349). A l'inverse, admettre une interprétation extensive de cette disposition reviendrait à assimiler les modifications affectant le contenu du traitement à l'absence d'acte réglementaire ou de déclaration préalable, ce qui serait apparemment contraire au principe d'interprétation stricte. Une voie moyenne pourrait consister à n'étendre l'incrimination qu'aux cas où la modification est si profonde qu'elle équivaut à la création d'un nouveau traitement (Rappr. l'art. 47 du Règlement intérieur de la CNIL invitant les intéressés à refaire une déclaration en la forme de l'art. 16 lorsque leur déclaration modificative fait apparaître la création d'un nouveau traitement : délib. n° 87-25 du 10 févr. 1987, *JO* 18 mars 1987). Or, on le sait, la Chambre criminelle a condamné l'interprétation de la loi visant à restreindre le délit à l'absence de déclaration préalable au sens de l'article 16, autrement dit à le réduire à la seule création d'un fichier clandestin. Il en résulte que l'incrimination couvre l'ensemble des opérations effectuées au cours de la période d'exploitation. Le but de la loi serait donc manqué si, une fois le traitement déclaré, l'exploitant pouvait, en toute impunité, en dénaturer le contenu par des modifications clandestines et tromper les personnes fichées sur les caractéristiques de ce traitement rendues publiques par l'intermédiaire de la CNIL.

De telles analyses ne sont pas incompatibles avec la lettre des textes (combinaison des articles 41 et 16 : « procéder à des traitements ... sans qu'aient été ... faites les déclarations ... préalablement à leur mise en oeuvre »). Elles sont, en outre, conformes à l'idée qui traverse toute la loi de 1978 : faire en sorte que la liberté économique des exploitants de créer des fichiers automatisés d'informations nominatives ne soit pas sans contrepartie pour les personnes fichées. Quant à l'arrêt commenté, ce n'est pas en élargir exagérément la portée que de considérer qu'il vise toutes les hypothèses où les maîtres de fichiers se sont trouvés en situation irrégulière pour avoir procédé clandestinement, sous quelque forme et à quelque moment que ce soit, à des traitements automatisés d'informations nominatives.

3. Fondement de l'incrimination

En définitive, c'est peut-être moins dans la perspective de sanctionner une responsabilité individuelle que pour assurer l'efficacité sociale des normes de protection édictées par la loi de 1978 que l'incrimination de l'article 41 a été conçue. L'interprétation jurisprudentielle de cette disposition est conforme à l'intention du législateur, qui a été de prévenir les atteintes à l'intimité personnelle en raison des dangers de l'informatique (V. Merle et Vitu, *Traité préc. Droit pénal spécial* par A. Vitu, t. 2, p. 1646 et p. 1654 et s., n° 2039 et s.). Il en résulte que l'attitude psychologique du maître du traitement n'a pas à être recherchée : les faits parlent d'eux-mêmes lorsque l'exploitation devient clandestine (Crim. 3 nov. 1987). C'est pour la même raison qu'est affirmé le caractère continu

ou continué du délit : le danger subsiste aussi longtemps que se poursuit le traitement (Crim. 23 mai 1991). Au delà de l'intérêt individuel des personnes fichées (V. l'étude menée dans le cadre du diplôme de droit de l'informatique de l'Université de Paris XI, Sceaux, *D'« Informatiques et libertés » à « Fichés et Libertés »*, *Expertises* n° 137, mars 1991, p. 97 et s., spéc. p. 100), ce sont en effet des intérêts généraux, ceux de la collectivité tout entière, que la loi a entendu protéger. L'article 1^{er} en témoigne éloquentement lorsqu'il énumère, à la manière d'un exposé des motifs, un certain nombre de valeurs jugées essentielles — l'identité humaine, les droits de l'homme, la vie privée, les libertés individuelles ou publiques. Il est clair que le fait de procéder à un traitement automatisé d'informations nominatives dans des conditions clandestines est, en soi, suffisamment dangereux au regard de ces valeurs pour que la loi pénale soit appliquée avec rigueur (risque de fichiers dits « sensibles » permettant de cibler une population donnée : familles surendettées, allocataires du revenu minimum d'insertion (RMI), militants syndicaux, juifs... mais les peines prononcées sont fort modérées : V. T. corr. Paris, 17^e ch. 7 mai et 5 juin 1991, *Expertises* 1991.316 et 397 ; 5 déc. 1991, préc.). Aussi, en incriminant la mise en danger de la vie privée et des libertés, l'article 41 est-il caractéristique des tendances du droit pénal contemporain à multiplier les infractions de prévention.

S'il paraît nécessaire, après une longue période d'« expérimentation » (V. Maisl, note préc. au *D.* 1988.19), d'« asseoir » la loi de 1978 (Lucas et Vivant, *JCP* 1990.éd.E.II. 15761, n° 20) à la lumière des enseignements qui se dégagent de la pratique de la CNIL (*Dix ans d'informatique et libertés*, Economica, 1988), nul doute que la Chambre criminelle aura apporté sa pierre à l'édifice, parfois au prix d'audaces qui lui ont été vivement reprochées (*supra* II, 1^o, b). Face à ce gigantesque outil de fichage humain qu'est l'informatique, les exigences de transparence et de pertinence des fichiers deviennent d'autant plus impérieuses que le marché des données à caractère personnel, dont l'importance économique est aujourd'hui considérable, déborde de plus en plus fréquemment les frontières des Etats (V. sur les insuffisances de la Convention préc. du 28 janv. 1981 et sur les graves lacunes du projet de directive communautaire en cours d'élaboration, l'étude du Dr Riegel in *Expertises* n° 135, janv. 1991, p. 13 et s. ; cf. toutefois, pour une application de l'art. 693 c. pr. pén. au délit de l'art. 41 : T. corr. Paris, 17^e ch. 7 mai 1991, *Expertises* n° 142, oct. 1991, p. 316 : collecte clandestine en France d'informations nominatives mises en mémoire à l'étranger et destinées à être exploitées ultérieurement en France). Aussi la perspective de l'abolition de tout contrôle intra-communautaire frontalier (Acte unique, Accord de Schengen...) devrait-elle conduire à privilégier le contrôle *a priori* et à refuser toute proposition tendant à le réduire ou, à plus forte raison, à le supprimer (V. en ce sens les suggestions du sénateur Caillavet, l'un des « pères » de la loi de 1978, *Expertises* n° 136, févr. 1991, p. 54 et 56, soulignant le caractère essentiel des formalités préalables). Quand on sait qu'en France un citoyen est fiché environ 500 fois par an, on est en droit de se demander si les 240 102 déclarations et demandes d'avis reçues par la CNIL du 6 janvier 1978 au 31 décembre 1990 (11^e rap. d'activité 1990, préc. ; *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique* n° 28, juill. 1991, mise à jour E. p. 14) sont de nature à rassurer sur l'efficacité du dispositif actuel de protection. Il faut néanmoins convenir que, face à l'essor technologique, l'enjeu est tel qu'aucune des possibilités de lutte contre les fichages clandestins ne doit être négligée.

X. — PROCÉDURE PÉNALE

André BRAUNSCHWEIG

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

1. ACTION CIVILE. Prévenu relaxé. Appel de la partie civile

Un groupement, sous forme d'association, ayant pour but l'amélioration de la retraite et de l'épargne, a porté plainte avec constitution de partie civile contre Robert L. et Jean-Jacques J. pour injures publiques. Le tribunal correctionnel ayant relaxé les deux prévenus des fins de la poursuite et débouté la partie civile de sa constitution, celle-ci a interjeté appel de ce jugement, mais la cour d'appel a déclaré ce recours irrecevable.

Après avoir dit en effet, que selon l'article 497, 3°, du code de procédure pénale, la faculté d'appeler appartient à la partie civile quant à ses intérêts civils seulement, et que l'association n'a donc pas qualité pour critiquer, en l'absence d'appel du ministère public, les dispositions pénales du jugement, les juges du second degré ont déclaré que le caractère définitif s'attachant à la décision pénale rend irrecevable la constitution de partie civile du groupement.

Cet arrêt a été cassé le 18 juin 1991 (*Bull. crim.* n° 262) par la Chambre criminelle qui rappelle que lorsqu'il est interjeté appel d'un jugement de relaxe par la partie civile seule, les juges d'appel sont saisis de l'affaire en ce qui concerne l'action civile, mais que s'ils ne peuvent prononcer une peine, la décision des premiers juges ayant acquis, au regard de l'action publique, force de chose jugée, ils ne sont pas moins tenus d'apprécier les faits et de les qualifier pour vérifier leur compétence et pour condamner, s'il y a lieu, le prévenu relaxé à des dommages-intérêts envers la partie civile. La Cour de cassation estime en conséquence, qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la déclaration d'appel visait expressément les dispositions concernant l'action civile, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du principe rappelé.

2. PREUVE. Témoignage des enfants dans une procédure de divorce. Article 205 du code de procédure civile. Application en matière pénale

Au cours d'une instance en divorce, Mme X. a porté plainte contre les auteurs de diverses attestations qu'elle prétendait mensongères et contre son mari qui les avait produites devant la juridiction civile. Une information ayant été ouverte sur ces faits, les enfants du couple ont été entendus par des officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire et ont déposé sur la réalité des griefs formulés par leur père contre la mère et faisant l'objet des attestations incriminées.

Prévenu d'usage d'attestations mensongères, le sieur X. a déposé devant la cour d'appel des conclusions se fondant sur les dispositions de l'article 205, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile selon lesquelles « les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de biens », mais ces conclusions ont été rejetées par les juges qui ont estimé « que les témoignages des enfants du couple en faveur de leur mère sont parfaitement recevables dans le cadre de la procédure pénale distincte de la procédure de divorce et que l'article précité n'est applicable qu'à cette dernière procédure ».

La Chambre criminelle, statuant le 4 février 1991 (*Bull. crim.* n° 57) sur le pourvoi formé par X., a cassé cet arrêt après avoir déclaré qu'aux termes de l'article 427 du code de procédure pénale, la preuve est libre en matière répressive hors les cas où la loi en dispose autrement, qu'il en est ainsi de l'interdiction énoncée à l'article 205 du nouveau code de procédure civile, car cette prohibition « n'est que l'expression d'un principe fondamental inspiré par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille, dont l'application ne saurait être limitée à la procédure civile ».

En conséquence, la Cour de cassation, relevant qu'en l'espèce les descendants entendus en témoignage n'étaient pas personnellement victimes des faits sur lesquels ils déposaient, a estimé que la cour d'appel a fondé sa conviction sur des éléments de preuve procédant de l'inobservation de la règle de droit sus-énoncée.

Cette décision d'ailleurs, est absolument conforme à celle que la Chambre criminelle a rendue le 5 février 1980 (*Bull. crim.* n° 47) dans un cas identique mais posé au niveau d'une chambre d'accusation appelée à statuer sur une requête en annulation d'actes de la procédure. Employant la même motivation cet arrêt disait déjà qu'il s'agissait d'une règle fondamentale qui ne saurait être tournée par le recours à une poursuite pénale. Une telle interprétation ne peut qu'être approuvée.

3. CHAMBRE D'ACCUSATION

1) Dossier complet déposé au greffe. Commission rogatoire en cours d'exécution

Inculpé d'infraction à la législation sur les stupéfiants H. s'est pourvu contre l'arrêt de la chambre d'accusation qui a confirmé l'ordonnance du juge d'instruction prolongeant sa détention. Devant la juridiction d'appel il a soutenu que le dossier de la procédure déposé au greffe et mis à la disposition de son conseil n'était pas complet car il ne contenait pas la copie du mandement d'une commission rogatoire en cours d'exécution. La chambre d'accusation a rejeté cette prétention en énonçant qu'une telle pièce « n'avait pas à être versée en l'état au dossier et que dès son retour l'original ou la copie et pièces annexées seraient jointes et cotées au fur et à mesure de leur réception ».

Statuant le 12 mars 1991 (*Bull. crim.* n° 122) la Chambre criminelle a estimé que les juges ont fait l'exacte application de l'article 197 du code de procédure pénale, aucune disposition de la loi n'exigeant que figure au dossier, pendant la durée de son exécution, une copie de la commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction.

2) Audience. Avocat convoqué

Inculpé d'infraction à la législation sur les stupéfiants, M. a été placé en détention le 11 décembre 1990 et un avocat a été désigné le 17 novembre, au titre de la commission d'office pour assurer sa défense. Quelques jours plus tard cependant, l'inculpé a fait connaître au juge d'instruction qu'il désignait un autre avocat et c'est celui-ci qui l'a assisté à l'audience de la chambre d'accusation appelée à statuer sur sa détention.

A l'appui du pourvoi qu'il a formé contre l'arrêt confirmant l'ordonnance du juge d'instruction, M. a fait grief à la chambre d'accusation d'avoir siégé sans que l'avocat désigné d'office ait été régulièrement convoqué. Ce pourvoi a été rejeté le 23 mai 1991 (*Bull. crim.* n° 217) par la Chambre criminelle qui déclare que la désignation par l'inculpé d'un avocat de son choix rend caduque la commission d'office d'un autre conseil.

3) Détention provisoire. Comparution personnelle de l'inculpé. Délai pour statuer

Par ordonnance en date du 28 janvier 1991 le juge d'instruction a rejeté la demande de mise en liberté de B. inculpé de vols aggravés. Le 30 janvier ce dernier a interjeté appel de cette ordonnance en demandant à comparaître personnellement devant la

chambre d'accusation, laquelle s'est prononcée le 15 février 1991 en confirmant la décision du juge.

S'étant pourvu contre cet arrêt, l'inculpé a soutenu que la juridiction d'appel a statué seize jours après sa déclaration d'appel, hors du délai prévu à l'article 194, alinéa 2, du code de procédure pénale. Or, c'est méconnaître le dernier alinéa de l'article 199 du même code aux termes duquel, en cas de comparution personnelle de l'inculpé, le délai maximum prévu à l'article 194 est prolongé de cinq jours. La chambre d'accusation a donc bien statué dans le délai de vingt jours qui lui est imparti, et le 30 mai 1991 (*Bull. crim.* n° 230) la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi.

4) Arrêt de renvoi après cassation. Désignation de la juridiction de jugement

La Chambre criminelle ayant cassé un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel d'Orléans prononçant la mise en accusation de Jean-Luc L. devant la cour d'assises du Loiret pour délit connexe à un crime, a renvoyé l'affaire devant la chambre d'accusation de la cour d'appel de Bourges. Or, cette juridiction a prononcé pour le même délit le renvoi de L. devant la cour d'assises du département du Loiret.

C'était méconnaître les dispositions de l'article 611 du code de procédure pénale aux termes duquel « lorsque le renvoi aura été fait à une chambre d'accusation, celle-ci désigne, s'il échet, dans son ressort, la juridiction de jugement » à moins que la Cour de cassation n'ait désigné par avance, même dans un autre ressort, la juridiction criminelle devant laquelle devrait le cas échéant, être renvoyé l'accusé.

Tel n'était pas le cas en l'espèce, et saisie d'un pourvoi formé par L. contre l'arrêt le renvoyant devant la cour d'assises du Loiret, la Chambre criminelle statuant le 25 juin 1991 (*Bull. crim.* n° 273) sur un moyen relevé d'office, a cassé l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Bourges, et renvoyé l'affaire devant la chambre d'accusation d'une troisième cour d'appel, celle de Dijon.

4. COUR D'ASSISES. Arrêt incident. Audition des parties

Au cours d'un procès criminel, le président de la cour d'assises ayant annoncé qu'un expert acquis aux débats ne comparaitrait pas, les conseils de l'accusé ont déposé des conclusions sollicitant le renvoi de l'affaire et la nomination d'un nouvel expert.

Il résulte du procès-verbal des débats que la cour, après audition de toutes les parties, a alors, par arrêt incident, sursis à statuer « jusqu'à achèvement de l'instruction à l'audience ». Or, le même procès-verbal relate bien que parvenue à ce stade de la procédure, la cour a rejeté les conclusions de la défense par un nouvel arrêt incident, mais sans mentionner que celui-ci ait été rendu après audition du ministère public, des parties ou de leurs conseils.

Statuant par arrêt du 13 juin 1991 (*Bull. crim.* n° 254) la Chambre criminelle, après avoir constaté cette méconnaissance des dispositions de l'article 1^{er} de l'article 316 du code de procédure pénale, n'a pu que casser l'arrêt de condamnation.

5. JURIDICTIONS CORRECTIONNELLES. Ministère public. Présence aux audiences

Les époux F. ont été jugés pour fraudes fiscales par la chambre correctionnelle d'une cour d'appel. Or si l'arrêt de condamnation mentionne la présence d'un représentant du ministère public lors des débats correctionnels qui ont eu lieu le 13 octobre 1989 et énonce qu'il a été entendu ce jour-là en ses réquisitions, ledit arrêt se borne à indiquer qu'à l'audience du 8 décembre 1989 la décision a été prononcée en audience publique par le magistrat du siège qui avait exercé les fonctions de président, lors des débats et du délibéré.

Saisie d'un pourvoi formé par les prévenus, la Chambre criminelle a cassé cet arrêt le 11 février 1991 (*Bull. crim.* n° 66) après avoir rappelé que la présence du ministère public à l'audience de lecture s'impose non seulement lorsque la décision est rendue en présence des trois magistrats du siège qui ont connu de l'affaire, mais encore lorsqu'elle est lue par l'un d'entre eux, conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 485 du code de procédure pénale. Or, en l'état de l'arrêt attaqué la Cour de cassation n'était donc pas en mesure de vérifier si la juridiction était régulièrement composée lors de la dernière audience.

6. *CONTRÔLE JUDICIAIRE. Mainlevée ou modification. Ordonnance du juge d'instruction. Délai. Saisine de la chambre d'accusation*

Aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 140 du code de procédure pénale, le juge d'instruction doit statuer dans un délai de cinq jours par ordonnance motivée sur la requête de l'inculpé qui demande la mainlevée du contrôle judiciaire, et faute par le magistrat d'avoir pris sa décision dans ce délai, l'intéressé peut saisir directement de sa demande la chambre d'accusation. La Chambre criminelle vient toutefois de préciser dans un arrêt rendu le 28 mars 1991 (*Bull. Crim.* n° 151) qu'à partir du moment où le juge a statué, même si sa décision est tardive, l'inculpé ne peut plus user de la faculté de saisir la chambre d'accusation.

L'espèce était la suivante. Régulièrement saisi le 24 octobre 1990 d'une demande de modification du contrôle judiciaire présentée par Hubert K., le juge d'instruction l'a rejetée par ordonnance du 6 novembre 1990, notifiée le surlendemain à l'inculpé et à son conseil. Se fondant sur le fait que le magistrat n'avait pas statué dans le délai de cinq jours fixé par le code, K. a, le 9 novembre, saisi directement de sa demande la chambre d'accusation, mais celle-ci l'a déclarée irrecevable, au motif que le juge d'instruction ayant statué le 6 novembre, l'inculpé se trouvait forclos le 9 novembre « pour user de la faculté qu'il tenait de l'article 140, alinéa 3, du code de procédure pénale ».

La Chambre criminelle, confirmant cette analyse, a rejeté le pourvoi formé par K. en déclarant que la décision du juge d'instruction ayant été notifiée à l'inculpé, celui-ci pouvait la déférer à la chambre d'accusation par voie d'appel, et de ce fait, était irrecevable à saisir directement cette juridiction de sa requête.

7. *CRIMES ET DÉLITS COMMIS A L'ÉTRANGER. Poursuite en France. Compétence territoriale*

Aux termes de l'article 696 du code de procédure pénale, lorsqu'une infraction a été commise à l'étranger par un français, le tribunal compétent est celui du lieu où réside le prévenu, celui du lieu où il est trouvé, ou celui de la résidence de la victime. Toutefois la Cour de cassation peut, sur la demande du ministère public ou des parties, renvoyer la connaissance de l'affaire devant une cour ou un tribunal plus voisin du lieu du crime ou du délit.

C'est en application de cette dernière disposition que le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Moulins a saisi la Chambre criminelle d'une requête tendant au renvoi de la procédure suivie contre T. devant une juridiction plus voisine d'une ville de Belgique où ont été commis les faits d'homicide volontaire et port d'armes qui lui sont reprochés. A l'appui de sa demande le ministère public a fait valoir que d'une part, l'éloignement des témoins, experts et officiers de police judiciaire rend leur audition plus difficile, et que d'autre part, certains des témoins s'exprimant en langue flamande, il est difficile de trouver sur place des interprètes compétents.

La Cour de cassation, par décision rendue le 13 février 1991 (*Bull. crim.* n° 72) a estimé qu'il y avait lieu d'appliquer l'article précité et dessaisissant le tribunal de grande

instance de Moulins, a renvoyé la connaissance de l'affaire au tribunal de grande instance de Lille.

8. IMMUNITÉ DIPLOMATIQUE. Crime commis par un agent diplomatique français. Jurisdiction de l'Etat accréditant

A la suite du décès du président de la République fédérale et islamique des Comores qui possédait la nationalité française, une plainte avec constitution de partie civile a été déposée contre X. du chef d'homicide volontaire, auprès d'un juge d'instruction de Paris, compétent en vertu de l'article 696 du code de procédure pénale. Au cours de l'information, Dominique M., de nationalité française, qui au moment des faits était chargé d'assurer la protection de la victime, a été arrêté en France, inculpé par le juge d'instruction et placé en détention provisoire.

L'intéressé ayant relevé appel de cette décision, a soutenu devant la chambre d'accusation que du fait qu'il était accrédité auprès de la République des Comores il bénéficiait du statut d'agent diplomatique et que, dès lors, il ne pouvait être mis en détention. La juridiction a écarté cette argumentation en relevant que « l'immunité diplomatique ne peut empêcher un national français d'être poursuivi devant les juridictions de son pays » et en précisant que si aux termes de l'article 31 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961, l'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat accréditaire, cette immunité ne saurait « l'exempter de la juridiction de l'Etat accréditant ».

Statuant le 19 février 1991 (*Bull. crim.* n° 86) la Chambre criminelle a rejeté à juste titre le pourvoi formé par l'inculpé.

B. — CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1^{er} juillet au 30 septembre 1991)

I. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

II. — DROIT PÉNAL SPÉCIAL

1. *Crédit*

a) Un avis du 4 juillet 1991 (JO 4 juill. 1991, p. 8748) est relatif à la fixation du prix pour paiement comptant visé à l'article 4-1 de la loi du 10 janvier 1978. Le taux de rendement brut à l'émission des obligations des sociétés privées ressort à 9,45 % pour le premier semestre 1991 et le taux annuel de référence à retenir pour le second semestre 1991 est de 14,17 %. En conséquence l'avis indique les valeurs actuelles de remboursement mensuel correspondant à 100 F de crédit en cas de crédit gratuit.

b) *Usure*

Un avis du 21 septembre 1991 (JO 21 sept. 1991, p. 12410) a trait à l'application de l'article 1^{er} de la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure, les prêts d'argent et certaines opérations de démarchage et de publicité, on y trouve les tableaux classiques mentionnant le seuil à partir duquel il y aura usure à compter du 1^{er} octobre 1991 (pour les prêts aux particuliers hors du champ de la loi du 13 juillet 1979, ces seuils se situent entre 20,03 et 26,28 % ; pour les prêts aux entreprises, ils varient entre 16,04 et 19,35 %, cette hypothèse visant les découverts en compte).

2. *Pêche maritime*

Une loi n° 91-627 du 3 juillet 1991 (JO 5 juill. 1991, p. 8761) apporte diverses modifications au décret du 9 janvier 1859 sur l'exercice de la pêche maritime.

Tout d'abord, selon la rédaction de l'article 1^{er} nouveau le texte du « décret » s'applique aussi à l'élevage des animaux et à la culture des végétaux marins. Ensuite, le nouvel article 2 soumet à autorisation spéciale tout établissement d'élevage d'animaux marins, de quelque nature qu'il soit. En troisième lieu, l'article 3 est complété en ce qui concerne le pouvoir de réglementation de l'autorité administrative, hors du cas où des règlements de la communauté sont applicables ou afin d'en assurer l'application effective.

En matière proprement répressive, l'article 6 du décret de 1852 est modifié. L'amende de 3 000 à 150 000 F s'applique en cas de pêche avec un engin ou d'utilisa-

tion à des fins de pêche de tout instrument ou appareil dont l'usage est interdit ou de pratique d'un mode de pêche interdit (3°), en cas de pratique de la pêche avec un engin ou d'utilisation d'un instrument ou appareil dans une zone ou à une période où son emploi est interdit (5°); en cas de pêche, transbordement, débarquement, transport, exposition, vente, stockage ou achat en connaissance de cause, des produits de la mer en quantité ou en poids supérieur à celui autorisé ou dont la pêche est interdite ou qui n'ont pas la taille ou le poids requis (8°); en cas d'exposition à la vente ou d'achat en connaissance de cause de produits de la pêche provenant de navires ou embarcation non titulaires d'un rôle d'équipage de pêche; en cas de pêche sans les autorisations prévues par les articles 3, 3-1 ou 5 du décret; en cas de détention à bord ou d'utilisation d'un nombre d'engins ou d'appareils destinés à la pêche supérieur à celui autorisé (15°); en cas d'exploitation d'un établissement de cultures marines en infraction à la réglementation générale des cultures marines ... ou aux clauses du cahier des charges annexé à l'acte de concession (16°); ou en cas de non respect des mesures arrêtées en vue de prévenir l'apparition, d'enrayer le développement ou de favoriser l'extinction des maladies affectant les animaux ou végétaux marins.

L'article 7 est complété pour permettre de punir tout capitaine d'un navire dont les éléments d'identification auront été dissimulés ou falsifiés.

L'article 12 édicte la responsabilité des exploitants de cultures marines et de dépôts de coquillages pour les faits de leurs agents ou employés. Quant à l'article 14 il est complété, pour permettre aux officiers et agents chargés de la police de la pêche, de conduire le navire au port désigné par l'autorité maritime compétente en vue des contrôles et vérifications à faire et de procéder à la pose de scellés et de conserver les documents de bord jusqu'à leur remise à l'autorité compétente.

La loi du 3 juillet 1991 modifie la loi du 5 juillet 1983 relative à la saisie et aux agents habilités à constater les infractions dans le domaine des pêches maritimes. L'article 9 de cette loi de 1983 punit en outre le fait de détruire, ou détourner les matériels ou engins seulement appréhendés par les autorités, et non encore saisis.

3. Fraudes

a) Un *arrêté du 11 juillet 1991* (JO 2 août 1991, p. 20271) a trait à l'établissement de critères généraux de qualité et de pureté pour les arômes alimentaires.

b) Un *décret n° 91-827 du 29 août 1991* (JO 31 août 1991, p. 11424) a trait à l'emballage et à l'étiquetage des aliments destinés à une alimentation particulière (aliments diététiques).

c) Un *décret n° 91-898 du 6 septembre 1991* (JO 12 sept. 1991, p. 12000) porte application de la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes, en ce qui concerne la protection de la dénomination du lait et des produits laitiers, lors de leur commercialisation.

d) Un *décret n° 91-899 du 6 septembre 1991* (JO 12 sept. 1991, p. 12000) porte application de la loi de 1905 en ce qui concerne les huiles d'olive et les huiles de grignons d'olive.

e) Un *décret n° 91-914 du 10 septembre 1991* (JO 15 sept. 1991, p. 12141) modifie un décret du 23 novembre 1978 relativement aux jus de fruits et à certains produits similaires.

4. Soldes

Une *circulaire du 28 juin 1991* (BOCC 5 juill. 1991, p. 186) expose l'état de la réglementation en matière de soldes saisonniers, à la suite de la loi du 25 juin 1991 prise

pour tenir compte de l'annulation, par le Conseil d'Etat du dispositif réglementaire issu du décret du 22 septembre 1989.

5. Armes

a) Un *arrêté du 1^{er} juillet 1991* (JO 9 juill. 1991, p. 8934) a trait à la destination de matériels de guerre, armes, munitions et autres produits explosifs appartenant à l'Etat.

b) Une *directive CEE n° 91-477* du Conseil en date du 18 juin 1991 (JOCE L. 256, 13 sept. 1991, p. 51) est relative au contrôle de l'acquisition et de la détention des armes. Comme en matière interne, la directive classe les armes à feu en différentes catégories. Il appartiendra aux Etats d'établir les sanctions applicables en cas de non-respect des dispositions adoptées en application de la directive. Les Etats doivent mettre en vigueur les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires afin que l'ensemble de la législation entre en vigueur le 1^{er} janvier 1993.

6. Etrangers

Un *décret n° 91-902 du 6 septembre 1991* (JO 13 sept. 1991, p. 12058) pris après l'avis de la Commission supérieure de codification, publie un texte complet et officiel de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Du fait des nombreuses modifications qui avaient affecté le texte de l'ordonnance depuis 1980 il n'était pas inutile de procéder à une publication du texte en vigueur aujourd'hui.

7. Circulation automobile

a) Une *directive CEE n° 91-328* du Conseil du 21 juin 1991 (JOCE L. 178, 6 juill. 1991, p. 29) modifie une précédente directive concernant le rapprochement des législations des Etats sur le contrôle technique des véhicules à moteur et de leurs remorques.

b) Une *directive CEE n° 91-422* de la Commission du 15 juillet 1991 (JOCE L. 233, 225 août 1991, p. 21) adapte au progrès technique une directive 71-320 CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations sur le freinage de certaines catégories de véhicules et de leurs remorques.

c) Une *directive CEE n° 91-439* du Conseil du 29 juillet 1991 (JOCE L. 237, 24 août 1991, p. 1) est relative au permis de conduire.

d) Un *arrêté du 18 juin 1991* (JO 18 juill. 1991, p. 9473) a trait à la mise en place et à l'organisation du contrôle technique des véhicules dont le poids n'excède pas 3,5 tonnes.

e) Un *décret n° 91-825* du 28 août 1991 (JO 30 août 1991, p. 11398) modifie les articles R. 232, R. 232-1 et R. 266 du code de la route en matière de dépassement des vitesses maximales autorisées. Le nouveau décret a pour objet d'exposer aux sanctions des contraventions de la 4^e classe en cas de dépassement de la vitesse autorisée de plus de 20 km/h. si la vitesse autorisée est inférieure à 130 km/h., et de plus de 30 km/h. si celle-ci est supérieure à 130 km/h.. En outre, la suspension du permis de conduire peut jouer. En revanche, si le dépassement de la vitesse autorisée n'excède pas 20 ou 30 km/h., le conducteur n'encourt que l'amende seulement des contraventions de la 4^e classe.

f) Un décret n° 91-881 du 6 septembre 1991 (JO 8 sept. 1991, p. 11847) impose, sur les cyclomoteurs, une plaque de constructeur mentionnant notamment l'indication du type, de la cylindrée du moteur, de la date de réception du véhicule par le service des mines, la mention du niveau sonore de référence et du régime correspondant de rotation du moteur.

Les cycles ou cyclomoteurs à deux roues non carrossés doivent comporter une plaque d'identité du propriétaire (nom et adresse).

Les cyclomoteurs de plus de deux roues carrossés soumis à l'immatriculation doivent respecter les articles R. 99, R. 100 et R. 102 du code de la route. Il en sera ainsi obligatoirement à compter du 1^{er} mars 1992.

L'article R. 240 (prévoyant l'amende des contraventions de la 4^e classe) est complété et punit quiconque aura détenu, utilisé, adapté, placé, appliqué ou transporté à un titre quelconque, en dehors des conditions prévues aux articles R. 92-5°, R. 95, R. 96, R. 175 et R. 181 des feux ou avertisseurs sonores dont les caractéristiques techniques sont prévues par arrêté ministériel. Les dispositifs en cause pourront être saisis et confisqués.

g) Un arrêté du 3 juillet 1991 (JO 18 juill. 1991, p. 9469) complète l'arrêté du 12 mars 1973 fixant la liste des services de transport en commun de voyageurs dont les agents sont habilités à constater des infractions affectant la circulation, l'arrêt et le stationnement des véhicules de ces services.

Il en est de même des arrêtés du 22 août 1991 (JO 12 sept. 1991, p. 12019) et du 12 septembre 1991 (JO 26 sept. 1991, p. 12567).

8. Fichier des personnes ne souhaitant pas être démarchées

Un décret n° 91-638 du 9 juillet 1991 (JO 11 juill. 1991, p. 9030) indique que les personnes physiques ou morales ayant souscrit un abonnement au service téléphonique ou au service telex peuvent demander à être inscrites dans le fichier prévu par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1989.

Tout abonné a la possibilité de faire connaître son choix et s'il choisit d'être inscrit sur ce fichier, l'exploitant public lui fera connaître la date de son inscription effective. Après plus de deux mois d'inscription sur ce fichier, les abonnés ne peuvent pas être démarchés par telex ou télécopie, sous peine d'une amende, qui est celle prévue pour les contraventions de la 3^e classe et qui est applicable pour chaque exemplaire du message expédié par telex ou télécopie.

9. Fièvre aphteuse et épizootie

La loi n° 91-639 du 10 juillet 1991 (JO 12 juill. 1991, p. 9110) sur la lutte contre la fièvre aphteuse modifie le code rural comme le code pénal. Ce dernier se voit amputer de l'article 454-1 qui incriminait le fait de répandre une épizootie chez un certain nombre d'animaux. En revanche, le code rural se voit dotées d'incriminations plus larges dans ses articles (nouveaux) 331, 335 et 336.

Selon l'article 331 du code rural quiconque aura volontairement fait naître ou contribué à répandre une épizootie chez les vertébrés domestiques ou sauvages ou chez les insectes, les crustacés ou mollusques d'élevage sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 20 000 à 500 000 F. La tentative sera punie comme l'infraction consommée. S'il s'agit de la fièvre aphteuse, l'amende est de 50 000 à 1 000 000 F.

L'alinéa 2 du même article 331 du code rural prévoit une peine moindre (emprisonnement de 2 mois à 2 ans et une amende de 10 000 à 100 000 F, sauf cas de fièvre aphteuse ou l'amende est comprise entre 20 000 et 200 000 F) lorsqu'une personne a

involontairement, par inobservation des règlements, fait naître ou contribué à répandre une épizootie dans une espèce appartenant à l'un des groupes précédemment définis.

L'article 335 du code rural punit, de son côté, d'une amende de 10 000 à 100 000 F et d'un emprisonnement de deux mois à deux ans, ceux qui ont acquis, détenu, cédé à titre gratuit ou onéreux ou utilisé du vaccin antiaphteux en dehors des cas prévus à l'article 234 (vaccination décidée exceptionnellement, car le principe est l'interdiction de la vaccination contre la fièvre aphteuse), ou ceux qui auront manipulé du virus aphteux en dehors des conditions prévues par l'article 235 du code rural.

Enfin, l'article 336 du code rural punit d'une amende de 10 000 à 200 000 F et d'un emprisonnement de deux mois à deux ans toute personne tenue de faire une déclaration qui aura omis de déclarer ou aura cherché à dissimuler l'existence d'un animal atteint ou soupçonné d'être atteint de fièvre aphteuse. En cas de condamnation, le tribunal pourra ordonner que le jugement sera intégralement ou par extrait, affiché pendant quinze jours à la mairie du lieu où a été commis le délit et publié dans un journal régional et une revue à caractère professionnel, le tout aux frais du condamné.

10. Hospitalisation forcée des aliénés

Un décret n° 91-981 du 25 septembre 1991 (JO 26 sept. 1991, p. 12570), pris pour l'application des articles L. 332-3 et L. 332-4 du code de la santé publique concerne l'organisation et le fonctionnement de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques.

Les membres sont nommés pour trois ans. La commission délibère valablement si trois de ses membres sont présents ; elle se réunit au moins une fois par trimestre et visite les établissements au moins deux fois par an. Le secrétariat de la Commission est assuré par des agents de la direction départementale des affaires sanitaires et sociales, qui sont astreints au secret professionnel.

La commission est informée de toutes les hospitalisations sans consentement, comme de leur renouvellement ou de leur levée.

11. Réforme des procédures d'exécution forcée

La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (JO 14 juill. 1991, p. 9228) porte réforme des procédures civiles d'exécution ; son entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} août 1992.

Parmi de très nombreuses dispositions qui rajeunissent et adaptent les procédures d'exécution forcée, on signalera les règles concernant la recherche des informations en vue d'une exécution (art. 39 à 41 de la loi).

En premier lieu, à la demande de l'huissier de justice chargé de l'exécution, porteur d'un titre exécutoire et au vu d'un relevé certifié sincère des recherches infructueuses effectuées, le procureur de la République entreprend les diligences nécessaires pour connaître les organismes auprès desquels un compte est ouvert au nom du débiteur, ainsi que l'adresse du débiteur et de son employeur à l'exclusion de tout autre renseignement. A l'expiration d'un délai qui sera déterminé par un décret, l'absence de réponse du procureur vaudra « réquisition infructueuse ».

En vue de faciliter la tâche du procureur, la loi indique que les administrations de l'Etat, des régions, des départements ou communes, ainsi que les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat, les régions, départements ou communes doivent communiquer au ministère public les renseignements qu'ils détiennent sans pouvoir opposer le secret professionnel. Le procureur de la République peut demander aux établissements bancaires si un ou plusieurs comptes, comptes joints ou fusionnés sont ouverts au nom du débiteur ainsi que le ou les lieux où sont tenus le ou les comptes, à l'exclusion de tout autre renseignement.

Les renseignements ainsi obtenus ne peuvent être utilisés que dans la mesure nécessaire à l'exécution du ou des titres pour lesquels ils ont été demandés et ne peuvent pas être communiqués à des tiers ni faire l'objet d'un fichier d'informations nominatives.

Le texte précise que « toute violation de ces dispositions est passible des sanctions prévues à l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique, les libertés et les fichiers, sans préjudice de poursuites disciplinaires et de condamnation à dommages-intérêts ». Ce qui reste un peu vague, c'est le point de savoir si les sanctions concernent seulement la création d'un fichier ou bien toute utilisation à d'autres fins que celle sollicitée, des renseignements obtenus. Si l'on retient une interprétation stricte, la première solution doit l'emporter. Mais elle paraît un peu limitée par rapport aux objectifs de la loi.

12. Lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants

Un arrêté du 27 juin 1991 (JO 16 juill. 1991, p. 9271) porte homologation de modifications du règlement général du Conseil des bourses de valeurs.

Outre des dispositions concernant le fonds de garantie, le nouveau règlement inclut la prise en compte de procédures permettant de répondre aux prescriptions de vigilance et d'information de la loi du 12 juillet 1990.

13. Code de déontologie des sages-femmes

Un décret n° 91-779 du 8 août 1991 (JO 14 août 1991, p. 10765) porte code de déontologie des sages-femmes.

On relèvera l'article 3 qui a trait au secret professionnel édicté dans l'intérêt des patients. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance de la sage-femme dans l'exercice de sa profession, qu'il s'agisse de faits confiés ou de ce qui a été vu, entendu ou compris. La sage-femme doit veiller à ce que les personnes l'assistant dans son travail soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel. Elle doit aussi veiller à ce que ses fiches cliniques et les documents détenus concernant ses patientes soient protégées contre toute indiscretion. En cas d'utilisation des observations médicales pour des publications scientifiques, elle doit faire en sorte que l'identification des patientes ne soit pas possible.

Ce secret constitue une cause de justification en cas d'enquête disciplinaire (art. 63 du Décr.).

De nombreuses dispositions ont trait aux devoirs généraux (la profession ne doit pas être pratiquée comme un commerce ; liberté de prescriptions médicales, qui ne doit pas être exempte d'un souci d'économie, etc.).

14. Utilisation des détecteurs de métaux

Un décret n° 91-787 du 19 août 1991 (JO 20 août 1991, p. 10959) soumet à autorisation le droit d'utiliser du matériel permettant la détection des métaux. La demande doit préciser l'identité, les compétences et l'expérience de son auteur, ainsi que la localisation, l'objectif scientifique et la durée des prospections à entreprendre. Le fait de procéder à des recherches sans avoir obtenu l'autorisation ou sans avoir respecté les prescriptions de l'autorisation emporte l'application de la peine d'amende des contraventions de la 5^e classe, le matériel pouvant être confisqué.

La même peine d'amende est applicable à quiconque fait ou fait faire une publicité, rédige ou fait rédiger une notice d'utilisation relative à un matériel permettant la détection d'objets métalliques, en méconnaissance des dispositions de l'article 2 de la loi du 18 décembre 1989.

15. Radios et télévisions locales

Une *circulaire du 31 juillet 1991* (JO 27 août 1991, p. 11255) a traité à l'application de la loi du 30 septembre 1986 sur les radios et télévisions locales. Elle fixe les règles de poursuites judiciaires et de saisie des matériels.

16. Identification des animaux domestiques

Un *décret n° 91-823 du 28 août 1991* (JO 30 août 1991, p. 11395) précise les règles de l'identification des chiens, chats et carnivores domestiques. Celle-ci s'effectue par le marquage par tatouage ou par tout autre procédé agréé par le ministère de l'Agriculture et par l'inscription sur des fichiers permettant d'identifier l'animal.

Les personnes pouvant procéder au marquage sont les vétérinaires et celles qui auront été agréées par le ministre. Lors du marquage, celui qui y procède doit délivrer un document au propriétaire et adresser dans les huit jours un document identique au fichier national. En cas de vente ou de don de l'animal, le cédant doit délivrer le document au cessionnaire, et adresser au fichier le document attestant la mutation. Si le propriétaire change d'adresse, il doit avertir le fichier national. Bref, les animaux sont un peu soumis à des règles comparables à celles édictées pour l'immatriculation des véhicules automobiles...

De toute façon, l'article 16 du décret punit de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe toute personne qui aura contrevenu aux dispositions des articles 2 (techniques de marquage), 3-1° (habilitation des personnes), 6-1° (délivrance du document lors du marquage initial), 7 (obligation d'identification des animaux), 8 (identification en cas de rage), 10, 12 et 13 (aménagement et contrôle des locaux où se pratiquent l'élevage, la commercialisation, le toilettage, le transit ou la garde des chiens ou chats).

La même peine d'amende (contravention de la 4^e classe) s'applique au vendeur qui n'aura pas respecté les obligations pesant sur lui au moment de la vente (délivrance de l'attestation et information du fichier national).

17. Travail agricole. Repos hebdomadaire

Un *décret n° 91-830 du 27 août 1991* (JO 31 août 1991, p. 11446) abroge un décret du 14 juin 1984 et prévoit de nouvelles sanctions pénales en cas d'infraction aux dispositions du code rural concernant la durée du travail et le repos hebdomadaire des salariés agricoles. L'article 1^{er} du décret édicte l'amende des contraventions de la 4^e classe pour infraction aux dispositions des articles 992, 992-2, 993, 993-1, 993-2, 993-3 et 994 du code rural ou aux décrets pris pour l'application des articles 992, 994 ou 995 du même code.

L'article 2 du décret punit de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe les infractions aux dispositions des articles 997 et 997-1 du code rural ou de celles des décrets pris pour leur application. En cas de récidive, l'amende sera celle prévue pour la récidive des contraventions de la 5^e classe.

L'article 3 du décret précise que l'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs employés dans les conditions contraires aux textes mentionnés aux articles 1 et 2.

18. Transports de fonds

Un *décret n° 91-867 du 4 septembre 1991* (JO 6 sept. 1991, p. 11719) modifie l'article 1^{er} du décret du 13 juillet 1979 sur la protection des transports de fonds. Est exclue de la réglementation, le transport de fonds effectué avec un personnel agréé par le préfet et

au moyen de dispositifs de protection dont l'utilisation à titre expérimental est autorisée par arrêté du ministre de l'Intérieur.

19. *Secret professionnel*

La loi n° 91-698 du 20 juillet 1991 (JO 23 juill. 1991, p. 9727) modifie l'ordonnance du 17 novembre 1958 sur les commissions d'enquête et de contrôle parlementaire. Le dernier alinéa de l'article 6 est modifié. Il prévoit désormais les peines de l'article 378 du code pénal contre toute personne, qui dans un délai de trente ans, divulguera ou publiera une information relative aux travaux non publiés d'une commission d'enquête, sauf si le rapport publié à la fin des travaux de la commission a fait état de cette information.

Il est à noter par ailleurs que les personnes qui ne comparaissent pas, ou qui refusent de déposer ou de prêter serment devant une commission d'enquête, sont passibles d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 3 000 à 50 000 F. Le refus de communiquer des documents est frappé des mêmes sanctions. En outre le tribunal peut prononcer l'interdiction, partielle ou non, de certains droits civiques de l'article 42 du code pénal pour une durée maximum de deux ans, courant à compter du jour où la personne condamnée a subi sa peine.

20. *Navigation fluviale. Réglementation de la conduite des bateaux*

Un décret n° 91-731 du 23 juillet 1991 (JO 28 juill. 1991, p. 10053) a traité à l'équipage et à la conduite des bateaux circulant ou stationnant sur les eaux intérieures, telles que celles-ci sont définies par l'article 1^{er} du décret du 7 mars 1988. Le texte impose sur les bateaux de passagers un agent de sécurité, si le bateau admet plus de 50 personnes, et pour les bateaux transportant des matières dangereuses un personnel compétent pour assurer la sécurité du bateau et celle de la cargaison.

III. — RÉGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SÛRETÉ

21. *Mise en service de centres de détention*

Un arrêté du 24 juin 1991 (JO 5 juill. 1991, p. 8779) indique l'ouverture à compter du 1^{er} juillet 1991 de cinq nouveaux centres de détention à Varennes-le-Grand (Saône-et-Loire), Salon-de-Provence, Chateauroux, Saint-Quentin-Fallavier (Isère) et à Aiton (Savoie).

22. *Sécurité sociale*

La loi n° 91-738 du 31 juillet 1991 (JO 1^{er} août 1991, p. 10192), portant diverses mesures d'ordre social modifie les articles L. 381-30 et 381-31 du code de la sécurité sociale, en substituant les mots « condamnés bénéficiant d'une mesure de semi-liberté ou de placement à l'extérieur en application de l'article 723 du code de procédure pénale » aux mots « condamnés placés sous le régime de semi-liberté ».

Par ailleurs, l'article L. 453-4 du code de la sécurité sociale exclut l'indemnité journalière pour les détenus, à moins que la personne n'ait été admise par le juge de l'application des peines au bénéfice de l'une des mesures prévues par l'article 723 du code de procédure pénale.

IV. — DROIT PÉNAL DES MINEURS

V. — PROCÉDURE PÉNALE

23. Réglementation des écoutes téléphoniques

Une loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 (JO 13 juill. 1991, p. 9167 et rect. 10 août 1991, p. 10617) procède à la réglementation des écoutes téléphoniques, qu'elles soient judiciaires ou de caractère administratif (V. sur cette loi, comm. MM. Maron et Véron, *Droit pénal*, déc. 1991 et janv. 1992 ; Chambon, *ALD* 1991.173).

On sait qu'après que la Cour de cassation ait cru devoir, sans texte précis, admettre qu'un juge puisse ordonner une écoute téléphonique (Crim. 9 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 255 ; D. 1981.332, note J. Pradel ; *JCP* 1981.II.19578, note G. Di Marino), la Cour européenne des droits de l'homme par un arrêt du 24 avril 1990 (D. 1990.359, note Pradel, *Gaz. Pal.* 1990.I.259, note Junozza Zdrojewski, C. et L. Pettiti) a estimé que les modalités de mise en oeuvre étaient peu précises et laxistes. Sans doute, la Cour de cassation a-t-elle tenté de remédier aux imperfections de la « loi » qu'elle avait édictée, en marge des règles posées par l'article 34 de la Constitution. Mais mieux valait une loi attendue depuis celle du 17 juillet 1970, qui avait refusé de réglementer en raison des écoutes administratives. Complétant ce texte, l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1991 affirme que « le secret des correspondances émises par la voie de télécommunications est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité publique prévus par la loi et dans les limites prévues par celle-ci ».

Après l'affirmation du principe, la loi nouvelle définit les interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire, puis celles ordonnées par l'autorité administrative, à des fins de sécurité et comporte quelques dispositions communes.

a) Les interceptions judiciaires

Les « écoutes » possibles ne peuvent être décidées que par le juge d'instruction, car c'est seulement dans le titre sur le juge d'instruction que les interceptions judiciaires ont été réglementées (art. 100 à 100-7 nouveaux c. pr. pén.).

Ces écoutes concernent la matière criminelle, ainsi que la matière correctionnelle si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans. Toutefois, elles ne peuvent pas avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sans que le bâtonnier en soit informé par le juge (art. 100-7 c. pr. pén.). Sur ce point, la loi est plus large que la jurisprudence des cours d'appel qui assimilaient les écoutes à des saisies de correspondance et donc faisaient prévaloir les droits de la défense sur l'intérêt de la société. Somme toute, elle assimile l'écoute à une perquisition laquelle peut avoir lieu dans le cabinet d'un avocat en présence du bâtonnier ou d'un représentant du Conseil de l'ordre.

La décision du juge de prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances, émises par voie de télécommunication, doit être motivée par les « nécessités de l'information ». Elle sera prise par écrit. Mais elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est, de ce fait, susceptible d'aucun recours. Elle devra comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception, et la durée de celle-ci. Cette durée ne saurait excéder une période de quatre mois ; mais la décision peut être renouvelée aux mêmes conditions de forme et de durée.

La loi ne précise pas si les interceptions concernent des inculpés ou des tiers. Il semble que toute personne puisse être visée. Mais du fait du lien nécessaire avec une infraction dont se trouve saisi le magistrat, nous estimons que l'interception « incidente » est dépourvue de toute légitimité. En d'autres termes, une écoute concernant un trafic

déterminé de drogues, ne pourrait pas être utilisée pour l'ouverture d'une procédure concernant des paris clandestins sur les courses de chevaux. La nullité doit ici s'imposer.

Les mesures prescrites doivent s'effectuer « sous l'autorité et le contrôle du juge » (art. 100 al. 1 *in fine*). Il s'ensuit que le juge pourrait décider d'arrêter une écoute. Pour la mise en oeuvre de cette écoute, la loi prévoit (art. 100-3) que le juge ou l'officier de police judiciaire commis peut requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme placé sous l'autorité du ministre chargé des télécommunications, ou fournisseur de services de télécommunications autorisé, en vue de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception.

L'écoute doit donner lieu à la rédaction de procès-verbaux mentionnant la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est achevée. Les enregistrements doivent être placés sous scellés fermés, qui seront sans doute ouverts par la suite, ou pourront servir à contrôler la fidélité des transcriptions.

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. La transcription est versée au dossier. Si la correspondance est en langue étrangère, elle est transcrite en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin.

La loi précise enfin que les enregistrements sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général à l'expiration du délai de prescription de l'action publique, un procès-verbal étant dressé de cette opération, qui interviendra longtemps après la réalisation de l'enregistrement.

Sans doute, ce dispositif est-il relativement précis et devrait pouvoir satisfaire les juges de Strasbourg. Il reste que la loi nouvelle laisse des questions sans réponse : par exemple celle de la notification du contenu des écoutes au tiers non inculpé, celle de la nullité de cet « acte d'instruction » qui demeure entre les mains du juge et du procureur, etc. Souhaitons que l'abondant contentieux suscité par les écoutes ces dernières années soit contenu dans des limites raisonnables.

b) Les interceptions de sécurité

A titre exceptionnel, des interceptions téléphoniques pourront être effectuées, en vue de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, de la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisée et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées.

L'autorisation est accordée par décision écrite et motivée du Premier ministre ou de l'une des deux personnes déléguées par lui. Elle est donnée sur une proposition écrite et motivée du ministre de la Défense, du ministre de l'Intérieur ou du ministre chargé des Douanes ou de la personne déléguée par chacun d'eux.

L'autorisation ne vaut que pour une durée de quatre mois maximum ; elle peut être renouvelée aux mêmes conditions de forme et de durée. Il est à noter que l'article 5 de la loi fixe un nombre maximum aux interceptions susceptibles d'être pratiquées simultanément. Ce contingent et sa répartition entre les ministères intéressés est porté à la connaissance de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

Dans les correspondances interceptées, seuls les renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés à la loi peuvent faire l'objet d'une transcription, par des personnels habilités.

Un relevé de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement est établi par le Premier ministre ; tandis que l'enregistrement doit être détruit dix jours au plus tard, à compter de la date à laquelle il a été effectué.

Selon l'article 10 de la loi, les renseignements recueillis ne peuvent servir à d'autres fins que celles mentionnées à l'article 3, sans préjudice de l'application de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale. Cela signifie que le fonctionnaire qui était dans l'exercice de ses fonctions doit dénoncer au procureur les infractions, crimes ou délits, dont il a eu connaissance par ce moyen d'investigation. On le voit, si en principe seul le juge d'instruction peut ordonner une écoute, l'écoute administrative à fins de prévention, peut permettre de découvrir des infractions. Sans le dire clairement notre législation de 1991 élargit les pouvoirs de la police.

Afin d'assurer un certain contrôle de ces « écoutes », la loi a institué une Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, qui est classée dans les autorités administratives indépendantes. La présidence en est confiée, par le président de la République, à une personnalité choisie sur une liste de quatre noms, établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat et le Premier président de la Cour de cassation. En outre, elle comprend un député et un sénateur. Le mandat de ces personnes n'est pas renouvelable et est incompatible avec la qualité de membre du gouvernement. Les membres de la Commission sont astreints au respect des secrets protégés, par les articles 75 et 378 du code pénal, pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

A vrai dire, le rôle de la Commission est modeste. Informé des décisions motivées du Premier ministre dans un délai de 48 heures, le président peut réunir la commission, qui statuera dans les sept jours. S'il apparaît à la commission qu'une interception a été autorisée en méconnaissance des dispositions de la loi, elle adresse au Premier ministre une simple recommandation... ce qui est peu pour une commission de contrôle et qui plus est une autorité indépendante.

Ce même pouvoir de « recommandation » peut être mis en oeuvre, spontanément ou sur réclamation d'une personne intéressée, en cas de violation des dispositions légales, au cours par exemple d'un contrôle.

Elle peut cependant, aux termes de l'article 17 de la loi, donner avis au procureur de la République de toute infraction dont elle a pu avoir connaissance à l'occasion du contrôle effectué en application de l'article 15.

Chaque année, la Commission remet au Premier ministre un rapport sur les conditions d'exercice et les résultats de ses activités en précisant les recommandations adressées et les suites données. Ce rapport est rendu public.

Il semble que ce pouvoir de contrôle aurait pu aller jusqu'à la constatation de la nullité de l'opération et la destruction de tous documents et éléments illégalement recueillis.

c) Les dispositions communes

En premier lieu, l'article 20 de la loi exclut du domaine des interceptions réglementées la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne, lesquelles pourront cependant donner lieu à interception mais uniquement aux fins de défense des intérêts nationaux.

En deuxième lieu, le ministre chargé des Télécommunications doit veiller à ce que l'exploitant public, les autres exploitants de réseaux publics et les fournisseurs des services autorisés prennent les mesures nécessaires pour l'application de la loi.

En troisième lieu, les juridictions compétentes, le Premier ministre et les ministres de la Défense et de l'Intérieur peuvent recueillir auprès des personnes exploitant des réseaux de télécommunications ou des fournisseurs de services, toutes informations ou tous documents nécessaires pour la réalisation et l'exploitation des interceptions autorisées par la loi.

Ces renseignements ou informations ne sont pas considérés comme un détournement de leur finalité, au sens de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 sur les fichiers. C'est donc un fait justificatif.

En quatrième lieu, les exigences essentielles de l'article 32-12° du code des postes et le secret des correspondances de l'article L. 32-3 du même code ne sont pas opposables aux juridictions compétentes pour ordonner des interceptions ni au ministre chargé des Télécommunications dans l'exercice des prérogatives dévolues par la loi.

Enfin, la loi comporte un volet répressif spécifique. Tout d'abord, elle introduit un article 186-1 nouveau dans le code pénal punissant tout dépositaire ou agent de l'autorité publique, agent de l'exploitant public des télécommunications, qui dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, aura ordonné, commis ou facilité, hors les cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, l'utilisation ou la divulgation de leur contenu. C'est un « abus de l'autorité », punissable de trois mois à cinq ans de prison et d'une amende de 5 000 à 100 000 F. Mais le fait de procéder, de mauvaise foi à l'installation d'appareils conçus pour réaliser des interceptions, comme d'intercepter, détourner, utiliser ou divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications expose seulement à un emprisonnement de six jours à un an et à une amende de 5 000 à 100 000 F.

En outre, l'article L. 41 du code des postes et télécommunications punit des peines de l'article 186-1 du code pénal tout agent de l'exploitant public, tout agent d'un exploitant de réseau de télécommunications autorisé ou d'un fournisseur de services de télécommunications qui viole le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

L'article 26 de la loi du 10 juillet 1991 punit des peines de l'article 378 du code pénal, toute personne qui, concourant dans les cas prévus par la loi à l'exécution d'une décision d'interception de sécurité, révélera l'existence de l'interception.

Enfin, l'article 371 du code pénal est complété afin de comprendre dans les listes d'appareils prohibés ceux conçus pour la détection à distance des conversations et ceux pouvant constituer l'infraction définie à l'article 186-1 du code pénal.

Les appareils visés par le décret ne pourront pas être fabriqués, importés, détenus, exposés, offerts, loués ou vendus sans une autorisation ministérielle. Toute publicité en faveur des appareils susceptibles de réaliser des infractions définies aux articles 368 et 186-1 est également interdite. Les peines applicables aux contraventions aux dispositions de l'article 371 sont, selon les cas, celles définies à l'article 368 ou à l'article 186-1 nouveau du code pénal.

24. Substitution de l'aide juridictionnelle à l'aide judiciaire

Une loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 (JO 13 juill. 1991, p. 9170) concerne l'aide juridique, c'est-à-dire l'aide juridictionnelle comme l'aide à l'accès au droit.

En matière répressive, cette aide est admise, comme par le passé (cf. par ex. art. 3, art. 7 al. 2). Le bureau d'aide juridictionnelle peut recueillir des renseignements sur la situation financière de l'intéressé, et ce, sans qu'on puisse lui opposer le secret professionnel (art. 21 al. 2) ; le cas échéant, le bureau peut obtenir communication des pièces du dossier pénal pouvant permettre d'apprécier les ressources de l'intéressé.

En cas de condamnation aux dépens d'une personne ne bénéficiant pas de l'aide juridictionnelle elle doit rembourser au Trésor les sommes exposées par l'Etat (art. 43 de la loi). Toutefois, si le bénéficiaire est partie civile au procès pénal, le condamné peut, même d'office être dispensé partiellement ou totalement par la juridiction de jugement pour des motifs tirés de l'équité ou de sa situation économique, de la part des dépens qui résulte de la contribution versée par l'Etat à l'avocat de la partie civile, au titre de l'aide juridictionnelle (art. 48).

Enfin, les articles 375 alinéa 2 et 475-1 du code de procédure pénale reçoivent une nouvelle rédaction (art. 76 de la loi) : la juridiction doit en principe condamner l'auteur de l'infraction à payer à la partie civile, la somme qu'elle détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. La juridiction tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Elle peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.

25. Constatation des infractions en matière de télécommunication

La loi n° 91-648 du 11 juillet 1991 (JO 13 juill. 1991, p. 9177) modifie le code des postes et télécommunications en introduisant un nouvel article L. 40, après que le Conseil constitutionnel ait déclaré la rédaction de l'article 40 prévu par la loi du 29 décembre 1990, contraire à la Constitution (V. cette *Revue* 1991.607, n° 2 et spéc. p. 608).

Outre les officiers de police judiciaire, des fonctionnaires de l'administration des télécommunications habilités à cet effet et assermentés, peuvent rechercher et constater par procès-verbal les infractions prévues par les dispositions du chapitre III du présent titre et les textes pris pour leur application.

Les fonctionnaires peuvent accéder aux locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel utilisés par des personnes visées à l'article L. 32-4, par celles fabriquant, emportant ou distribuant des équipements ou installations visés à l'article L. 34-9 ou par celles faisant usage de fréquences radio-électriques visés à l'article 89, en vue de rechercher et de constater les infractions, demander la communication de tous documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. L'accès aux locaux est possible pendant les heures d'ouverture au public, ou entre 8 heures et 20 heures. L'accès aux locaux servant pour partie de domicile aux intéressés n'est pas admis.

Le procureur de la République est informé préalablement des opérations envisagées. Il peut s'opposer à ces opérations. Les procès-verbaux lui sont transmis dans les cinq jours de leur établissement et une copie est remise aux intéressés.

Les fonctionnaires peuvent dans les mêmes lieux procéder à la saisie des matériels visés à l'article 34-9, sur autorisation du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les matériels.

La demande doit comporter tous éléments d'information de nature à justifier la saisie. Celle-ci s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Les matériels saisis sont inventoriés. L'inventaire est annexé au procès-verbal dressé sur les lieux. Dans les cinq jours les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge. Ce dernier peut d'office, à tout moment ou sur la demande de l'intéressé ordonner la mainlevée de la saisie.

La même loi du 11 juillet 1991 modifie l'article 28 de la loi du 29 décembre 1990 relatif à la cryptologie. Le paragraphe III de l'article 28 reçoit une nouvelle rédaction, qui est comparable à celle de l'article L. 40 du code des postes et télécommunications. Le procureur de la République doit être informé des opérations envisagées en vue de la recherche des infractions (al. 3). Des saisies de matériels peuvent avoir lieu sur autorisation du juge, la demande devant comporter tous éléments d'information de nature à justifier la saisie. L'inventaire des matériels saisis doit être effectué, et le procès-verbal adressé au juge.

Mais ni dans un cas ni dans l'autre, il n'est prévu de recours contre la décision du juge, ce qui est dérogoratoire au principe posé par la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 1983..

On notera, enfin, que le refus de fournir des renseignements, informations ou documents aux agents est punissable d'un emprisonnement de un à trois mois et d'une

amende de 2 000 à 200 000 F. Il en est de même de l'obstacle au déroulement des enquêtes prévues par l'article 28-III de la loi du 29 décembre 1990.

26. Mesures concernant les personnes handicapées

La loi n° 91-663 du 13 juillet 1991 (JO 19 juill. 1991, p. 9531) portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation de travail complète, par son article 7, l'article 2-8 du code de procédure pénale. Selon le texte nouveau, toute association déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits ayant, en vertu de ses statuts, vocation à défendre ou à assister les personnes handicapées peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions à l'article L. 111-7 du code de la construction et de l'habitation, prévues et réprimées par l'article L. 152-4 du même code.

Si l'infraction est constituée, le tribunal a la possibilité d'ordonner, aux frais du condamné, la publication intégrale ou par extraits de sa décision et éventuellement la diffusion d'un message dont il fixe les termes, informant le public des motifs et du contenu de sa décision, dans un ou plusieurs journaux qu'il désigne.

27. Autorités militaires habilitées à dénoncer les infractions en matière militaire

Un arrêté du 28 août 1991 (JO 31 août 1991, p. 11441) a trait à la désignation des autorités militaires habilitées à dénoncer les infractions ou à donner un avis préalable en matière de poursuites pénales. Il remplace l'arrêté du 15 septembre 1984 qui avait le même objet.

Sur le territoire de la République sont habilités les commandants de circonscription militaire de défense, les commandants d'arrondissement maritime, le commandant de la marine à Paris, les commandants de région aérienne, les commandants de circonscription de gendarmerie, les commandants supérieurs dans les territoires et départements d'outre-mer et les commandants territoriaux de la gendarmerie outre-mer. Le même arrêté indique les autorités habilitées hors du territoire de la République (Allemagne, Djibouti et le Cap Vert).

VI. — DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

28. Entraide judiciaire internationale

Un décret n° 91-816 du 22 août 1991 (JO 27 août 1991, p. 11252) publie l'accord intervenu entre la France et la Suède quant à l'extension aux territoires français de Polynésie, de Nouvelle-Calédonie, de Wallis et Futuna, ainsi qu'aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

Un autre décret n° 91-817 du 22 août 1991 (JO 27 août 1991, p. 11253) publie l'accord intervenu entre la France et la Suède quant à l'extension pour les mêmes territoires de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale.

C. — CHRONIQUE PÉNITENTIAIRE ET DE L'EXÉCUTION DES PEINES

LE RETOUR EN PRISON ANALYSE DIACHRONIQUE

Annie KENSEY

*Service de la communication, des études et des relations internationales
(SCERI, Direction de l'Administration pénitentiaire)*

Pierre TOURNIER

*Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales
(CESDIP, ministère de la Justice-CNRS)*

La dernière enquête nationale menée en France sur le devenir judiciaire des sortants de prison date de 1981¹. Elle concernait les condamnés à une peine de trois ans et plus, libérés en 1973 et cherchait à évaluer la fréquence du retour en prison, le critère choisi étant l'inscription au casier judiciaire, avant 1981, d'une nouvelle condamnation à une peine d'emprisonnement ferme. Afin d'actualiser ces données, le SCERI a décidé de mener, avec le CESDIP, une nouvelle étude sur le sujet. Elle porte sur une population étudiée dans le cadre d'une recherche du CESDIP sur les modalités d'exécution des longues peines² : la cohorte des sortants de 1982, initialement condamnés à une peine à temps de trois ans et plus.

La base de données nécessaire à l'analyse des modalités d'exécution des peines avait été construite à l'aide des fichiers de la statistique informatisée de la population pénale (SIPP). Nous avons extrait de cette base un échantillon représentatif de la cohorte et nous avons examiné l'état du casier judiciaire, au 15 juin 1988, des personnes sélectionnées, soit 6 ans après la libération. Ce délai d'observation correspond pratiquement au maximum de ce qui pouvait être retenu du fait de l'amnistie du 20 juillet 1988.

Dans l'enquête sur les sortants de 1973, l'analyse des casiers s'était limitée aux peines de prison (« retour en prison »). Pour la cohorte de 1982, nous avons cherché à aller au delà de ce critère, en nous intéressant à toutes les nouvelles condamnations quelle que soit la nature de la peine infligée. Mais dans cet article nous nous limiterons aux données susceptibles d'être comparées à celles de 1973³.

1. P. Tournier, V. Dupont, *Le retour en prison : analyse de la cohorte des condamnés à trois ans et plus, libérés en 1973*, cette *Revue* 1984.789-800.

2. D. Meurs, P. Tournier, *L'érosion des peines : analyse statistique de cohortes de détenus libérés, condamnés à une peine de trois ans et plus*, cette *Revue* 1985.533-540.

3. A. Kensey, P. Tournier, *Le retour en prison, Analyse diachronique*, Direction de l'Administration pénitentiaire, SCERI, *Travaux et documents*, n° 40, 1991.

Dans un premier temps, nous allons mesurer, dans la cohorte 1982, la proportion de libérés impliqués dans une nouvelle affaire sanctionnée par une peine de prison ferme. Ce taux sera appelé « taux de retour ». Il s'agit là, en toute rigueur, d'un abus de langage : certains libérés de 1982 ont pu retourner en prison sans avoir pour autant été condamnés à une peine de prison ferme (par exemple mise en détention provisoire suivie d'un non-lieu, d'une condamnation avec sursis total, etc.). A l'inverse certaines personnes ont pu être condamnées à une peine de prison ferme sans pour autant faire l'objet d'un nouvel écrou (condamnation non précédée d'une détention provisoire et non mise à exécution).

Ce « taux de retour » fera ensuite l'objet d'une analyse différentielle selon les variables disponibles. Dans un second temps, nous chercherons à comparer les taux de retour des cohortes de 1973 et de 1982.

I. — COHORTE 1982 : TAUX GLOBAL DE RETOUR

Population étudiée : pour des questions de comparabilité avec la cohorte 1973, nous avons été contraints de respecter les choix qui avaient été faits lors de la précédente enquête. Ainsi, dans l'enquête relative à la cohorte de 1973, on avait éliminé de la population de référence les étrangers qui avaient fait l'objet d'une expulsion, l'argument étant qu'il n'était pas possible de suivre, à partir du casier, l'intégralité de la « carrière judiciaire » de ces personnes. Certes, mais ce choix peut paraître discutable car certains de ces étrangers peuvent très bien revenir sur le territoire national pendant la période d'observation et commettre de nouvelles infractions. Cette question sera réexaminée dans une étape ultérieure de la recherche.

Pour l'analyse présentée *infra*, nous avons exclu 141 dossiers d'étrangers « expulsés » sur un total de 1 157 dossiers exploitables. L'étude du retour en prison porte donc sur 1 016 cas.

Définition du taux de retour en prison : là encore, nous avons procédé comme dans l'enquête précédente :

— sélection des affaires relatives à des infractions commises postérieurement à la date de la libération de 1982 ; le critère de sélection est donc la date des faits et non la date de la décision ;

— prise en compte de la première affaire (au sens de la date des faits) sanctionnée par une condamnation définitive à l'emprisonnement ferme.

L'examen des 1 016 casiers judiciaires, dans leur état au 15 juin 1988, a mis en évidence l'existence de 362 dossiers comportant une affaire répondant au critère choisi, soit un taux de retour, sur une période de 6 ans, de 35,6 %.

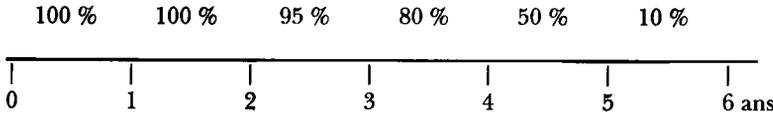
Collecte des informations récentes : compte tenu des délais qui s'écoulent entre les faits et la condamnation d'une part, et entre la condamnation et son inscription au casier d'autre part, les faits les plus tardifs ne peuvent évidemment pas être recensés de manière exhaustive.

On compte, en moyenne, 8 mois entre la décision que rend une juridiction et son enregistrement au casier judiciaire. La moitié des condamnations sont inscrites au bout de 6 mois ; au cours de l'année suivant le jugement 75 % des condamnations figurent au casier, mais il faut attendre 3 ans pour que la quasi-totalité d'entre elles y soit portée⁴. Pour cette seule raison, les faits commis dans la dernière tranche (« 5 ans-6 ans ») sont de toute évidence très largement sous-estimés dans notre recensement au 15 juin 1988.

4. Les condamnations portées au casier judiciaire, *Le Courrier de la Chancellerie*, n° 61, déc. 1987.

On ne dispose pas de données d'ensemble sur l'autre délai (« faits-condamnation »). Nous avons pourtant tenté d'estimer le niveau d'exhaustivité des faits enregistrés au casier à la date de son examen, en nous référant à une enquête du CESDIP concernant une population de mineurs. L'estimation est certes grossière mais non dénuée d'intérêt :

taux d'exhaustivité du recensement des faits au 15 juin 1988 selon le délai « libération-faits » :



10 % seulement des faits commis dans la tranche « 5 ans-6 ans » figurent au casier à la date de son examen. La proportion n'est encore que de 50 % pour la tranche « 4 ans-5 ans ». Ainsi, pour une période d'observation de 6 ans après la libération, on obtient un « intervalle utile » de 4 ans. Aussi, dans la suite de l'analyse, allons-nous nous référer aux taux de retour dans un délai de 4 ans après la libération soit 34,3 % pour l'ensemble de la cohorte 1982.

II. — ANALYSE DIFFÉRENTIELLE DU TAUX DE RETOUR 1982

Le taux global de retour en prison peut recouvrir des situations très diverses selon les caractéristiques socio-démographiques et pénales des personnes libérées.

1) Caractéristiques socio-démographiques

Age au moment de la libération : le taux de retour décroît régulièrement lorsque l'âge à la libération augmente : de 41 % pour les « moins de 25 ans » à moins de 18 % pour les « 50 ans et plus ».

Nationalité : le taux de retour apparaît plus élevé pour les nationaux que pour les étrangers : 36 % contre 22 %. Rappelons que les étrangers ayant fait l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une interdiction définitive du territoire ou d'une reconduite à la frontière, ont été exclus de la population de référence. Ainsi, les 101 dossiers d'étrangers examinés ne représentent que 42 % de l'ensemble des étrangers appartenant à l'échantillon. Ces résultats sont donc peu significatifs.

Etat matrimonial : on note un écart important entre le taux de retour des personnes mariées et celui des célibataires et des divorcés : 24 % contre respectivement 39 % et 38 %. Mais l'état matrimonial n'est pas statistiquement indépendant de l'âge : les célibataires sont, en moyenne, plus jeunes que les personnes mariées. Le fait que le taux de retour en prison soit plus élevé pour les célibataires pourrait ainsi, en partie, résulter d'un « effet d'âge ». Pour mesurer l'effet propre du facteur état matrimonial, nous avons procédé au croisement de cette variable avec l'âge à la libération.

Dans les deux groupes d'âge distingués « moins de 30 ans », « 30 ans et plus », les taux de retour sont plus élevés pour les célibataires que pour les personnes mariées : l'écart est de 5 points pour les plus jeunes et de 17 points pour les plus âgés. L'influence de l'état matrimonial est donc bien réelle, mais elle concerne principalement les « 30 ans et plus ».

Niveau d'instruction : c'est dans le groupe des illettrés que l'on trouve le taux de retour le plus faible (25 %). Par ailleurs, on n'observe pas de différence entre les personnes qui ont un niveau d'étude primaire et celles qui ont fait des études secondaires ou supérieures (taux de retour 35 %).

Mais les illettrés sont peu nombreux (5 %) et comprennent une forte proportion d'étrangers (49 %). Or le taux de retour est plus faible pour les étrangers que pour les

nationaux. Ainsi, lorsque l'on croise les variables « niveau d'instruction » et « nationalité », on remarque que l'effet de la seconde variable est déterminant. Pour les Français, le taux de retour ne varie pratiquement pas en fonction du niveau d'instruction.

Cette absence de corrélation semble surtout montrer la faible signification d'une variable aussi imprécise. Elle ne permet certainement pas d'avoir une idée concrète de la qualification professionnelle des membres de la cohorte et donc de leur situation face au marché du travail, lors de leur libération. Cette question essentielle ne peut être abordée à partir des seules informations contenues dans les documents de greffe. Cela illustre bien l'une des limites inhérentes à ce type d'enquête réalisée au niveau national, sur de grandes masses, dans un souci de représentativité.

2) *Caractéristiques pénales*

Condamnations antérieures : il s'agit des condamnations définitives à l'emprisonnement ferme dont la date est antérieure à la date des faits à l'origine du temps de détention (qui se termine en 1982). Cette analyse rétrospective est nécessairement biaisée par l'existence des lois d'amnistie, et en particulier par celle du 4 août 1981. Cette amnistie concernait les faits commis antérieurement au 22 mai 1981, le seuil de peine retenu étant de 6 mois d'emprisonnement ferme.

La relation est très nette entre le passé judiciaire et le taux de retour ; plus le passé est lourd, plus le taux est élevé : de 23 % pour ceux qui n'ont pas de condamnation antérieure à 61 % pour ceux qui en ont deux ou plus.

Catégorie de l'infraction initiale (infraction ayant motivé la détention qui se termine en 1982) : 38 % des libérés avaient été condamnés pour un délit et 62 % pour un crime. La catégorie « délit » est principalement constituée de vols (45 %), trafic de stupéfiants (20 %) et coups et blessures volontaires (14 %). Dans la catégorie « crime », près de la moitié des infractions sont des vols qualifiés, 18 % sont des meurtres et 14 % des viols.

Compte tenu du poids considérable des vols et des vols qualifiés, il n'était guère possible de calculer des taux de retour significatifs infraction par infraction. On s'est donc limité à la distinction « crime-délit » ; le taux de retour est deux fois plus élevé pour les auteurs d'un délit que pour les auteurs d'un crime (48 % contre 26 %).

Quantum de la peine initialement prononcée (peine ferme prononcée — ou somme des peines en cas d'affaires multiples —, à l'origine de la détention qui a pris fin en 1982) : par construction de la cohorte, les peines sont de 3 ans ou plus.

Le taux de retour varie en raison inverse de la durée de peine prononcée initialement : de 40 % pour les « 3 à moins de 5 ans » à 24 % pour les « 15 ans et plus ». On serait tenté de déduire de cette corrélation apparente que plus la peine est lourde, plus le retour en prison est rare. Or un tel raisonnement, fait sur des données globales, n'a guère de sens car on ne prend pas en compte la liaison qui existe entre nature de l'infraction et quantum de la peine.

Le croisement de ces deux variables montre que l'effet de la « catégorie de l'infraction » paraît bien plus déterminant que celui de la « peine prononcée ». Ainsi, pour les délits, le taux de retour est le même pour les peines de « 3 à moins de 5 ans » et pour celles de « 5 à moins de 10 ans » (48-49 %), celles de « 10 ans et plus » étant trop peu nombreuses pour que le taux ait une réelle signification. Les variations, en fonction du quantum de la peine, observées pour les crimes sont aussi de faible ampleur. En revanche, quelle que soit la durée de la peine, le taux de retour est environ deux fois plus élevé pour un délit que pour un crime.

3) *Combinaison des caractéristiques les plus discriminantes*

De la prise en compte des caractéristiques socio-démographiques et pénales disponibles, il ressort que les variations du taux de retour en prison résultent principalement

de l'action combinée de 3 facteurs : le nombre de condamnations antérieures, la catégorie de l'infraction initiale et l'âge au moment de la libération ». Le problème se pose de faire la part de chacun de ces facteurs dans les variations du taux, sachant que ces variables sont liées entre elles, et que leurs effets sur le taux de retour peuvent se cumuler ou se compenser.

Condamnations antérieures : les sous-populations « sans condamnation antérieure » et « avec condamnation antérieure » présentent des structures différentes selon les autres variables retenues : la première est plus jeune et la catégorie « crime » y est beaucoup plus représentée. Dans ce cas, les facteurs « âge » et « infraction » peuvent exercer une influence de sens contraire.

On peut annuler les effets de ces variables en calculant des « taux comparatifs » (méthode de la structure-type) : à structure d'âge et catégorie d'infraction constante, on aurait obtenu, selon le nombre de condamnations antérieures, les taux de retour comparatifs suivants : « 0 condamnation antérieure » = 23,1 %, « 1 ou plus » = 52,1 %. L'écart entre les deux sous-populations est très légèrement diminué par la prise en compte des effets de structure (29,0 points contre 31,5 points). L'importance du facteur « passé judiciaire » se trouve donc confirmée.

Catégorie de l'infraction initiale : de même, les sous-populations délimitées par la catégorie de l'infraction initiale présentent des structures contrastées : les auteurs d'un crime sont un peu plus âgés et les 3/4 d'entre eux n'ont pas eu de condamnation antérieure (contre 50 % pour les délits). Il est donc possible que les facteurs « âge » et « passé judiciaire » provoquent des effets cumulatifs et expliquent en partie les différences entre les taux observés en fonction de la catégorie de l'infraction.

A structure constante selon le nombre de condamnations antérieures et l'âge à la libération, on aurait obtenu les taux comparatifs suivants : « délit » = 41,8 %, « crime » = 28,1 %.

L'écart entre les deux catégories « délit » et « crime » se trouve, en effet, nettement diminué : de 22 points, il tombe à 13,7. Ainsi, on remarque la forte interaction des facteurs « catégories de l'infraction » et « passé judiciaire » ; dans le cas présent le facteur « âge » est peu impliqué, la structure par âge étant peu différente selon les catégories « délit » et « crime ».

Âge à la libération : le groupe des « 30 ans et plus » diffère principalement du groupe des « moins de 30 ans » par le poids du passé judiciaire : 58 % d'entre eux n'ont aucune condamnation antérieure contre 76 % pour les « moins de 30 ans ». Cet effet peut minimiser le taux de retour des « moins de 30 ans » et, à l'inverse, maximiser celui de « 30 ans et plus ».

A structure constante selon le nombre de condamnations antérieures et la catégorie d'infraction, on aurait obtenu les taux comparatifs suivants : « moins de 30 ans » = 41,5 %, « 30 ans et plus » = 28,4 %. La prise en compte des effets de structure entraîne, effectivement une augmentation des écarts selon l'âge (13,1 points contre 8,6 points).

En résumé, l'utilisation de taux comparatifs confirme l'effet particulièrement déterminant du facteur « passé judiciaire » ; il atténue l'influence de l'infraction et, à l'inverse, accroît celui de l'âge à la libération.

4) Modes de libération

Nous avons distingué les condamnés ayant bénéficié, en 1982, d'une libération conditionnelle (1/3 de la cohorte) de ceux qui sont sortis en fin de peine (2/3 de la cohorte). Le taux de retour varie du simple au double en fonction du mode de libération : 23 % en cas de libération conditionnelle contre 40 % pour les sorties en fin de peine.

Ces résultats peuvent être, en partie, attribués à l'influence des mesures d'assistance et de contrôle, gérées dans le cadre des comités de probation, qui accompagnent la libération conditionnelle et dont le but est de favoriser le reclassement social et professionnel de l'intéressé. Mais la raison des écarts observés se trouve certainement aussi, en amont du processus, dans le choix des détenus qui bénéficient de ce type de mesure. « Choix des détenus bénéficiaires » et « aide à l'insertion et contrôle » ont des effets cumulatifs qu'il est évidemment difficile de séparer. Des critères de nature très diverse peuvent intervenir dans la décision d'accorder ou de ne pas accorder la libération conditionnelle dont certains échappent complètement à notre analyse — en particulier ceux qui sont liés au comportement en détention.

Mais certaines différences de structure des libérés selon le mode de sortie apparaissent pourtant clairement en analysant les variations de la proportion de libérations conditionnelles. Ainsi la proportion de libérations conditionnelles est deux fois plus élevée dans le groupe « sans condamnation antérieure » (40 % contre 20 %). Dans ce groupe, elle est aussi plus élevée pour les « crimes » que pour les « délits » et croît avec l'âge. Aussi est-il intéressant de mesurer ces effets de structure sur les variations du taux de retour selon le mode de libération.

Nous avons repris la méthode des taux comparatifs déjà utilisée *supra*, en calculant les taux selon le mode de libération à structure par « passé judiciaire », « infraction » et « âge à la libération » constante (nous avons pris comme structure de référence celle de l'ensemble de la cohorte).

Les taux comparatifs sont les suivants : « fin de peine » = 37,5 %, « libération conditionnelle » = 29,4 %. Ainsi l'écart selon le mode de libération se trouve diminué de moitié (8,1 points contre 16,8 points). Sans prétendre pouvoir, par une méthode aussi « rustique » dissocier les facteurs « choix des bénéficiaires » et « aide à l'insertion et contrôle », ce calcul met simplement en évidence l'importance que peuvent avoir les critères de sélection.

5) Proportion de la peine effectuée en détention

La relation qui peut exister entre les modalités d'exécution des peines et la fréquence du retour en prison peut être aussi abordée en prenant en compte l'écart qui peut exister entre le quantum de la peine ferme initialement prononcée (Q) et le temps réellement passé en détention (T). Rappelons que la différence entre ces deux grandeurs peut être due à la libération conditionnelle mais aussi aux réductions de peine, grâce et amnisties.

Pour l'ensemble de la cohorte, la proportion de la peine effectuée en détention (notée Po, avec $Po = T/Q$) est de 68 %, la distribution autour de cette valeur moyenne étant très concentrée : 80 % des libérés de la cohorte 1982 ont effectué entre 60 % et 80 % de leur peine en détention.

Si l'on met à part les groupes extrêmes dont les effectifs sont faibles (Po inférieur à 50 % et Po supérieur à 80 %), on constate que le taux de retour a tendance à augmenter avec la proportion de la peine effectuée en détention : de 29 % lorsque Po est compris entre 50 % et 60 % à 38 % lorsque Po est compris entre 70 % et 80 %.

Mais les taux obtenus pour les groupes extrêmes, certes peu significatifs compte tenu des effectifs, viennent contredire ce schéma (taux de retour de 42 % lorsque Po est inférieur à 50 %, taux de retour de 31 % lorsque Po est supérieur à 80 %). De fait, la forte concentration de la distribution de la cohorte selon la variable Po limite l'intérêt que l'on peut tirer de sa prise en compte dans l'analyse des variations du taux de retour.

C'est encore plus vrai si l'on cherche à séparer les libérés en fin de peine de ceux qui ont bénéficié d'une libération conditionnelle. Aussi les corrélations négatives entre proportion Po et taux de retour qui semblent apparaître dans les deux sous-groupes ont

une signification nécessairement très limitée, la faiblesse des effectifs extrêmes rendant toute analyse de structure impossible.

III. — COMPARAISONS COHORTE 1973 — COHORTE 1982

1) Comparabilité des données

La comparaison des taux de retour dans les deux cohortes pose une série de problèmes méthodologiques qui ne peuvent pas être ignorés.

Le taux de retour qui avait été mesuré pour la cohorte 1973, sur toute la période d'observation — 42,9 % sur 8 ans — ne peut évidemment pas être retenu pour la comparaison avec la cohorte de 1982 — observée sur 6 ans. Compte tenu de ce qui a été dit *supra* à propos du recensement, pour la cohorte 1982, des affaires les plus récentes, nous retiendrons le taux calculé sur 4 ans, soit 39 %. Au regard des délais d'inscription au casier, on peut considérer que ce taux est exhaustif.

Le taux de retour en prison de la cohorte 1982 — dans un délai de 4 ans après la libération — (34,3 %) est donc inférieur de 4,7 points à celui de 1973 (39,0 %), soit une baisse relative de 12 %.

Mais un autre phénomène vient perturber la comparaison de ces taux, la loi d'amnistie du 16 juillet 1974. De par cette loi, ont été amnistiées, en particulier, les infractions commises avant le 27 mai 1974 et punies d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à trois mois. Les sortants de la cohorte 1973 qui ont commis une nouvelle infraction avant le 27 mai 1974 — répondant au critère choisi — effacée par l'amnistie et qui n'ont pas commis d'infraction par la suite — répondant au critère choisi —, ont échappé au recensement des retours. Ainsi, le taux de 1973 était-il sous-estimé. Ce qui signifie que la baisse observée entre 1973 et 1982 est, sans doute, plus importante qu'il ne paraît.

Mis à part ces problèmes d'exhaustivité, la comparaison directe des globaux doit être complétée par la prise en compte des différences de structure entre les cohortes.

2) Mesure des effets de structure

Structure socio-démographique : la proportion d'étrangers est trop faible pour que les modifications de structure aient un effet sur le taux de retour global. La structure selon l'état matrimonial n'a pas connu de variations significatives. Enfin, le niveau d'instruction a peu d'effet sur les taux de retour, dans la cohorte 1982 comme dans celle de 1973. Reste donc à examiner l'âge à la libération.

La cohorte de 1982 est plus jeune, à la libération, que celle de 1973 (21 % de 40 ans et plus contre 30 % en 1973). Par ailleurs, le taux de retour décroît, dans les deux cohortes, lorsque l'âge augmente. Cet effet de structure tend donc à augmenter le taux de retour. Pour mesurer cet effet de structure, nous avons calculé le taux de retour qu'aurait connu la cohorte de 1982 si elle avait eu la même structure par âge que la cohorte 1973 (taux comparatif 1982). A structure d'âge identique on aurait eu les taux suivants :

1982 comparatif = 33,7 % ; 1973 = 39,0 % ; écart = -5,3 points.

La baisse observée entre 1973 et 1982 n'est donc pas due à l'évolution des structures démographiques. A structure d'âge identique, la baisse aurait été légèrement supérieure à ce qui a été observé (-5,3 point au lieu de -4,7 points).

Structure pénale : *a priori*, trois variables sont à prendre en compte : le nombre de condamnations antérieures (peines de prison fermes), la catégorie de l'infraction initiale et le quantum de la peine initialement prononcée. Mais nous avons vu *supra*, à propos des données de 1982, que le quantum de la peine n'est pas en soi une variable significa-

tive, les écarts observés sur les taux de retour disparaissant lorsque l'on croise cette variable avec la catégorie de l'infraction. Il en était d'ailleurs de même dans la cohorte 1973.

La cohorte de 1982 comprend une proportion de « délits » inférieure à celle de 1973 (38 % contre 45 % en 1973). Le taux de retour est, en 1982 comme en 1973, près de deux fois plus élevé pour les délits que pour les crimes. Cet effet de structure tend donc à diminuer le taux de retour. A structure d'infraction identique on aurait eu les taux suivants :

1982 comparatif = 35,8 % ; 1973 = 39,0 % ; écart = -3,2 points.

La baisse observée entre 1973 et 1982 est donc due en partie à l'évolution des structures selon l'infraction. A structure d'infraction identique, la baisse aurait été légèrement inférieure (-3,2 points au lieu de -4,7 points).

Dans la cohorte de 1982, on trouve une proportion de personnes sans condamnation antérieure nettement supérieure à celle qui est observée en 1973 : 65 % contre 57 %. A l'inverse, on trouve en 1982 20 % de « 2 condamnations ou plus » contre 28 % en 1973. Or, dans les deux cohortes, le taux de retour croît fortement avec le nombre de condamnations antérieures. Cet effet de structure tend donc à diminuer le taux de retour. A structure de condamnations antérieures identique on aurait eu les taux suivants :

1982 comparatif = 37,6 % ; 1973 = 39,0 % ; écart = -1,4 points

Cet effet de structure pourrait donc expliquer pour une grande part l'écart entre les taux de 1982 et 1973. Mais il convient de se poser la question de la comparabilité des données en matière de condamnations antérieures. Les casiers judiciaires de la cohorte 1982 — analysés en juin 1988 — ont subi l'effet de la loi d'amnistie du 4 août 1981. Elle concernait les faits commis antérieurement au 22 mai 1981, le seuil de peine retenu étant de 6 mois d'emprisonnement ferme.

Les casiers de la cohorte de 1973 — analysés en janvier 1981 — ont eux subi l'effet de la loi d'amnistie du 16 juillet 1974. Elle concernait les faits commis avant le 27 mai 1974 et punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 3 mois.

La différence des seuils retenus en 1981 et 1973 explique donc, au moins en partie, les écarts de structure selon le nombre de condamnations antérieures. Ce qui, évidemment, remet sérieusement en cause les calculs présentés *supra*.

Aussi ne peut-on retenir en fait que deux effets de structure qui jouent d'ailleurs en sens inverse : l'effet « âge » qui tend à augmenter le taux de retour et l'effet « infraction » qui tend à le diminuer. Comme ces deux variables ne sont pas indépendantes (les condamnés pour un délit sont plus jeunes que les condamnés pour un crime), il est intéressant de voir ce qu'aurait été le taux de retour de la cohorte 1982 si elle avait eu la même structure par âge à la libération et infraction que celle de 1973 :

1982 comparatif = 35,7 % ; 1973 = 39,0 % ; écart = -3,3 points.

En raisonnant à structure d'âge et d'infraction constante, on obtient donc un écart de 3,3 points (au lieu des 4,7 observés), soit une diminution relative de 8,5 % (au lieu des 12 % observés).

En résumé, s'il existe bien dans la baisse du taux de retour entre 1973 et 1982 des effets de structure non négligeables, ceux-ci n'expliquent pas entièrement la tendance à la baisse observée entre les deux cohortes.

Or il faut souligner que ces deux cohortes ont connu des modalités d'exécution des peines très différentes qu'il convient de rappeler.

3) Comparaison des modalités d'exécution des peines

Dans la cohorte de 1973, 2/3 des sortants avaient bénéficié d'une libération conditionnelle ; nous avons vu *supra* que cette proportion n'est plus que de 1/3 en 1982.

Mais cette évolution s'est accompagnée d'une baisse de la proportion de la peine effectuée en détention (Po) dont la valeur moyenne est passée ainsi de 78 % à 68 %. La dispersion autour de la moyenne a, elle aussi, diminué de façon significative. Ainsi, dans la cohorte 1973, l'intervalle de Po 70 %-90 % couvre 55 % des effectifs, alors que dans la cohorte 1982, l'intervalle 60 %-80 % couvre 80 % des effectifs.

Cette situation est liée à l'évolution du cadre juridique. En premier lieu, la loi du 29 décembre 1972 sur les réductions de peines a pu pleinement s'appliquer à la cohorte 1982. Celle-ci a également bénéficié de la loi du 11 juillet 1975 qui offrait la possibilité de réductions de peine exceptionnelles aux détenus ayant réussi un examen et des réductions de peine aux condamnés présentant des gages exceptionnels de réadaptation sociale. S'ajoute à cela l'effet des mesures de 1981 (grâce collective et amnistie).

Pour toute une série de raisons techniques que l'on ne développera pas ici, la mise en relation des modifications dans l'exécution des peines observées entre 1973 et 1982 et de l'évolution des taux de retour est rendue très difficile par le nombre de facteurs à prendre en compte :

- modification de la structure des cohortes selon les caractéristiques des individus ;
- inversion des proportions entre libération conditionnelle et fin de peine ;
- baisse de la proportion de la peine effectuée en détention ;
- diminution de la dispersion des distributions selon cette proportion.

Aussi serait-il hasardeux d'affirmer l'existence d'une relation de cause à effet entre ces modifications dans l'exécution des peines et la baisse des taux de retour. On peut plus modestement noter que ces changements ne sont pas accompagnés d'une hausse de la fréquence du retour en prison.

*

* *

Cette étude constitue, nous l'avons dit, la première étape de l'exploitation de l'enquête sur la cohorte 1982. Dans un second temps, l'analyse concernera l'ensemble des nouvelles condamnations qu'il s'agisse d'une peine de prison ou non. Ce qui permettra d'avoir une vision plus complète du devenir judiciaire de cette cohorte. Par ailleurs, ces travaux relatifs aux longues peines (3 ans et plus) pourront être complétés par les résultats d'une recherche en cours au CESDIP sur le devenir judiciaire, après libération, d'une cohorte d'entrants — représentative de l'ensemble des entrants de 1983 —, l'analyse portant sur les détenus qui sont restés moins de 27 mois en prison, soit 95 % de la cohorte⁵.

5. Travaux déjà réalisés sur cette cohorte d'entrants : M.-D. Barré, P. Tournier, *Le temps carcéral*, cette *Revue* 1990.379-387 ; P. Tournier, *La détention des mineurs, observations suivies d'une cohorte d'entrants*, CESDIP, *Etudes et données pénales*, n° 62, 1991.

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

I. — Arrêt *Kemmache c/ France* du 27 novembre 1991

Le récent arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kemmache c/ France* (27 nov. 1991) fait suite à l'arrêt *Letellier c/ France* du 26 juin 1991 commenté dans le numéro 3-1991 de cette *Revue*, et dans une certaine mesure complète celui-ci.

Les deux arrêts comportent plusieurs points communs. Ils s'appliquent tous deux à l'article 5 et l'article 6.1 de la Convention européenne, au contrôle de la détention provisoire. Les deux cas d'espèce concernaient des accusés qui ont été ultérieurement reconnus coupables et condamnés. Le problème de la détention était donc examiné en dehors du contexte de la situation de détention suivie d'acquiescement qui sensibilise davantage l'appréciation de celle-ci.

A. — *Les circonstances de la cause*

1. Les procédures

Les procédures d'instruction

Le 6 juillet 1981, MM. Klaushofer, Autrichien résidant au Liechtenstein, et Ceccio, Italien vivant en Suisse, furent interpellés à l'aéroport de Nice alors qu'ils tentaient de changer dans une des banques de l'aéroport un billet contrefait de cent dollars volé aux Etats-Unis. Les deux hommes circulaient à bord d'un véhicule volé aux Pays-Bas et faussement immatriculé au Portugal. On découvrit dans leurs bagages 4 500 autres fausses coupures de 100 dollars et de quoi enliasser le double ; le 8 juillet 1981, les intéressés se virent inculper d'introduction en France de monnaie contrefaite, ainsi que d'usage et de circulation irrégulière de fausses coupures, et placer sous mandat de dépôt.

L'information s'orienta vers le requérant et un Espagnol, M. Hernandez, que MM. Klaushofer et Ceccio auraient rencontrés à Monaco par l'entremise d'un malfaiteur italien, M. Caudullo. M. Kemmache fut ainsi inculqué, le 16 février 1983, des mêmes infractions que les susnommés et placé à son tour sous mandat de dépôt.

Le 24 février 1984, M. Ceccio révéla au magistrat instructeur qu'il lui avait mensongèrement affirmé, sur les directives de son avocat et en contrepartie d'une rémunération

versée par le requérant, ne pas connaître ce dernier. Ledit magistrat convoqua M. Kemmache — élargi entre-temps sous contrôle judiciaire — pour l'entendre le 13 mars 1984, réunion reportée au 20 mars 1984. Kemmache ne comparut pas et fut écroué le 22 mars 1984.

Le 29 juin 1984, le juge d'instruction rendit une ordonnance de clôture de l'information criminelle et transmit le dossier au parquet.

Les déclarations de M. Ceccio entraînèrent l'ouverture, le 18 juin 1984, d'une deuxième information judiciaire contre M. Kemmache et deux autres personnes pour subornation d'autrui et complicité de subornation d'autrui.

Le 20 février 1986, le magistrat instructeur, après avoir interrogé le requérant, l'inculpa de complicité de subornation d'autrui. Le 2 octobre 1986, il rendit une ordonnance de soit-communié de la procédure pour règlement.

Les procédures de jugement

Le 28 août 1984, la chambre d'accusation de la cour d'appel d'Aix-en-Provence prononça la mise en accusation de M. Kemmache pour introduction sur le territoire français de monnaie contrefaite, usage et circulation irrégulière de fausses coupures, et le renvoya devant la cour d'assises des Alpes-Maritimes. Sur pourvoi de l'intéressé, la Cour de cassation annula cet arrêt le 20 novembre 1984 : la chambre d'accusation avait méconnu les articles 83 et 84 du code de procédure pénale en s'abstenant de constater le défaut de désignation du magistrat instructeur qui avait poursuivi l'information, le premier juge d'instruction ayant changé de poste.

Statuant sur renvoi le 7 janvier 1985, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Grenoble déféra le requérant, pour jugement, à la cour d'assises des Alpes-Maritimes. Sur pourvoi de l'intéressé, la Cour de cassation annula cet arrêt le 26 mars 1985 parce que non motivé.

A nouveau, le 15 mai 1985, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Grenoble, statuant sur renvoi dans une autre composition, déféra M. Kemmache, pour jugement, à la cour d'assises des Alpes-maritimes. Toutefois, sur pourvoi de l'intéressé, la Cour de cassation annula cet arrêt le 17 juillet 1985 : la chambre d'accusation avait violé l'article 202 du code de procédure pénale en retenant des faits non compris dans la saisine du juge d'instruction, sans avoir ordonné un supplément d'information ni fait procéder à l'inculpation de l'intéressé.

Statuant sur renvoi le 13 août 1985, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon déféra M. Kemmache en jugement devant le cour d'assises des Alpes-Maritimes, du chef du crime de complicité, avec connaissance, par aide et assistance, d'introduction et d'exposition sur le territoire français de billets de banque étrangers contrefaits, ainsi que du délit connexe de circulation irrégulière de ces faux billets dans le rayon douanier. Le 29 octobre 1985, la Cour de cassation rejeta le pourvoi du requérant.

La cause devait se débattre devant la cour d'assises des Alpes-Maritimes au premier trimestre 1986, mais par une ordonnance du 11 mars 1986, le président de celle-ci la reporta à une session ultérieure : le requérant avait été inculpé du délit de complicité de subornation d'autrui et il existait un lien de corrélation entre les procédures criminelle et correctionnelle.

Le 19 novembre 1986, les autorités françaises remirent provisoirement MM. Klaushofer et Ceccio à la Suisse, en vertu de l'article 8 de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers aux fins d'une instruction menée dans ce pays pour assassinat et dans laquelle ils se trouvaient impliqués. Le premier fut renvoyé en France le 26 février 1990 une fois condamné en Suisse à vingt ans de réclusion criminelle, le second dès le 25 janvier 1988 après avoir bénéficié d'un non-lieu.

Le 25 avril 1991, la cour d'assises des Alpes-Maritimes a condamné le requérant — arrêté à nouveau le 14 mars 1991 en vertu de l'ordonnance de prise de corps rendue le 13 août 1985 par la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon à onze ans de réclusion criminelle et à 2 600 000 francs français (f.) d'amende. Le lendemain, celui-ci forma un pourvoi en cassation. L'arrêt fut cassé avec renvoi. En février 1992 la Cour de renvoi n'avait pas encore statué.

Le 4 mars 1987, le juge d'instruction de Nice déféra M. Kemmache et un coincepé, du chef de subornation d'autrui et complicité de subornation d'autrui, au tribunal correctionnel de la même ville, pour jugement.

Le 20 octobre 1987, ce dernier les relaxa tous deux.

2. Les mises en détention provisoire

Pendant les procédures susmentionnées, le requérant resta en détention provisoire plus de trois ans au total.

Le Conseil du requérant forme plusieurs appels contre les ordonnances de rejet de demande de mise en liberté.

Dans le troisième, il indiquait :

« (...) la bonne foi de Michel Kemmache est totale et ne saurait être mise en doute dans la mesure où (...) il entendait bien se présenter au magistrat instructeur.

(...) c'est ainsi qu'il s'est rendu à Nice, dès le 18 mars 1984, en vue d'un interrogatoire prévu pour le 20 mars 1984.

(...) à cet égard, (...) dans le cadre de la sommation interpellative qui lui a été délivrée le 11 avril 1984, Mme Evelyne Monod, gérant de l'hôtel King George à Nice, a déclaré que Michel Kemmache avait séjourné deux nuits dans son hôtel, qu'étant arrivé le 18 mars 1984, il était reparti le 19 mars 1984, dans l'après-midi.

(...) qu'il a également été établi, par une attestation de M. Charles Kaiser, en date du 17 juillet 1984, que Michel Kemmache devait se rendre chez lui à Miramas, dans la soirée du 19 mars 1984, et y demeurer jusqu'au 20 mars 1984 au matin.

Or, (...) en raison d'incidents mécaniques affectant son véhicule, il s'est trouvé empêché de regagner Nice aux dates et heures prévues pour l'interrogatoire.

(...) une attestation du concessionnaire B.M.W. à Pavillon-sous-Bois, le garage Bessin, établit le fait que le véhicule de Michel Kemmache avait été gardé en observation du 24 novembre 1983 au 10 février 1984, soit près de trois mois, car il avait déjà auparavant présenté des défaillances.

Mais (...) en dépit de ces avatars Michel Kemmache s'est rendu dès le lendemain matin, c'est-à-dire le 21 mars au matin, chez le juge d'instruction qui a préféré reporter à une date ultérieure l'interrogatoire de Michel Kemmache (...) »

Cette version n'était pas retenue par les chambres d'appel.

Les juridictions saisies rendirent une série de décisions de rejet motivées pour l'essentiel par l'absence de garanties de représentation, l'accusé ayant déjà tenté de se soustraire aux obligations du contrôle judiciaire, et par le risque de pressions sur les témoins, eu égard aux révélations de M. Ceccio.

Une série d'arrêts de chambres d'accusation sur d'autres périodes intervinrent pour rejeter les demandes de mise en liberté dont certains après cassation d'arrêts précédents.

Devant la Cour européenne, le gouvernement articulait notamment :

« La procédure a débuté le 16 février 1983 (date de l'inculpation). Elle n'est pas terminée, le requérant ayant été, je le rappelle, en fuite à la date de l'audience d'assises du 14 décembre 1990.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, la durée de la procédure s'apprécie en tenant compte :

- de la complexité de l'affaire,
- du comportement du requérant,
- de celui des autorités compétentes.

Un examen rapide de chaque phase de la procédure permet de constater qu'il n'y a nullement violation de l'article 6 § 1.

S'agissant de la procédure d'instruction : sa durée doit être regardée comme raisonnable. En effet, M. Kemmache a été inculqué le 16 février 1983 ; le juge d'instruction a communiqué son dossier le 26 juin 1984, soit un peu plus d'un an après l'inculpation.

De même, le renvoi devant la cour d'assises est intervenu le 13 août 1985, après plusieurs arrêts de cassation et il a été confirmé le 29 octobre 1985 par le rejet du pourvoi formé par le requérant.

Le gouvernement français, je le rappelle, ne peut être tenu pour responsable de l'allongement des procédures dû à l'exercice de multiples voies de recours.

Pour ce qui concerne la période comprise entre le 29 octobre 1985 (date de confirmation du renvoi devant la cour d'assises) et le 20 octobre 1987 (date à laquelle le tribunal correctionnel de Nice relaxe M. Kemmache).

Fixée à l'origine au premier trimestre 1986, l'audience a été reportée à une session ultérieure (par ordonnance du président de la cour d'assises du 11 mars 1986) et en raison des liens avec la procédure correctionnelle en cours d'information.

Il était évident que l'établissement des faits criminels était subordonné aux résultats de l'enquête correctionnelle, compte tenu des déclarations de M. Ceccio ».

« Le renvoi de l'audience a eu lieu après l'inculpation dans la procédure correctionnelle (inculpation du 20 févr. 1988) inculpation intervenue à la suite des commissions rogatoires délivrées par le juge d'instruction et dont le résultat conditionnait l'inculpation.

Il ne faut pas oublier que le premier arrêt de renvoi devant la cour d'assises date du 28 août 1984. Si le requérant n'avait pas utilisé des voies de recours multiples, l'audience de la cour d'assises aurait eu lieu avant que l'affaire correctionnelle, dans laquelle l'inculpation est intervenue le 20 février 1986, n'aboutisse à ce que le renvoi soit jugé nécessaire.

Ici encore, donc, le requérant ne peut reprocher au gouvernement français les délais supplémentaires que l'exercice des voies de recours a entraînés.

Pour ce qui concerne la période comprise entre le 20 octobre 1987 (date à laquelle le tribunal correctionnel de Nice relaxe M. Kemmache) et le 12 juin 1990 (date prévue pour l'audience de la cour d'assises des Alpes-Maritimes).

Les délais constatés, pour cette période, s'expliquent par des raisons qui sont très largement indépendantes des autorités françaises, dès lors qu'ils étaient liés à la remise provisoire aux autorités judiciaires helvétiques de deux des coaccusés de M. Kemmache.

En effet, le 19 novembre 1986, MM. Ceccio et Klaushoher ont été remis provisoirement aux autorités helvétiques afin de faciliter l'instruction d'un assassinat dans lequel ils étaient impliqués.

Le 19 novembre 1986, il était logique que les autorités françaises répondent favorablement à la demande suisse :

– les faits pour lesquels les intéressés étaient poursuivis étaient particulièrement graves (assassinat) et requéraient une procédure rapide alors que la procédure d'instruction criminelle française était achevée ;

– en même temps, l'audiencement de l'affaire française n'était pas imminent, puisqu'il dépendait des suites données à l'affaire correctionnelle ;

— enfin, les autorités helvétiques s'étaient engagées à rendre rapidement les intéressés aux autorités françaises ».

« M. Ceccio réintégrait la maison d'arrêt de Nice le 25 janvier 1988 après qu'une ordonnance de non-lieu eut été rendue en sa faveur en Suisse le 24 décembre 1987.

Quant à M. Klaushofer, il n'est revenu à Nice que le 26 février 1990 après sa condamnation en Suisse à une peine de 20 ans de réclusion criminelle.

L'absence des deux coaccusés de M. Kemmache n'a pu permettre l'audience du procès d'assises avant leur retour. Certes, face à la difficulté d'obtenir le retour de M. Klaushofer en France, une disjonction de son cas et de celui de M. Kemmache et M. Ceccio avait été envisagée, mais s'agissant d'un dossier criminel dans lequel les déclarations de M. Klaushofer sont un des éléments fondamentaux de l'accusation et en raison de la gravité de la peine encourue les autorités judiciaires françaises ont estimé nécessaire d'attendre son retour.

En outre, un point mérite tout particulièrement d'être souligné dans ses conclusions devant la cour d'assises, lors de l'audience du 12 juin 1990. M. Kemmache a motivé sa demande de renvoi par le fait, notamment, qu'une disjonction était contraire aux droits de la défense.

Il convient en outre de signaler que les autorités helvétiques ont été régulièrement et à de nombreuses reprises sollicitées pour restituer les deux coaccusés. Ainsi, le 20 janvier 1987, le ministère des Affaires étrangères demande à l'Ambassade de Suisse la date à laquelle les deux accusés pourront être reconduits en territoire français.

Le 18 juillet 1988, nouvelle demande du ministère des Affaires étrangères. Le 10 avril 1989, une nouvelle note est envoyée. Le 12 juin 1989 également, de même le 11 décembre 1989.

M. Klaushofer est rentré en France le 26 février 1990 et l'affaire a donc été fixée à la plus proche session de la cour d'assises des Alpes-Maritimes, soit le 12 juin 1990.

Le gouvernement français estime que ce retard de deux ans et huit mois dans l'audience de l'affaire ne peut lui être imputable. En effet, ce retard est directement lié au souci des autorités judiciaires helvétiques, elles-mêmes soumises aux nécessités de leur propre procédure de voir demeurer M. Klaushofer sur le territoire suisse ».

L'avocat de M. Kemmache, M^e Chantal Meral avait relevé dans son exposé en particulier :

« Ceccio accuse Kemmache le 23 février 1984 ; le 7 mars 1984, le juge d'instruction décide une information, celle de subornation d'autrui, et le 22 mars 1984 on interroge Kemmache, ou du moins on l'incarcère pour l'entendre sur ces faits. Et, à mon grand étonnement aujourd'hui, on vient nous dire que cette information a été ouverte le 18 juin 1984.

La première question est : pourquoi ces deux dates ? Deuxième question, peut-être la plus importante, est que si l'information comme le soutient depuis trois jours le gouvernement français a été ouverte le 18 juin 1984, c'est infiniment plus gênant pour le gouvernement français que d'évoquer cette date parce que alors Michel Kemmache est incarcéré le 22 mars pour ne pas s'être présenté le 20 mars pour être entendu sur des faits pour lesquels on ouvre une information le 18 juin 1984.

En tout état de cause, qu'il s'agisse du 7 mars 1984 ou du 18 juin 1984, rien ne pourra expliquer le fait que Michel Kemmache n'ait été inculpé que le 20 février 1986, c'est-à-dire deux ans plus tard, que pendant ces deux années précédentes il était à la disposition de la justice à la même maison d'arrêt de Nice que Ceccio, que le juge d'instruction qui a cru devoir décerner un mandat d'arrêt pour entendre Kemmache sur ces déclarations et le confronter avec Ceccio, voilà Kemmache incarcéré le 22 mars 1984 et on l'entend le 20 février 1986 pour l'inculper et on ne le confrontera d'ailleurs jamais avec Ceccio — c'est une confrontation qui n'aura jamais lieu — et Michel

Kemmache est simplement inculpé le 20 février 1986 et interrogé le 26 février 1986. Que faisait-il en détention depuis deux ans ? Que faisait-il depuis le 22 mars 1984 alors qu'en plus on nous indique depuis trois jours que l'information a été ouverte postérieurement à son incarcération ».

« Pour en terminer avec la procédure criminelle, qui a été clôturée le 29 juin 1984 et dans laquelle le dernier renvoi définitif est du 29 octobre 1985, cette affaire a fait l'objet d'une citation en juin 1990, c'est-à-dire cinq ans plus tard.

En ce qui concerne la procédure correctionnelle : elle a sommeillé de 1984 à 1986. En 1986, on s'est précipité en quinze jours pour faire trois actes de procédure. Quels sont ces actes ? Le 20 février 1986 : inculpation de Kemmache, le 13 mars 1986 : inculpation de M^c Mancilla et le 26 février 1986 : premier et unique interrogatoire de Kemmache sur ces faits. Pourquoi cette précipitation alors que depuis deux ans l'affaire sommeillait ? Parce que l'affaire avait été fixée pour être jugée aux assises les 17, 18 et 19 mars 1986, c'est-à-dire quelques jours plus tard et que le président des assises à cette session de mars 1986 n'a eu d'autre solution, étant en prise à une affaire criminelle dont on lui disait qu'elle avait des interférences avec une affaire correctionnelle qui par contre ne faisait que démarrer dans un souci d'une bonne administration de la justice, que de renvoyer l'affaire à une session ultérieure.

C'est dans ces conditions qu'en 1986, le 11 mars 1986, l'affaire a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi *sine die* jusqu'à ce que la lumière soit faite sur la procédure correctionnelle ».

B. — La décision de la Cour européenne

1. Sur la violation alléguée de l'article 5 § 3

« Kemmache invoque l'article 5 § 3, ainsi libellé :

« Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1c du présent article, (...) a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparaison de l'intéressé à l'audience ».

Le gouvernement ne trouve pas excessive, au regard des critères qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, la durée globale des privations de liberté litigieuses.

La Commission, elle, estime qu'à tout le moins à partir du 29 juin 1984, ces dernières ne se fondaient plus sur des motifs raisonnables ».

« L'intéressé a subi quatre périodes de détention provisoire : du 16 février au 29 mars 1983, du 22 mars 1984 au 19 décembre 1986, du 11 juin au 10 août 1990 et du 14 mars au 25 avril 1991.

Seules les deux premières, qui s'étendent sur deux ans, dix mois et dix jours au total, appellent un examen en l'espèce : les autres sont postérieures au 8 juin 1990, date de l'adoption du rapport de la Commission sur la violation alléguée de l'article 5 § 3, et ont fait l'objet de nouvelles requêtes qui demeurent en instance.

Il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable. A cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et d'en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement. C'est essentiellement sur la base des motifs figurant dans lesdites décisions, ainsi que des faits non controuvés indiqués par l'intéressé dans ses recours, que la Cour doit

déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 5 § 3 (V. en dernier lieu l'arrêt *Letellier c/ France* du 26 juin 1991, série A n° 207, p. 18, § 35).

Quand une arrestation se fonde sur des raisons plausibles de soupçonner quelqu'un d'avoir accompli une infraction, leur persistance est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, mais au bout d'un certain temps elle ne suffit plus ; la Cour doit alors établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté¹. Quand ils se révèlent « pertinents » et « suffisants », elle recherche de surcroît si les autorités nationales compétentes ont apporté une « diligence particulière » à la poursuite de la procédure (*Ibid.* p. 18, § 35).

La première détention commença le 16 février 1983 et s'acheva le 29 mars suivant, soit après six semaines environ. M. Kemmache en conteste le bien-fondé en tirant argument, entre autres, de la rapidité de son élargissement.

Selon le gouvernement, il fallait au magistrat instructeur un tel laps de temps pour mener, à l'abri des pressions et de tout concert frauduleux, les premières investigations et confrontations à un stade décisif de la procédure. Eu égard à la gravité des faits reprochés et aux risques de fuite en découlant, il ne consentit du reste à relâcher l'intéressé que sous contrôle judiciaire et après versement d'un cautionnement important.

La Commission se borne à noter que le requérant a rempli les conditions ainsi imposées.

Aux yeux de la Cour, la nature des infractions à élucider et les exigences de l'instruction pouvaient justifier la détention en cause.

La seconde détention à considérer dura du 22 mars 1984 au 19 décembre 1986, soit près de deux ans et neuf mois.

Pour rejeter les demandes de mise en liberté de M. Kemmache, les juridictions compétentes avancèrent quatre motifs principaux : la gravité des faits et la sanction encourue ; les impératifs de l'ordre public ; la nécessité d'empêcher des pressions sur les témoins et les coaccusés ; le besoin de parer au danger de fuite.

La gravité des faits et de la sanction encourue

Le gouvernement souligne la gravité des faits imputés au requérant et de la peine encourue par lui, renvoyé devant la cour d'assises sous l'accusation de complicité du crime d'introduction et d'exposition en France de billets de banque contrefaits, ainsi que de complicité du délit de circulation irrégulière de fausses coupures, l'intéressé se trouvait exposé à une peine de réclusion criminelle à perpétuité.

Pour M. Kemmache, au contraire, la prise en compte de ces deux éléments porte atteinte à la présomption d'innocence.

L'existence et la persistance d'indices graves de culpabilité constituent sans nul doute des facteurs pertinents, mais la Cour estime, avec la Commission, qu'elles ne justifient pas à elles seules une aussi longue détention provisoire.

Les impératifs de l'ordre public.

A l'exception de la chambre d'accusation de la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans ses arrêts des 24 juillet et 7 août 1984 et de la cour d'assises des Alpes-Maritimes dans ses arrêts des 9 octobre et 6 novembre 1986, les juridictions saisies exprimèrent avec force, bien qu'en termes variables, le souci de préserver l'ordre public du trouble causé par les crimes et délits reprochés au requérant.

Le gouvernement adopte leur argumentation, tandis que l'intéressé la critique.

1. Les critères de maintien en détention. Jurisprudence de la Cour : *Wemhoff*, 27 juin 1968, série A n° 7, p. 25 § 15 ; *Neumeister*, 27 juin 1968, série A n° 8, p. 37 et 38, § 4-5 et 10 ; *Stögmüller*, 10 nov. 1969, série A n° 9, p. 10 § 4 ; *B. c/ Autriche*, 2 mars 1990, série A n° 175, p. 16, § 42 ; *Letellier*, Cour/Misc (91) 174, § 53.

Selon la Commission, le danger de pareil trouble, entendu par elle comme trouble de l'opinion publique devant la libération d'un suspect, ne peut découler uniquement de la gravité d'un crime ou des charges pesant sur l'intéressé.

La Cour admet que par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement, certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire, au moins pendant un temps.

Dans des circonstances exceptionnelles, cet élément peut donc entrer en ligne de compte au regard de la Convention, en tout cas dans la mesure où le droit interne reconnaît — tel l'article 144 du code français de procédure pénale — la notion de trouble à l'ordre public provoqué par une infraction. Cependant, on ne saurait l'estimer pertinent et suffisant que s'il repose sur des faits propres à montrer que l'élargissement du détenu troublerait réellement l'ordre public². En outre, la détention ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé ; sa continuation ne saurait servir à anticiper sur une peine privative de liberté (arrêt *Letellier c/ France*, préc. série A n° 207, p. 21, § 51).

Or en l'espèce, ces conditions ne se trouvaient pas remplies. Certaines chambres d'accusation examinèrent de manière purement abstraite la nécessité de prolonger la privation de liberté, se bornant à insister sur la gravité des infractions (V. *mutatis mutandis*, le même arrêt, p. 21, § 51)³. D'autres invoquèrent « la confiance que les particuliers, les commerçants, les banquiers et toutes autres personnes doivent accorder à la monnaie » se limitant ainsi à relever les effets desdites infractions.

Le risque de pressions sur les témoins et coaccusés

D'après le gouvernement, les faits nouveaux révélés par M. Ceccio légitimaient la mise en détention de M. Kemmahe : ils autorisaient à redouter des pressions sur les témoins et les coaccusés. L'élargissement aurait eu lieu dès la disparition de ce risque, soit à la fin de l'instruction correctionnelle.

Le requérant affirme avoir été, près de trois ans durant, incarcéré dans la même maison d'arrêt que ses coaccusés, MM. Klaushofer et Ceccio.

Selon la Commission, la crainte d'une collusion et d'une destruction de preuves se concevait au début de l'instruction, mais ne pouvait plus jouer un rôle déterminant à partir du moment où les témoins avaient été entendus en maintes occasions.

La Cour rappelle que le mandat de dépôt du 22 mars 1984 fut décerné dans le cadre de la procédure criminelle ; il n'y en eut aucun dans celui de la procédure correctionnelle. On doit en déduire qu'après le 29 juin 1984, date de la clôture de l'information criminelle par le juge d'instruction, le risque en question disparut et ne pouvait donc plus servir de fondement à la détention.

Le danger de fuite

Le gouvernement estime qu'il y avait danger de fuite. Placé en liberté sous contrôle judiciaire, l'intéressé n'avait pas respecté certaines de ses obligations : il avait par deux fois, les 13 et 20 mars 1984, négligé sans raison valable de se rendre auprès du juge d'instruction.

2. Les décisions sur les demandes d'élargissement. Jurisprudence de la Cour : *Neumeister*, 27 juin 1968, série A n° 8, p. 44, § 24 ; *Winterwerp*, 21 oct. 1979, série A n° 33, p. 24, § 60 ; *Sanchez-Reisse*, 21 oct. 1986, série A n° 107, p. 19, § 51 ; *Lamy*, 30 mai 1989, série A n° 151, p. 17, § 29.

3. La procédure devant la cour d'appel relative aux prolongations de la détention provisoire. Jurisprudence de la Cour : *Winterwerp*, 24 oct. 1979, série A n° 33, p. 22-23 ; *X. c/ Royaume Uni*, 5 nov. 1981, série A n° 46, p. 22-23, § 52 ; *Weeks*, 2 mars 1987, série A n° 114, p. 31, § 65 ; *Koendjibihairé*, 25 oct. 1990, série A n° 185-B p. 40, § 27 ; *Keus*, 25 oct. 1990, série A n° 185-C, p. 66, § 24 ; *Thynne, Wilson et Gunnell*, 25 oct. 1990, § 80.

M. Kemmache, lui, souligne que l'audience fixée pour le 13 mars avait été reportée au 20 ; il prétend qu'une panne de véhicule l'empêcha d'aller au tribunal à cette date. Il ajoute que quelques heures plus tard son conseil téléphona en sa présence au juge d'instruction, lequel aurait exprimé l'intention de convoquer l'intéressé à une date ultérieure.

Pour la Commission, l'existence d'un danger de fuite ne pouvait être retenue d'emblée et les décisions rendues en la matière pèchent par insuffisance de motivation, faute de citer la moindre circonstance propre à l'établir.

La Cour note que dans les mémoires déposés à l'appui de trois de ses demandes d'élargissement le requérant donnait certaines explications relatives à sa non-comparution le 20 mars. La chambre d'accusation de la cour d'appel d'Aix-en-Provence releva cependant, dans son arrêt du 10 mai 1984 : « (...) les résultats des vérifications opérées pour vérifier l'emploi du temps de Kemmache durant les journées des 19, 20 et 21 mars 1984, en particulier les déclarations de Fernandez qui se trouvait à ses côtés durant ces trois jours, loin de corroborer les explications de l'inculpé, les contredisent, en particulier quant à l'allégation d'un déplacement vers Miramas au cours duquel se serait produit un incident mécanique inopiné ».

Il ressort des pièces produites que l'intéressé se trouvait bien à Nice le jour de sa convocation devant le juge d'instruction et que sa voiture n'avait subi aucun incident mécanique. Les juridictions en cause avaient donc lieu de croire au risque de le voir se soustraire à la justice. Toutefois, elles n'invoquèrent plus pareil danger après le 18 avril 1986, de sorte qu'au moins par la suite une détention ne se justifiait pas davantage à ce titre.

Ces diverses considérations amènent la Cour à conclure que la détention litigieuse a enfreint l'article 5 § 3 en se prolongeant jusqu'au 19 décembre 1986.

2. Sur la violation alléguée de l'article 6 § 1

Complexité de l'affaire

Devant la Commission, le gouvernement invoquait la complexité de l'affaire ; il tirait argument du nombre des auteurs et complices, du problème soulevé par la qualification juridique exacte des faits ainsi que de l'ouverture d'une instruction du chef de subornation et complicité de subornation d'autrui. Il n'y est pas revenu après la saisine de la Cour.

Comportement du requérant

Le gouvernement ne reprend pas non plus les critiques qu'il adressait à M. Kemmache pour avoir formé de nombreux pourvois en cassation ; la Commission les avait estimées non fondées. Il soutient en revanche que le requérant a contribué par deux fois à prolonger la procédure : le 12 juin 1990, en s'associant à une demande de renvoi de l'affaire à une session ultérieure et en s'opposant à voir disjoindre sa cause de celle de M. Klaushofer ; le 12 décembre 1990, en ne se constituant pas prisonnier à la veille du procès.

Sur le premier point, l'intéressé affirme avoir voulu sauvegarder les droits de la défense de son coaccusé ; sur le second, il allègue que l'agression dont il avait été victime l'avait rendu mentalement incapable de se présenter à l'audience du 13 décembre 1990.

La Commission ne se prononce pas.

Selon la Cour, on ne peut imputer aux autorités judiciaires la prolongation qui résulte de l'ajournement décidé le 12 juin 1990 sur les instances de M. Klaushofer, avec l'accord de M. Kemmache et moyennant la disjonction du cas de M. Ceccio. Le requérant lui-même provoqua un retard en ne se présentant pas à la maison d'arrêt le 12 dé-

cembre 1990, alors pourtant que d'après un rapport médical son état de santé ne l'empêchait pas de comparaître en cour d'assises.

Comportement des autorités judiciaires

Pour le gouvernement, on ne saurait reprocher aux autorités judiciaires aucune lenteur dans la conduite de l'affaire. La durée des instances de jugement tiendrait à deux circonstances : l'existence de poursuites correctionnelles contre l'intéressé et la remise provisoire à la Suisse des coaccusés de ce dernier.

Ouvertes du chef de subornation d'autrui, les poursuites correctionnelles avaient amené le président de la cour d'assises, le 11 mars 1986, à reporter à une session ultérieure l'examen de la cause criminelle. Toujours d'après le gouvernement, cette décision s'expliquait par le lien étroit entre les deux procédures et répondait à l'intérêt même de l'accusé.

M. Kemmache objecte que l'action correctionnelle tendait selon toute apparence à grossir artificiellement le dossier criminel ; il constate en outre qu'elle a débouché sur un jugement de relaxe.

La Cour estime que si la procédure correctionnelle, elle-même fort longue (18 juin 1984-20 oct. 1987), eut une certaine incidence sur le déroulement de la procédure criminelle, la durée de celle-ci ne se justifie pas pour autant, comme le prétend le gouvernement.

Le gouvernement reconnaît qu'à partir de cette dernière date l'affaire criminelle se trouvait en état. Il rappelle que deux des coaccusés du requérant, MM. Klaushofer et Ceccio, avaient été provisoirement remis aux autorités judiciaires helvétiques le 19 novembre 1986 afin de faciliter l'instruction de l'assassinat, en Sicile, d'un ressortissant suisse.

Prise en vertu de l'article 8 de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers, la mesure en question se serait fondée sur plusieurs motifs : la non-imminence de l'audiencement de l'affaire criminelle, car il dépendait du déroulement de l'instance correctionnelle, l'engagement des autorités suisses à rendre à bref délai les intéressés à la justice française, la gravité des faits poursuivis dans leur pays et la nécessité d'une procédure rapide, alors qu'en France l'instruction principale était terminée et que le risque de dépérissement des preuves avait disparu.

M. Ceccio avait réintégré la maison d'arrêt de Nice le 25 janvier 1988 après avoir bénéficié en Suisse, le 24 décembre 1987, d'une ordonnance de non-lieu, M. Klaushofer le 26 février 1990 seulement, après sa condamnation à vingt ans de réclusion criminelle par la justice de cet Etat.

Sans doute leur absence n'eût-elle pas empêché, en théorie, d'audier plus tôt le procès d'assises de M. Kemmache. En particulier, les autorités judiciaires françaises auraient pu, faute d'obtenir le retour de M. Klaushofer, disjoindre son cas de celui du requérant et de M. Ceccio. Elles y auraient pourtant renoncé parce que les déclarations de M. Klaushofer constituaient l'un des éléments fondamentaux de l'accusation et que les intéressés encouraient une peine très lourde.

En réponse à une démarche française, les autorités suisses auraient exprimé, le 23 juin 1988, le souhait de différer le renvoi de M. Klaushofer, en raison de l'évolution de son procès. Par une dépêche du 23 mai 1989, le procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence aurait informé le garde des Sceaux que la présence de l'accusé en France restait nécessaire, mais que « dans un souci de coopération et d'entraide avec les autorités suisses (...) (il) ne s'oppos(ait) pas à un report de sa remise sous réserve que la date du 1^{er} janvier (1990) ne (fût) pas dépassée ». M. Klaushofer étant arrivé en France le 26 février 1990, l'affaire aurait été fixée à la plus proche session de la cour d'assises des Alpes-Maritimes, soit le 12 juin 1990.

Bref, toujours d'après le gouvernement, le retard de deux ans et huit mois dans l'audiencement de l'affaire découlait directement du comportement des autorités helvétiques, elles-mêmes soumises aux nécessités de leur propre procédure.

Le requérant allègue au contraire qu'il eût fallu attendre la fin des poursuites pour livrer ses coaccusés à la Suisse et que l'on aurait pu ouvrir les débats avant le 19 novembre 1986. Il considère en outre que l'on aurait dû disjoindre son cas de celui de M. Klaushofer.

Avec la Commission, la Cour ne tient pas pour convaincant l'argument selon lequel on ne pouvait envisager pareille disjonction ; il faut aussi considérer le fait que la cour d'assises des Alpes-Maritimes adopta, le 12 juin 1990, une telle mesure à l'égard de M. Ceccio.

L'examen du dossier ne révèle aucun obstacle insurmontable qui empêchât de juger dès l'une des sessions du 1^{er} semestre de 1988 une affaire dont l'origine remontait au 16 février 1983.

En conclusion, la Cour à l'unanimité estime qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1.

Les deux décisions *Letellier* et *Kemmache* peuvent paraître rigoureuses s'agissant de procédures criminelles ayant nécessité un certain nombre de vérifications, de commissions rogatoires. Mais l'examen de la Cour portait à la fois sur l'article 5 et l'article 6. La diligence doit être d'autant plus observée que l'accusé est détenu.

Dans d'autres hypothèses, surtout si les décisions des chambres d'accusation sont plus personnelles aux cas d'espèce et aux variations des motifs de détention d'une période à l'autre, une durée égale à celle des affaires *Letellier* et *Kemmache* pourrait être compatible avec les articles 5 et 6.

Il faut au surplus pour avoir une analyse globale de la jurisprudence de la Cour européenne en matière de détention provisoire de tenir compte de l'ensemble des décisions rendues. Citons : *Wemhoff*, *Stögmüller*, *Neumeister*, *Keus*, *Thynne*.

L'on peut constater au travers des pièges de procédure du dossier *Kemmache* que certaines erreurs de traitement du dossier auraient pu être facilement évitées, ce qui aurait évité des périodes de stagnation de la procédure. Ni l'arrêt *Letellier*, ni l'arrêt *Kemmache* n'enferment les procédures d'instruction dans des carcans de durée qui ne tiendraient pas compte de la complexité des procédures et des nécessités de la politique criminelle. La condamnation finalement prononcée ne lie pas l'appréciation de la durée de la détention et celle du procès, la détention provisoire ne pouvant en soi anticiper sur la peine.

La législation autrichienne concernant la détention provisoire

La Cour a été appelée à statuer dans plusieurs affaires autrichiennes dont le système procédural d'instruction est assez proche du système français.

Actuellement, la Cour est saisie d'une affaire *Toth c/ Autriche* qui présente plusieurs aspects similaires à ceux des affaires *Letellier* et *Kemmache*. L'arrêt devrait intervenir en janvier 1992.

La détention provisoire

L'article 180 § 1 et 2 du code de procédure pénale, dans sa version du 2 mars 1983, permet de placer une personne en détention provisoire — s'il existe des raisons sérieuses de la soupçonner d'avoir commis une infraction pénale — en cas de danger de fuite, de collusion ou de répétition des infractions.

Un risque de fuite ne peut se présumer si l'inculpé encourt une peine égale ou inférieure à cinq ans d'emprisonnement, s'il vit dans des conditions normales et s'il a une

résidence permanente en Autriche, sauf s'il a déjà tenté de se soustraire à la justice (§ 3).

D'après l'article 193, la détention ne peut durer plus de deux mois si elle ne repose que sur le danger de collusion, ni plus de six ans dans les autres hypothèses. La juridiction de deuxième instance peut cependant, si le juge d'instruction ou le ministère public l'y invitent et si la difficulté ou l'ampleur de l'enquête l'exigent, la prolonger jusqu'à un maximum de trois mois dans le premier cas et, dans le second, d'un an, ou même de deux si la peine encourue dépasse cinq ans (§ 3 et 4).

La détention fondée sur un motif autre que le seul danger de collusion échappe à toute limite de durée aussitôt ouverts les débats (§ 5).

L'accusé peut à tout moment introduire une demande d'élargissement (art. 194 § 2). Selon les articles 194 et 195, pareille demande et tout recours contre une décision prolongeant la détention sont examinés par la chambre du conseil en audience non publique, en présence du prévenu ou de son avocat. En appel les débats se déroulent également à huis clos, en présence d'un magistrat du parquet général mais en l'absence de l'inculpé et de son avocat.

A défaut d'une telle initiative de l'intéressé, la chambre du conseil contrôle d'office la détention quand celle-ci a duré deux mois (art. 194 § 3).

La mise définitive en accusation ou la fixation de la date d'ouverture du procès entraînent la suppression des audiences de contrôle ; les décisions sur le maintien en détention incombent à la chambre du conseil siégeant à huis clos (art. 194 § 4).

La détention provisoire prend fin au plus tard au moment où le condamné commence à purger sa peine, sur la durée de laquelle elle s'impute (art. 38 c. pén.).

Les substituts de la détention provisoire.

L'article 180 § 4 du code de procédure pénale impose de ne pas prolonger la détention provisoire quand on peut en atteindre les buts par une ou plusieurs mesures plus clémentes. Les principales d'entre elles sont les suivantes (art. 180 § 5) : engagement de ne pas s'enfuir et de ne pas se cacher, ni quitter sa résidence, sans l'autorisation du juge d'instruction ; promesse de ne pas entraver l'enquête ; obligation de résider dans un lieu déterminé ou d'éviter une localité donnée ou de consommer des boissons alcoolisées ; devoir de signaler ses changements de résidence ; retrait provisoire du passeport ou du permis de conduire ; cautionnement ; désignation provisoire d'un agent de probation.

L'article 190 ménage la possibilité d'une mise en liberté sous caution.

La Cour européenne a rendu pendant le deuxième semestre 1991 un grand nombre d'arrêts notamment en matière de liberté d'expression (*Observer Guardian c/ Sunday Times*) et dans le domaine pénal (*Demicoli c/ Brandstetter* ; *F.C.B.-Borgers c/ Suisse*).

Elle aura à statuer en février dans l'affaire *Tomasi c/ France* (garde à vue et durée de la détention).

La conférence des Nations Unies sur la prévention du crime (21-23 nov. au Château de Versailles) a marqué, en particulier de la part des Etats européens membres du Conseil de l'Europe, la priorité reconnue à la prévention et aux peines de substitution. Il est utile dans l'examen des procédures nationales de prendre en compte cette évolution de la criminologie et de la pénologie à l'échelle mondiale.

II. — DROIT COMMUNAUTAIRE

Christophe SOULARD

Magistrat,

Lecteur d'arrêts à la Cour de justice des Communautés européennes

Au cours de la période étudiée, la Cour a rendu plusieurs arrêts susceptibles d'intéresser les pénalistes. Ils concernent d'une part l'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres et, d'autre part les pouvoirs de sanction de la Commission.

I. — L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE SUR LE DROIT PÉNAL DES ÉTATS MEMBRES

A. — Par un arrêt rendu le 25 juillet 1991, la Cour a considéré que l'article 5 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail s'oppose à ce que des législations nationales interdisent le travail de nuit des femmes, dès lors qu'une telle interdiction n'est pas applicable aux hommes.

On sait que l'article L. 213-1 du code du travail français, applicable à la plupart des établissements, interdit, sous peine de sanctions pénales, d'employer des femmes pour des travaux de nuit, à l'exception de celles qui occupent « des postes de direction ou de caractère technique et impliquant une responsabilité » ainsi que de celles occupées dans « les services de l'hygiène et du bien-être qui n'effectuent pas normalement un travail manuel ». L'article L. 213-3 permet cependant de déroger à ce principe, par autorisation donnée par les inspecteurs du travail, pour les établissements où sont exécutés des travaux intéressant la défense nationale et dans lesquels le travail est organisé par des équipes successives. De même, l'article L. 213-5 autorise des dérogations par décret pour certaines industries. Enfin certaines dérogations sont prévues par l'article L. 213-6 en cas de chômage résultant d'une interruption accidentelle ou de force majeure.

La société Suma avait institué, dans le but d'éviter un certain nombre de licenciements et avec l'accord des syndicats de l'entreprise et de la majorité des femmes concernées, un système de travail ininterrompu par équipes, impliquant le travail de nuit pour l'ensemble de son personnel. Poursuivi devant le tribunal de police d'Illkirch, le directeur de la société Suma a soutenu que l'article L. 213 du code du travail était contraire à l'article 5 de la directive 76/207, qui prohibe toute discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne les conditions de travail. C'est dans ces conditions que le tribunal a posé à la Cour la question préjudicielle suivante : « L'article 5 de la directive du 9 février 1976 est-il suffisamment précis pour créer à la charge d'un Etat membre l'obligation de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes, telle qu'elle figure à l'article L. 213-1 du code du travail français ? ».

Cette question en recérait en réalité deux, qu'il convenait d'examiner successivement. La première portait sur le point de savoir si l'article 5 de la directive 76/207 peut être invoqué par les particuliers devant les juridictions nationales aux fins de voir écarter l'application de toute disposition nationale non conforme. On sait en effet que, selon la

jurisprudence traditionnelle de la Cour, seules les dispositions des directives ayant un caractère suffisamment clair, précis et inconditionnel ont un effet direct et peuvent en conséquence être invoquées par les particuliers. S'agissant de l'article 5 de la directive 76/207, la Cour a considéré que ces conditions étaient remplies, reprenant ainsi la solution déjà dégagée dans l'arrêt du 26 février 1986, *Marshall* (152/84, *Rec. CJCE*, p. 723).

Cette question de l'effet direct étant réglée, restait à savoir si l'article 5 de la directive 76/207 s'oppose à une interdiction telle que celle édictée par l'article L. 213-1 du code du travail. Les gouvernements français et italien faisaient valoir que l'interdiction du travail de nuit des femmes, assortie d'ailleurs de nombreuses dérogations, répond à des objectifs généraux de protection de la main-d'oeuvre féminine et à des considérations supérieures d'ordre social tenant, par exemple, aux risques d'agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes.

Cependant la Cour n'a pas retenu ces arguments. Elle relève que, « quels que puissent être les inconvénients du travail de nuit, il n'apparaît pas que, sauf en cas de grossesse et de maternité, les risques auxquels les femmes sont exposées dans un tel travail soient, de façon générale, différents par leur nature de ceux auxquels sont également exposés les hommes » et qu'« en ce qui concerne les risques d'agression, à supposer qu'ils soient plus grands la nuit que le jour, des mesures appropriées peuvent être adoptées pour y faire face sans porter atteinte au principe fondamental d'égalité de traitement entre hommes et femmes ». Quant aux responsabilités familiales, la Cour rappelle que « la directive n'a pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple ».

En statuant ainsi, la Cour ne s'est pas éloignée des considérations qui la guident habituellement dans l'interprétation de la directive 76/207 et qui la conduisent à envisager de manière restrictive la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 3, selon lequel « la directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». Comme l'a rappelé l'avocat général Tesaurò, la Cour avait en effet déjà affirmé que cette dérogation a pour but d'assurer d'une part, la protection de la condition biologique de la femme et, d'autre part, les rapports particuliers entre la femme et son enfant, et qu'elle ne permet pas d'exclure les femmes d'un emploi au motif que l'opinion publique exigerait qu'elles soient davantage protégées que les hommes contre des risques qui sont distincts des besoins de protection spécifiques de la femme tels que les besoins expressément mentionnés (arrêt du 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, *Rec. CJCE*, p. 1651). De la même façon, la Cour avait rappelé, dans l'arrêt du 12 juillet 1984, *Hofmann* (184/83, *Rec. CJCE*, p. 3047), que la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 3 n'est pas destinée à protéger le lien particulier qui existe entre une mère et son enfant en termes abstraits et généraux, en encourageant ou en protégeant un certain rôle traditionnel de la femme dans l'organisation de la famille, mais, plus limitativement, le lien spécial qui existe entre la femme et l'enfant au cours de la période de la grossesse et de celle qui suit immédiatement l'accouchement.

Reste cependant en suspens le problème de l'application de la Convention n° 89, du 9 juillet 1984, de l'organisation internationale du travail, qui interdit, sauf dérogations, le travail de nuit des femmes. On sait en effet que, selon l'article 234, premier alinéa, du Traité CEE, « les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent Traité, entre un ou plusieurs Etats membres d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent Traité ». Or la Convention n° 89 de l'OIT a été ratifiée par la France en 1953 et l'article L. 213 du code du travail a été adopté précisément dans le but de mettre en oeuvre cette convention (sur ce problème, V. les obs. de M. Jean-Guy Huglo dans sa note sous l'arrêt du 25 juill. 1991, *D.* 1991.31).

B. — Mais l'incidence du droit communautaire ne se manifeste pas seulement négativement dans le fait qu'il s'oppose à l'application de certaines lois nationales. Il peut également avoir pour effet de contraindre les législateurs et les tribunaux des Etats membres à sanctionner efficacement les violations dont il est l'objet. On sait en effet que lorsqu'un règlement communautaire ne prévoit pas de sanctions spécifiques en cas de violation mais renvoie, sur ce point, aux dispositions nationales, les Etats membres conservent un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions. Toutefois, conformément à l'article 5 du Traité CEE, qui impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire, ceux-ci doivent veiller à ce que les violations d'un règlement communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif.

Or le règlement (CEE) n° 3820/85 du Conseil, du 20 décembre 1985, qui contient un certain nombre de dispositions relatives aux temps de conduite et de repos devant être respectés dans le domaine des transports par route, laisse aux Etats membres le soin de préciser les sanctions pénales applicables en cas d'infraction aux règles qui y sont édictées. Cependant son article 15 dispose que :

« 1. L'entreprise organise le travail des conducteurs de telle manière qu'ils puissent se conformer aux dispositions appropriées du présent règlement ainsi qu'à celles du règlement (CEE) n° 3821/85.

2. L'entreprise vérifie périodiquement si les deux règlements ont été respectés. Si des infractions sont constatées, l'entreprise prend les mesures nécessaires pour éviter qu'elles se reproduisent ».

Le tribunal de police de Hasselt (Belgique) s'est demandé d'une part si l'obligation ainsi mise à la charge des entreprises était une obligation de résultat et, d'autre part, si l'existence de cette obligation avait pour effet de contraindre les Etats membres à adopter un régime de responsabilité pénale des personnes morales. Il a donc posé à ce sujet deux questions préjudicielles à la Cour de justice, qui y a répondu négativement. Les infractions à l'article 15 du règlement n° 3820/85 peuvent être réprimées par l'application de dispositions conformes aux principes de base du droit pénal national, même si ce dernier exclut la responsabilité pénale des personnes morales, dès lors que les sanctions qui en résultent ont un caractère effectif, proportionné et dissuasif. On peut d'ailleurs signaler que, parmi les Etats membres de la CEE, seuls le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande ont adopté le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Par ailleurs les termes mêmes de l'article 15 du règlement n° 3820/85 impliquent que l'obligation qu'il édicte est une obligation de moyen et non de résultat. Il s'ensuit que la constatation qu'une infraction a été commise par un conducteur employé par l'entreprise ne suffit pas en soi à établir que l'entreprise a manqué à ses propres obligations, au sens de cet article.

Cependant il ne s'agit là que d'une exigence minimale. Si les Etats membres doivent au moins sanctionner la violation par l'employeur de son obligation de moyen prévue à l'article 15, rien ne les empêche de prévoir que l'employeur sera pénalement responsable du fait de la violation par l'un de ses employés des règles énoncées aux articles 6, 7 et 8 du règlement. Une telle responsabilité constitue, en effet, un moyen particulièrement efficace d'assurer le respect des limites imposées par ces dispositions.

Rappelons qu'en France il n'existe pas, en principe, de responsabilité pénale du fait d'autrui, et que les employeurs ne sont tenus, en ce qui concerne le respect, par les conducteurs, des temps de conduite et de repos, qu'à une obligation de moyen. La Cour de cassation est cependant assez stricte à cet égard puisqu'elle considère que ce n'est pas au ministère public de prouver la carence du chef d'entreprise pénalement

responsable, mais à ce dernier d'établir qu'il a informé les salariés du contenu de la réglementation, qu'il leur a donné instruction de la respecter et, surtout, qu'il a pris toutes dispositions pour la faire effectivement observer en pratique.

Dans un arrêt rendu le 13 décembre 1991 sur une question préjudicielle posée à nouveau par le tribunal de police de Hasselt, la Cour a apporté une autre précision concernant la réglementation sociale des transports par route. Il s'agissait alors de l'article 15 du règlement n° 3821/85, dont le paragraphe 7 prévoit que « le conducteur doit être en mesure de présenter, à toute demande des agents de contrôle, les feuilles d'enregistrement de la semaine en cours, et, en tout cas, la feuille du dernier jour de la semaine précédente au cours duquel il a conduit ». Rappelons que le règlement n° 3821/85 impose l'installation et l'utilisation, sur tous les véhicules soumis au règlement n° 3820/85, d'un appareil de contrôle homologué connu sous le nom de « tachygraphe », conçu pour enregistrer d'une manière automatique ou semi-automatique, sur des feuilles homologuées, les données afférentes, en particulier aux temps de conduite et autres temps de travail, ainsi qu'aux temps de disponibilités et de repos journaliers et hebdomadaires des conducteurs. Or les termes « semaine précédente », qui figurent à l'article 15, peuvent désigner soit la semaine précédant immédiatement celle au cours de laquelle le contrôle est effectué, soit n'importe quelle semaine précédant celle du contrôle. Quant au terme « dernier jour », il désigne incontestablement, dans la version française, le dernier jour de conduite, comme le prouve l'accord du pronom « duquel ». Mais les versions italienne et espagnole se réfèrent au dernier jour de la semaine, soit le samedi ou le dimanche, suivant que l'on considère qu'il s'agit du dernier jour ouvrable ou du dernier jour en date. Quant à la version néerlandaise, utilisée par le juge de renvoi, elle ne fournit, en l'absence de déclinaison du pronom, aucune indication utile.

Face à cette situation, la Cour a appliqué sa jurisprudence habituelle selon laquelle, en cas de divergence entre les différentes versions linguistiques d'un texte communautaire, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément. Or en l'espèce, le contrôle n'est efficace que si le conducteur produit la feuille d'enregistrement correspondant au dernier jour de conduite, que ce jour fasse partie de la semaine précédant immédiatement celle du contrôle ou d'une semaine antérieure. C'est seulement ainsi que les services compétents pourront notamment contrôler si le conducteur a bien respecté la durée minimale de repos hebdomadaire.

II. — LES POUVOIRS DE LA COMMISSION EN MATIÈRE DE SANCTIONS

A. — Dans deux arrêts rendus respectivement le 12 décembre 1990 (*Vandermoorle NV c/ Commission*, C-172/89) et le 21 mars 1991 (*Haniel Spedition c/ Commission*, C-226/89) la Cour a appliqué le principe selon lequel une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base claire et non ambiguë ».

Il s'agissait en l'espèce d'appliquer le règlement n° 2200/87 de la Commission, du 8 juillet 1987, qui définit les modalités générales de mobilisation dans la Communauté de produits à fournir au titre de l'aide alimentaire communautaire. Ce règlement prévoit que la fourniture de produits au titre d'une aide alimentaire est, en règle générale, attribuée par une procédure d'adjudication, que le soumissionnaire doit constituer une garantie d'adjudication et que l'adjudicataire doit, dans les cinq jours qui suivent l'attribution du marché, fournir à la Commission la preuve de la constitution d'une garantie de livraison. Une autre garantie doit être constituée lorsqu'un paiement est effectué à l'avance par la Commission. La garantie d'adjudication est intégralement libérée par la Commission lorsque l'adjudicataire a fourni les marchandises en respectant ses obligations ou lorsqu'il a constitué la garantie cautionnant l'avance. Quant à la

garantie de livraison, elle peut être retenue en tout ou en partie par la Commission lorsque l'adjudicataire n'effectue pas ses livraisons ou les effectue avec retard.

Les sociétés Vandermoortele et Haniel Spedition ont été déclarées adjudicataires, au titre de l'aide alimentaire, respectivement de 2000 tonnes d'huile de colza raffinée destinées au Bangladesh et de divers lots de beurre destinés à l'Inde. Conformément aux dispositions mentionnées ci-dessus, elles ont constitué une garantie de livraison, qui a été libérée par la suite lorsqu'elles ont fourni une garantie cautionnant l'avance versée par la Commission. Lors du règlement final, la Commission a opéré une retenue sur les sommes dues à Vandermoortel et à Haniel Spedition, au motif que les marchandises étaient parvenues avec retard à leur destination.

La Cour a jugé que ces retenues étaient dépourvues de toute base légale puisque le règlement n° 2200/87 ne prévoit la possibilité de retenues qu'à la libération de la garantie de livraison. Le fait qu'à ce stade la Commission ignore, dans la plupart des cas, s'il y aura un retard dans la livraison et que, par conséquent, de nombreux retards ne donnent lieu à aucune sanction pécuniaire, ne saurait avoir pour effet d'étendre le champ d'application d'un texte parfaitement clair. Le principe de la légalité des sanctions l'emporte ainsi sur le souci de pallier les carences d'un système de contrôle.

B. — Le respect des droits de la défense constitue un second aspect de la protection des justiciables. Il est fréquemment invoqué en matière de répression des ententes illicites.

On sait que les articles 85 et 86 du Traité CEE interdisent les ententes entre entreprises et les abus de positions dominantes dans la mesure où ces pratiques affecteraient le commerce entre les Etats membres. L'article 89 confie à la Commission la mission de veiller au respect de ces principes et la charge notamment d'instruire les cas d'infractions présumés. Lorsque la Commission constate une infraction, elle peut obliger, par voie de décision motivée, les entreprises intéressées à y mettre fin et assortir cette décision de sanctions pécuniaires. La décision de la Commission ne peut cependant être fondée que sur des éléments qui ont été préalablement communiqués à l'entreprise sanctionnée.

C'est ce que la Cour a eu l'occasion de rappeler dans un arrêt rendu le 3 juillet 1991 dans l'affaire *AKSO Chemie BV c/ Commission (C-62/86)*. L'entreprise AKSO avait formé un recours en annulation contre une décision de la Commission constatant qu'elle avait enfreint l'article 86 du Traité CEE en « adoptant, à l'égard d'une société concurrente, ECS, un comportement destiné à saper l'affaire de celle-ci et/ou à provoquer son retrait du marché communautaire des peroxydes organiques ». AKSO avait été condamnée, par cette même décision, à payer une amende de 10 millions d'écus et à respecter certaines obligations relatives à son comportement commercial futur.

La décision attaquée reposait sur un certain nombre d'informations contenues dans des documents recueillis par la Commission au cours d'une longue enquête, parmi lesquels figuraient notamment des renseignements fournis par une entreprise tierce, Steetley Chemicals, concernant les prix pratiqués par cette entreprise, ainsi qu'une déclaration faite par une autre entreprise tierce, Smith, concernant une aide dont aurait bénéficié AKSO. La Cour indique que le premier de ces documents ne peut pas être pris en considération puisque la Commission ne conteste pas qu'il n'a pas été porté à la connaissance d'AKSO et qu'elle se borne à indiquer que cette dernière pouvait en subodorer le contenu. Quant au procès-verbal relatant des déclarations faites par l'entreprise Smith lors d'une visite effectuée sur place par la Commission, cette dernière prétendait qu'il faisait partie du dossier dont AKSO avait pu prendre connaissance dans les locaux de la Commission. La Cour relève cependant que ce procès-verbal ne figure pas dans le dossier qui lui a été transmis, de sorte que la Commission ne rapporte pas la preuve de ce qu'il a bien été porté à la connaissance d'AKSO. Elle l'écarte par conséquent des débats.

De même que l'entreprise poursuivie doit avoir eu communication des documents sur lesquels la Commission se fonde, l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17/62, du 6 février 1962, oblige la Commission à donner aux intéressés l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs qu'elle a retenus à leur égard. Dans l'affaire AKZO la Cour a indiqué que la communication des griefs doit énoncer, de manière claire, non seulement les faits sur lesquels se base la Commission, mais également la qualification juridique qui leur est donnée.

En revanche, et conformément à une jurisprudence établie par la Cour dans l'arrêt du 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB c/ Commission* (43 et 63/82, *Rec. CJCE*, p. 19), la Commission n'est pas tenue de communiquer à l'entreprise poursuivie l'ensemble du dossier qu'elle a constitué au cours de son enquête. Cette entreprise n'a donc pas la possibilité d'invoquer, pour sa défense, d'éventuels éléments favorables qui auraient été recueillis par la Commission et dont cette dernière ne ferait pas état. La position de la Commission est donc, à cet égard, plus proche de celle d'un ministère public que de celle d'un juge d'instruction.

En ce qui concerne les mesures imposées à l'entreprise AKZO, la Cour rappelle qu'elles ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour empêcher cette entreprise de poursuivre son comportement illicite et pour permettre à celle qui en fut victime de rétablir la situation qui existait avant le conflit. Quant au montant de l'amende, il doit être fixé en tenant compte notamment du fait que les abus constatés relèvent d'un domaine du droit où les règles de concurrence n'avaient jamais été précisées et qu'ils n'ont pas eu d'incidences significatives sur l'importance des parts de marché détenues respectivement par les entreprises concernées. C'est pour ces raisons, entre autres, que la Cour a réduit d'un quart l'amende infligée à AKZO.

E. — CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

DIALOGUE A VOIX MULTIPLES*

Denis SZABO

Professeur à l'Université de Montréal

Président honoraire de la Société Internationale de criminologie

Le Colloque international qui a réuni en 1951, dans la République Saint-Marin autour de F. Gramatica et M. Ancel, un groupe de juristes et de criminologues formalisait, en quelque sorte, le dialogue que les sciences de l'homme et de la société conduisaient avec les sciences juridiques depuis le dernier quart du XIX^e siècle, jusqu'à nos jours. Le mouvement est parti d'Italie mais il avait ses pendants en Allemagne (Von Liszt), en Belgique et aux Pays Bas (Prins et Van Hamel), en France (Lacassagne). Ceux qui se groupaient sous la bannière de la « défense sociale », étaient des juristes qui s'ouvraient à la réalité sociale ambiante. Celle-ci subissait des changements considérables. On passait d'une société à dominante rurale, patriarcale, hiérarchisée, séparant difficilement l'Eglise de l'Etat, à une société pratiquant de plus en plus systématiquement le suffrage universel, même dans les monarchies constitutionnelles. Ces sociétés étaient de plus en plus industrialisées, urbanisées, laïcisées. Or le droit, exprimant et codifiant la normativité d'une société traditionnelle véhiculait une image de l'homme et de la société que le changement socio-économique ainsi que les idées philosophiques dominantes, contestaient de plus en plus.

La grande majorité des juristes, des théoriciens aussi bien que les praticiens, demeureraient fidèles à la théorie traditionnelle. Ils défendaient la logique héritée du droit romain dont le puissant ordonnancement reflétait des principes classiques qui réglaient les relations de l'homme avec ses semblables, avec ses biens, avec son environnement et avec l'autorité. Ils mettaient l'accent sur ce qui stabilisait l'ordre social. Ils se méfiaient, voire rejetaient ce qui rendait compte du changement social. Le raisonnement classique postulait le « toutes choses étant égales par ailleurs ». Or, de moins en moins de « choses étaient égales par ailleurs ». Les positivistes italiens et leurs héritiers, ceux de la « défense sociale » examinaient de près ces « toutes choses ». Ils observèrent l'homme à la lumière des progrès des sciences biologiques et sociales, ils observèrent l'économie et la société à la lumière des sciences économiques et politiques. Ils trouvèrent la doctrine classique réductionniste, négligeant des aspects de la réalité humaine et sociale, révélés par les sciences empiriques et inductives. Et ils entreprirent la révision systématique des lois positives. Ils élaboraient une nouvelle normativité qui reflétait les réalités nouvelles.

Traditionnellement, avant le XVIII^e siècle, le droit dialoguait avec la théologie et la philosophie. Un quatrième pôle s'est développé à partir du XIX^e : celui des sciences de

* Conclusions générales du XLIV^e Cours international de la Société internationale de criminologie, (Saint-Marin 6-10 mai 1991) consacré au sujet *Criminologie et défense sociale : un dialogue*.

l'homme et de la société. Ce dialogue quadrangulaire (où le pôle scientifique jouait un rôle croissant) donnait naissance au droit pénal d'inspiration humaniste. C'était le mouvement de défense sociale nouvelle, lancée en 1946, au congrès de fondation à San Remo. Dès sa fondation, une tension stimulante et créatrice s'est manifestée entre ceux qui voulaient substituer une normativité purement sociologique et scientifique déterministe, à celle qui postulait le libre arbitre et l'image d'un homme responsable, en dernière analyse, de ses actes. La doctrine de l'abolition du système de justice criminelle (celle basée sur la faute morale, la culpabilité) de Gramatica à Hulsman, s'opposait à la doctrine de déjudiciarisation sélective et à la resocialisation, préconisées par Ancel et Béria. On se retrouvait dans le compromis du minimalisme (Mc Clintock) qui permettra à tous de lutter sur le même front : la réforme, d'inspiration humaniste, du droit pénal.

Au cours de cette quarantaine d'années, le mouvement offrait un forum permanent de débats d'idées, qui fut à l'origine d'initiatives législatives et réglementaires qui ont touché toutes les grandes articulations du système de justice criminelle. L'étude critique du concept de la criminalité et de la rationalisation, la modernisation de la réaction socio-judiciaire, constitue l'axe de réflexion du mouvement. Trois préoccupations transcendent toutes les études, tous les projets de réforme : a) l'élément de changement socio-économique rapide réclame une réévaluation constante de la réaction socio-judiciaire ; b) la diversification, l'individualisation des mesures pénales, le recours minimal à l'incarcération, *ultima ratio* de la peine, le maintien des principes de la prévention générale et spéciale ; c) le souci constant de l'homme et de sa dignité qui rejoint le principe présidant à la défense des droits de l'homme, sous toutes les latitudes et dans toutes les circonstances. Ces trois préoccupations, partagées par tous les adhérents du mouvement, ont fait jouer un rôle notable à la Défense sociale nouvelle dans la lutte contre les abus de pouvoir et l'arbitraire liberticide dans les pays comme ceux de l'Amérique latine. Le mouvement préconisait l'abolition des juridictions d'exception, l'introduction et l'affermissement de l'*habeas corpus* dans le système judiciaire de tradition continentale. Il fut aussi présent dans la lente restauration de l'Etat de droit dans les pays du socialisme réel.

Ces mêmes préoccupations entraînaient, à leur tour, trois conséquences significatives du point de vue criminologique. 1) La politique criminelle humaniste était très attentive aux révélations de la recherche criminologique. Elle constituait le passage naturel, pour les criminologues, vers la réforme effective du système pénal. 2) On procédait à un rapprochement systématique de la politique pénale à la politique sociale. Ceci a permis un désenclavement progressif de la justice pénale par rapport aux principes, réputés immuables et qui ont figé, voire paralysé l'administration de la justice. De plus, la politique criminelle figure, désormais, parmi les branches spécialisées de la politique sociale. 3) Enfin, il y a le refus de considérer l'homme comme un simple enjeu, d'accepter le pouvoir, quel qu'il soit, comme seul principe de légitimation de la coercition confiée à l'administration de la justice. Le droit au droit reconnaît la liberté et la dignité de l'homme, basées sur l'exercice de sa responsabilité.

La criminologie de son côté, accepte sa vocation empirique et appliquée. Elle prend en compte toutes les sciences humaines, de la biologie à la science politique et à l'ethnologie. C'est une anthropologie dans le sens le plus large dont la connaissance est nécessaire à la compréhension des problèmes posés par la déviance, des exclusions, des conduites criminelles, en un mot par la question pénale.

La criminologie n'est point exempte de tentations des modes passagères qui peuvent la conduire vers des impasses intellectuelles philosophiques, sociales et politiques. En voici quelques-unes : a) l'empirisme obtus conduit à l'expérimentation sans limite, souvent guidée par les impulsions les plus périssables qui sont à la mode à un moment donné dans le monde intellectuel. Les préoccupations conjonctuelles des princes qui nous gouvernent, sont du même ordre. Ce que les Allemands appellent la « Staatsdkriminologie » illustre bien cette tentation qui, avec les chapelles gnostiques

qui naissent des passions politiques ou philosophiques, ont mené le bateau de criminologie sur des récifs dangereux, entraînant maints naufrages ; b) analyse des normes suivant l'hypothèse d'une radicalement nouvelle normativité, utilisant la méthode de la « déconstruction/reconstruction » de l'objet pénal. Nous assistons alors à la dissolution de la norme dans l'historicité et le relativisme philosophique et moral. On passe de l'équivalence fonctionnelle entre comportements contestés ou prohibés à l'équivalence normative de ces comportements. Le débat autour de la réglementation des conduites sexuelles et la consommation de drogues fourmillent d'illustrations de ces impasses, de ces tunnels sans issue.

Actuellement, un certain consensus caractérise la recherche criminologique : l'acceptation de l'Etat de droit et de la démocratie libérale limite sévèrement les critiques sur la légitimité d'une normativité qui émane de ces organes. Les recherches comme les débats théoriques qui se portent sur des effets de ces normes, de ces lois et des règles qui les confortent, se (re)tournent vers l'homme dans ses relations avec le contrôle social, en somme sur les groupes sociaux. On examine les agresseurs, les victimes, les citoyens-justiciables, les agents du système de justice pénale dans leur interaction, les diverses stratégies ou les mécanismes auxquels chacun a recours dans la poursuite des ses objectifs. On offre aux citoyens, aux législateurs, à l'administration comme à la magistrature une image de plus en plus détaillée et précise sur la scène sociale et ses acteurs où se déroulent les conflits qui appellent leur intervention.

La leçon de l'histoire de ce presque demi-siècle de dialogue entre les protagonistes de la défense sociale et la criminologie est que cette dernière serait une simple théorie spéculative sans ce lien organique avec la politique criminelle. Celle-ci serait une idéologie réformiste, parmi d'autres si elle n'entretenait pas des liens, également organiques, avec la recherche criminologique. Nous sommes en présence, en fait, de deux faces de la même réalité, inextricablement liées. Ce lien entraîne une dynamique de changement *sui generis*. En effet, la politique criminelle tiendra compte de l'impact effectif des mesures qu'elle préconise alors que la recherche criminologique reçoit des stimulations constantes, d'une réflexion doctrinale, pour aborder de nouveaux défis à éclaircir, à comprendre. La reformulation des problématiques, tant de la politique criminelle que celle de la recherche criminologique, sont de plus en plus, l'oeuvre commune. Voici le contexte actuel dans lequel se déroule le dialogue entre la criminologie et le mouvement de la défense sociale. Voici ce qui se dégage des exposés qui en ont retracé l'histoire et les contours (communications de MM. Béria di Argentine et Canepa).

L'illustration de ce dialogue peut se faire à travers les huit articulations du système de justice pénale, identifiées par les auteurs du programme du Cours. Enumérons-les, avant de dire un mot sur chacune d'elles. La crise globale du système (a), la transformation du système par la privatisation (b), la police (c), la procédure pénale (d), le juge (e), la peine (f) et les interventions cliniques (g), l'évolution des idées et des connaissances (h).

a) En ce qui concerne *la crise du système*, deux thèses se confrontent : il y a ceux qui pensent qu'il y a crise du système et ceux pour qui il y a crise *dans* le système. Néanmoins peut-on prétendre, à la fin de ce siècle caractérisé par l'écroulement des systèmes totalitaires dont le bilan sanguinaire glace le sang, qu'un changement radical, donc volontariste-interventionniste du système puisse recéler une solution « globalement positive » de la crise ? L'histoire du terrorisme en Italie, pour ne prendre que cet unique exemple, témoigne de la vanité des efforts de « changer le système » par la violence. Tous se rappellent les séquences tragiques dans notre propre milieu où des collègues, des magistrats sont tombés sous les balles d'esprits fanatiques dont certains se disaient « criminologues » (L'assassinat de Tartaglione par Senzani, entre autres).

Accord donc pour un changement, une réforme du système tout azimut. Ceci toutefois dans le respect des balises imposées par l'Etat de droit libéral et démocratique. Il

s'agit de mettre en balance, chaque fois, la sécurité des personnes et des biens avec le respect des droits et de la dignité de la personne. Respect et défense de libertés individuelles même en face du danger que fait courir le crime et la récidive.

On relève des analogies avec la mission et l'activité de la Croix-Rouge. Tous, chercheurs et intervenants, doivent dénoncer les abus, viser à atténuer les souffrances. Il n'est pas exagéré de constater que l'on est descendu des sommets des solutions absolues dans la plaine où l'on cherche à proposer modestes mesures... relatives (communications de MM. Pisapia et Zaffaroni).

b) Les mesures de privatisation, touchant des fonctions considérées jusque là comme exclusives des pouvoirs publics, témoignent de la crise profonde de l'Etat-Providence. Le constat s'impose dès la fin des années 60 : on a surestimé la capacité de l'Etat — essentiellement celle de sa bureaucratie — à gérer efficacement le monopole judiciaire. L'Etat n'a pas répondu à tout. Il est surchargé et l'organe absorbe la fonction. Celle-ci, malgré l'accroissement des coûts et des services, est remplie de moins en moins efficacement.

On en observe les conséquences des deux côtés de l'Atlantique. On reconnaît après de longues décennies d'hésitations, que le pouvoir résiduaire d'initiatives et de responsabilités réside principalement dans l'individu, et accessoirement dans le milieu social judiciaire. On reconnaît également le danger que représente une technocratie bureaucratique impersonnelle, coûteuse et, finalement, peu efficace. Voici les limites sévères que cette reconnaissance impose à la réforme du système. L'augmentation de services, d'effectifs, d'interventions ne semble pas être *la* solution. Le recours à l'initiative privée, le processus de privatisation des services considérés jusqu'alors comme des monopoles inamovibles de l'Etat de droit, apparaît non pas comme une alternative aux fonctions étatiques mais comme un moyen de soulager ces services publics. De nombreuses initiatives sont nées, allant des services de police jusqu'aux pénitenciers, en passant par les tribunaux. Mais il ne s'agit pas simplement d'un élargissement ou d'un transfert de juridiction. Les protagonistes du système voient leur rôle révisé. Ainsi la victime reçoit une fonction pivotale : son acceptation de la conciliation, de compensation, de l'arbitrage élargit l'arsenal des moyens judiciaires ou quasi-judiciaires. Grâce à la restitution, aux amendes, aux dommages et intérêts, la sanction pénale peut être largement privatisée. Grâce à la décentralisation croissante des services et des contrôles, la proximité sociale du système de justice pénale donne la garantie d'efficacité aux justiciables encourageant ainsi sa prise de responsabilité personnelle.

L'échec relatif de l'Etat-Providence révèle les incertitudes concernant les postulats sur lesquels fut basée sa conception. Les inégalités dues à la naissance (origines sociales), au talent (performances scolaires), à l'exercice du pouvoir (qui manipule qui) résistent aux efforts de correction déployés par l'Etat de droit. Celui-ci ne semble pas pouvoir résoudre, par ses propres moyens bureaucratiques et technocratiques, les problèmes posés par l'administration d'une justice efficace et équitable. La privatisation, comme réponse à cet échec est loin d'être une panacée. La réponse au grave problème du contrôle judiciaire et politique (en dernière analyse) des mesures de justice administrative, reste à trouver. Il faut probablement en chercher les éléments dans la direction des organismes qui administrent les Chartes des droits de la personne (tels qu'ils existent au Canada et au Québec). Ces problèmes doivent être résolus au ras du sol car, on ne le répète jamais assez, les problèmes se situent moins au niveau des principes abstraits qu'à celui des moyens, des solutions concrètes. C'est la protection effective des personnes, des biens, des droits des victimes comme ceux des accusés ou des condamnés, qu'il s'agit d'assurer (communications de MM. Kerner et Mc Clintock).

c) La police. Les recherches sur la police se sont amplifiées dans les pays de droit coutumier, en particulier, en Amérique du Nord. L'absence d'une police centralisée (excepté le FBI ou la GRC dont la juridiction se limite aux crimes « fédéraux ») a facilité

l'analyse des bureaucraties et les activités policières considérées comme une instance du contrôle social. Les sciences sociales nord-américaines ont analysé l'institution policière à l'instar de l'institution familiale, scolaire ou industrielle. L'efficacité des divers modes de fonctionnement de la police (individuellement, en équipe avec ou sans division des tâches, etc.) permet de dégager des modèles d'organisation policière et offrir de la sorte des options aux municipalités ou à des Etats fédérés à choisir le mode d'orientation qui leur convient.

Les appareils policiers européens continentaux, centralisés, parfois encore militarisés, se prêtent peu, à l'heure actuelle, à ce genre d'analyse. En revanche, on note dans les pays d'Europe du Nord-Ouest des approches ethno-méthodologiques intéressantes. Le point de départ consiste dans l'analyse du conflit, dans une « situation problématique » qui provoque l'intervention policière. Cette intervention, quelle qu'en soit la technique, contribue à l'amplification du problème en mettant en branle tout l'appareil judiciaire. La manière, dont la police appréhende ou évalue les protagonistes du conflit, entraîne des interventions longues, coûteuses, aux conséquences souvent incalculables. D'où l'intérêt de limiter l'intervention de la police à des situations ou des procédures « lourdes », où l'équipement et la formation professionnelle apparaissent indispensables. Les citoyens devront régler eux-mêmes la grande majorité des situations problématiques, en recourant à l'arbitrage, à la conciliation, à la restitution, etc. Il s'agit en somme de rendre effectifs les mécanismes du contrôle social, en organisant le règlement des conflits par le « bas », en éliminant l'emballement d'une machine bureaucratique, contrôlée par en « haut ».

Nous sommes encore loin d'un consensus, sur le plan de la politique criminelle, en face des enseignements de la recherche criminologique sur la police. La raison principale semble être le désaccord concernant l'ordre normatif que la police est censée protéger. Il est postulé, implicitement, dans l'approche ethno-méthodologique que les frontières normatives sont mobiles, par définition, pratiquement par « nature ». Tout y est question de définitions, de point de vue, de jeux de pouvoir qui doivent se régler par négociation comme en matière civile. Mais comment se dispenser de l'intervention policière lorsque c'est l'ordre normatif « lourd » qui est mis en cause ? Maintes menaces de mort, violences graves interpersonnelles, extorsions, enlèvements, vols avec violence ou prises d'otages, etc., appartiennent à cet ordre normatif où l'ordre social démocratique soumis au règne du droit, doit être protégé. La jurisprudence récente de la Cour Suprême américaine invalide, systématiquement, la jurisprudence « libérale » des dernières décennies qui facilitait, systématiquement le rôle de la défense, au détriment de l'accusation. L'application du principe « vaut mieux dix criminels libres qu'un innocent condamné » n'a pas résisté à l'augmentation vertigineuse de la criminalité prédatrice violente et organisée.

Le débat doit se poursuivre, en politique criminelle, sur le rôle, le fonctionnement, la gestion de l'organisation et de l'intervention policière. Il doit se poursuivre en fonction de notre option philosophique concernant l'ordre normatif d'un Etat de droit libéral. Qu'est-ce qui est « négociable » ? Qu'est-ce qui ne peut pas faire l'objet de transactions entre tiers, sans interventions des pouvoirs publics ? Il s'agit là des options philosophiques et politiques que l'on n'écarte qu'à nos risques et périls (communications de MM.Sherman et Hulsman).

d) *Le procès pénal.* L'examen comparatif des règles de procédure pénale présente un paradoxe : il s'agit, en même temps, de la partie la plus technique du droit pénal que de sa partie la plus « sociologique ». En effet, des dispositions précises de la procédure qualifient le fait et la gravité du fait criminel. Nous sommes donc au coeur même de la logique et de la technique juridique. L'innocence et la culpabilité s'établissent, en particulier dans les pays de droit coutumier, grâce à l'interprétation des règles complexes de la procédure pénale. Le fait incriminé résulte de l'application de la procédure.

D'un autre côté, c'est dans la procédure que sont fixées ou qualifiées des règles qui rejoignent ce qu'il y a de plus particulier dans l'infraction d'une règle ou d'une norme pénale. La véritable construction ou reconstruction de l'objet du crime s'opère à travers l'interprétation des règles de la procédure pénale. Rien d'étonnant par conséquent que, suivant l'appartenance à telle ou telle école de pensée, on privilégie les réponses différentes aux questions posées par la procédure pénale. Très schématiquement, voici les tendances en présence, à travers les réponses apportées à la question fondamentale : qu'est-ce qui produit le crime ?

	Criminologie Sociologique	Ecole classique	Ecole inter- actionniste
Société	XXX	X	X
Syst. just. criminelle	X	X	XXX
Homme	X	XXX	X

Pour les partisans de l'école interactionniste (qui groupe aussi les ethno-méthodologues, les néo-marxistes, les constructionnistes), c'est le système de justice criminelle qui *produit* la criminalité. Par conséquent, la procédure pénale représente une variable stratégique de la plus haute importance pour l'école interactionniste dont les sympathies, en politique criminelle, vont plutôt au mouvement de la défense sociale nouvelle.

Bien d'autres adhérents de la défense sociale ne partagent cependant pas la préférence des interactionnistes. La majorité des chercheurs comme des spécialistes de la politique criminelle tentent d'harmoniser les effets des causalités diverses. Un consensus de la majorité s'établit autour de l'idée que la procédure pénale doit protéger la liberté individuelle, aussi bien celle des victimes potentielles qui doivent vivre sans crainte, que celle des accusés d'actes criminels, présumés innocents jusqu'à l'administration d'une preuve de culpabilité. Le pouvoir des policiers dans les deux grandes familles juridiques, celle du continent et celle des « îles » anglo-saxonnes. Il n'y a pas de preuve convaincante de la supériorité globale d'un système de procédure sur l'autre. On envisage, actuellement, de faire des emprunts des uns aux autres. Le plus spectaculaire de ces emprunts est celui du nouveau code de procédure italien inspiré par le système anglo-américain. La preuve du succès ou de l'échec de l'opération est loin d'être administré définitivement.

Quel que soit le système procédural cependant, deux mises en garde sont dans l'ordre : a) en voulant épouser du plus près possible les contours du fait incriminé, en le particularisant à l'extrême, pour joindre le vécu des protagonistes impliqués dans le fait incriminé, on ne doit pas dissoudre la norme morale et sociale sous-jacente à la règle du droit. Dans les cas limites, ceci conduit à la négation même du droit ; b) la déduction purement logique des règles juridiques à partir d'une norme sociale ne doit pas faire négliger les inégalités de conditions parmi les protagonistes du drame judiciaire. Les règles de la procédure ne sont pas réductibles aux règles purement arithmétiques. Les conditions socio-économiques, religieuses, ethniques etc., doivent être prises en compte.

Finalement les criminologues-chercheurs doivent toujours se souvenir que les faits (même dominants) ne peuvent être substitués aux normes. Ils peuvent, ils doivent les qualifier. Une source importante des débats et des incompréhensions entre parties provient de la non-observance de ce principe épistémologique élémentaire (communications de MM. Bolle et Kellens).

f) *La formation du juge pénal.* Là encore, nous sommes en face de deux traditions distinctes, suivant l'appartenance à la famille juridique continentale ou anglo-saxonne. La tradition continentale privilégie le magistrat de carrière, fonctionnaire, plus proche de la notion d'« autorité judiciaire » que de pouvoir judiciaire. Ce dernier concept suggère une équivalence avec les pouvoirs législatifs et exécutifs. La formation du juge continental va d'une spécialisation dans une grande école (la France, par exemple), jusqu'à diverses formes d'apprentissages pratiques, suivies d'examens (l'Allemagne, par exemple). La tendance générale ne va pas vers la spécialisation de carrière pour le juge pénal. Néanmoins des fonctions spécialisées comme le juge d'instruction, le juge de l'application des peines, le magistrat des jeunes etc., va de pair avec une certaine spécialisation des parquets en matière fiscale ou financière.

Le magistrat dans le droit coutumier est choisi ou élu à partir d'un certain nombre de critères qui sont établis, d'un commun accord, par le barreau et le gouvernement. La condition principale est l'exigence de l'excellence dans l'expérience pratique du Barreau. On prévoit au moins dix ans de pratique distinguée. Dans ce système, la formation des juges, qui ne sont pas spécialisés non plus, peut se faire à travers des sessions d'exercice de *sentencing*, organisées par l'Association des juges et qui visent, par des débats qui suivent les exercices de jugements, à réduire les disparités dans la prononciation des sentences, tout en explicitant les motivations des jugements.

Il y a unanimité dans la reconnaissance du rôle décisif joué par la formation des juges dans le fonctionnement du système pénal. La manière dont les magistrats — ceux du parquet comme ceux du siège — comprennent leur rôle, les objectifs visés par la politique criminelle humaniste peuvent être atteints ou non. Le fait que les Pays-Bas ont un taux d'incarcération étonnamment bas tient des parquets qui requièrent plus rarement que ceux d'autres pays des peines privatives de liberté. Ils préfèrent des peines de substitution. Certains magistrats nord-américains refusent de prononcer une sentence sur les accusés déclarés coupables si les conditions de détention de l'Etat ou de la ville sont inadéquates.

La surcharge des juridictions fait une caricature de la justice dans bien des grandes villes comme en témoignent les recherches sur les sentences prononcées à la chaîne, ou la durée excessive des détentions préventives. L'expression « juge des libertés » suggérée par la Commission Justice pénale et droits de l'homme pour la France, illustre ce rôle cardinal du magistrat dans le système de justice criminelle. La justice privée sauvage (escadrons de la mort) est la réponse à la faillite des magistrats de tenir la balance égale entre justiciables. Chaque fois que l'institution judiciaire démoralisée, approche un point de rupture, le pivot de l'ordre social est menacé (communications de MM. Boulan et Fredas).

g) *Les peines.* C'est à travers l'étude des peines que l'on voit le mieux l'inter-pénétration de la criminologie avec le mouvement de défense sociale. U. Gattí, médecin psychiatre-criminologue, présentait la communication « criminologique » et K. Gónczól, juriste-criminologue, chercheur également, a présenté le point de vue de la défense sociale. Les deux points de vue, dans ce domaine précis, apparaissent en vérité, interchangeables.

On est frappé par le paradoxe : jamais on n'a parlé autant dans nos cercles comme devant l'opinion publique, d'alternatives à l'incarcération, d'élargissements de l'éventail des peines etc. et jamais les prisons n'ont regorgé autant de détenus. Le nombre de ceux-ci augmente, dans certains pays, durant certaines périodes, en progression géométrique ! On se souvient du dicton de Gaston Bachelard : « Le monde dans lequel on vit n'est pas le monde dans lequel on pense » !

La recherche criminologique a maintes fois fait la démonstration de l'effet débilant des peines privatives de liberté. En particulier, de longues peines détériorent définitivement la personnalité. Il y a des seuils de tolérance différentiels pour la détention qui

dépendent d'un diagnostic clinique et n'ont que peu de rapport avec la comptabilité ou la tarification légale des peines. Le concept de « délinquant » en droit suggère une fausse homogénéité que les criminologues ont dénoncée depuis longtemps. On ne traite pas la « maladie » en médecine. On traite des malades frappés de certaines infirmités ou de pathologies.

Les changements intervenus dans l'interprétation des normes ont accentué la différenciation entre *mala in se* et *mala prohibita*. On doit généraliser davantage des peines de substitution à la privation de liberté. Celle-ci doit d'ailleurs épuiser la notion de « peine ». Toutes les autres mesures limitant l'exercice des droits de l'homme doivent être éliminées du champ pénologique.

La peine rétributive, stigmatisante, garde, pour la plupart d'entre nous sa signification symbolique et morale. Des crimes de violence odieux, exécutés pour l'appât du gain ou inspirés d'une passion perverse, motivés par l'idéologie, doivent exprimer l'indignation morale des citoyens et être sanctionnés en conséquence. On y rangerait les crimes imprescriptibles contre l'humanité. Finalement les crimes d'astuces ou de fraudes qui occasionnent des dommages collectifs considérables doivent également être frappés d'une peine rétributive, privative de liberté.

L'écroulement des systèmes totalitaires, bruns et rouges, nous met en garde contre les utopies qui fleurissent, dans notre discipline, surtout dans le champ pénologique. Les régimes totalitaires, chacun à sa manière, préconisaient des solutions radicales dans ce domaine. La réalité, le génocide à base ethnique s'est dissous dans la norme. Les spécialistes des sciences sociales doivent réaliser que les résultats de leurs recherches n'ont essentiellement qu'une valeur indicative négative : on montre ce qui ne va pas, l'impact de telle ou telle mesure dans la réalité. Mais ces recherches ne justifient, en elles-mêmes, aucune peine ou absence de peine. Seul le législateur ou le magistrat est habilité à les imposer et à prendre la responsabilité.

h) Le traitement. « Traitement », pendant quelque temps, se lisait avec un trait d'union avec « peine ». Le détenu s'appelait, pour le personnel médico-social du système pénitentiaire le « client ». Ce fût un écho lointain d'une relation thérapeutique fondée pourtant sur le volontariat et le libre choix de son médecin...

Cette ambiguïté, non exempte d'hypocrisie, qui a affligé la criminologie clinique pendant quelques décennies, est maintenant chose du passé. Plus personnes, ne veut substituer la démarche thérapeutique à la démarche judiciaire. Après quelques années de battement nous voici en présence d'une réalité pénitentiaire qui appelle l'intervention médicale, des soins de santé au même titre que n'importe quelle population à risque. Or risque il y a et en nombre croissant.

Débarassée du débat stérile traitement/peine, la criminologie clinique peut enfin s'adresser aux problèmes concrets que provoque la détention. On constate que la population pénitentiaire comprend près d'un tiers de personnes frappées de troubles mentaux de gravité diverse. Les effets de la prisonnisation pour les condamnés à long terme vont de pair avec une sénilisation et un état de dépendance chronique. Les maladies, telles que le SIDA exposent à un risque mortel la majorité de la population pénale. La question est : comment apporter les enseignements de la médecine préventive et curative dans ce milieu particulier qui est celui de la prison ?

La fragilité de la psychiatrie prend un relief tout particulier en criminologie clinique. Des erreurs (?) ou plutôt des différends doctrinaux en matière de diagnostic peuvent valoir aux « clients » une sentence indéterminée dans un hôpital sécuritaire ou le régime carcéral ordinaire. Les apprentissages de métier, disponibles avec une implication communautaire, demeurent d'actualité. Les effets des traitements psycho ou socio-thérapeutiques doivent faire l'objet d'expérimentations et d'évaluations systématiques.

Les émeutes de désespoir qui secouent les institutions carcérales, régulièrement hélas ! révèlent la situation catastrophique sur les plans sanitaire, physique et mental, des détenus. La nouvelle génération des cliniciens doit s'atteler à cette tâche prosaïque et traditionnelle qu'impose le respect des droits de l'homme (communications de MM. Fazio, Luberto et Elchardus).

Les remarques d'A. Reiss soulignent les convergences entre les objectifs du mouvement de la défense sociale et les orientations de la criminologie appliquée. En Amérique du Nord, la tradition réformiste de la sociologie a imprégné la criminologie, issue largement de cette discipline. Le pragmatisme réformiste de la défense sociale nouvelle de M. Ancel rejoint les engagements des criminologues nord-américains dans la réforme pénale et dans les débats sur la politique criminelle.

Cinq brèves considérations termineront ces réflexions qui furent inspirées par les communications et les débats du Cours international de Saint-Marin. Les voici :

— la criminologie comme le mouvement de la politique criminelle humaniste (la défense sociale nouvelle) acceptent le retour à un réalisme minimaliste : méliorisme permanent pour corriger la condition humaine dans le contexte du système normatif, fixé par l'Etat de droit libéral et démocratique ;

— souci constant pour accroître et préciser nos connaissances scientifiques sur tous les acteurs de la scène pénale : agresseurs, victimes, agents et agences du système de justice criminelle et du contrôle social. On ne peut évacuer, au nom du principe de spécialisation des fonctions, du jugement d'exclusions etc, personne, qui directement ou indirectement concourt à la production de la criminalité, à l'identification et aux sanctions des criminels, à leur traitement et à leur prise en charge ;

— il faut être attentif à la distinction entre les normes en transformation et les normes constitutives d'un ordre social et culturel. La Constitution consacre le respect de la dignité et des droits de l'homme. On ne peut ni ne doit évacuer par la connaissance empirique l'ordre normatif, consacré par l'Etat de droit. Le droit constitutionnel devient, de plus en plus partie intégrante de la politique criminelle ;

— il faut maintenir et sceller encore, l'union entre *criminologues*, attentifs à et respectueux de l'ordre social de l'Etat de droit libéral et *juristes* attentifs aux transformations permanentes de l'ordre normatif socio-culturel. Cette convergence entre ces criminologues et ces juristes a assuré le dialogue socialement utile et moralement souhaitable au sein du mouvement de la défense sociale nouvelle ;

— l'adversaire vraiment redoutable se trouve, en vérité, au sein de chacun de nous. Il nous tend deux pièges : tout comprendre c'est tout excuser, *ad 1* ; le respect formel et scrupuleux des règles de droit équivaut à justice et équité, *ad 2*.

La politique criminelle humaniste est un condominium entre juristes éclairés (ceux qui ont gardé leur coeur) et criminologues réformistes (ceux qui ont gardé leur tête). C'est de notre alliance que dépend, au moins en partie, le respect des droits de l'homme comme ceux de la société dans les temps difficiles qui se présentent à nous au crépuscule de ce siècle et à l'aube du XXI^e.

F. — CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

RÉPONSES À LA DÉLINQUANCE ET MODERNISATION DE LA JUSTICE (suite)

Marie-Pierre de LIÈGE

Magistrat,

Inspecteur des services judiciaires

II. — UN IMPACT SUR L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT

Ces exigences nouvelles vis à vis de la justice induisent un certain nombre de transformations.

— Territorialisation de l'action

Le plus souvent, les responsabilités au sein d'une même juridiction étaient réparties par matière. Tel substitut était responsable des chèques sans provision ou des accidents de la circulation et telle chambre du tribunal chargée de juger ces contentieux. Seuls les juges pour enfants échappaient en général à cette répartition par matière au profit d'une répartition géographique.

Or la participation de la justice à des instances de concertation territorialisées, au niveau d'une ville voire d'un quartier, oblige la justice à territorialiser son action, à attribuer à chaque magistrat le suivi d'un ressort précis et des relations de partenariat dans ce ressort. Selon les cas, les parquets se réorganisent, sous la pression externe, à partir d'une règle strictement géographique ou cumulent une double logique par matière et par secteur.

Seule une telle territorialisation permet de recomposer « l'image de la délinquance » sur un secteur donné. Cependant, ces réorganisations sont loin d'être partout réalisées et elles n'affectent en général encore que le parquet. Cette situation a comme effet pervers un risque de « décrochement » entre le siège et le parquet, le parquet de par — son implication « de droit » dans les structures de partenariat et de par sa territorialisation — évoluant beaucoup plus vite dans ses conceptions et sa pratique alors que le siège — moins soumis à la confrontation avec les réalités externes — continuerait à « produire » des décisions « hors contexte », pas toujours efficaces ni adaptées. Certains magistrats du siège et notamment des présidents de juridictions, conscients des dangers de déséquilibre entre leur pouvoir et celui du procureur, en principe équivalents, se sont à leur tour depuis quelques années engagés dans des pratiques d'ouverture, de maîtrise des contentieux et de diversification des réponses.

— Déconcentration

Naturellement, cette territorialisation a donné lieu à une nouvelle organisation de l'action. Certains tribunaux de grande instance (une demi-douzaine actuellement) sont ainsi passés d'une approche territorialisée de la délinquance à des réponses territorialisées, plus déconcentrées. C'est ainsi que sont nées les « maisons de justice » et autres « antennes judiciaires » qui — sous des vocables divers — visent à inscrire la présence du droit et de la justice dans les quartiers au plus près des citoyens : information sur les droits, rappels rapides à la loi, résolution par voie de médiation / conciliation des petits litiges civils et pénaux et assistance aux victimes commencent à s'y développer de manière simple, accessible et rapide.

Ces initiatives, fort appréciées en général des élus, soutenues par le Premier ministre et le ministre de la Ville, sont certainement appelées à un grand développement, sous réserve toutefois que les moyens afférents nécessaires soient donnés aux juridictions et qu'un certain « cadrage » des pratiques soit opéré sous l'égide du ministère de la Justice.

La réflexion engagée autour de ces expériences, croisée avec celle sur la départementalisation évoquée ci-dessous, devrait logiquement à terme aboutir à une redistribution de l'ensemble des contentieux avec une logique de partage : contentieux simples de la vie quotidienne, traités par une justice de proximité / contentieux plus techniques ou à haute valeur symbolique regroupés au plan départemental.

— Mutualisation de l'action

Une autre conséquence de cette nouvelle approche du lien vie sociale / justice est la mutualisation des moyens de réponses.

En dix ans, un discours nouveau s'est affirmé avec vigueur selon lequel la société civile doit assurer la prise en charge de tous les citoyens, y compris ceux qui sont le plus en difficulté et notamment les délinquants. La justice est chargée de sanctionner les délits en prononçant des peines appropriées. Quand ces mesures impliquent incarcération ou contrôle, elle est — avec les services de l'Administration pénitentiaire et de la Protection judiciaire de la jeunesse — chargée de leur mise en oeuvre.

En revanche, les missions de réinsertion, les prestations de santé, formation, culture, emploi, aide sociale...relèvent de la société civile et de ses dispositifs ordinaires, les services de la justice ne devant (et ne pouvant) s'y substituer mais étant en revanche supposés aider les délinquants à accéder à ces dispositifs, ce qu'ils font, comme chacun le sait, en général fort difficilement.

C'est ainsi que progressivement toute une série de mesures périphériques à l'action judiciaire stricte s'est développée, préparant, accompagnant la décision judiciaire, ou facilitant son exécution : contrôle judiciaire socio-éducatif, enquêtes sociales rapides et propositions d'orientation avant jugement, travaux d'intérêt général, obligations diverses de soin, de réparation, préparation et aide à la sortie de prison..., autant de mesures dont l'organisation et le suivi reposent largement sur l'appui d'associations, des collectivités locales, d'autres administrations, voire du secteur privé. Nombreux sont ceux qui désormais, à un titre ou à un autre, qu'ils soient médecins, employés de mairie ou chefs d'entreprise, ont à connaître de délinquants, autrement que comme victimes, et sont des partenaires fort utiles pour l'institution judiciaire.

— Décloisonnement

Traditionnellement, l'institution judiciaire comprend trois composantes : les juridictions (avec des magistrats et des fonctionnaires de greffe), les services extérieurs de l'Administration pénitentiaire et de la Protection judiciaire de la jeunesse. Ces trois composantes sont organisées sur la base de ressorts géographiques différents et jusqu'à un passé fort récent les services locaux de l'Administration pénitentiaire et de la Pro-

tection judiciaire de la jeunesse n'avaient de liens organisés qu'avec leurs propres hiérarchies rattachées à des directions de l'Administration centrale différentes.

Tous ces professionnels de la justice, qui interviennent donc sur des espaces géographiques qui se recoupent, traitent tous d'une même matière première – la délinquance de tel endroit – préparent, prononcent ou mettent en oeuvre de mêmes décisions de justice, le plus souvent dans une parfaite autonomie, parfois même dans une parfaite incohérence. Combien de tribunaux prononçaient-ils (prononcent-ils encore) leurs décisions dans l'ignorance totale des possibilités de prise en charge des justiciables par les services extérieurs locaux ?

Dans ce domaine encore, l'exigence de plus de cohérence imposée par le partenariat local, le rôle prééminent attribué au sein des Conseils communaux de la prévention de la délinquance et des Conseils départementaux de la prévention de la délinquance, aux procureurs de la République, la nécessité pour être efficaces et mobilisateurs d'être capables de proposer un projet soutenu par l'ensemble des services locaux de la justice, pousse progressivement au décloisonnement.

La « mission modernisation » créée en 1989 au sein de l'Inspection générale des services judiciaires du ministère de la Justice s'est vue ainsi confier une double tâche : soutenir l'initiative locale et favoriser le décloisonnement. Pour y parvenir, elle a notamment mis en oeuvre un système de conventions de modernisation et un ensemble de groupes de travail thématiques dans lesquels la recherche de transversalité est une constante.

Le développement – comme dans d'autres administrations – d'une méthodologie de « projet de service » facilite cette transversalité et devrait à terme si elle est soutenue avec suffisamment de constance et de force incitative par l'Administration centrale permettre de réaliser cette transversalité.

Ainsi, peut-on rêver de voir, un jour prochain, un procureur ou un autre représentant de l'institution judiciaire, se rendre dans un Conseil communal de la prévention de la délinquance pour y apporter des informations et des propositions d'actions élaborées collectivement par la juridiction, les services de l'Administration pénitentiaire et de la Protection judiciaire de la jeunesse et ensuite mises en oeuvre par tous. Ces tentatives toutefois sont actuellement rendues difficiles par l'inadéquation des ressorts de compétence, inadéquation qui rend urgente la départementalisation de l'organisation judiciaire.

– La départementalisation de l'organisation judiciaire

Le 12 juin 1991, dans une communication en Conseil des ministres, le Garde des Sceaux, M. Henri Nallet a annoncé une réforme importante : la départementalisation des services de la justice.

En dépit des nombreux et réels problèmes qu'elle pose, et donc des résistances qu'elle rencontre, cette réforme était souhaitée par un nombre grandissant de magistrats soucieux d'efficacité.

Comment, en effet, être efficace dans le partenariat interne à l'institution et externe dans un cadre administratif inadapté, voire aberrant ?

En effet si quarante deux départements sont pourvus d'un tribunal de grande instance unique, tous les autres comportent plusieurs tribunaux de grande instance, le nord allant jusqu'à en comprendre sept. Or, comment quatorze chefs de juridictions, tous jaloux à juste titre de leur indépendance, peuvent-ils – si aucun cadre départemental ne leur est donné – agir efficacement vis-à-vis d'un seul préfet, d'un seul président de Conseil général, d'un seul directeur départemental de l'Action sanitaire et sociale ou de la police nationale ?

Pour ces seules raisons déjà, la départementalisation s'imposait pour quiconque souhaite restaurer le poids la crédibilité et l'efficacité de la justice.

Ce n'est pas un hasard si — anticipant sur l'annonce de cette réforme — dès la fin de l'année 1990, le ministère de la Justice et ses représentants locaux ont été d'accord pour décider de la mise en place, dans les treize départements pilotes les plus concernés par les difficultés urbaines, d'un dispositif départemental de justice.

Ce dispositif rassemble derrière un « correspondant unique de justice » en général un chef de juridiction, une « cellule départementale » regroupant un responsable départemental de l'Administration pénitentiaire (désigné *ad hoc*) et le directeur départemental de la Protection judiciaire de la jeunesse. Les trois membres de cette cellule sont chargés chacun d'organiser une concertation par branches (les tribunaux, les services de l'Administration pénitentiaire et ceux de la Protection judiciaire de la jeunesse) et la concertation entre eux, interbranches.

Dans ces treize départements pilotes, nécessité a fait loi et tous jouent le jeu — avec l'aide de l'Administration centrale — d'une tentative d'organisation départementale qui favorise l'échange, la concertation et l'intelligence commune des difficultés, c'est-à-dire certainement l'efficacité.

Huit ans après la décentralisation, dans un contexte où le partenariat externe est devenu plus important pour la justice et où le département est de plus en plus clairement le niveau privilégié de l'action territoriale, la justice se devait de s'organiser également à cette échelle.

*

**

Ces réformes organisationnelles ne sont le plus souvent qu'esquissées, elles restent à ancrer définitivement dans la réalité.

Cette liste de pratiques nouvelles est loin d'être exhaustive. Ces pratiques sont rarement toutes développées dans une même juridiction, leur mise en oeuvre nécessitant une motivation des magistrats et fonctionnaires d'autant plus forte qu'elle doit s'épanouir dans un contexte de forte tension sur le plan des moyens. Certaines juridictions n'en développent encore quasiment aucune.

Ceci aboutit à des situations actuellement très disparates où dans un même département le meilleur de la justice peut parfois côtoyer le plus désuet.

L'adaptation générale de la justice demandera nécessairement du temps. Elle exige une forte pression externe : en cela, la création d'un ministère fort de la ville représente une chance pour la justice. Elle exige aussi de la part des responsables du ministère de la justice un travail de fond volontariste, stable et durable, une impulsion claire et sans cesse renouvelée pour soutenir le changement et ses promoteurs locaux.

Toutefois, dans les sites où une telle mutation est suffisamment réalisée, on voit se dessiner une autre justice.

L'opposition schématique ancienne entre le juge, dont la seule tâche consisterait à rendre des jugements, et un juge qui se confondrait avec une assistante sociale est dépassée : le bon juge du troisième millénaire, ou plutôt la bonne juridiction, sera celle qui sera capable tout à la fois d'être « en prise » avec la cité, d'en connaître et comprendre les tensions, d'intervenir rapidement pour dire le droit ou rappeler la loi — sans stigmatiser — et pour stimuler l'effort de réinsertion ou de réparation quand cela est suffisant et capable également de rendre de véritables jugements de qualité et argumentés en droit, donc de réelle portée, quand cela est justifié.

Ces deux modes d'exercice de l'autorité judiciaire sont totalement complémentaires : seule la diversification des modes d'intervention de la justice évite la banalisation du procès et du jugement et rend à ceux-ci — utilisés à bon escient — toute leur valeur symbolique.

La vie sociale ne connaît que deux modes d'organisation : la force ou le droit.

Dans une société multiculturelle et instable, le droit est à la fois essentiel pour identifier les valeurs communes, aménager des relations harmonieuses, mais il est en même temps mal connu, mal transmis, voire « variable ».

Enoncer, « dire le droit », le faire comprendre et le faire vivre est sans aucun doute aussi important que de l'appliquer aux cas d'espèce : les deux fonctions relèvent indubitablement et prioritairement de la compétence de l'institution judiciaire.

I. – CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

DOUZIÈME CONGRÈS INTERNATIONAL DE DÉFENSE SOCIALE

Dédié à la mémoire de Marc Ancel
(Paris, 8-12 octobre 1991)

Douze Congrès dans la vie d'une Société sont la preuve d'un mouvement dynamique, bien ancré dans la discipline y relative. Celui de la défense sociale se caractérise de plus par la générosité des concepts, l'intelligence des analyses, la capacité à s'adapter aux transformations sociales.

Le Douzième congrès de la Société internationale de défense sociale était dédié à la mémoire du grand pénaliste français, Marc Ancel, qui a développé brillamment la théorie de la nouvelle défense sociale et animé les travaux de la Société pendant un demi-siècle environ. Hélas, ce Douzième congrès a dû avoir lieu sans lui...

Au cours de la séance d'ouverture, M. Martelli, ministre de la Justice de l'Italie, les représentants du ministre de la Justice de la France, des Nations-Unies et du Conseil de l'Europe ont rendu hommage à la mémoire de Marc Ancel. Les rapporteurs et autres intervenants au Congrès n'ont pas manqué également d'évoquer sa personnalité marquée par une grande intelligence ainsi que sa gentillesse.

Le Congrès, présidé par Mme Simone Rozès, digne successeur de Marc Ancel à la présidence de la Société, a réuni environ 150 participants venant des pays européens, d'Afrique, d'Amérique du Nord et du Sud et d'autres régions. Il était consacré à l'étude du thème *Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux*.

La protection de l'environnement est sans aucun doute l'un des grands thèmes de la fin du XX^e siècle. Cette notion, autrefois pratiquement inconnue, a surtout pu être développée sous l'influence de mouvements associatifs en raison d'accidents dramatiques (par exemple, les catastrophes nucléaires) mais surtout de la lente mais constante détérioration de la nature venant de l'expansion industrielle et technologique.

Un grand nombre de lois, incluant le plus souvent des clauses pénales, ont été introduites dans tous les pays en vue de la réglementation des divers aspects de la protection de la nature. Cependant, il est de plus en plus évident que la lutte contre la détérioration de l'environnement, liée à un très grand nombre de problèmes économiques et sociaux, ne pourrait pas être assurée par la seule réglementation juridique et plus particulièrement pénale.

Le Douzième congrès de la SIDS a adopté cette façon d'examiner le problème.

1. *Approche générale du problème de l'environnement*

Dès la première séance du Congrès, M. Mc Clintock (Royaume-Uni) a énoncé le principe de l'approche globale du problème : la protection de l'environnement dépend de facteurs démographiques (par exemple, l'augmentation de la population), économiques (par exemple, l'industrialisation), sociaux (par exemple, la pauvreté). Il ne serait

pas possible d'établir des stratégies efficaces sans tenir compte de ces paramètres. Une politique de l'environnement inspirée du mouvement de défense sociale devrait adopter une approche globale et une optique humaniste. Des recherches actives dans ce domaine s'imposent. Par ailleurs, le développement de règles *minima* des Nations Unies pour la protection de l'environnement devrait être envisagé.

M. Campiglio (Italie) a également adopté une approche socio-économique. En introduisant dans le débat la notion de temps, il a souligné qu'il est nécessaire de faire la distinction entre une politique à court terme (visant des effets immédiats) et une politique à long terme (visant à préserver l'environnement pour les générations à venir).

La stratégie de protection de l'environnement commence naturellement par la *prévention*. Pour ceux qui adoptent l'approche globale du problème, cette prévention implique l'examen des facteurs des comportements polluants et la lutte contre tous les phénomènes qui mènent à la pollution. A cette prévention, se référant surtout aux délinquants, Mme Adler (Etats-Unis) a opposé la prévention, situationnelle se référant surtout à l'infraction. Elle a souligné la nécessité d'éliminer les occasions de polluer l'environnement en développant des techniques appropriées, en renforçant la surveillance de l'environnement, en diffusant les informations nécessaires, en évaluant l'efficacité des réglementations adoptées.

Toutefois, ainsi qu'il est apparu lors du débat, cette approche, certainement réaliste et utile, ne pouvait pas satisfaire ceux qui exigent une politique de prévention visant à influencer les sources mêmes de la détérioration de l'environnement.

2. Aspects juridiques

Quelle que soit l'approche adoptée, une réglementation juridique est indispensable pour la protection de l'environnement. Les aspects juridiques de la protection de l'environnement ont fait l'objet d'un grand nombre de rapports présentés par M. Heine (Allemagne), MM. Chabason et Huglo, Mme Lepage Jesua (France), M. Vouyoucas (Grèce), Mme Capria et M. Pedrazzi (Italie), M. Morishita (Japon), M. Røstad (Norvège), M. Hulsman (Pays-Bas), M. Figueiredo Dias (Portugal) et de plusieurs interventions.

La nécessité de réserver au droit pénal un rôle de « dernier recours » a été mise en évidence par la plupart des rapporteurs et intervenants : l'intervention des autres branches du droit a été examinée en priorité.

L'utilisation des procédures civiles pour la résolution des conflits naissant de la pollution de l'environnement (et notamment pour le dédommagement des victimes) a été proposée par M. Hulsman (Pays-Bas).

L'intervention du droit administratif, aussi bien pour la prévention que pour le règlement des problèmes issus de la détérioration de l'environnement, a été considérée comme fondamentale par plusieurs participants. Toutefois, des liens existent entre le droit administratif et le droit pénal. Ainsi qu'il a été indiqué par M. Heine, le droit pénal peut protéger l'environnement de façon tout à fait indépendante mais dans plusieurs cas il est relativement subordonné aux dispositions administratives ou absolument dépendant d'elles.

Considéré d'habitude comme « dernier recours » le droit pénal ne cesse d'avoir une place importante dans le domaine de l'environnement. M. Pedrazzi a souligné la fonction socio-pédagogique de la sanction pénale, reflétant la conscience et les valeurs sociales. Les rapporteurs et intervenants ont évoqué plusieurs des grands problèmes qui se posent dans le domaine du droit pénal de l'environnement, tels que la responsabilité pénale des personnes morales, l'introduction dans les législations des infractions de mise en danger réel ou potentiel (proposition de la dix-septième conférence des ministres européens de la Justice, Istanbul, 1990), les sanctions adéquates à l'égard des pollueurs. Toutefois, les débats ne se sont pas consacrés longtemps à ces questions.

3. Mise en oeuvre des normes de protection de l'environnement

Comme l'a démontré M. Joutsen (Finlande), diverses démarches s'imposent au niveau national et international afin de mettre en oeuvre la protection de l'environnement. Au *niveau national*, elles comprennent entre autres l'information et la sensibilisation du public, la promotion de la transparence dans le fonctionnement des entreprises, l'accès des victimes et du public à la justice en vue de la protection de leurs intérêts, la promotion des stratégies de négociation, la formation et l'équipement des autorités compétentes, le développement des normes, la définition des sanctions adéquates. Au *niveau international*, les stratégies comprennent l'assistance technique et la coopération internationale, la création d'un organe international de supervision (*monitoring body*), les procédures de plaintes interétatiques ou individuelles.

Les conditions économiques ou politiques des pays influencent certainement la mise en oeuvre de ces stratégies. Ainsi, des représentants des pays africains (Nigeria, Cameroun) ou latino-américains (Venezuela) ont évoqué le danger que représente le dépôt sur leur territoire de déchets toxiques venant des pays économiquement développés. Les activités nocives sont souvent favorisées par la situation économique précaire des pays en voie de développement ainsi que par la corruption des fonctionnaires locaux.

Par ailleurs, la transformation des systèmes économiques et politiques dans les pays de l'Europe de l'Est (évoquée entre autres dans le rapport de M. Vigh) nécessite la prise de mesures spécifiques visant à prévenir les dommages à l'environnement.

La liberté de parole est aussi une condition pour la mise en oeuvre de stratégies pour la protection de l'environnement. Ainsi qu'il a été indiqué par M. Yacovlev (URSS), la liberté de parole acquise dans son pays au cours des dernières années a permis d'éviter des opérations dangereuses (par exemple, la construction d'une usine nucléaire dans une région soumise à des tremblements de terre).

4. Politique criminelle de l'environnement diversifiée et évolutive dans la ligne du mouvement de défense sociale

Des rapports sur cette question ont été présentés par MM. Beidermann (Argentine), Adeyemi (Nigeria), Yu Shutong (Chine) et plusieurs autres intervenants qui ont souligné la nécessité d'une politique de protection de l'environnement tenant compte de l'ensemble du contexte social, économique et juridique des pays et soucieuse du respect des droits individuels.

Dans un rapport présenté au cours de la dernière séance du Congrès, M. Beria di Argentine (Italie), secrétaire général de la SIDS, a aussi souligné les principes de cette Société dans ce domaine.

Le Congrès n'a pas adopté de texte de conclusions formelles.

Des conclusions ont été présentées oralement par Mme Delmas-Marty (France) qui a souligné :

— la *complexité du problème de l'environnement* en raison des causalités multiples, de l'importance du temps (les dommages n'apparaissent pas immédiatement), de la multiplicité des acteurs (police, justice, collectivités locales, victimes individuelles ou associations de victimes) ;

— la *diversité des réponses* : d'une part, sur le *plan national*, il est nécessaire de recourir aussi bien aux réglementations administratives qu'aux sanctions civiles et pénales et, d'autre part, sur le *plan planétaire*, il y a lieu de conclure des conventions et de veiller à leur mise en application.

Mme Delmas-Marty a évoqué des stratégies nouvelles dans ce domaine consistant, entre autres, en la reconnaissance d'un *droit à l'environnement*. Ce droit est déjà incorporé dans certaines Constitutions nationales. Mme Delmas-Marty a mentionné les ef-

forts déployés à cet effet par le Conseil de l'Europe, la CEE, les Nations Unies et a conclu en soulignant les liens étroits entre la sauvegarde des droits de l'homme et la protection de l'environnement.

Le Douzième congrès de la Société internationale de défense sociale a été très intéressant en raison de l'approche globale adoptée, mettant en évidence l'interdépendance des facteurs sociaux, économiques et politiques dans le domaine de l'environnement ainsi que la nécessité de stratégies d'ensemble inspirées des principes humanistes. Les pénalistes regretteront peut-être le fait que les questions de technique juridique n'aient pas été assez approfondies au cours des débats.

Cependant, un grand nombre d'idées et de suggestions ont été présentées. Elles seront certainement le point de départ de nouvelles études et recherches dans le secteur de l'environnement qui acquiert de plus en plus d'importance.

Avant de conclure, je voudrais souligner la parfaite organisation de ce congrès et l'accueil cordial réservé aux participants par les autorités françaises ainsi que par la Société internationale de défense sociale.

Aglaia TSITSOURA

PREMIERES JOURNEES D'ETUDES TRANSDISCIPLINAIRES DE ROUEN SUR LE DROIT DE L'ENFANCE ET DE LA FAMILLE* (Rouen, 19-21 juin 1991)

Véritable action de formation partenariale, les premières journées transdisciplinaires de Rouen sont nées de la volonté commune de l'Ecole nationale de la magistrature, de la Direction régionale de la protection judiciaire de la jeunesse de Haute et Basse Normandie, de l'Association nationale des personnels et acteurs de l'action sociale en faveur de l'enfance et de la famille (A.N.P.A.S.E.) et de la Direction départementale de la solidarité de Seine Maritime, de promouvoir une réflexion et des échanges entre praticiens, avec le souci de travailler au plus près des préoccupations du terrain. L'intérêt de cette démarche, comme le soulignait Mme Valentini de l'E.N.M. et de développer des réflexes locaux de formation professionnelle entre les divers secteurs.

M. le premier président, Pierre Sargos, a ouvert les journées en orientant son étude sur la dimension vie privée de tout le droit de l'enfance et de la famille. Le haut magistrat soulignait que ce droit peut être battu en brèche par la multiplication des mesures d'investigation de tous ordres (enquêtes sociales, examens psychologiques ...) et en déduisait l'impérieuse nécessité pour les magistrats de motiver leurs décisions de manière précise et détaillée. L'intervention de M. Jean Suaud, directeur départemental de la Solidarité, insistait sur la dimension juridique de la Convention des droits de l'enfant garantissant les libertés des « plus faibles » et sur l'intérêt de conserver une approche pluridisciplinaire de son application.

La première conférence en séance plénière traitait de « la responsabilité pénale du mineur ». Le professeur Christine Lazerges s'attachait à montrer que la question des seuils d'âge en France et en Europe doit supposer pour l'entrée du mineur dans le champ pénal, non pas seulement une culpabilité matérielle, mais aussi une culpabilité morale qu'il paraît raisonnable de fixer à un âge correspondant au seuil de l'adolescence, à douze ou treize ans. En deça, c'est une décriminalisation que proposait Christine Lazerges aux congressistes, en s'orientant vers la perception de situations de danger susceptibles de réponses civiles sous la forme de dommages-intérêts. Au-delà, la responsabilité pénale du mineur doit s'entendre de manière « pédagogique » dans le droit

* Ces travaux seront publiés intégralement par l'ANPASE (BP 4, 76380 Canteleu, tél. 35.52.43.70).

fil des idées de Marc Ancel, comme la capacité à répondre de ses actes, à profiter de la sanction.

De son côté, le professeur Michel Miaille livrait une lecture analytique de la Convention internationale des droits de l'enfant au regard de la problématique de l'enfant « sujet de droit ». Celui-ci posait une question centrale : y a-t-il une place pour des droits de l'enfant qui ne seraient pas une simple miniaturisation des droits des adultes ? En effet, les textes nationaux et internationaux prennent comme point de départ indubitable les idées de minorité, de faiblesse qui appellent une protection. Face à cette logique de fonctionnement, la convention fixe un cadre d'ensemble, unifiant le droit. Sur le terrain de l'effectivité des droits, il faut des textes précis qui dépassent les grands principes, afin d'organiser une réelle autonomie juridique de la condition d'enfant. Bien entendu, l'effectivité de ces droits s'adresse d'abord à des sociétés où le niveau de vie permet de n'être pas tout entier absorbé dans des questions de survie et donc de droit a minima. Comment mettre en oeuvre le droit à la vie des enfants en Ethiopie ou en Haïti ?

Au plan de la psychiatrie de l'adolescence, l'intervention très remarquable du docteur Michel Ribstein devait s'appuyer sur deux axes :

1) les délits commis par des adolescents (au sens large de 15 à 25 ans) sont très voisins de ceux commis par des psychopathes adultes. Au cours de son développement affectif et intellectuel, le jeune enfant passe divers stades (miroir, Oedipe ...). A l'adolescence, tout se rejoue mais sans l'étaillage du « cocon familial » dans le champ de la vie sociale rempli d'embûches ;

2) l'application à de « grands adolescents » des mesures répressives adaptées à des adultes déséquilibrés risque d'avoir un effet sur déterminant au lieu de l'effet dissuasif escompté. A trop conférer à un jeune le statut de voleur ou de voyou, on prend le risque qu'il s'accroche à cette identité fugitive, plutôt qu'à une autre plus positive, tant sont réversibles les comportements à ce stade de l'existence.

Comme un écho aux propos du docteur Ribstein, la communication écrite aux journées, présentée par le professeur Louis-Marie Raymond de la faculté de Nice, retraçait les grandes étapes de « l'enfance au regard de la recherche criminologique ». Pour ce psycho-pathologue, l'enfant délinquant doit être considéré comme un « acteur social » à partir duquel les spécialistes peuvent répondre selon des modes d'intégration à la vie sociale.

La seconde journée était consacrée aux débats juridiques sur les droits de l'enfant. M. Stéphane Ambry, avocat à la cour d'appel de Bordeaux, retraçait les grandes expériences de défense des mineurs. Il démontrait avec conviction que la défense nécessite un savoir-faire professionnel dans un champ aussi technique et spécialisé que celui de la justice des mineurs. Il proposait une véritable assistance ou représentation de l'enfant discernant. Autour de la thématique : « l'apport de la Convention des droits de l'enfant dans le droit de l'enfance et de la famille », les professeurs Claire Neirinck et Jacqueline Rubellin-Devichi échangeaient leurs points de vues et leurs analyses. Mme Neirinck exprimait dès l'abord de son intervention des réserves et une certaine « mélancolie » sur l'apport effectif de la convention surtout pour les Etats composant « l'humanité défavorisée ». Par ailleurs, nombre de droits subjectifs reconnus aux enfants ne pourront être appliqués sans générer des changements conséquents de leur statut civil, ainsi par exemple, « le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux » opposé à la légalité de l'accouchement sous X ou de l'interdiction de recherche de la paternité naturelle en dehors des cas de l'article 340 du code civil. De fait, la portée exacte de la convention ne pourra être appréciée qu'à l'aune de la jurisprudence à venir. Une autre conséquence de la convention et de l'autonomie qu'elle accorde à l'enfant est l'éclatement de l'autorité parentale : l'enfant devient le maître de lui-même ; il peut choisir sa religion, se réunir avec qui il veut, correspondre avec qui il veut ... La convention transforme l'auto-

rité parentale définie par la loi du 4 juin 1970 en un simple système de responsabilité parentale.

Mme Rubellin-Devichi insistait de son côté sur le changement des mentalités qu'entraîne la convention des droits de l'enfant. Ce « grand texte international » prône l'autonomie de l'enfant mais demeure réaliste en rappelant que c'est à sa famille de faire respecter ses droits. Un vrai problème sera celui de l'harmonisation de la convention avec nos textes de droit interne, notamment ceux du droit de la filiation ou du droit des successions (infériorité successorale infligée aux enfants adultérins par exemple). Une possibilité, créée par la loi du 15 mai 1991, existe pour permettre une unification du droit en la matière : les juridictions de l'ordre judiciaire pourront solliciter l'avis de la Cour de cassation sur les questions de droit nouvelles présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. Le professeur achevait son intervention sur une note optimiste au regard des efforts déployés par les avocats, les magistrats et les travailleurs sociaux pour rendre à l'enfant une existence autonome.

Enfin pour rendre compte de manière complète de la dynamique d'échange des journées transdisciplinaires, il convient d'évoquer la richesse des interrogations et des propositions formulées dans le cadre des ateliers de travail. L'atelier « Droit de l'enfant et responsabilité juridique » dirigé par Mme le doyen Y. Flour et Mme Alt, maître de conférences à l'Université de Rouen, devait permettre à de nombreux travailleurs sociaux de clarifier leurs connaissances juridiques.

Les réflexions de M. Senel, directeur départemental de la Protection judiciaire de la jeunesse sur le droit à l'éducation des jeunes en difficulté, celle de M. Viaux, expert psychologue sur l'enfant délinquant, de MM. Ropers et Conil, avocats, sur la défense de l'enfant, de Mme Quilien, responsable de l'Aide sociale à l'enfance sur la convention internationale, de Mme le docteur Crevier, psychiatre, sur l'enfant et la prison, ont entraîné le souhait de tous les participants de se rencontrer à nouveau, l'année prochaine, sur le thème de la vie juridique des familles dans la société de consommation (contentieux du divorce, tutelles aux prestations sociales, droit au logement ...). Souhaitons une longue vie et une tradition soutenue de partenariat et d'échange aux journées de Rouen qui ont réuni plus de trois cents personnes en 1991.

Thilo FIRCHOW

LES DROGUES DANS LES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES (Paris, 26-28 juin 1991)

Un colloque organisé par l'Association Descartes avec le soutien de la Direction générale à la lutte contre la toxicomanie et du ministère de la Recherche et de la Technologie s'est tenu à Paris les 26, 27 et 28 juin 1991 sur le thème : *Les drogues dans les sociétés démocratiques : unité et diversité*.

L'Association Descartes, créée par le ministère de la Recherche et de la Technologie, entendait clore ainsi une série de séminaires consacrés aux problèmes du commerce et de l'usage des drogues qui ont réuni de nombreux participants au cours du premier semestre 1991 et annoncer un appel d'offre ouvert aux chercheurs du monde entier sur le thème : « apport des sciences de l'homme et de la société à la compréhension des drogues et des substances psychoactives ».

Le colloque a permis de comparer, sur le plan international, les approches des historiens, des médecins, des juristes et des hommes politiques sur « La drogue » au sens large, cet « objet non rationnel sur lequel se cristallisent des peurs diffuses » selon l'expression employée dans son discours de clôture par Mme Edith Cresson, Premier ministre.

Le juriste était plus spécialement intéressé par trois tables rondes consacrées à l'histoire des drogues et de l'alcool, aux problèmes économiques liés aux politiques de contrôle des stupéfiants et enfin, aux politiques sociales de contrôle des stupéfiants.

Les difficultés d'analyse de l'histoire des stupéfiants ont été soulignées par M. Alain Corbin de l'université de Paris I. Deux approches, l'une européenne, l'autre américaine, se sont en effet opposées.

L'approche européenne, défendue par Virginia Berridge de l'université de Londres et M. Georges Vigarello de l'université de Paris V, privilégie une histoire linéaire qui insiste sur l'apparition dans la seconde moitié du XIX^e siècle de la toxicomanie comme préoccupation sociale. Auparavant, la drogue n'est pas identifiée par les médecins hygiénistes. Les deux intervenants ont souligné le rôle essentiel joué par ces médecins pour faire de la toxicomanie une maladie, comme ils l'avaient fait, dans la première moitié du XIX^e siècle, pour l'alcoolisme. Cette analyse met en évidence le recours à un discours médical qui confond alors préoccupations morales et connaissances scientifiques, se focalisant sur l'alcool puis sur les stupéfiants et les présentant comme une des causes de la décadence, de la dégénérescence supposée des sociétés européennes à l'orée du XX^e siècle.

L'approche américaine, illustrée par M. David Musto de l'université de Yale, privilégie par contre une histoire cyclique dans laquelle les phases de prohibition succèdent aux phases de libéralisation. M. Musto estime ainsi que la régulation de la consommation de drogue trouve son origine dans des mouvements de protestation contre une consommation excessive et non dans la répression. Celle-ci serait la réponse étatique à une demande du corps social, demande relayée – ou initiée – par les ligues de tempérance. Ce mouvement se double, selon cet intervenant qui cite l'exemple des politiques anti-alcooliques, d'une « amnésie historique » au terme de laquelle les Etats adoptent des choix de politique criminelle qui ont échoué plusieurs années auparavant, d'où l'évolution cyclique que semblent connaître ces politiques.

La deuxième table ronde a permis de mettre l'accent sur les effets pervers de la prohibition des stupéfiants sur l'économie.

Roger Lewis, auteur d'ouvrages sur la Camorra italienne, a souligné l'existence de structures familiales ou claniques de distribution des drogues illicites, tant en Ecosse qu'en Italie du Sud. Cette concentration du trafic, et corrélativement des ressources, entre les mains de quelques groupes structurés, conduit à la création de puissances financières qui s'insèrent dans l'économie licite.

Ce mouvement peut avoir une ampleur telle qu'il transforme l'économie nationale, comme le laissait entendre l'intervention de M. Philippe Burin des Rozières consacrée à l'exemple colombien. Cet intervenant explique ainsi la croissance positive de l'économie colombienne, alors que tous les autres pays d'Amérique Centrale connaissent une période de stagnation, par l'apport de devises étrangères provenant du trafic de cocaïne. L'intervenant s'est toutefois vivement opposé sur ce point au représentant du gouvernement colombien qui a fait valoir le prix payé par son pays dans la « guerre contre la drogue ».

M. James Hall, responsable d'un centre d'information sur la drogue à Miami, a montré ensuite les effets pervers sur l'offre de stupéfiants de la politique de lutte contre la cocaïne menée depuis 1980 par les Etats-Unis d'Amérique. Selon M. Hall, cette lutte a provoqué une redistribution géographique du trafic de la Colombie vers les Caraïbes et l'Amérique centrale et a eu pour conséquence d'écarter la poudre de cocaïne au profit d'autres produits, comme le « crack », plus faciles à commercialiser et plus rentables.

La troisième table ronde a surtout permis de présenter le bilan des politiques de lutte contre la drogue en Espagne et en Hollande. Les deux interventions de MM. Charles Kaplan, psychosociologue, et Dirk Kopf, psychologue, révèlent le caractère « pragmatique » ou « expérimental » de l'approche hollandaise. Ce système cherche à

insérer le toxicomane dans la société afin de réduire les risques sanitaires et sociaux liés à l'usage de certains stupéfiants. Dans le même temps, cette politique apparaît ambiguë car elle revient à écarter le principe de légalité par l'adoption de pratiques judiciaires contraires aux textes législatifs.

Sur ce dernier point l'exemple espagnol, présenté par MM. Antonio Escohotado, de l'université de Madrid et Santiago de Torres, pharmacologue, est plus satisfaisant car la dépénalisation de l'usage de drogue passe par une affirmation législative. Toutefois les deux intervenants ont bien montré la remise en cause, depuis 1987, de cette politique libérale sous la pression internationale. Enfin, on retiendra plus particulièrement un élément de l'intervention de M. Escohotado. Celui-ci a en effet expliqué l'absence de véritable problème d'usage de stupéfiants en Espagne jusqu'au milieu des années 1970 par le fait que d'autres produits — amphétamines, tranquillisants, etc. — étaient en vente libre dans les pharmacies. L'existence d'un marché licite de psychotropes aurait ainsi détourné un certain nombre d'usagers de drogue de la consommation d'héroïne et des dérivés du cannabis.

Yann BISIYOU

VERS UNE FACULTÉ EUROPÉENNE DE DROIT ? (Maastricht, 5-7 septembre 1991)

Vers une faculté européenne de droit ? La Faculté européenne de l'université de Limbourg a choisi de célébrer son dixième anniversaire en organisant une conférence internationale sur le thème : *L'enseignement du droit dans l'avenir, vers une faculté européenne de droit ?*, qui a eu lieu du 5 au 7 septembre 1991 à Maastricht, aux Pays-Bas.

Dans tous les pays européens, les études universitaires sont particulièrement cloisonnées selon des lignes nationales. Les études de droit comparé s'occupent plus des différences entre les systèmes juridiques, que des racines et des principes qu'ils ont en commun. La conférence se propose d'examiner les perspectives d'une réorientation de l'enseignement vers un « droit commun de l'Europe » et d'envisager, finalement, la création d'une faculté de droit européenne.

Le thème principal de la conférence est de savoir si on peut parler de l'existence d'un noyau de « droit commun » en Europe.

Dans ce contexte, la notion de « droit commun » fait référence aux institutions et aux principes communs aux différents systèmes juridiques européens. Ce nouveau *ius commune* se développe d'une manière inégale. Dans certains domaines du droit, on peut constater, en effet, une similitude croissante dans les codes ou la jurisprudence des divers pays. Dans d'autres domaines, le processus peut se révéler plus lent où peut-être même inversé, vers une accentuation des différences nationales.

Ces deux processus, l'un vers un « droit commun » et l'autre vers une accentuation des différences nationales, sont tous les deux fondés sur la tradition européenne culturelle. Depuis quelques siècles ces deux idées sont formulées dans la philosophie européenne.

Le débat commence avec deux penseurs du XVIII^e siècle, qui expliquent parfaitement ce qu'il se passe maintenant dans les discussions. Dans le siècle des Lumières, c'est Rousseau qui critique l'idée générale de progression dans la société et la culture. Il critique le processus d'uniformisation et d'homogénéisation des cultures par la technique. Même aujourd'hui, dans la théorie de Michel Foucault, on y trouve des mots comme normalisation et discipline. Ce sont les mêmes développements que Rousseau a signalés, mais dans un nouveau concept.

Voltaire, le grand philosophe français des Lumières, est contre les prophètes de destruction. Dans une *Lettre à Rousseau* il glorifie la modernisation des cultures primitives, ce qui remplace les préjugés et l'ignorance dans la rationalité de la science.

La discussion entre Rousseau et Voltaire se situe parfaitement dans le contexte moderne. L'esprit des Lumières et l'approche multiculturelle sont tous les deux importants selon Hans Lensing. Lensing, qui était le troisième orateur du groupe de travail, disait que le droit pénal doit avoir la possibilité d'exprimer son identité culturelle.

Il est nécessaire de créer de l'espace pour les groupes culturels différents afin qu'ils expriment leur identité (par exemple : les drogues, l'euthanasie, l'avortement, etc.). Il n'y a pas de nécessité d'un code pénal européen. Aussi l'uniformisation des procédures pénales par la Commission européenne dépasse les bornes. De plus, il n'y a même pas de contrôle démocratique sur la Commission européenne. La Convention n'est pas détaillée. Les droits sont vagues et fondamentaux. C'est pourquoi Lensing plaide pour des droits humains, sur une base minimum. Son avis pour l'éducation est que les étudiants doivent être instruits des systèmes étrangers en général.

Le droit comparé est important. Ce sont des principes communs, mais il y a des différences dans la solution des problèmes juridiques.

Les idées de Lensing se rallient parfaitement aux idées de Fletcher. Pour lui, il est important de trouver rationnellement, par le droit comparé, les meilleures solutions. Aussi, pour lui, un code pénal moderne est une fiction. Selon Orié le mot-clef est la coopération, parce qu'on n'a pas de principes communs dans une procédure pénale. Blankenburg préconise de ne pas harmoniser le droit pénal et la procédure pénale, seulement quand ils ont des lois avec une base morale, stigmate de l'attitude de la masse.

L'impact sur l'éducation juridique est que nous ne devons pas enseigner d'une manière très détaillée, mais faire une approche générale. La jurisprudence est beaucoup plus importante quand on étudie le droit dans les Etats-Unis d'Amérique. Les plus grandes différences entre l'Europe et les Etats-Unis sont les modes d'instruction et les sujets. Les professeurs n'enseignent pas comme des autorités mais comme des avocats dans des groupes de travail. Le système à l'université de Maastricht ressemble au système anglo-saxon. Le problème de l'orientation et de l'enseignement est une manière d'étudier qui va bien avec l'enseignement qui se concentre sur les terrains importants peu détaillés.

Quand on compare le droit aux Etats-Unis avec le droit en Europe, on voit aux Etats-Unis une tendance à la décentralisation et en Europe une tendance à la centralisation. La conclusion est que l'Europe doit apprendre quelque chose de la structure fédérale aux Etats-Unis (ne faites pas la même faute !). Et trouver par la loi comparative des solutions meilleures, c'est cela le plus important : combiner l'idée multiculturelle avec l'idée des Lumières.

L. TOMESSEN

LA PRÉVENTION DE LA CRIMINALITÉ EN MILIEU URBAIN

SÉMINAIRE INTERNATIONAL DE FORMATION

INSTITUT DE SCIENCES PÉNALES ET DE CRIMINOLOGIE D'AIX-EN-PROVENCE (ISPEC)

(Aix-en-Provence, 29 septembre-3 octobre 1991)

La flambée de violence qui a secoué les banlieues françaises en 1990 a conduit l'Etat à donner une impulsion nouvelle à la politique de prévention de la délinquance. Aux As-

sises de Bron, tenues en décembre 1990, le président Mitterrand a présenté les lignes de force de la nouvelle politique de prévention en annonçant pour 1995 la fin des ghettos.

Pour y parvenir les instances gouvernementales et parlementaires ont mis en oeuvre un calendrier important de réformes. Dès le mois de décembre 1990, Michel Delebarre a été nommé ministre de la Ville. Au cours des années 1991-1992 trois textes ont été votés par le Parlement. D'abord, la loi du 13 mai 1991 instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes d'Ile-de-France vise à opérer une meilleure répartition de la dotation globale de fonctionnement attribuée aux communes. Ensuite, la loi du 31 mai 1990 dite loi Besson, garantit le droit au logement pour tous : « toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide à la collectivité... pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir » (art. 1). Enfin, la loi du 13 juillet 1991, dite loi Delebarre, qui devait s'appeler loi foncière, puis loi anti-ghetto, est devenue la loi d'orientation pour la ville. Ce texte instaure un droit à la ville. L'Etat, les communes, les établissements publics « assurent à tous les habitants des villes des conditions de vie et d'habitat favorisant la cohésion sociale et de nature à éviter ou à faire disparaître les phénomènes de ségrégation. Cette politique doit permettre d'insérer chaque quartier dans la ville et d'assurer dans chaque agglomération la coexistence des diverses catégories sociales » (art. 1).

C'est dire l'actualité du Séminaire que l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence avait organisé en collaboration avec la Délégation interministérielle à la ville et au développement social urbain (DIV) et avec le concours de l'Institut des hautes études de la sécurité intérieure (IHESI) et la participation des collectivités territoriales. La coordination scientifique de cette manifestation était assurée par Jacques Borricand, directeur de l'ISPEC et Irvin Waller, professeur à l'université d'Ottawa (Canada), auteur du rapport préliminaire de la Conférence internationale sur *La sécurité, les drogues et la prévention de la délinquance en milieu urbain*, tenue à Paris du 18 au 20 novembre 1991.

Ce séminaire s'inscrit dans le droit fil du programme de « remobilisation de la recherche dans les villes », lancé à l'issue d'une délibération du Conseil des ministres, en date du 25 septembre 1991 (cf. *Le Journal du CNRS*, n° 24, Lumières sur la ville, déc. 1991).

Cette manifestation, limitée à un petit nombre de participants, se voulait être une sorte d'atelier de réflexion dont les conclusions pourraient être exploitées par le 27^e Congrès de l'Association française de criminologie qui suivait le séminaire et portait sur le même thème.

Elle poursuivait une triple ambition. D'abord, l'objectif de ce séminaire était d'être pragmatique. C'est pourquoi il a été qualifié de séminaire de formation. Il s'adressait à tous ceux qui ont en charge les problèmes de sécurité dans les villes, policiers, chefs de projets, membres de conseils de prévention, éducateurs... Il entendait privilégier les échanges entre la salle et les intervenants, susciter des interrogations, proposer la visite de réalisations locales dans le domaine de la prévention. En second lieu, son but était de faire connaître les stratégies de prévention mises en place en France et à l'étranger. Les succès et les échecs des politiques de prévention déjà menées à l'étranger peuvent être très instructives pour la France. Enfin, le troisième axe, peut-être le plus original, consistait à partir des réalisations françaises et étrangères et des suggestions émises, de réfléchir et proposer un projet de programme pour les années à venir.

Pour atteindre ces objectifs, les organisateurs du séminaire ont bénéficié du concours de personnalités françaises et étrangères, dont les interventions ont permis la réussite de cette manifestation.

La matinée du lundi 30 septembre (président de séance : Jacques Borricand) a été consacrée à la délimitation du sujet. M. Raymond Gassin, professeur à l'université d'Aix-

Marseille III et directeur honoraire de l'ISPEC s'est attaché à définir le concept souvent flou de prévention, tandis que M. Hervé Vieillard-Baron, maître de conférences à l'université de Nanterre, dont les travaux sur les « ghettos » font autorité, a précisé ce qu'il fallait entendre par milieu urbain.

Le mardi 1^{er} octobre (président de séance : Irvin Waller) avait pour objet la présentation de politiques de prévention réalisées dans cinq pays étrangers. M. Jan Van Dijk, professeur à l'université de Leyde, directeur de la prévention de la criminalité (Pays-Bas), Mme Marianne Hakansson, président du Conseil de la prévention de la criminalité (Suède), M. Kevin Heal, président du Conseil de prévention du Home office (Grande-Bretagne), M. Jordi Cornil, directeur des programmes de prévention de la région de Barcelone (Espagne), M. Uberto Gatti, professeur à l'université de Gênes (Italie), ont présenté à tour de rôle leur expérience de prévention de la criminalité dans leurs pays respectifs.

A l'issue de ces communications, deux thèmes spécifiques ont été traités. M. Philippe Robert, directeur du Groupe européen de recherches sur les normativités, a présenté « l'avenir des enquêtes locales », tandis que M. Martin Killias, professeur à l'université de Lausanne (Suisse) a débattu « des répercussions des enquêtes de victimation ».

La matinée du mercredi 2 octobre (président de séance : Raymond Gassin) avait pour ambition d'étudier le rôle des différents acteurs des programmes de prévention. Mme Adeline Hazan, directeur de la prévention à la DIV, a exposé le rôle de la ville. M. Olivier Dropet, procureur de la République à Marseille, celui de la justice. Enfin, le rôle de la police a été confié à M. Daniel Duglery, sous-directeur de l'action préventive et de la protection sociale à la Direction centrale des polices urbaines à Paris et à M. André Normandeau, professeur à l'université de Montréal, qui a exposé le point de vue canadien.

La journée du jeudi 3 octobre (présidents de séance : Irvin Waller et Denis Szabo, professeur à l'université de Montréal) se voulait prospective. C'est pourquoi la matinée a permis des échanges fructueux entre les participants à des programmes de prévention débouchant l'après-midi sur une table ronde, présidée par M. Gilbert Bonnemaïson, vice-président du Conseil national des villes, dont les objectifs étaient de formuler des propositions pour un modèle de projet de programme.

Pour rendre plus vivant le séminaire, les organisateurs avaient chargé M. Grégoire Krikorian, commissaire divisionnaire, d'organiser des visites de réalisations locales à Marseille. C'est ainsi que les participants ont pu successivement se rendre au chantier extérieur de détenus de la campagne Pastré et visiter la restructuration du quartier de la Bégude.

A l'issue de ce séminaire, quels enseignements peut-on en tirer ?

Il faut d'abord souligner que les programmes de prévention entrepris dans certains pays étrangers ont permis d'enregistrer une réduction de la criminalité. Sans doute s'agit-il de projets pilotes, donc assez limités, mais les résultats sont d'ores et déjà encourageants. Pour ce qui est des Pays-Bas, l'excellent rapport de Jan Van Dijk fait état de projets qui se sont révélés efficaces : l'introduction dans les transports publics d'agents de surveillance a permis de faire baisser le taux des « resquilleurs » et le taux des agressions physiques ; la mise en place du projet « HALT », qui est un système de déjudiciarisation destiné à éviter les poursuites judiciaires, a révélé que le nombre d'actes commis après l'intervention policière a considérablement baissé ; la concrétisation d'un projet sur l'amélioration de l'habitat dans un quartier HLM de la ville de Delft (nouvelles facilités de loisirs, multiplication des gardiens, consultation des habitants) a produit des résultats positifs.

En Grande-Bretagne on a observé que si les actions de prévention de la criminalité n'ont pas eu d'incidence sur la réduction du taux national, en revanche, la baisse est sensible dans les communautés locales où l'action de prévention a été soigneusement

ciblée. Le rapport de Mme Marianne Hakansson nous a permis de tirer des conclusions similaires.

En résumé, une réduction de la criminalité est possible quand une action précise est conduite à laquelle les citoyens sont étroitement associés.

En second lieu, pour l'avenir deux idées pourraient servir de base à un projet de programme de prévention de la criminalité. Il faudrait tout d'abord développer les filières de formation afin de mieux structurer les conseils communaux de prévention de la délinquance. M. Bonnemaison a lui-même souligné la nécessité de revoir la structure de ces conseils. Le conseil « doit être un lieu de rencontres et d'échanges » et non pas une « espèce de messe annuelle ». Il faudrait ensuite entreprendre des recherches évaluatives, ce qui implique que des équipes de chercheurs s'attellent enfin à l'évaluation des programmes de prévention, ce qui pose le récurrent problème des moyens matériels. Pour ce faire, il serait souhaitable que des observatoires locaux de délinquance soient mis en place.

L'ensemble des actes du séminaire est publié par les Presses de l'université d'Aix-Marseille III, dans un ouvrage intitulé : *La prévention de la criminalité en milieu urbain*. Y seront joints les Actes du 27^e Congrès de l'Association française de criminologie qui suivait cette manifestation.

Jacques BORRICAND

27^e CONGRÈS DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DE CRIMINOLOGIE
 LA NOUVELLE POLITIQUE FRANÇAISE DE PRÉVENTION DE LA CRIMINALITÉ
 URBAINE

Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence (ISPEC)
 (Aix-en-Provence, 4-5 octobre 1991)

Le thème choisi par les organisateurs de ce Congrès, placé sous le haut patronage du ministère de la Justice, n'est pas, malgré les apparences, une redite du séminaire international qui a précédé cette manifestation. En effet, le séminaire se voulait être un séminaire de formation s'adressant à un public restreint et ciblé et ayant pour fin de définir, à partir d'expériences de prévention conduites à l'étranger, un programme français. Le 27^e Congrès avait une optique différente. Il avait l'ambition de faire le point sur la nouvelle politique française de prévention de la criminalité urbaine et d'évaluer les actions déjà entreprises.

En vérité, si le thème est d'une brûlante actualité, il est depuis longtemps familier aux chercheurs. Depuis plus de quinze ans en effet, l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence abrite un laboratoire rattaché au CNRS dont l'objet est la prévention de la délinquance. Depuis plus de dix ans, un des enseignements du DEA de droit pénal et de criminologie de l'université d'Aix-Marseille III porte sur la prévention de la délinquance.

Les événements récents qui ont secoué les banlieues françaises et étrangères ont posé l'équation : ville = délinquance. Les prévisions de Denis Szabo relatives à un affaiblissement de la délinquance urbaine ne se sont pas pour l'instant révélées exactes. Bien au contraire, nous assistons à une augmentation de la délinquance essentiellement urbaine. Les crimes et délits constatés par la police et la gendarmerie ont progressé de 7 % en 1990 (3 492 712 infractions).

Cette évolution des crimes et délits accompagne les mouvements des populations en direction des villes. L'exode rural suivi de la crise économique des années 1975-1980 a accéléré le processus des flux migratoires vers les banlieues périphériques. Ainsi entre

les recensements de 1982 et 1990 la grande couronne parisienne a accueilli 520 000 personnes supplémentaires. D'autre part, la réhabilitation des quartiers anciens devient une mode. Les gens aisés s'installent dans les immeubles rénovés du centre-ville, rejetant les plus démunis dans la périphérie des agglomérations. Les lieux de loisirs, les boutiques, les restaurants et les cafés, exercent un pouvoir d'attraction sur les exclus des banlieues, ces « relégués de la société de consommation ». On observe alors des flux migratoires à sens unique, générant une délinquance difficile à saisir parce que difficilement identifiable et très mobile. Se développent le sentiment d'insécurité, le désarroi de l'Etat et des collectivités locales, la mise à l'index des banlieues qui constituent des aires de délinquance, c'est-à-dire des zones de détérioration matérielle et socio-morale avec un taux de chômage très élevé.

La cristallisation du mal de vivre dans les ZUP a brutalement éclaté en émeutes, en 1981, aux Minguettes, dans la banlieue lyonnaise, les jeunes se révoltant contre leur « *no future* » et exprimant par la violence leur sentiment de frustration et d'exclusion sociale. Sous la pression de l'opinion publique, dans l'urgence, le gouvernement avait dû réagir très rapidement pour éviter une réaction en chaîne qui pouvait se propager de banlieue en banlieue, en élaborant une politique nationale des villes et en améliorant la politique de prévention de la délinquance.

La nouvelle flambée de violence qui, dix ans après les Minguettes, a de nouveau dévasté les banlieues, a conduit le gouvernement à réactiver cette politique par la création du ministère de la Ville, fin 1990, et le vote de trois lois dont la dernière, la loi Delebarre du 19 juillet 1991, s'intitule « loi d'orientation pour la ville ».

Il est apparu souhaitable aux organisateurs du colloque d'exposer les programmes actuels de prévention, de présenter les bases de la nouvelle politique urbaine et surtout d'évaluer les politiques de prévention conduites jusqu'à ce jour.

Après les allocutions d'ouverture de M. Jean-Marie Delebarre, nouveau directeur de la Délégation interministérielle à la ville et au développement social urbain, représentant M. Michel Delebarre, ministre d'Etat, ministre de la Ville et de l'Aménagement du territoire, de M. Marcel Colin, président de l'Association française de criminologie et de M. Lucien Capella, président de l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III, M. Jacques Borricand, directeur de l'ISPEC, présentait son rapport introductif. Puis M. Reynald Ottenhof, professeur à l'université de Pau et des Pays de l'Adour, présentait un brillant rapport sur l'évolution socio-criminologique, tandis que M. le préfet Fabien Sudry, un des treize *missi dominici* nommés par M. Michel Delebarre, dans les régions les plus sensibles, brossait le tableau des diverses institutions mises en place par le gouvernement pour répondre à la montée de la délinquance.

L'après-midi, six communications ont été successivement présentées sous l'autorité bienveillante du doyen Fernand Boulan, professeur à l'université d'Aix-Marseille III. Mme Christine Lazerges, professeur à l'université de Montpellier et responsable de l'équipe de recherches sur la politique criminelle, avait choisi de développer les méthodes utilisées par les organismes de prévention. Personne n'était mieux qualifié qu'elle pour approfondir ce thème essentiellement pratique, compte tenu de sa double qualité d'universitaire et d'élue. Puis notre collègue Elchardus, chef du Service de médecine légale-psychiatrique des urgences à l'hôpital Edouard Herriot, à Lyon, exposait les approches médico-psychologiques de la prévention en criminalité urbaine.

Après une pause, des illustrations plus spécifiques ont été présentées. Le volet *Police* était confié à M. André Cordonnier, directeur départemental des polices urbaines de l'Essonne. Le volet *Justice*, à Mme Isabelle Toulemonde, chef du Bureau de la protection des victimes et de la prévention de la délinquance au ministère de la Justice ; le volet toxicomaniaque, à M. Robert Papin, chargé de mission à la Délégation générale à la lutte contre la drogue et la toxicomanie. Enfin, Mme Marie-Luce Cavrois de la Déléga-

tion interministérielle à l'insertion professionnelle des jeunes clôturait la journée en évoquant le problème des jeunes en difficulté.

La demi-journée du samedi, moins dense, ne devait pas être moins importante puisque le thème proposé était l'évaluation des politiques de prévention conduites jusqu'à ce jour. Est-il besoin de souligner l'intérêt de l'évaluation faite par des chercheurs indépendants formés à la recherche évaluative. On sait que certains programmes nord-américains ont donné lieu à des évaluations rigoureuses qui ont souligné l'échec de ces programmes. Pour ce qui est de la France, aucun travail n'a été à notre connaissance entrepris. C'est dire l'importance capitale des communications qui devaient être présentées. Malheureusement, des défaillances de dernière minute, devaient nous conduire à nous contenter de la lecture que Mme Dan Ferrand-Beckman, professeur à l'université de Seine-Saint-Denis, avait bien voulu faire du rapport rédigé par M. Jean-Marie Belorgey, député de l'Allier, président du Comité d'évaluation de la politique de la ville. Ce rapport, fort intéressant au demeurant, intitulé : « Analyse des bases théoriques de la nouvelle politique » devait nous laisser sur notre faim. Il n'apparaît pas en effet qu'une véritable évaluation ait été entreprise par le Comité d'évaluation.

A l'issue du colloque, notre collègue Gaëtan Di Marino, professeur à l'université d'Aix-Marseille III, comme d'habitude si brillant, nous présentait un rapport de synthèse très personnel.

L'ensemble des travaux du Congrès, réserve faite de ce dernier rapport, est publié par les Presses de l'université d'Aix-Marseille, sous le titre *La nouvelle politique française de prévention de la criminalité urbaine*. Y sont joints les travaux du séminaire international qui a précédé cette manifestation.

Jacques BORRICAND

ASSOCIATION INTERNATIONALE DROIT, ÉTHIQUE ET SCIENCE* (Paris, 21 novembre 1991)

La loi du 20 décembre 1988 relative à la recherche biomédicale : comités de protection des personnes ou comités d'éthique ?

L'atteinte portée volontairement au corps humain n'était guère possible jusqu'à présent en droit français, même du consentement de la personne, que dans le cadre d'un acte médical au profit de celle-ci.

La loi du 20 décembre 1988 relative à la recherche biomédicale sur l'être humain est venue modifier radicalement cette approche puisque, dans l'intérêt des connaissances scientifiques et médicales, elle légitime l'expérimentation sur l'homme, que celle-ci présente ou non un bénéfice thérapeutique à l'égard de la personne qui s'y soumet.

Si de nombreux commentaires et colloques ont été consacrés à cette nouvelle loi, aucun n'avait à ce jour abordé la question spécifique des comités de protection des personnes, chargés de donner un avis sur la pertinence des protocoles de recherche et qui constituent de ce fait l'un des éléments essentiels du système juridique adopté. L'intérêt d'une telle réflexion apparaissait d'autant plus réel que l'année 1991 avait été choisie pour être celle de la mise en place de ces comités.

C'est donc vers cet objectif, celui de l'examen de la mission mais aussi de la nature et de la responsabilité juridique des comités, que ce colloque avait pour but de tendre,

* 6 boulevard Gambetta, Strasbourg. Il s'agit d'un réseau international et pluridisciplinaire consacré à la définition de politiques dans le domaine de l'éthique des sciences. L'association édite un trimestriel bilingue, *Le Journal international de bioéthique* (éd. Alexandre Lacassagne, 162 avenue Lacassagne, 69003 Lyon).

(II) ainsi que le rappela dans ses propos liminaires M. C. Byk, magistrat, secrétaire général de l'Association internationale Droit, éthique et science, l'organisatrice de cette réunion à laquelle ont participé dans la salle de la première chambre de la cour d'appel de Paris 150 personnalités, juristes, médecins, industriels, membres des comités de protection et représentants des autorités publiques.

Mais il n'aurait cependant pas été de bonne méthode d'examiner cet aspect de la mise en oeuvre de la loi sans en restituer le contexte juridique, économique qui, tant en France qu'en Europe, a été à son origine (I). Si ce dernier point fit l'objet de la séance du matin, présidée par le sénateur F. Serusclat, l'un des co-auteurs de la loi de 1988, l'après-midi fut consacré au premier aspect, sous la présidence de M. B. Charles, député-maire de Cahors.

I. — LES ORIGINES DE LA LOI DU 20 DÉCEMBRE 1988

Les intervenants ont été unanimes pour rappeler le paradoxe de la situation antérieure à la loi : une jurisprudence nette déclarait illicite toute expérimentation sans bénéfice thérapeutique direct alors que la réglementation concernant la mise sur le marché de nouveaux médicaments supposait la réalisation d'essais cliniques, dont l'ensemble ne pouvait à l'évidence répondre à cette exigence. La clarification introduite par la loi du 20 décembre 1988 a ainsi été doublement bénéfique. Aux yeux de Mme le premier président M. Ezratty, dans ses propos d'ouverture, la loi a en effet redonné à l'office du juge sa place : celle d'appliquer, voire d'interpréter, la loi mais non de l'écrire à la place du législateur. C'est sans doute, suivant une conception similaire, que s'articulera, selon elle, le rôle du juge par rapport aux questions juridiques que la pratique révélera.

Le second avantage de la loi, comme devait le souligner le docteur L. René, président du Conseil national de l'Ordre des médecins dans son exposé introductif, est d'avoir offert un cadre juridique qui puisse prévenir la réalisation d'essais manifestement contraires à l'éthique.

Le professeur J. Dangoumau, pharmacologue et auteur, en 1982, d'un rapport sur les essais cliniques en France, retraça le contexte dans lequel se trouveraient les expérimentations chez l'homme au début des années 1980 : incertitude juridique quant à leur légitimité, absence de transparence, faible prise en compte des pratiques et usages internationaux par le milieu des investigateurs ; enfin, un réseau limité et non reconnu de comités d'éthique. La France avait ainsi acquis un retard réel dans la mise en place des conditions propres à assurer une évaluation efficace des médicaments mis sur le marché.

Ce point de vue fut bien évidemment facilement partagé par M. B. Lemoine, directeur du Syndicat national de l'industrie pharmaceutique qui souligna la nécessité d'une telle loi pour permettre à l'industrie française du médicament de tenir son rang face à nos partenaires internationaux mais aussi à notre pays d'accueillir des recherches de pointe. Il jugea la nécessité d'informer sur l'état nouveau du droit d'une extrême importance tant pour les citoyens que pour les médecins, dont beaucoup ignorent encore le contenu de ce texte. C'est une nécessité absolue pour permettre la prise en compte au quotidien des bonnes pratiques cliniques et des usages internationaux.

A ce propos, C. Byk devait rappeler l'importance des règles internationales, le Code de Nuremberg (1947), la Déclaration d'Helsinki (1964) et celle de Manille (1982) comme sources inspiratrices de la loi du 20 décembre 1988 qui reprend à son compte les grands principes mis en avant par les textes internationaux : respect de l'autonomie de la personne, bienfaisance et justice. Néanmoins, la loi française s'oppose sur deux points aux tendances du droit international : elle établit une distinction entre essais à bénéfice direct et essais sans bénéfice direct qui peut être source de conflits mais sur-

tout elle admet, même dans ce second cas, des essais sur des personnes incapables d'exprimer leur volonté parce que se trouvant dans une situation dite d'urgence (coma...).

Enfin, un examen de droit comparé révèle que la législation française est sans doute l'une des plus complètes qui soit et particulièrement en ce qui concerne l'indemnisation des dommages éventuels causés par l'expérimentation. Cette « perfection » législative est aussi une contrepartie de la faiblesse du système de contrôle interne aux organismes de recherche.

Le débat qui acheva cette matinée et auquel participèrent le professeur D. Schwartz et le recteur Ph. Lucas, tous deux membres du Comité consultatif national d'éthique montra qu'il sera sans doute encore nécessaire que le législateur amende son oeuvre (une première modification étant déjà intervenue en janvier 1990) : il en est ainsi de l'application de la loi aux additifs ou aux cosmétiques, des essais en situation d'urgence ou de la publication des avis défavorables rendus par les comités.

Ce dernier point révèle, comme le fit remarquer le sénateur C. Huriet, qu'il était difficile de ne pas, déjà dans cette première session, effleurer la question principale de l'ordre du jour : celle des comités de protection des personnes.

II. — LES COMITÉS DE PROTECTION DES PERSONNES

Les exposés qui furent entendus au cours de l'après-midi offrirent l'avantage d'une présentation structurée qui permit à la réflexion de progresser.

A la question de la nature et de la responsabilité des comités, le professeur G. Mémeau devait en effet répondre par un double constat d'ambiguïté.

Celle-ci concerne tout d'abord le rôle des comités et leur pouvoir d'affirmer l'éthique. Si le législateur n'a pas souhaité ériger les comités de protection des personnes en « proclamateurs » de l'éthique, cette fonction incombant au comité national, il n'est pas évident que, dans la pratique, les nouveaux comités n'élaboreront pas des règles de prudence pour la recherche sur l'homme. Quant au constat relatif à leur responsabilité pour conseils donnés ou normes suggérées, dans le silence de la loi, il faut avoir recours au droit commun de la responsabilité. Or, les comités ayant la personnalité morale pourraient se voir reprocher certaines fautes.

Cette analyse des fonctions des comités de protection fut complétée par la réflexion de M. J. Michaud, membre du comité national, sur le devenir des anciens comités d'éthique locaux. Il souligna avec pertinence que ces derniers, s'ils ont perdu une fonction importante, conservaient ou devaient développer d'autres fonctions : la réflexion générale sur l'éthique, l'information, la formation. Mais ce qui fut au coeur de la discussion, grâce à l'exposé du professeur Bechtel, président du Comité de protection de Franche-Comté, et aux questions de nombre de ses collègues et d'investigateurs, est le fonctionnement présent des comités : le champ de leurs compétences, la procédure d'examen des protocoles, le risque d'avis divergents, le manque de moyens des comités.

Si au cours de la table ronde, M. Ameline (Direction de la pharmacie, ministère de la Santé) devait s'efforcer de rassurer, sinon d'apporter les précisions nécessaires, le docteur Bardelay (Prescrire) mit en avant certains aspects encore flous et sur lesquels il conviendrait de réfléchir tel le financement de la recherche à l'hôpital ou la question délicate de la publication des avis défavorables des comités de protection.

En conclusion de cette journée, le sénateur C. Huriet, initiateur de la loi, devait réfléchir sur la justesse des équilibres définis par le législateur. Il rappela combien la loi avait tenu compte des réflexions antérieures tant françaises qu'internationales et s'interrogea : le législateur peut-il aujourd'hui aller plus loin dans les précisions apportées par ce texte ? Sans écarter cette possibilité, M. Huriet voulut néanmoins offrir plusieurs repères susceptibles d'éclairer et de conforter les praticiens dans leur démarche.

Le premier de ces repères est bien sûr le texte même de la loi qui s'adresse par exemple à tous les essais à condition que ceux-ci soient organisés. Un autre repère important pour le comportement des investigateurs est l'avis, voire l'avis préalable, du comité de protection et, indirectement, la « jurisprudence » qui s'établira à la suite de ces avis. Enfin, le dernier mais non le moindre de ces repères reste la conscience individuelle de l'investigateur et du promoteur qui doit continuer à être un élément de vigilance dans la recherche biomédicale chez l'homme.

Tel un navire d'un nouveau type qui va connaître l'épreuve de la mer, la loi du 20 décembre 1988 est désormais offerte à la pratique. Il était bien normal que l'équipage, membres des comités de protection des personnes, investigateurs, promoteurs et sujets de la recherche, veuille s'assurer que les commanditaires et les constructeurs du navire soient de ce premier voyage.

Christian BYK

COLLOQUE LIBÉRATION CONDITIONNELLE ET RÉINSERTION SOCIALE (Louvain, 27-28 mars 1992)

Le département de criminologie et de droit pénal de l'Université catholique de Louvain organise un colloque intitulé *Libération conditionnelle et réinsertion sociale*, qui aura lieu à Louvain-La-Neuve (Belgique) les 27 et 28 mars 1992.

Les séances de travail du vendredi 27 mars (matin) seront placées sous la présidence de M. Jean-Marie Piret, avocat général à la Cour de cassation, et traiteront des sujets suivants :

- données criminologiques et stratégies pénologiques ;
- le retour en prison ;
- histoire d'une réforme qui n'aboutit pas ;
- vers une nouvelle approche en matière de libération conditionnelle ;
- l'arrêté royal du 4 avril 1991 ;
- les propositions du Conseil supérieur de politique pénitentiaire ;
- libération conditionnelle et aide sociale aux justiciables.

Les séances du vendredi après-midi se dérouleront sous la présidence de M. Jean Detienne, président de la Commission royale des patronages, et seront consacrées à l'étude des thèmes suivants :

- libération conditionnelle : chiffres et pratiques ;
- l'octroi de la libération conditionnelle : la longue marche des décideurs.

Des ateliers seront également consacrés à des thèmes de recherche tels que :

1. les décideurs et leurs critères ;
2. libération conditionnelle et garanties juridiques ;
3. les acteurs de la réinsertion sociale active.

Les travaux du samedi 28 mars auront lieu sous la présidence de M. Henri D. Bosly, président de l'École de criminologie de l'U.C.L., et seront consacrés aux rapports des ateliers et au rapport général présenté par Mme Sonia Snacken, professeur à la faculté de droit de la VUB, président de la Société belge de criminologie.

Pour des renseignements complémentaires, il faut s'adresser à Mme Jeanine Zaorski-Bedynek, faculté de droit ; Collège Thomas More ; Place Montesquieu 2. 1348 Louvain-la-Neuve (Belgique). Tél. 010/47.46.74.

PREMIÈRE RENCONTRE INTERNATIONALE SUR LES SCIENCES PÉNALES
II^e JOURNÉE NATIONALE CUBAINE DE CRIMINOLOGIE
(La Havane, 13-15 octobre 1992)

Le Parquet général de la République de Cuba et la Société cubaine de sciences pénales de l'Union nationale des juristes de Cuba organisent la Première rencontre internationale sur les sciences pénales ainsi que la II^e Journée nationale cubaine de criminologie, dans le but de promouvoir les échanges d'expériences et de développer les discussions scientifiques sur les thèmes choisis. Ces deux manifestations auront lieu à La Havane (Cuba) du 13 au 15 octobre 1992.

Au cours de ces rencontres seront présentés des rapports et des conférences complétés par des visites dans des établissements pénitentiaires et des institutions assimilées.

Au cours de la première Rencontre internationale sur les sciences pénales seront étudiés les thèmes suivants :

- droit pénal et société,
- dépenalisation,
- tendances et possibilités de la réforme du droit pénal,
- le procès pénal. Tendances modernes,
- le rôle du ministère public dans le procès pénal. Situation en Amérique latine,
- l'infraction non conventionnelle,
- délinquance juvénile : perspectives de traitement et prévention,
- la resocialisation du délinquant,
- la peine et ses finalités en droit pénal.

La II^e Journée nationale cubaine de criminologie sera consacrée à des exposés et des discussions concernant les principales recherches criminologiques effectuées à Cuba ces dernières années.

Pour des renseignements complémentaires il faut s'adresser à :

Oficinas del Comité organizador, Fiscalía General de la República, Calle 5 ta. n° 306 centre C y D, Vedado, Plaza de la Revolución, Habana 2, Ciudad de La Habana (Cuba).

II. — DROITS ÉTRANGERS

LA RÉFORME DES AUXILIAIRES DE JUSTICE EN ANGLETERRE*

Le *Courts and Legal Services Act de 1990* a apporté de grands changements dans les professions judiciaires. Depuis le vote de cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991, des personnes autres que les *barristers* pourront avoir des droits de plaidoiries devant des juridictions supérieures. Auparavant, les droits de plaidoirie devant la *Crown Court* appartenaient exclusivement aux *barristers* sauf qu'un *solicitor* pouvait plaider en appel devant la *Crown Court* ou durant la procédure de renvoi si le *solicitor* ou son cabinet avait plaidé devant la juridiction inférieure (*Magistrates' Court*). Dans certaines régions d'Angleterre et de Galles¹, les *solicitors* ont toujours eu des droits de plaidoirie devant des juridictions pénales *Quarter Sessions* (aujourd'hui) *Crown Court*.

* L'auteur remercie le British Council qui lui a accordé une bourse afin d'étudier sur place ce problème (Londres, oct. 1991).

1. *Practice Direction (1972)* I X.L.R.5. Caernavon, Barnstale, Bodmin, Doncaster and Lincoln cité in P.F. Smith and S.H. Bailey, *The Modern English Legal System*, Londres, 1984, Sweet and Maxwell, p. 108.

La réforme de 1990 est simple : afin de pouvoir jouir de droits de plaidoirie une personne doit se qualifier pour représenter une cause devant telle cour supérieure. Ladite personne doit être membre d'une société professionnelle avec des règles de conduite et un mécanisme afin de les faire respecter². De plus, la personne se devra de respecter le principe du non-refus de dossier *cab rank rule*. L'appendice 4 à la loi précise le mécanisme que doivent suivre les ordres professionnels qui veulent que certains de leurs membres puissent obtenir ces droits de plaidoirie. L'ordre demandeur doit soumettre à un comité *The Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct* les règlements et règles de conduite qu'il entend appliquer aux membres qui désirent ainsi plaider³. Ce sont les ordres qui accordent le droit de plaider avec l'accord de l'*Advisory Committee*. Lorsque la demande a été faite par l'ordre, celui-ci doit soumettre les procédures requises à l'*Advisory Committee*. L'ordre se doit de prendre en considération les conseils qui lui sont prodigués par le *Committee*. Après cette procédure, le dossier est présenté aux quatre juges désignés (*Lord Chief Justice, Master of the Rolls, Vice Chancellor and President of the Family Division*) puis au directeur de la concurrence. Lorsque le Lord Chancelier a reçu l'avis de l'*Advisory Committee*, et celui obligatoire du directeur de la concurrence qui doit déclarer s'il n'y a pas entrave quelconque à celle-ci, il envoie copie au demandeur. Le Lord Chancelier se doit d'approuver ou non le projet. Le Lord Chancelier doit envoyer copie des avis qu'il a reçus (de l'*Advisory Committee* et du directeur) aux quatre juges désignés qui lui donnent leur opinion individuellement. Le Lord Chancelier et les quatre juges supérieurs doivent être unanimes dans leur approbation et l'ordre reçoit son habilitation lorsque le Lord Chancelier demande au souverain de signer un *Order in Council* spécifiant que tel ordre est autorisé à accorder les droits de plaidoirie demandés. Evidemment première concernée, la *Law Society* a soumis une demande au *Committee*⁴.

Dans ce document, il est précisé que les *solicitors* ont à ce jour les droits de plaidoirie définis par l'article 32 du *Courts and Legal Services Act 1990*, les *solicitors* ont des droits de plaidoirie devant les *Crown Courts* sauf pour les procès avec jury et devant la Haute cour sauf dans les affaires précisées à l'annexe I⁵. La *Law Society* considère que les *solicitors* certifiés peuvent demander à l'ordre de leur accorder des droits de plaidoirie devant toutes les cours supérieures, devant les cours supérieures pénales ou devant les cours supérieures civiles.

- 1) Pour les cours supérieures (ce sont toutes les cours supérieures),
- 2) pour les cours supérieures pénales exclusivement ou, pour les cours supérieures civiles, uniquement.

L'importance de l'article 27 de la loi est qu'il institue un mécanisme et retire aux juges leur pouvoir sur les droits de plaidoirie qu'ils pouvaient exercer sur les non-*barristers*⁶. Ce mécanisme permet à des praticiens qui en étaient autrefois privés d'obtenir des droits de plaidoirie auparavant uniquement réservés aux *barristers*⁷. L'établissement des critères de sélection est la responsabilité de l'ordre demandeur. L'exercice du droit de

2. Lettre d'explication envoyée par le *Lord Chancellor's Advisory Committee* à un ordre demandeur. Londres, sept. 1991.

3. *Courts and Legal Services Act 1990*, art. 29.

4. *An Application by The Law Society To the Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct*, Londres, avr. 1991, The Law Society, 41 p.

5. Les *solicitors* qui n'ont pas reçu d'habilitation appropriée ne peuvent plaider devant la Haute cour pour les affaires ordinaires. Le *Schedule 1 (Regulation 2 (b))* précise que les *solicitors* non habilités n'ont pas de droit de plaidoirie lors d'actions commencées devant la Haute cour par un *writ*, actions commerciales, actions en droit maritime, contestation de testament et affaires de brevet. Il en va de même des demandes de contrôle de légalité (*judicial review*, demande de *writ d'habeas corpus*, problèmes d'arbitrage, appel devant la *Divisional court*, référence à la Cour européenne de justice et autres appels).

6. *The Supreme Court Practice 1991, Supplement*, Londres, Sweet and Maxwell, p. 37.

7. Les droits de plaidoirie font l'objet d'une description exhaustive in Annex C. Rights of audience in the Courts of England and Wales, *Legal Services : A Framework For The Future*, Londres, juill. 1989, HMSO, p. 95-100.

plaidoirie dépend de l'appartenance à un ordre ou à une organisation professionnelle qui s'est vu reconnaître le droit d'attribuer cette capacité. La *Law Society* a, bien entendu, déposé un projet d'habilitation pour ses membres qui voudraient jouir de nouveaux droits de plaidoirie mais d'autres sociétés professionnelles ont l'intention de le faire comme le *Crown Prosecution Service*, le *Government Legal Service*, le *Chartered Institute for Patent Agents*, l'*Institute of Legal Executives*, l'*Institute of Taxation*, l'*Institute of Credit Management*⁸.

Le barreau a été plus que réticent devant ces réformes mais sera bien obligé de les accepter⁹. On pourrait ajouter que la fusion entre *barristers* et *solicitors* avait déjà en partie eu lieu avec le *Crown Prosecution Service* institué en 1985-1986, les *barristers* et les *solicitors* y travaillant y exerçant les mêmes fonctions.

Antoine J. BULLIER

8. Entretien avec les membres du *Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct*, Londres, oct. 1991.

9. Pour bien voir la profonde réticence du barreau anglais face à la réforme, *Quality of Justice : The Bar's Response*, Londres, 1989, Butterworths, The General Council of the Bar, ch. 12, p. 128-145.

BIBLIOGRAPHIE

A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. — POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

Droit des Etats-Unis, sous la direction de Alain A. Levasseur, avec le concours du Louisiana State University Law Center, Paris, Dalloz, 1990, 493 pages.

Le Droit des Etats-Unis, ouvrage qui s'est ajouté récemment à la série des Précis Dalloz, constitue une excellente introduction au droit américain. Ce livre, rédigé par un groupe de professeurs de droit américains sous la direction du professeur Alain Levasseur du Louisiana State University Law Center, est actuellement le meilleur texte général qui existe en français sur le droit américain.

Le grand avantage de cet ouvrage est qu'il est écrit par des Américains, chacun spécialiste dans le domaine sur lequel il écrit. En outre, le projet a été dirigé par une équipe qui connaît bien le droit français. Le résultat est un texte qui explique très exactement les principes fondamentaux du droit américain (la *common law*) dans des termes compréhensibles aux Français (dont le système est celui du droit écrit). Ceci n'est pas facile à faire, car les différences entre les deux systèmes sont profondes. Heureusement, l'équipe est à la hauteur du travail. Le directeur du projet, le professeur Alain Levasseur, est d'origine française et spécialiste en droit comparé. Les traducteurs sont eux aussi d'origine française, ce qui donne une traduction remarquablement claire et exacte.

L'introduction contient un court historique du droit aux Etats-Unis, une analyse des sources du droit (y compris le fameux *stare decisis* ou précédent judiciaire), et présente l'organisation des différentes juridictions.

Le livre est divisé en trois parties dont chacune correspond (plus ou moins) à une année d'étude de droit aux Etats-Unis. Aux Etats-Unis on les appelle tout simplement première, deuxième et troisième année ; mais les auteurs y ont rajouté les noms *freshman*, *junior* et *senior year*, ce qui ne correspond pas normalement aux études de droit aux Etats-Unis.

Dans la première partie les auteurs résument les domaines étudiés par les étudiants américains de première année : le droit constitutionnel (*constitutional law*), le droit des contrats (*contract law*), la responsabilité délictuelle (*torts*), le propriété immobilière (*property*), la procédure civile (*civil procedure*), le droit pénal (*criminal law*), l'administration de la justice pénale (ou plutôt la procédure pénale ou *criminal procedure*) et la recherche juridique (*legal research*).

Dans la deuxième partie, qui correspond à des cours ouverts aux étudiants de deuxième année, on trouve une analyse du droit administratif (*administrative law*), le droit de la famille (*family law*), le code de commerce uniforme (*Uniform Commercial*

Code), le droit des sociétés (*corporate law*), le droit du travail (*labor law*) et le droit fiscal (*tax law*).

La troisième partie résume des domaines du droit parfois étudiés par les étudiants de troisième année, y compris les successions et les trusts (*trust and estates*), le droit international privé (*conflicts of laws*), le droit de la concurrence (*antitrust law*), le droit des assurances (*insurance law*), le droit de la faillite (*bankruptcy law*) et le droit de l'environnement (*environmental law*). Il y a également un chapitre sur la formation et l'exercice professionnel des avocats (curieusement placé au milieu de l'étude des domaines du droit).

Deux précisions : premièrement alors que l'organisation du livre suit un *curriculum* « standard » américain, ce *curriculum* n'est pas du tout le seul possible. Dans le système américain seuls les cours de première année sont obligatoires. Les étudiants ont libre choix des cours de deuxième et troisième année, et il y a beaucoup de cours facultatifs ouverts aux étudiants selon leur intérêt personnel ou professionnel. Deuxièmement bien que cet ouvrage soit selon les auteurs « destiné avant tout à des étudiants en droit », il est aussi très intéressant pour tous ceux qui désirent apprendre la structure et les principes généraux du droit américain. Chaque chapitre est écrit par un spécialiste, ce qui rend l'exposé des principes très précis. Il faut noter que le chapitre sur la procédure pénale a un intérêt particulier pour les lecteurs de cette *Revue* puisqu'il est rédigé par un Américain connaissant parfaitement la procédure pénale française, le professeur Georges Pugh. Dans ce chapitre la procédure pénale aux Etats-Unis, si différente de la procédure pénale française, est étudiée avec beaucoup de clarté et de précision.

A part deux ou trois lacunes, notamment une étude incomplète du *Bill of Rights* et un manque presque total de discussion du *discovery* qui est un élément si important et si controversé de la procédure civile américaine, l'ouvrage est remarquablement exact. Les auteurs eux-mêmes admettent qu'ils ont dû « faire des choix et prendre des libertés ». En effet, la liste des sujets traités est limitée, mais il serait impossible de traiter tous les aspects du droit américain dans ce livre. On y trouvera quand même les sujets principaux (sauf peut-être le droit de la propriété intellectuelle, *intellectual property law*, qui selon M. Levasseur sera inclus dans une seconde édition). L'étude est très générale — on n'y trouvera pas de thèses approfondies — mais c'est toujours le cas dans ce genre de manuel, et il y a une excellente bibliographie pour ceux qui désirent des informations plus détaillées sur chaque sujet.

Le Droit des Etats-Unis est une excellente introduction au droit américain. Parmi tous les livres en français sur le droit américain, ce nouveau Précis Dalloz est le plus fidèle à son sujet et ses exposés sont des plus précis. Vu les difficultés énormes de traduction juridique et culturelle, M. Levasseur et son équipe ont fait un travail remarquable.

Cynthia A. VROOM

La justice en Afrique, publié sous la direction de Jean du Bois de Gaudusson et Gérard Conac, numéro spécial de *Afrique contemporaine*, n° 156, 4^e trimestre 1990, Paris, Secrétariat général du gouvernement, direction de la Documentation française, 320 pages.

Le pouvoir judiciaire existe-t-il en Afrique ? Telle est la question initiale de ce numéro spécial d'*Afrique contemporaine*. Une publication marquante par le nombre d'articles présentés (41), l'origine des auteurs (Africains et non-Africains), l'interdisciplinarité des analyses (historique, sociologique, anthropologique et juridique), la variété des branches du droit abordées (droits pénal, civil, administratif, économique, international, des personnes, des successions...).

Toutes ces études sont regroupées sous sept rubriques intitulées respectivement : l'appareil judiciaire ; les défis ; la justice au quotidien ; justice et pouvoir politique ; jus-

justice, morale et droits de l'homme ; justice et droits : quels droits appliquer ? ; et, en dernier lieu, le système juridictionnel des conflits inter-africains. Au delà de ce découpage théorique de présentation, ces études abordent les principales difficultés auxquelles est confrontée la justice dans un grand nombre d'Etats d'Afrique : la formation insuffisante des magistrats, l'indépendance illusoire de la magistrature, la distance trop importante entre les principes de droit et leur réalité, le règlement extra-judiciaire des conflits qui affecte la légitimité de la justice officielle, le poids de la justice politique, la corruption, l'ouverture timide au droit international, le retour en force de la loi islamique, la perception négative de la justice officielle par la population rurale, la précarité de l'environnement juridique de l'entreprise, la mise en place laborieuse de mécanismes de protection des droits de l'homme, l'effectivité de la coopération juridique et judiciaire française...

Autant de questions qui présentent, tantôt, une réflexion sur l'organisation et le fonctionnement de la justice africaine en tant que telle ; tantôt, une analyse de quelques systèmes juridiques et judiciaires nationaux.

Le premier type d'études souligne bien à la fois : la complexité de la justice en Afrique en raison, notamment, de la juxtaposition de plusieurs modèles juridiques — traditionnel, colonial, islamique et européen — dont la synthèse et une complète assimilation s'avèrent difficiles sinon impossibles ; les carences liées principalement au déficit de compétence du personnel de justice, à l'absence de jurisprudence véritable, au nombre encore trop important de solutions aberrantes et partisans, l'insuffisance sinon l'absence de documentation juridique adéquate... qui privent la justice africaine dans son ensemble de tout ou partie de sa crédibilité ; le rôle incontournable de la justice traditionnelle dont l'exode rural renforce encore son influence dans les villes ; le particularisme de certains mécanismes de régulation sociale importés d'Europe tel que l'Ombudsman (p. 226-230) ; la nécessité de développer des projets d'assistance technique — tel le recours à des parajuristes ou à des dispensaires de services juridiques (p. 108-109) — pour assurer aux populations rurales un apprentissage juridique minimum ; le problème endémique de la corruption et les remèdes à y apporter (p. 195-206)...

Le second type d'études concerne entre autres : l'expérience des juridictions populaires au Burkina-Faso, le règlement des conflits matrimoniaux au Nord Togo, un cas d'arbitrage en matière de concurrence économique en Côte-d'Ivoire, la formation et la situation des magistrats au Mali, au Bénin, au Sénégal et en Côte d'Ivoire, la dualité anglophone et francophone du droit à l'île Maurice, la situation juridique des entreprises en Côte d'Ivoire, la coopération judiciaire sud/sud à Djibouti, l'activité de la Ligue des droits de l'homme en Côte d'Ivoire...

De l'ensemble de cette présentation des pratiques, des mécanismes et des institutions juridiques, il résulte que le pouvoir judiciaire est très loin d'avoir une réalité en Afrique. A cet égard, la conclusion est sans appel : « il n'y a pas à proprement parler, sauf quelques rares exceptions, de pouvoir judiciaire en Afrique » (p. 289). Mais une telle conclusion est-elle surprenante ? Assurément non, si on se rappelle que les règles de la vie sociale reposent traditionnellement, et continuent à reposer, sur la confusion des pouvoirs.

En fait, cette question de l'existence ou de l'inexistence du pouvoir judiciaire apparaît comme un prétexte pour appeler et soutenir l'attention des juristes. Mais en concluant, après avoir ouvert sur cette problématique, les concepteurs de ce numéro spécial favorisent, délibérément ou non, une approche européenne de l'analyse des droits africains. Or, plusieurs études de cette publication montrent clairement, d'une part, qu'il existe des idéaux de justice en Afrique, mais que, d'autre part, ceux-ci s'expriment sous des formes différentes de celles existantes en Europe, lesquelles peuvent choquer le juriste européen. Toutefois, les auteurs évitent cet écueil.

Quoi qu'il en soit, l'inexistence du pouvoir judiciaire ne saurait expliquer, ni justifier, à lui seul l'échec de la justice à réguler la vie sociale et économique. Aussi était-il intéressant de relever au fil de la lecture les éléments qui peuvent fonder des changements dans l'organisation, le fonctionnement, mais aussi la conception de la justice en Afrique : les conséquences de l'échec des dictatures, la création d'un espace juridique africain, la prise en compte des carences, l'essor des médias, le rôle coordinateur du droit international et des droits de l'homme, la « judiciarisation » autonome de certaines langues vernaculaires tel le Wolof au Sénégal...

En définitive, cette publication constitue indiscutablement une source utile d'informations tant par la valeur des articles qu'elle contient que par l'importante bibliographie réunie en épilogue. Indiscutablement, une lecture enrichissante.

Christian JACQ

La sanzione nell'esperienza giuridica, par Francesco d'Agostino, Turin, G. Giappichelli Editore, 1989, 163 pages.

L'introduction de cet ouvrage part du constat que « ... érodée par des critiques pénétrantes, accusée durement en raison de son inhumanité, démystifiée par l'évidence sociologique, la sanction semblait avoir perdu dans notre temps toute crédibilité ». Il est vrai que la sanction, sujet du livre de Francesco d'Agostino, a mauvaise presse : d'autres moyens sont une aussi juste réponse sociale aux délits. Et pourtant, l'expérience de l'homme est entrecroisée de douleur.

Une première partie est consacrée aux éléments d'une théorie générale de la sanction. L'optimisme de Giacomo Gavazzi « ... la théorie de la sanction est en voie de complète révision » au seuil des années 1970 fut déçu : le thème de la sanction n'a suscité aucune réflexion innovante, si bien que la pratique judiciaire a pu être comparée à la loterie babylonienne décrite dans *Fictions* par Borges, le simple fait du hasard attribuant un lot positif (récompense) ou négatif (peine).

L'éthique moderne se refuse à la souffrance, aussi, à la sanction classique, sont venues s'adjoindre, pour remédier à la « nullité morale » des peines modernes, un système de récupération sociale des dévians transférant à la société la charge de la réparation du dommage consécutif à la faute. Dans *L'anthropologie minimum*, Norberto Bobbio affirme que l'exclusion de toute idée de sanction n'est possible que dans un système normatif parfaitement rationnel conçu pour des êtres tout autant rationnels, ou encore dans un système même non rationnel mais pour des êtres complètement automatisés. Non seulement la sanction requiert une anthropologie minimum, mais la réciproque est vraie.

L'étymologie du mot « sanction » révèle qu'il s'agit d'une forme abstraite du participe passé du verbe *sancire* — dont le supin est *sanctum*. Le *sacrum* est un état naturel, tandis que le *sanctum* est un état résultant, le produit de la *sanctio*. *Sancire legem* revient à faire entrer en vigueur la loi en la qualifiant à travers une sanction, la faisant passer de l'opposition « Soll-Satz » à celle « Soll-Norm », l'objectivant. En suivant l'exemple que Cicéron avait puisé dans la discipline militaire, c'est en souffrant dans sa chair que le justiciable apprend le respect dû à la loi, ce qui montre à tous, du même coup, que la discipline doit être nécessairement observée. *Sancire noxam* ne signifie pas punir une faute, mais reconnaître un comportement comme fautif, ce qui est le préalable obligé de la peine. La discrimination entre le bien et le mal n'est pas une fonction naturelle, mais un acte anthropologique fondamental.

Francesco d'Agostino poursuit ensuite une phénoménologie de la sanction : toute sanction requiert une action, dans toutes les acceptions du mot, attribuable à un sujet responsable, parce que libre, et reconnue parmi un ordre complexe d'actions. Grâce à

cette exigence, la sanction devient porteuse de sens. Sanctionner une action revient à « reconnaître sa valeur intrinsèque » (Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*) à admettre sa validité juridique. Ce n'est pas simplement punir, comme le croient certains qui ne retiennent que l'aspect négatif sous l'effet de considérations romantiques. L'aspect spectaculaire, qu'historiquement l'administration de la justice tend à assumer, réassure sa coexistence à l'ordre social, et, secondairement, a l'effet psychologique utile à la conduite de certains modes concrets d'action.

Si le mode obligatoire est essentiel à la notion de sanction, la vengeance procède du même principe ; elle n'est pas réaction passionnelle ou réflexe d'autodéfense, mais un véritable système d'échange et de contrôle social de la violence. L'homme offensé n'entretient pas une relation duelle avec son agresseur : il « prend la loi entre ses propres mains », selon l'expression anglaise exprimant l'idée de vengeance, mais cette référence à la loi différencie la vengeance de la simple autodéfense. Cette vengeance doit être dominée, comme toute passion humaine, et transformée en sanction confiée à une structure indirecte et formelle comme la Justice. La sanction, du point de vue du juriste, n'est pas seulement la réaction d'une partie de la société à un comportement approuvé (sanction positive) ou désapprouvé (sanction négative), mais le rétablissement par la condamnation du coupable d'une symétrie altérée par le délit. Le monopole sanctionnateur de l'Etat, fort bien décrit par Max Weber, est le garant de la coexistence sociale par la constance, la proportionnalité et la certitude de la sanction issue de la justice institutionnalisée. Selon Francesco d'Agostino, cette institutionnalisation du pouvoir sanctionnateur ne tend pas uniquement à l'amplification de la capacité opérative, mais aussi au maintien de la plus grande fidélité possible à la structure de droit. La meilleure preuve en est qu'une sanction peut ne pas être objective, impartiale, impersonnelle... mais alors elle ne mérite plus le qualificatif de juridique.

Les normes comme critères de conduite individuelle suscitent l'adhésion du peuple, qui est essentiellement motivée par la naturalité même du droit, et, à titre subsidiaire, par la présence au sein du système juridique de ce moyen de rééquilibre de la logique de coexistence qu'est la sanction. Elle n'est pas un élément nécessaire à l'obéissance du sujet au droit, mais une garantie protégeant ceux qui se soumettent à la loi par rapport à ceux qui s'y refusent. Cette théorie remet en question, en fait, la position de la sanction dans la définition de la norme : simple propriété évidente reléguée à un rôle anexe ou élément essentiel de toute loi utilisée comme critère du départ entre morale et droit ?

L'apparition de l'Etat providence, assistant tous les citoyens, a rendu nécessaires les sanctions positives : il faut maintenant récompenser les actes méritoires. Cette alternance décrite par Kant in *Métaphysique des coutumes* entre récompense (*proemium*) et peine (*poena*) paraît aller à l'encontre de la théorie doctrinale considérant le droit comme un minimum éthique, contraire à toute juridicisation des bonnes conduites. Aussi, même les doctrinaires les plus zélés ont limité leur ambition à quelques conduites positives, ce qui équivaut à abandonner toute velléité de symétrie entre peine et récompense.

En conclusion de sa première partie, Francesco d'Agostino s'interroge sur le futur de la sanction : selon Sergio Cotta, l'avenir dira si le péché éteint le droit et libère l'homme de la menace d'une quelconque sanction. Cette hypothèse n'est pas aussi naïve qu'un simple examen superficiel le laisse croire et correspond à une réflexion aboutie de la doctrine italienne. L'opposition durkheimienne entre un droit répressif, caractéristique d'une société primitive et surtout axé autour du droit pénal, et un droit restitutif ou coopératif propre à toute société avancée fonctionnant sur le mode de la solidarité organisée, prend toute son actualité : dans cette prospective, le dépérissement progressif des sanctions pénales est contrebalancé, d'une part, par des techniques de réinsertion sociale du délinquant et, d'autre part, par le développement des sanctions civiles, à la limite supportées collectivement par un système d'assurance.

Une deuxième partie est consacrée à l'évolution du droit répressif vers le droit économique dans la perspective de l'intégration mondiale. Pour d'Agostino, le grand mythe actuel de la philosophie de l'histoire est de croire que le futur de l'humanité, malgré sa diversité, passe inévitablement par l'intégration, que cette marche soit perçue comme une fatalité ou un devoir. Les théories les plus fascinantes de l'intégration, énième variation sur le thème chrétien de la réconciliation finale des hommes, se fondent aujourd'hui sur une approche socio-anthropologique. Notre auteur se conforme une fois encore à la conception de Durkheim de l'intégration ultime comme juridique avant tout : dans ce cadre, le précurseur avait distingué les sociétés primitives, dans lesquelles les individus demeurent indifférenciés et soumis à une très forte cohésion sociale cimentée par un droit très répressif puisant son respect dans la peur qu'il inspire et par l'utilisation de la guerre comme mode de règlement des conflits extérieurs, et les sociétés modernes, dans lesquelles la solidarité naît de la différenciation et dans la différenciation. Selon ce raisonnement cursif, l'intégration mondiale est inscrite dans la logique de la modernité.

La critique la plus virulente de cette construction émanait des ethnologues reprochant à Durkheim d'avoir construit un système sur des données de seconde main et, qui plus est, à une époque où l'ethnologie avait mis de côté la riche complexité des sociétés dites « primitives ». L'individualisme cher aux sociétés modernes est de nos jours réduit à peu de choses : du contrat de l'époque libérale, il ne reste que le symbole, la convention qui est la trace apparente d'une négociation collective. Pour notre auteur, la dichotomie entre droit répressif et droit collectif a empêché Durkheim de mener une réflexion autonome sur le droit : de la même façon, au delà des mots, la solidarité organique est structurellement distincte de la solidarité mécanique.

En réalité ce modèle théorique, revu et corrigé, est certes instructif : le passage d'une « société primitive » à une « société moderne » ne correspondrait pas au transfert du « droit répressif » au « droit coopératif », mais à la substitution de la domination du politique sur le juridique à la domination du juridique sur le politique. Cette opinion d'Agostino n'est pas exempte de toute critique.

Une troisième partie traite de la justice et de la miséricorde *i.e.* des fondements philosophiques et théologiques de la sanction pénale.

Des décennies de polémiques opposées à la métaphysique, alimentées par de célèbres théoriciens du droit (Kelsen, Hagerstrom) ont intimidé le juriste contemporain lorsqu'il a recours à des données non strictement positives, *i.e.* non directement tirées d'un constat social. Pourtant, même si « la moyenne des juristes n'éprouve aucun regret de sa faillite » (Michel Villey, Des délits et peines dans la philosophie du droit naturel classique, *Archives de philosophie du droit*, 28, 1983, p. 183), une métaphysique du droit est selon l'apologue de Walter Benjamin, le nain certes à la fois petit, brute et invisible de tous, mais qui est le seul à faire mouvoir, de l'intérieur, l'automate qui reçoit les faveurs du public. L'effondrement des thèses de l'abolitionnisme pénal est la preuve de la faillite même empirique de tout projet de prévention-rééducation ou de défense sociale uniquement affidée au droit positif.

Le problème théologique de la peine se ressent de sa double fonction : menace sérieuse de sanction du péché et possibilité de salut offerte à tous. Sur le point de savoir si l'enfer est *per se* une peine, le livre de Hans Urs Von Balthazar, *War dürfen wir hoffen ?* (Einsiedeln, 1986) a fait grand bruit : l'Eglise ayant perdu le droit de damner, tout chrétien doit pouvoir espérer le salut de tous. Cela ne contredit pas la légitimité théologique du pouvoir de punir : loin de s'opposer, sanction et miséricorde sont en pratique unies, la seconde naissant de la rigueur du jugement prononcé par le tribunal. Le juste équilibre entre rigueur et miséricorde est dénommé par d'Agostino *vindicatio*. Cette proportionnalité, définie par le judiciaire entre ces deux pôles est phénomène d'oralité, *i.e.* appréciation verbale et proxémique de la personnalité (séduction langagière et phy-

sique du prévenu) : « Seul un Dieu qui maintient le principe de la loi peut pratiquement en adoucir la rigueur et dépasser dans une loi orale l'inéluctable dureté de l'Écriture » (M. Levinas, *Difficile liberté*, 3^e éd. Paris, 1976, p. 185).

Renoncer à cette *vindicatio* est faire acte de complicité : la riposte au mal est utile, car tout pardon n'a de sens que s'il est précédé d'une reconnaissance de la faute. A notre opinion, chaque comparution à l'audience est en ce sens catharsis : après avoir décrit lui-même sa faute, le prévenu est pardonné et sa parole, réassurant une action passée, permet au juge d'accorder des circonstances atténuantes, mesure de la miséricorde, même en deça de la rigueur minimum de la loi. Aussi faute non avouée ne sera qu'à demi pardonnée par des magistrats.

L'impérieuse nécessité de la peine trouve son corollaire dans son universalité : selon d'Agostino, « l'homme est un être qui coexiste », d'une part avec Dieu, et d'autre part avec les autres créatures humaines. Donner une dimension éthique à la peine revient à admettre la tyrannie des valeurs, *i.e.* des principes historiquement et psychologiquement déterminés. La sanction, avant tout *malum poenae*, est rétablissement de l'équilibre interne du condamné — l'expiation — et souffrance majeure chez un être doué de liberté contraint à ne pouvoir vouloir. Hegel avait alors raison de poser la peine comme un droit du condamné : sa volonté n'est pas définitivement ancrée dans le mal, mais encore et toujours amendable par la sanction. Un retour vers l'innocence en quelque sorte. Et pourtant, l'homme qui a accompli le mal, a la prétention d'obtenir grâce à bon marché. Selon Saint-Anselme, Dieu aurait pu punir Adam et Eve d'une autre manière, mais la souffrance était la seule à la mesure de l'entendement humain.

Le chapitre quatrième est consacré au problème de la justice pénale en crise. Les théories actuelles de la peine cèlent sa dimension objective au profit du « traitement ». Cela est incompréhensible et contradictoire pour le sens commun : la technique de l'amendement est aberrante en soi puisqu'elle devrait conduire à ne remettre en liberté le détenu qu'une fois des assurances de réinsertion acquises. En pratique, le juge considère comme théoriquement amendée toute personne ayant accompli une peine évaluée en fonction de la gravité des faits. Pour d'Agostino, poursuivre sur cette route conduit les juges à la schizophrénie face au choix suivant : soit punir au nom de l'amendement en sachant que le condamné a peu de chances d'être réellement amendé à l'issue de sa détention, soit renoncer à punir, ce qui est aussi contrariant, car si la peine n'amende pas, l'absence de peine non plus ! Le même raisonnement vaut pour la peine comme moyen de prévention. Sans doute, la peine est à la fois prévention, amendement et intimidation : toutes ces qualités ont une équivalence juridique, mais sa finalité première est de « punir tout court ». Par comparaison avec d'autres retours à l'ordre antérieur, la peine garantit l'ordre de la liberté : seul le juriste, en fonction d'une évaluation historico-politique individualise le contenu concret des peines. Le juge n'a aucun titre pour punir, sinon celui d'être le destinataire du devoir de la faire, surtout quand la peine est l'unique moyen de préserver la substance de la liberté. Le pardon est exclu pour le juge : seule la victime peut le faire et elle se trouve rarement face à « son » délinquant. Entre eux, la société a installé un miroir sans tain constitué par la justice.

Le chapitre cinquième constitue une application de cette philosophie de la sanction à l'homicide et à la légitime défense. L'horreur liée à l'homicide provient de l'aspect métaphysique de cet acte, qui « excommunie » *i.e.* exclut un individu de la communication infrahumaine dans un réflexe de haine. La légitime défense est une exception à l'interdit de tuer et correspond au sens primitif de la justice. Il s'agit d'occire un « coupable », aussi le critère pour caractériser cet état est problématique. Ce qui n'est rien d'autre que tuer l'agresseur, de reconnaître au bénéficiaire de ce droit la possibilité de disposer de la vie d'autrui : c'est une expression de haine, compréhensible psychologiquement mais injustifiée moralement, une forme de *appetitus vindictae*.

Tels sont, schématisées, quelques-uns des thèmes de cet ouvrage, dont l'intérêt ne faiblit pas. C'est aussi le mérite commun aux volumes, cinq à ce jour, parus dans la collection *Recta Ratio* de l'éditeur Giappichelli faisant le point sur la doctrine italienne (adde le remarquable *Diritto Persona Mundo Humano* de Sergio Cotta), et étrangère (un ouvrage sous la direction de P. Amselek est en préparation), sur la philosophie du droit. Il fallait réhabiliter la peine et Francesco d'Agostino le fait avec talent : le temps aura pris sur cette thèse, comme sur toute idée. Reste à savoir quel sera le délai de prescription extinctive de cette réflexion sur la sanction comme devoir humain de punir.

Frédéric-Jérôme PANSIER

La crise du juge, publié par J. Lenoble, Bruxelles, Editions Story-Scientia, Paris, LGDJ, 1990, 171 pages.

Cet ouvrage n'est pas, en dépit de son titre, un nouveau pamphlet sur l'état de la justice. La « crise » dont il traite n'a pas d'arrière-plan de malaise, d'affaires, de tumultes ou de scandales. Elle est, pour l'essentiel, celle de la difficulté d'adaptation de l'appareil judiciaire à l'évolution de la société et, plus spécialement, des conceptions juridiques fondamentales en France et en Belgique, depuis la Révolution de 1789.

Préfacé par le Premier président de la Cour de cassation de France, il se compose d'une série de conférences prononcées lors d'un colloque tenu à la fin de l'année 1989 au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, regroupées en trois parties : contentieux judiciaire, contentieux constitutionnel et contentieux administratif, chacune d'entre elles faisant l'objet de deux exposés par des spécialistes français et belges de grande notoriété.

Il serait scolaire, aléatoire et fastidieux de vouloir résumer, pour chacun de ces trois domaines de contentieux, toutes les données juridiques qui s'y trouvent réunies et dont chaque conférencier s'est attaché à opérer la synthèse. Les étudiants, notamment, tireront profit du rappel de quelques décisions de jurisprudence particulièrement importantes qui ont jalonné l'évolution du droit et ne manqueront pas de relever l'importance des similitudes, d'un système de droit à l'autre, ce qui ne saurait surprendre s'agissant de deux pays à tant d'égards si proches.

1789. La volonté d'en finir dans tous les domaines avec toutes les formes d'arbitraire de l'Ancien Régime conduit, en France comme en Belgique, à limiter le rôle du juge à l'application presque mécanique de la loi. Les juges de la nation, selon la conception de Montesquieu, ne devront plus être que « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». C'est, comme le souligne le professeur Perrot, la conception d'une justice de sécurité à base de raison beaucoup plus que d'une justice d'équité à base de sentiment. Tout ce qu'on demande au juge, c'est de cerner un fait, de détecter une règle puis de faire une application logique de celle-ci au cas d'espèce par un raisonnement de pur syllogisme.

Deux siècles plus tard, à partir de ce schéma qui demeure de l'essence même de l'activité du juge, le rôle de celui-ci a subi de telles modifications que l'institution judiciaire tout entière est entrée en état de crise : crise de croissance en face de l'augmentation continue de la masse du contentieux et de l'intervention nouvelle du juge dans toutes sortes de domaines : crise de confiance et de conscience aussi, car le juge n'est plus un notable provincial en retrait du monde, mais un fonctionnaire, souvent une femme, proche des autres citoyens, vivant en ville, mobile, dans bien des cas syndiqué, ce qui pose un problème d'identité et de crédibilité pour l'ensemble du corps.

Ce nouveau juge a vu ses pouvoirs s'accroître de manière considérable, à la fois parce qu'il applique à présent dans de nombreux domaines des notions-cadres aux contours flous et dont il lui appartient de déterminer le contenu et les limites, parce qu'il statue

de plus en plus dans le domaine du provisoire par des décisions modifiables et qui font appel à des considérations d'opportunité, et parce qu'il intervient souvent comme arbitre des conflits familiaux, protecteur des citoyens considérés comme en état permanent de faiblesse ou d'insécurité, gestionnaire de biens ou acteur dans les litiges collectifs du travail, de l'environnement ou des difficultés des entreprises.

Cette mutation, dans le sens de l'augmentation et de la diversification de ses tâches et vers une plus grande liberté dans l'exercice de ses pouvoirs, a pour effet de fragiliser la situation du juge au sein de la nation. D'où la crise. Proche du justiciable, inséré dans la société, il prête au soupçon de partiabilité. Virtuellement puissant parce qu'il connaît et décide, il se heurte à ce double obstacle que lui tend le pouvoir politique : un budget de disette propre à l'affaiblir et le camouflet, durement ressenti, du refus de prêter main forte à l'exécution de certaines de ses sentences. Etendant son champ d'activité à de nouveaux domaines, économiques, techniques, éthiques aussi, de la vie sociale, alors que les difficultés de recrutement du corps restent toujours aiguës, il se fait accuser d'incompétence. Appelé, enfin, à trancher hors de tout intérêt financier, il se voit disputer son pouvoir par toutes sortes de concurrents, arbitres, médiateurs, échevins ou autres, que lui suscitent les courants corporatistes et mercantiles de notre société.

Qui sait ce qui pourra sortir d'une telle crise ? N'être ni un juge habitué, « mort pour la justice » disait Péguy, ni un juge paroxystique comme il en existe aussi à présent. Ni tour d'ivoire ni tour de Babel. Difficile équilibre que celui de la logique et de l'intuition, du respect de la règle et du sentiment de l'équité, de l'ambition d'embrasser dans l'oeuvre de justice tous les aspects principaux de la vie sociale et de la mesure qui fait prendre conscience de ses limites, de l'exigence de liberté et du devoir d'en user avec l'honnêteté intellectuelle et la rigueur de raisonnement qui seules peuvent en prévenir les excès, de la connaissance attentive du monde et du détachement par rapport à lui. Il n'est pas simple d'être juge.

Cet ouvrage collectif est important en ce qu'il place la crise actuelle du juge dans le cadre d'une évolution poursuivie sur deux siècles. Il amène à réfléchir, pas à conclure. Tout, finalement, affirme M. le Premier président Draï, continuera de reposer sur le degré de confiance que les citoyens décideront de porter à leurs juges. Mieux vaut donc, conclut le professeur Terré, faire preuve de discernement et de modération dans le domaine judiciaire plus que partout ailleurs dans le choix de ce qu'il faut maintenir ou remplacer. « Ce qui a ruiné les conservateurs, c'est le mauvais choix des choses à conserver » écrivait Paul Valéry, mais Portalis n'a peut-être pas tout à fait tort non plus : « il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire »...

Christian PIERRE

II. — HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

Introduction historique au droit pénal, par Jean-Marie Carbasse, Paris, PUF, 1990, 356 pages.

Dans la Collection Droit fondamental Jean-Marie Carbasse nous propose une *Introduction historique au droit pénal*. Un tel ouvrage, à visée essentiellement pédagogique, comble un vide et son existence facilite bien évidemment la tâche de l'étudiant désireux d'approfondir historiquement sa connaissance du droit pénal et de la procédure. C'est une fort bonne chose.

Le champ d'étude de l'auteur nous renvoie d'emblée à la conception la plus classique de l'histoire du droit : après un court hommage à l'anthropologie, la voie impériale qui conduit de la Loi des douze Tables aux codifications napoléoniennes est empruntée,

l'Ancien Régime avec raison, longuement labouré, le XIX^e (et le XX^e) siècle, à tort rapidement survolé. Le lecteur aura compris que ce n'est pas dans cet ouvrage que l'étudiant curieux pourra trouver des idées sur le système pénal d'autres civilisations pourtant proches de nous. Il aura perçu aussi que le manuel de Jean-Marie Carbasse entre dans la catégorie de ces livres qui, trop rapidement lus, conduit le novice à croire que le droit français s'est figé à partir des codifications napoléoniennes ; nous aurions aimé que le titre de cet ouvrage fût suivi de la mention « tome I », car nous serions heureux d'attendre dans cette collection un volume consacré à l'histoire pénale contemporaine¹.

Classiquement donc l'ouvrage est divisé en deux parties : la première correspond aux bases de notre édifice pénal (Rome, l'époque franque, les temps féodaux) ; la seconde présente la construction pénale de l'Ancien Régime.

La très longue période romaine semble avoir connu — successivement, mais aussi simultanément — les principaux modèles d'institutions pénales. A l'origine, dans ce qui était une simple bourgade, la sphère du droit pénal proprement dit était réduite à l'extrême. Les délits publics (*crimen*) fort peu nombreux (meurtre, trahison, adultère, faux)² étaient jugés devant le prêteur³, sous le contrôle des comices en ce qui concerne les seuls citoyens. Le magistrat, en ce qu'il est titulaire de l'*imperium*, peut agir d'office. Les peines sont le plus souvent incertaines et l'efficacité de la procédure semble douteuse. Les délits privés, comme le vol, suivent les règles de la procédure civile puisqu'ils ne portent pas atteinte aux fondements de l'ordre de la cité. En 149 avant notre ère la première extension de la répression publique apparaît avec la création des jurys criminels spécialisés dans une catégorie d'infractions déterminée (*Quaestiones* ou *iudicia publica*). L'exercice politique de pouvoir fort, comme celui de Sylla, entraîne la multiplication de ces jurys à la fin de la République. Il est troublant de remarquer que la procédure, devant ces juridictions destinées à opérer une remise en ordre social, se révèle strictement accusatoire contrairement au « droit commun ». Un pouvoir fort s'accommode ici très bien de ce type de procès.

Il en ira autrement avec l'Empire qui tout naturellement marque un développement du droit pénal public et nous offre un choix d'institutions dans lequel seront puisées les solutions modernes et contemporaines. Progressivement les fonctionnaires impériaux prennent en main le contentieux pénal au détriment des magistrats républicains qui subsistent. Le domaine des délits publics s'accroît, et les peines envisagées pour d'anciens délits privés, devenus *crimina*, s'avèrent d'une sévérité témoignant d'une prise en main du plus grand nombre d'activités sociales par le droit impérial. Ainsi un rescrit d'Hadrien admet la mort pour le voleur de bétail. La procédure inquisitoire se développe dans le cadre de la procédure *extra ordinem*, elle accompagne la montée du pouvoir impérial alors que sous la République elle était fondée sur l'*imperium* du magistrat. Le système accusatoire est toutefois maintenu dans le cadre de l'*ordo*. Au III^e siècle le système est unifié, seuls subsistent les tribunaux impériaux jugeant en grande partie selon l'ancienne procédure extraordinaire qui a cependant intégré le mode accusatoire propre à l'ancien *ordo*. Au Bas-Empire l'aveu devenant le mode privilégié de preuve, la torture prend une place majeure. L'appel, conséquence directe de la hiérarchisation de l'administration impériale fait son apparition.

Le mode de fixation des peines varie d'une manière plus inattendue : sous la République romaine le système des *quaestiones* imposait le prononcé de la peine prévue pour

1. La justification donnée par l'auteur (p. 15) selon laquelle le XIX^e et le XX^e siècles sont généralement étudiés dans les manuels de droit pénal n'est nullement convaincante. Le droit positif est le droit positif, l'histoire du droit est l'histoire. Une telle conception conduit à renoncer à mettre en valeur les suites, comme les ruptures historiques ; or le droit pénal présente un champ où de telles études (XVIII^e-XX^e siècles) seraient fructueuses.

2. L'auteur fait abstraction d'une infinité de controverses et considère que le terme *parcidium* renvoie à l'homicide volontaire d'une personne libre (p. 41, § 21).

3. L'utilisation du terme « magistrat » sans autre précision est « risquée » dans un ouvrage destiné à des étudiants peu familiers de l'organisation de la cité romaine.

l'infraction (ou l'absolution) alors que la généralisation de la *cognitio extra ordinem* entraîne paradoxalement sous le Principat une liberté presque absolue du fonctionnaire impérial, les Constitutions se contentant d'indications vagues. Le Bas-Empire reviendra aux peines fixes et témoigne en cela d'une certaine méfiance de l'empereur envers ses fonctionnaires. Notons que l'automaticité des peines ici instrument de l'autoritarisme sera bien des années plus tard considérée par les révolutionnaires comme une arme contre l'absolutisme. Le code Théodosien n'offre plus aucun choix à la juridiction et si le Digeste de Justinien (contrairement au code) se révèle favorable à l'arbitraire du juge c'est dans un certain sens par erreur (ou par goût de l'archaïsme), les compilateurs ayant utilisé des textes classiques qui étaient généralement considérés caducs. L'auteur remarque avec juste raison que ces contradictions internes au corps *iuris civilis* empêcheront les commentateurs médiévaux d'émettre une opinion claire sur le problème de la fixité des peines, ce qui ne sera pas sans conséquences pour l'avenir. Remarquons que l'absolutisme impérial se traduit également par l'apparition de l'*indulgentia*, ancêtre de la grâce.

Il convient d'ajouter que le droit romain a su amorcer une théorie de l'intention coupable⁴ — estompée par la suite pendant quelques siècles — qui conduira à une amorce de la notion de non-responsabilité et de non-culpabilité au bénéfice des fous (*furiosi*) et des impubères (*imbubēs*).

Face au droit romain les barbares n'allaient bien évidemment retenir que ce qui était proche de leur mentalité, à savoir ce qui ressemblait à un aménagement de la vengeance privée. Le système des délits privés, tout compte fait, peu différent des compositions pécuniaires barbares permet — au prix d'un appauvrissement considérable du droit romain — d'opérer l'unification du droit pénal bien avant celle du droit « civil », domaine où les points de convergence entre institutions barbares et romaines se révélaient inexistantes. Serment et ordalie constituent les seuls modes de preuve. A l'époque féodale, sauf dans certains endroits, la justice tombe entre les mains des seigneurs qui l'exercent sur les rustres (*rustici*) sans aucune règle. La distinction entre la pure violence seigneuriale et l'exercice de la justice devient ténue⁵. Les membres de l'*ordo militum* échappent bien évidemment à cette justice ; pour les chevaliers, la procédure est strictement accusatoire ; le jugement rendu par les pairs. Mais la vengeance reste un droit, le recours à la justice féodale étant en principe facultatif, et les guerres privées un mode normal de règlement des conflits. Les bourgeois imposant progressivement leur spécificité obtiendront, le plus souvent dans des chartes de franchise, une justice proche de celle des chevaliers, sans ordalie et strictement accusatoire.

La première période retenue par l'auteur s'achève avec la renaissance du droit romain. Le *Tractatus criminum* de Jacobus date des années 1130. Les textes oubliés qui accordaient à la « chose publique » un rôle prépondérant dans la punition des méfaits correspondent précisément au besoin des monarchies amorçant leur ascension.

Le plan suivi par Jean-Marie Carbasse, qui pourrait se voir reprocher de scinder le Moyen Age en deux, est pourtant parfaitement logique. A partir du XIII^e siècle le système de l'Ancien Régime se constitue. La mise à l'écart relative de la période féodale qui en résulte nous semble admissible pour un ouvrage d'introduction au droit contemporain.

La seconde partie conduit donc à appréhender le droit pénal de l'Ancien Régime (et de la période qui le précède directement) comme un système homogène — homogène dans son hétérogénéité, serions-nous tenté d'écrire.

La description de l'appareil répressif est classiquement ordonnée autour de la distinction justice retenue, justice déléguée (le roi étant « source de toute justice »). Très

4. In *maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (Rescrit rapport par Callistrate) (D 48, 8, 14).

5. L'auteur cite le concile de Toulouges en Roussillon en 1027 : « Que personne ne se saisisse d'un paysan ou d'une paysanne sauf s'ils sont coupables de quelque fait, et dans ce cas ils doivent être jugés par le droit ».

curieusement les justices seigneuriales et municipales sont rattachées à cette dernière alors qu'elles se trouvent habituellement classées dans une troisième catégorie, celle des justices concédées. Cette vision a pour défaut de sembler gommer l'originalité profonde de la justice déléguée rendue par les officiers. Nous aurions apprécié que, dans un ouvrage destiné à des lecteurs non avertis forcément des subtilités de l'histoire du droit français, la première expérience — qui se révélera désastreuse — de juges pénaux complètement indépendants de tout pouvoir fût plus nettement mise en valeur.

La fin du Moyen Age voit le triomphe de la procédure d'office. Comme le souligne Jean-Marie Carbasse, l'influence de la procédure canonique d'inquisition est certainement largement surestimée par des auteurs comme Esmein. La renaissance du droit romain qui s'opère du sud au nord est certainement déterminante pour le sujet... Parallèlement les modes de preuve irrationnels disparaissent, le témoignage et l'aveu s'imposent avec pour ce dernier, comme à Rome, l'utilisation de la torture. La « question » fait dorénavant l'objet d'une réglementation détaillée. Théoriquement le progrès est considérable : l'accusé n'a plus à prouver par ordalie ou serment son innocence, le juge doit maintenant établir des preuves contre lui. Pratiquement nous éprouvons une certaine réticence à considérer l'avènement du principe, défini par les docteurs du XIII^e siècle, selon lequel l'aveu est la reine des preuves comme un triomphe de la rationalité. Toujours est-il que pour la première fois, dans un but certain de protection du suspect, un régime légal de preuve apparaît, le juge ne pouvant ordonner la question que si des preuves imparfaites existent (demi-preuve), qui en fait sont l'équivalent de présomptions simples. La question entraîne normalement la purge des preuves imparfaites donc l'acquiescement si elle n'aboutit pas à l'aveu.

Les ordonnances du XVI^e siècle (Blois, Villers-Cotterêts) ne font qu'ordonner, clarifier et confirmer la procédure établie par les coutumes. Le secret et l'absence de défenseur sont désormais établis, la sévérité semble de mise.

L'ordonnance criminelle de 1670, premier véritable code de procédure pénale, ne revient pas sur ces principes. Nous regrettons que l'auteur n'ait pas cru devoir s'interroger sur l'archaïsme de ce texte contrastant avec l'esprit novateur des grandes ordonnances qui lui sont contemporaines. L'explication de l'esprit de l'ordonnance criminelle par le triomphe de Pussart, oncle de Colbert, sur le président Lamoignon se révèle un peu courte. Toujours est-il que le déroulement de la procédure apparaît clairement depuis ce texte : mise en mouvement de l'action soit sur plainte soit d'office par le juge ; instruction préparatoire confiée à un juge du siège, avec prestation de serment par l'accusé ; jugement interlocutoire éventuel notamment sur l'opportunité de la question dans le cas où existent des « preuves considérables contre l'accusé » ; jugement définitif avec généralisation des possibilités d'appel et naturellement recours éventuel à la justice retenue par proposition de cassation ou sollicitation de grâce.

L'étude du pouvoir du juge pénal tourne bien évidemment autour de la maxime d'Imbert : « Aujourd'hui les peines sont arbitraires en ce royaume », qui prêta à bien des confusions. L'auteur énonce le cadre finalement étroit et maintenant parfaitement connu de la liberté du juge. Ce dernier devait notamment respecter les coutumes jurisprudentielles (« usage de cours »), et était lié par les ordonnances royales quand elles existaient en la matière et fixaient des peines précises (ou tout du moins le juge ne devait pas dépasser le maximum prévu). La liberté était d'ailleurs moins grande pour les juges inférieurs. A partir du XVII^e siècle il est entendu que si le droit ne fixe aucune peine pour une infraction, les juridictions sont libres de la sanction sauf à prononcer la peine de mort. A l'inverse pour l'homicide le pouvoir de modulation est nul : « Tout homme qui tue est digne de mort s'il n'a lettre du prince ». Toutes ces contraintes imposées au juge et décrites par Jean-Marie Carbasse nous conduisent à constater une certaine contradiction chez l'auteur quand il énonce « Le rôle du juge pénal était considérable ». Le juge de l'Ancien Régime a-t-il vraiment plus de pouvoir que le magistrat de la fin du XX^e siècle qui n'est pas contraint par un régime légal de preuve. Pour les

crimes majeurs, une cour d'assises actuelle semble dans son pouvoir de modulation beaucoup plus libre qu'un parlement d'Ancien Régime.

L'analyse du système pénal de l'Ancien Régime se poursuit par une étude de la très grande variété des peines offerte par ce droit. Comme on le sait la prison, pourtant largement pratiquée par les tribunaux ecclésiastiques à partir du XIII^e siècle, n'y figure pas. Elle est seulement utilisée pour s'assurer de la comparution des prévenus. En effet elle ne correspond pas à la philosophie pénitentiaire de l'Ancien Régime qui recherchait les peines spectaculaires et qui conduit à l'institution de pratiques comme l'exécution en effigie et la mise à mort d'animaux « homicides » et plus habituellement à pratiquer les peines du fouet et du pilori. Les mutilations disparaissent pratiquement complètement à l'âge classique.

Une présentation de la classification des infractions termine l'étude de l'Ancien Régime. Elle a le mérite de nous rappeler la grande importance numérique des crimes contre l'ordre religieux (blasphème, sacrilège, lèse-majesté divine, hérésie, sorcellerie, suicide), principale « victime » de la Révolution. En conclusion de son ouvrage l'auteur nous présente la « naissance du droit pénal contemporain ». Après une présentation des critiques « éclairées » de la fin du XVIII^e siècle, les principes nouveaux issus de la Déclaration sont commentés, puis concrètement l'auteur montre comme ils furent tour à tour appliqués (code pénal de 1791 et sa vision très stricte du principe de légalité) et reniés, (juridictions d'exception, loi des suspects, etc.).

Tout au long de son étude Jean-Marie Carbasse refuse de s'intéresser au statut du juge. Sur le plan de la logique il a parfaitement raison, puisqu'une telle question ne relève pas spécifiquement du domaine pénal. Sa position peut paraître plus contestable sous l'angle pédagogique où l'efficacité prime le culte des frontières disciplinaires. Le fait que la sanction pénale soit prononcée par un « magistrat » de la cité, un fonctionnaire soumis à un pouvoir hiérarchique, un officier titulaire d'une charge vénale ou un juge élu, ne devrait quand même pas laisser indifférent le pénaliste historien. D'autant plus que, malheureusement sans doute, le lecteur de ce manuel, par définition non spécialiste d'histoire du droit, risque de ne pas posséder toutes les connaissances historiques nécessaires à une approche fructueuse de l'ouvrage.

Nous concluons donc que ce volume de la Collection Droit fondamental nous présente, à l'abri de tout débat d'idées, les connaissances institutionnelles élémentaires pour aborder l'histoire du droit pénal français jusqu'à la codification napoléonienne.

Jean-François CHASSAING

Pardons et châtements. Les jurés français face aux violences criminelles, par Louis Gruel, Paris, éd. Nathan, 1991, 142 pages.

L'ouvrage se propose d'étudier, depuis son introduction sous la Révolution, le rôle du jury d'assises et principalement sa philosophie répressive soupçonnée d'être différente de celle des magistrats professionnels.

Le problème méthodologique, l'auteur ne le dissimule pas, est considérable. Le jury ne laisse au chercheur, avant l'instauration de la délibération commune, qu'une série de réponses non motivées. La situation actuelle se révèle encore plus délicate : objectivement il est directement impossible d'isoler l'activité du jury de celle des magistrats professionnels. Indirectement la voie périlleuse de l'analyse de soupçon de contradiction existant entre l'arrêt pénal et l'arrêt civil rendu par la cour seule peut être naturellement envisagée. L'auteur n'utilise cet indicateur que très modérément ; il ne saurait en être blâmé, la condamnation civile en application de l'actuel article 372 du code de procédure pénale d'un accusé acquitté ne saurait être retenue automatiquement comme preuve d'un désaccord entre le jury et la cour.

Ces difficultés d'approche conduisent à un travail impressionniste fondé quelquefois sur la littérature contemporaine aux affaires évoquées (presses, mémoires de magistrats, etc.), sur l'analyse de la composition socio-professionnelle des jurys et étayé par une méthode déductive quelquefois judicieuse, souvent hasardeuse. Pour faire parler les sèches affirmations et négations répondant à la feuille de questions, l'auteur privilégie les décisions qui semblent témoigner d'un raisonnement radicalement différent de celui prêté aux magistrats professionnels. Dans de tels cas il faudrait en conclure, selon Louis Gruel, que la volonté du jury a prévalu sur celle des magistrats. Cette méthode, qui fait implicitement référence à une sorte de modèle de conduite des magistrats professionnels, nous paraît peu convaincante. Observons, par exemple, que les jugements correctionnels présentent parfois des caractéristiques telles que l'auteur les classerait, s'il s'agissait d'arrêts d'assises, dans la rubrique des décisions dont seul le jury est responsable. Les cours d'assises n'ont pas le monopole des peines s'écartant fortement de la moyenne constatée pour une infraction donnée. Il arrive aussi aux tribunaux correctionnels de ne pas « couvrir la préventive » et une cour d'assises composée uniquement de magistrats peut très largement dépasser les réquisitions du ministère public sans que l'on puisse, et pour cause, y voir la patte du jury. De récentes affaires en témoignent. Or ces critères sont considérés comme déterminants pour l'auteur, ce qui à notre sens affaiblit toutes ses conclusions. Il convient d'ajouter que la reprise du schéma classique opposant jury et magistrats professionnels peut poser problème. Les jurés ont certes, s'ils veulent être cohérents, à se conformer à une rationalité courte (de session) puisqu'ils ignorent normalement l'échelle réelle des peines en usage devant les cours d'assises (ou devant cette cour d'assises particulière si l'on retient l'existence de jurisprudence locale). Mais les magistrats assesseurs ne sont pas forcément dans une situation différente, ils ne sont nullement des professionnels de la cour d'assises. Le principe de la « cohérence de la magistrature » mériterait, avant d'être érigé en postulat, un examen plus sérieux. Nous pourrions en effet soupçonner que certaines solidarités corporatistes peuvent se distendre lors d'un vote secret où voix professionnelles et profanes sont mêlées. Dans le même sens il n'est pas sûr que — consciemment ou non — l'attitude d'un magistrat se trouvant dans la situation exceptionnelle où une décision n'a pas à être motivée soit la même que dans le cas de l'exercice habituel de son activité. Selon nous, le problème méthodologique reste donc entier ce qui ne doit pas, bien évidemment, nous conduire à négliger les conclusions de l'auteur.

Dès la création du jury sous la Révolution une évidence s'imposait : les jurés avaient une fâcheuse tendance, dans leur délibération solitaire, à déclarer non établis des faits pourtant patents dans le but évident d'entraîner un acquittement. Le refus de voir un accusé, dont la culpabilité ne fait aucun doute, condamné à une peine considérée comme trop lourde explique en très grande partie ce comportement, bien que, dans la France troublée des débuts du XIX^e siècle, l'intervention des amis du futur acquitté ne soit pas à négliger. Toute une partie de la réflexion sur la procédure pénale de ce XIX^e siècle et du début du XX^e siècle porte sur le problème des acquittements scandaleux. Les réformes adoptées témoignent de cette préoccupation : qu'il s'agisse en 1824 de la possibilité d'octroi de circonstances atténuantes par le jury¹, qu'il s'agisse des correctionnalisations légales de la seconde moitié du XIX^e siècle et des débuts du XX^e doublées de correctionnalisations judiciaires (l'exemple du sort du crime d'attentat à la pudeur est particulièrement révélateur), le souci d'éviter les acquittements intempestifs est patent. La troisième République se terminera par « la mise sous tutelle du jury » c'est-à-

1. Cette réforme avait été précédée de ce que nous pourrions appeler une correctionnalisation induite. Pour reprendre l'auteur, les questions étaient rédigées de telle façon en matière de crime passionnel que le jury au prix d'une seule réponse aberrante pouvait entraîner la condamnation à une peine correctionnelle. La peine de mort d'une part, l'acquittement d'autre part étaient ainsi évités (p. 33). Déplorons à ce propos le manque de précision et surtout de références de l'auteur. A défaut d'exemple concret, ne peut-on pas considérer qu'un président d'assises qui « décompose les questions de culpabilité » ne fait après tout qu'appliquer la loi.

dire l'instauration de la délibération commune². A partir de 1940 le jury ne siègera jamais plus seul. Aussitôt le pourcentage d'acquittements s'effondre. D'environ 20 % il tombe en 1943 à 8 %.

En fait du tribunal criminel de département de la Révolution jusqu'en 1932, date de l'instauration du premier mode de délibération commune, le jury « laïc » n'a jamais accepté de jouer le rôle de certificateur des faits qui lui fut assigné dans ce que les révolutionnaires considéraient comme pure mécanique. Il a toujours entendu peser sur ce qui allait se passer « après », à savoir la fixation de la peine. De ce point de vue nous regrettons l'absence d'une amorce de comparaison avec le jury anglo-saxon, modèle un peu honteux de nos révolutionnaires. Toujours est-il que cette volonté d'intervenir sur la peine — qui ne peut trouver son aboutissement que dans l'acquittement « scandaleux » — met remarquablement en lumière les penchants caricaturaux des jurys, « galants et propriétaires », du XIX^e siècle. Les jurés, d'une indulgence plénière pour les femmes (infanticides, avortées, avorteuses) et les auteurs de crimes passionnels, auraient été particulièrement rigoureux en matière de crimes contre les biens (vol qualifié, incendie). L'auteur nuance judicieusement ce schéma simpliste. La sévérité évidente en matière de biens est sans doute due à la correctionnalisation judiciaire abondamment pratiquée en la matière, le jury ne restant en fait confronté qu'aux cas les plus graves. Quant à l'indulgence pour les crimes passionnels elle ne s'exerce que dans le sens « légitime » (conjoint bafoué mettant à mort l'époux ou l'épouse adultère et/ou son complice) et à la condition que l'accusé ait assumé correctement son rôle civil (l'ivrogne et le brutal n'attirent pas l'indulgence habituelle). La sévérité semblait garantie dans le schéma inverse où un conjoint exemplaire est éliminé par un infidèle.

Tout change évidemment avec la IV^e République (en fait avec Vichy). Les jurés n'ont plus à tomber dans l'outrance pour infléchir les peines, mais la trace du jury devient difficilement décelable et les critiques méthodologiques que nous avons présentées prennent ici toute leur force. Toujours est-il que l'auteur croit pouvoir déceler une grande sensibilité du jury au rôle social et familial de l'accusé d'une part, de la victime d'autre part, qui induit une distinction radicale entre violence légitime et violence scandaleuse, les jurés contemporains suivant en cela leurs prédécesseurs du XIX^e siècle. L'analyse, un peu floue à notre goût, d'un certain nombre d'affaires domestiques montrerait qu'en cas de violence « légitime » l'écart est nettement plus grand entre la peine requise et la peine prononcée qu'en cas de violence « illégitime ». Le postulat de l'auteur étant que les magistrats du siège raisonnent d'une manière similaire à ceux du parquet, cet écart ne peut provenir que de l'intervention du jury. Ce dernier serait donc « indulgent pour ceux dont la biographie professionnelle et familiale apparaît digne de respect » (p. 93) — et ceci ne concerne pas seulement le notable — mais d'une extrême sévérité pour les mêmes si leurs actes s'apparentent à une « trahison de fonction ». Plus que des personnes, le jury juge des « personnages » et « la transgression des rôles sociaux apparaît socialement mortelle ». Le parricide, monstrueux dans un cas, sera traité avec indulgence extrême si le père était un tyran violent et incestueux. Reconnaissons que tout ceci n'est pas complètement inattendu.

L'auteur tente donc de mettre en évidence une continuité historique dans la logique des jurés et il est naturellement conduit à juger secondaires les réformes successives de la composition du jury. Il est ainsi faux de considérer, d'après Louis Gruel, que l'introduction du tirage au sort intégral soit responsable d'une sévérité accrue. Cette logique propre au jury serait radicalement différente de celle des magistrats professionnels plus obsédés par la hiérarchisation normative des sanctions. Les magistrats sanctionneraient des violations à la loi : le jury peu intéressé par cette dernière sanctionnant le non-respect des rôles sociaux. Telle est la conclusion de l'auteur. Elle peut laisser perplexe. Sans vouloir entrer dans la polémique, observons que Louis Gruel semble attribuer aux

2. La loi de 1940 (validée en 1945) est précédée d'une loi de 1932 selon laquelle le jury siège seul sur la culpabilité et délibère avec les magistrats pour fixer la peine.

magistrats une certaine paralysie devant le texte répressif et une certaine insensibilité aux rôles sociaux qui ne sont pas évidentes dans la sphère correctionnelle et lors de l'instruction, lieux où pourtant les juges professionnels ne partagent pas leur pouvoir avec des juges « profanes ». Ajoutons, s'il nous faut privilégier le face à face juges professionnels juges profanes, que l'analyse présentée manque singulièrement de dimension historique. L'opposition entre juré — tout pénétré de la nouvelle légitimité populaire — et juge élu, au sein du tribunal criminel, était-elle comparable à celle existant entre un jury de petits notables et des magistrats inamovibles dont le président au moins est de haut rang. Cette dernière est-elle toujours de même nature depuis la loi du 28 juillet 1978 ? Nous savons la réponse apportée à cette dernière question par un ancien président de cour d'assises.

Malgré nos réserves cet ouvrage reste par bien des points intéressant, semblant quelquefois hésiter entre l'étude scientifique et la vulgarisation comme en témoigne l'extrême faiblesse de l'appareil référentiel. Il est regrettable en tout cas que la plupart des décisions ne puissent être identifiées, comme il est dommage qu'un sociologue dont le champ d'étude est le monde judiciaire se contente quelquefois d'un vocabulaire juridique approximatif³.

Jean-François CHASSAING

III. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

Droit pénal général, par Christiane Hennau et Jacques Verhaegen, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, éd. Bruylant, Bruxelles, 1991, 504 pages.

Ce n'est pas seulement en France que fleurissent les ouvrages de droit pénal général. La Belgique connaît aujourd'hui le même phénomène. Après l'excellente *Introduction au droit pénal* de F. Tulkens et M. van de Kerchove (1990), voici le *Droit pénal général* de C. Hennau et J. Verhaegen, deux auteurs déjà bien connus, y compris en France.

Il est toujours enrichissant pour un pénaliste français de fréquenter la littérature étrangère et notamment celle de pays amis et voisins dont le droit pénal a la même origine que la nôtre. Doit-on rappeler en effet que le code pénal de 1810 s'est appliqué en Belgique jusqu'en 1867 et que maintenant encore la législation pénale belge reste proche de celle de la France.

Mais revenons à ce *Droit pénal général* nouveau. Cinq cents pages fort bien écrites, les auteurs ont de toute évidence entendu faire oeuvre originale, contraints sans doute de le faire compte tenu de la masse doctrinale déjà existante depuis le classique ouvrage de J.-J. Hauss, *Principes généraux de droit pénal belge* (2 t. 1879). Dans l'oeuvre de C. Hennau et J. Verhaegen, l'originalité est double. Elle intéresse en premier lieu la méthode : les auteurs ont tendance à raisonner en posant des principes successifs, en citant presque *in extenso* des arrêts caractéristiques (en encadré) et en clôturant bon nombre de chapitres par des « questions » où sont traités spécialement des problèmes encore mal réglés ou appelant une réflexion particulière. L'appel à ces arrêts et à ces questions procède, comme l'indiquent les auteurs eux-mêmes au début de leur ouvrage, de la méthode du *case work*. L'originalité se manifeste en lui, et dès les premières pages, par une prise de position qui est encore loin d'être partagée par tous les pénalistes et que l'on peut résumer comme suit : le droit pénal doit s'attacher en priorité à l'acte (« le jugement du

3. Par exemple confusion entre meurtre et assassinat (p. 9) ; liberté conditionnelle et liberté sous contrôle judiciaire (p. 137, note 63).

fait ») car ce droit a d'abord une fonction normative qui a été « quelque peu occultée au cours de ces dernières décennies par la considérable accentuation donnée à d'autres objectifs du droit criminel » comme « la réadaptation du condamné, la défense de la société contre l'individu dangereux » (p. 7). Très lucidement et pour préciser leur pensée, les auteurs écrivent un peu plus loin qu'en ramenant « la signification de l'infraction à celle d'un simple symptôme de l'asocialité du délinquant, la discipline pénale réduit dans une singulière proportion son propre champ d'application en même temps qu'elle court le risque de se laisser entraîner loin de ses frontières légitimes » (p. 8). Même s'il ne s'agit pas de remettre en cause les mesures de resocialisation et de neutralisation, il n'en reste pas moins que l'accent trop mis ces dernières années sur la personne du délinquant n'est pas sans danger.

Ces généralités dites, l'ouvrage se divise en cinq titres : la loi pénale (notions, emprise dans le temps et dans l'espace, qualification légale du fait) ; le fait incriminé (fait matériel et causes d'aggravation, tentative, justification, obstacles légaux à la poursuite) ; l'imputabilité du fait à l'agent (imputabilité physique avec les qualités d'auteur et de participant, imputabilité psychologique) ; la peine (fonctions, classifications, mesures substitutives de la peine pour les mineurs et les malades mentaux, excuses, concours d'infractions, circonstances aggravantes et atténuantes, suspension, sursis et probation, libération conditionnelle, obstacles à l'exécution de la peine, effacement des condamnations) ; enfin notions de droit international pénal des conflits armés, qui se ramènent en gros au droit pénal de la guerre.

Grâce à ce plan très souple et peu dogmatique, les auteurs facilitent le travail du lecteur qui trouve très vite ce qu'il cherche. Et ce lecteur, s'il est étranger, saisira aisément les particularités du droit belge (par exemple en matière de probation, de sursis et de mise à la disposition du gouvernement) ainsi que les efforts de la doctrine pour systématiser certaines notions comme celle d'infractions de mise en danger. Il constatera encore que les auteurs, loin de s'attacher au seul droit belge, citent souvent des décisions étrangères, de juridictions françaises notamment et même anglaises (la célèbre affaire de *La Mignonette*), sans oublier bien sûr la Cour européenne des droits de l'homme.

Le travail de C. Hennau et J. Verhaegen est nouveau et riche. Il incite à la réflexion. Tout pénaliste européen devra l'avoir lu.

Jean PRADEL

Blackstone's Criminal Practice, Editor-in-Chief, Peter Murphy, Consultant Editor, Eric Stockdale, Londres, Blackstone Press Limited, 1991, 2179 pages.

Voici la dernière édition du *Blackstone's Criminal Practice*, ce monument de droit pénal anglais qui en un volume met à jour tout ce qu'on doit savoir sur le droit criminel anglais positif. Non seulement ce volume contient les fondements du droit pénal mais aussi de la procédure. C'est un manuel mais aussi un traité avec explications et mises à jour. De tels livres de droit n'existent que dans le monde anglophone (Royaume-Uni, Etats-Unis, Canada) avec des livres comme celui-ci, véritable *compendium* qui réunit en un seul tome tout ce qu'un praticien doit savoir du droit pénal d'outre-Manche. Cet ouvrage est une bible au propre comme au figuré, car ce livre au papier très fin, superbement imprimé avec couverture raffinée, marques pages et étui, ressemble à ces livres religieux d'outre-Manche. Les livres de droit britanniques et d'outre-Atlantique ont souvent gardé ce côté imposant et très sérieux dans leur présentation. Peut-être est-ce le côté foncièrement protestant de ces Etats anglo-saxons, où le livre est entouré d'un culte car il sera consulté dans une bibliothèque qui souvent n'existe pas chez nous, puisque les étudiants sont censés acheter leurs livres et ils ne peuvent se procurer de tels livres au coût exorbitant. Ambiguïté du livre de droit de *common law* toujours

agréablement présenté, mais très cher pour ceux qui étudient. En 2179 pages, ce livre de 2 kgs 200 arrive à exposer tous les grands principes du droit pénal anglais en allant dans les détails, en citant la dernière jurisprudence et la législation nouvellement votée.

Dans une première partie, les auteurs nous donnent un exposé vigoureux des différentes infractions anglaises dignes des meilleurs traités. L'utilisation de l'ouvrage est d'autant facilitée que la table des matières utilise la numérotation scientifique ce qui rend l'ouvrage très facile à consulter. Les auteurs utilisent les arrêts mais citent aussi la législation souvent *in extenso* afin d'aider le praticien dans sa recherche.

Dans la partie D rédigée par Leonard Leigh avec d'autres, les pouvoirs de la police font l'objet d'un examen très méthodique.

La partie F est consacrée au droit des preuves c'est-à-dire en vérité au déroulement du procès. Celui-ci est tellement dépendant de l'administration des preuves et de l'interrogatoire des témoins. Le problème des *privileges* si difficiles avec leur notion de secret professionnel mais aussi de protection est l'objet d'une étude fouillée. L'ordre public est aussi abordé. Comme son nom l'indique l'ouvrage est avant tout un guide de procédure, mais c'est beaucoup plus que cela, car non seulement les auteurs traitent de l'*adjective law* mais aussi de la *substantive law*. Aucun autre livre ne peut rassembler en aussi peu de pages autant d'informations sur cette branche du droit. Tout étudiant en droit anglais devrait acheter un tel ouvrage car celui-ci lui ferait faire l'économie des autres livres de droit pénal ou de procédure pénale ! La connaissance du contenu de l'ouvrage étant suffisante pour une parfaite maîtrise du sujet. Le droit anglais étant avant tout un droit judiciaire c'est-à-dire un droit né du prétoire, on comprend que de telles sommes soient publiées de l'autre côté du *Channel*. On doit ajouter que cet excellent livre comprend une table des arrêts mais aussi une table des lois, des décrets *Statutory Directions*. Un ouvrage hors pair dont la lecture a beaucoup appris à l'auteur de cette recension. On fera une seule critique mais mineure, il n'y a pas de bibliographie ce qui est dommage, car même le praticien doit parfois se référer à un ouvrage de fond. Il n'existe aucun équivalent en langue française. Un ouvrage suffisant pour faire comprendre le droit et la procédure pénale en un seul volume : une gageure et une très grande réussite.

Antoine J. BULLIER

Droit pénal et procédure pénale, par Jean-Claude Soyer, 8^e éd. Paris, LGDJ, 1990, 380 pages.

Faire court est un art difficile que M. le professeur Soyer pratique avec aisance. En moins de quatre cents pages l'auteur brosse un tableau complet du droit pénal, considéré dans ses généralités, dans ses règles de fond et dans ses règles de forme.

Dans une vaste introduction, l'auteur présente les codes et les notions-clés (comme la distinction des infractions en crimes, délits et contraventions) et l'évolution de la science criminelle. Des développements assez importants sont consacrés aux dernières tendances législatives et particulièrement au balancement entre doctrine de défense sociale faite d'individualisation-réinsertion et doctrine classique fondée sur la liberté et la fermeté. La première conception est construite sur une criminologie qui est encore loin d'avoir trouvé une explication au crime, et, en exposant la seconde, M. Soyer écrit que « l'essor de la violence ... ne permettra pas longtemps d'ignorer les données du réel, la force de l'évidence » (p. 44), c'est-à-dire la nécessité inéluctable de se rapprocher des thèses classiques que le législateur actuel n'adopte pas vraiment. A l'appui de ces idées, l'auteur reprend certaines pages peu connues (ou peu publiées) du célèbre Rapport Arpaillange de 1972 et il rappelle par exemple ces mots : « le fameux traitement s'est révélé décevant... Certains contestent la nécessité de la punition et l'exemplarité de la peine. Il est dommage de ne pouvoir leur faire la démonstration par l'absurde des dan-

gers de leur théorie... Il serait abusif et très périlleux pour l'ordre public de présenter les pires criminels comme des victimes irresponsables d'un certain type de société... » (p. 42-43).

Trois parties suivent cette introduction. La première intéresse le droit pénal général (infraction et sanction). La seconde porte sur la procédure pénale (actions naissant de l'infraction ; police judiciaire et instruction préparatoire ; juridictions répressives de jugement). La troisième enfin porte sur la minorité pénale avec ses règles particulières de fond et de forme.

Ce livre intéressera le lecteur à la fois par la clarté des développements techniques et par l'affirmation d'une conception du droit pénal qui est, elle aussi, digne de respect et qui ne constitue pas forcément une vue passéiste.

Jean PRADEL

IV. — PROCÉDURE PÉNALE

Criminal Evidence, par May Richard, 2^e éd. Londres, Sweet and Maxwell, 1990, 465 pages.

Le droit des preuves au pénal est non seulement très technique mais cette branche du droit anglais recouvre ce que nous appelons procédure pénale et déroulement du procès. C'est une des parties du droit anglais qui est la plus caractéristique du système de *common law* et c'est dans cette partie du droit que le système accusatoire se révèle le mieux. May divise son livre en 4 parties : introduction avec rôles du juge et du jury, deux parties avec cette différence si importante entre charge de la preuve et norme de la preuve (*burden of proof, standard of proof*), en troisième partie l'auteur aborde les règles d'exclusion de preuves et les exceptions pour finir avec les règles concernant le procès (corroboration, identification et interrogations des témoins).

Cet ouvrage destiné aux praticiens se présente sous la forme d'un guide pratique qui répond aux questions que peuvent se poser les professionnels. Les paragraphes sont numérotés comme dans les livres de linguistique, ce qui donne au manuel un aspect scientifique et rigoureux très agréable. On retiendra ce que l'auteur a à dire sur le non-respect du *Code of Practice* publié par le ministre de l'Intérieur en application du *Police and Criminal Evidence Act de 1984*. Comme le précise May, dans des cas flagrants de non-respect du *Code*, la cour devrait considérer l'aveu comme inadmissible. Ce problème du non-respect du *Code* se trouve dans le chapitre sur l'oui-dire si pertinent pour toute compréhension du droit des preuves. Aux chapitres 2-15, 13-2, à 13-9, May nous montre bien que c'est au juge de décider s'il doit faire cesser le procès (*to withdraw the case from the jury*) au vu de la qualité des preuves. Dans cette situation exceptionnelle, le juge doit demander au jury l'acquiescement de l'accusé. Ceci n'est pas exactement la même chose que le *No case to answer* qui doit se dérouler hors la présence du jury pour ne pas influencer celui-ci si la requête de la défense est rejetée par le juge. Voici un livre très accessible, très bien écrit et qui présente le droit jusqu'en 1990 avec des arrêts comme *McInnes* (1990) (corroboration d'une petite fille de 7 ans acceptée à cause de sa description détaillée de l'intérieur d'un véhicule automobile) ou l'arrêt *Fulling* (1986) qui change la signification de l'oppression telle qu'elle avait été définie dans *Priestley* (1966) et *Prager* (1972). Un livre qui, en moins de 500 pages, nous donne une excellente mise au point sur le droit des preuves au pénal. Il y a, bien sûr, une liste des arrêts et des lois citées ainsi qu'un index fort détaillé. Un seul regret, il n'y a pas de bibliographie ce qui est dommage car il aurait été très utile d'utiliser toutes les sources de l'auteur. Un résumé superbe d'une des branches les plus difficiles mais aussi les plus fascinantes du droit anglais.

Antoine J. BULLIER

Comment déposer devant les tribunaux. Le témoignage du policier, par Daniel A. Bellemare, c.r. Cowansville (Québec), Les éditions Yvons Blais Inc. 1984, 1989 (réimpression), 178 pages.

Comme son intitulé l'indique, il s'agit d'un manuscrit surtout didactique qui vise à enseigner aux policiers comment témoigner devant les tribunaux répressifs. L'auteur, Daniel A. Bellemare c.r. est présentement avocat général principal auprès du ministère de la Justice du Canada. En publiant un tel ouvrage, il a comblé une lacune criante dans les juridictions de *common law* (une version anglaise est publiée chez le même éditeur). En effet, il s'agit d'une première au Canada.

Ce livre se situe évidemment dans un contexte canadien où la procédure, de type accusatoire, est inspirée de la *common law*. Tel que l'affirme l'auteur (p. 5) : « le témoignage est en effet la clef de voûte du système judiciaire et le policier est un auxiliaire de la justice sans lequel elle ne peut être rendue ». Le témoignage du policier est donc d'une importance primordiale. Une fois son enquête terminée, comment le policier doit-il préparer son témoignage ? Comment doit-il présenter oralement la preuve qu'il a recueillie ? Comment faire face à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire ? Voilà autant de questions auxquelles l'auteur répond, non seulement à partir de sa longue expérience des tribunaux, mais également à partir d'une recherche sérieusement étoffée qui relève parfois plus de la psychologie et de la communication que de la procédure pénale.

La matière est scindée en trois grandes parties qui traitent respectivement du témoin, du témoignage et du contre-interrogatoire. La première partie s'intitule simplement « le témoin ». Son chapitre premier est consacré aux divers aspects de la communication non verbale. On y souligne l'importance de l'apparence générale du témoin notamment en ce qui concerne le maintien, le ton de la voix, la prononciation, le débit de même que le contact visuel. Le chapitre 2 enseigne au policier les règles du comportement en cour et hors cour. Le troisième et dernier chapitre éclaircit la question des relations que le témoin doit entretenir avec les parties impliquées au procès.

La deuxième partie, « le témoignage », traite de l'interrogatoire en chef du policier. après un exposé sur le but du témoignage (chap. 1), l'auteur dissèque les éléments de la communication verbale (chap. 2). Le troisième chapitre porte sur certaines règles particulières du témoignage comme, par exemple, le oui-dire et la description d'une filature. Le recours aux notes personnelles à titre d'aide-mémoire fait l'objet d'une analyse au quatrième chapitre.

Le contre-interrogatoire constitue sans aucun doute pour le juriste de *common law* l'outil juridique par excellence pour découvrir la vérité. Il n'est donc pas étonnant que la troisième partie y soit consacrée. De l'insistance sur un détail insignifiant à la répétition de la même question en passant par l'argumentation avec le témoin, toutes les techniques usuelles de contre-interrogatoire formant la panoplie des avocats de la défense y sont décrites et illustrées.

L'ouvrage comprend un index analytique, une table de la jurisprudence citée et une bibliographie. Il est rédigé dans un style clair et concis qui convient parfaitement à son objectif technique de formation professionnelle. De nombreux exemples tirés pour la plupart d'affaires réelles illustrent abondamment les principes enseignés.

L'intérêt de ce livre ne se limite pas au droit comparé. Même si le témoignage n'occupe pas dans toutes les juridictions la place privilégiée que lui réserve la procédure pénale au Canada, il n'en demeure pas moins que sa technique est universelle ou presque. Non seulement les policiers et avocats, mais tous ceux qui s'intéressent au procès trouveront dans cet ouvrage un outil précieux.

François LACASSE

V. — ENFANCE ET ADOLESCENCE

De l'enfant coupable à l'enfant inadapté. Le traitement social et politique de la déviance, par Jean-Marie Renouard, Paris, éd. du Centurion, 1990, 199 pages.

De l'enfant coupable à l'enfant inadapté. Le traitement social et politique de la déviance offre une approche nouvelle de la déviance juvénile. Son auteur, Jean-Marie Renouard, étudie celle-ci en vertu des problématiques actuellement en vigueur en sociologie. Il n'envisage pas la déviance juvénile en tant que réalité directement observable mais en tant que produit des mécanismes qui la définissent et qui la gouvernent, mécanismes replacés dans leur contexte économique et social. Cette mise en perspective historique permet de retracer les ruptures et les recompositions, les zones d'autonomie et d'hétéronomie des conflits dans la gestion de la déviance.

Ainsi, en un peu plus d'un siècle, soit entre 1830 et 1970, la déviance juvénile est l'objet de trois définitions successives, chacune assortie de son propre appareil de gestion qui poursuit une finalité spécifique différente suivant les périodes.

Durant les années 1830-1880, la bourgeoisie au pouvoir impose un modèle d'enfant conforme à son image. Dès lors l'enfant, qu'il soit déviant, délinquant ou bien simplement issu des classes laborieuses fait peur. Cette peur entraîne pour l'enfant qui n'entre pas dans la norme bourgeoise définie, la représentation d'un enfant « coupable », c'est-à-dire d'un enfant responsable de sa déviance. La mauvaise éducation qu'il reçoit, fruit des misérables conditions d'existence qui constituent le lot de la classe prolétarienne émergente, en est l'une des causes. Les philanthropes remplissant par delà leurs ambiguïtés une sorte d'obligation morale, le prennent en charge sous la Monarchie de juillet (p. 28 et s.) à des fins d'éducation. La loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, votée dans un contexte de rupture entre la bourgeoisie et la classe ouvrière, entérine la représentation de l'enfant « coupable » et les expériences éducatives préalablement mises en oeuvre. Mais désormais la gestion de l'enfant « coupable » est assurée par l'Administration pénitentiaire, ou plus exactement par des établissements placés sous sa tutelle, qui ont une fonction de correction ou de neutralisation. Ainsi les magistrats envoient-ils les enfants éducatifs dans des établissements privés tenus par des religieux cependant qu'ils acheminent les enfants jugés inéducables vers des établissements publics. Le contexte répressif général enferme l'enfant dans un système plutôt disciplinaire. Pourtant bien avant la fin du Second Empire, les conditions matérielles jointes aux méthodes répressives des établissements marquent la faillite des secteurs public et privé (p. 50).

De 1880 à 1920, la représentation de l'enfant « coupable » qui domine encore le début de cette période est petit à petit abandonnée au profit de celle de l'enfant « victime ». En effet, un conflit dont l'enjeu est le contrôle des établissements pour enfants et le rattachement de l'Administration pénitentiaire au ministère de la Justice oppose celle-ci, laïque, à la magistrature, cléricale. Répugnant à lui confier de ce fait la prise en charge des enfants, hostiles aux méthodes répressives usitées, les magistrats créent des patronages, qui vont vider à terme les établissements pénitentiaires. De son côté, l'Administration pénitentiaire, lorsqu'elle est approvisionnée par les tribunaux, envoie les enfants dans ses propres établissements publics. En outre, dans ce contexte d'anticléricalisme, les républicains, défiants envers l'arsenal carcéral, mettent en place des alternatives à la prison, signant par là même l'échec de la gestion de l'enfant « coupable » par l'Administration pénitentiaire (p. 52 à 62). Cet échec illustre la recomposition du champ de gestion autour de l'enfant « victime ».

Cela signifie un déplacement des causes de la délinquance de l'enfant à sa famille. A une responsabilité individuelle succède, avec toutes les conséquences juridiques que cela implique, une responsabilité familiale. « La définition de l'enfant "victime" va donc

favoriser la pénétration pédagogique des familles populaires que ne permettait pas celle d'enfant "coupable", dans la mesure où elle dirigeait sur le sujet seulement toute la finalité de l'observation et de la prise en charge » (p. 62). On comprend dès lors les enjeux de l'institution de la scolarité obligatoire qui, derrière un dessein d'instruction des enfants des classes populaires, vise en fait à contrôler leurs familles. Mais cette stratégie mise en oeuvre par les appareils scolaire et médical notamment grâce à l'émergence de la psychologie, appuyés par l'appareil judiciaire, rencontre certaines limites que Jean-Marie Renouard met en exergue (p. 73 à 77).

La mission de socialisation de l'école repose sur la notion d'intérêt de l'enfant. Cette notion impose sa socialisation, finalité consacrée par les lois de protection de l'enfance prises en cette fin du XIX^e siècle, les lois de 1898 sur les crimes commis par des enfants ou sur des enfants et de 1889 sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés. L'auteur montre que cette dernière annonce en fait « l'homologie entre les déviations des mineurs et la maladie mentale qui ne cessera de se développer sous l'effet des « découvertes » de la psychopédagogie » (p. 79). La nouvelle représentation de l'enfant entraîne une nouvelle gestion, de type familial, assurée par les sociétés de patronage qui se développent du fait de l'application de ces lois, anéantissant définitivement le secteur public. La création en 1912 des tribunaux pour enfants entraîne l'essor d'institutions charitables. Elles assurent désormais avec les sociétés de patronage, lesquelles ont la préférence des tribunaux, la gestion de l'enfant « victime ». Cette prise en charge, consistant à placer les enfants auprès de cultivateurs, est ainsi assurée par un mouvement postphilanthropique.

Favorisant l'essor des oeuvres privées, cette gestion est remise en cause par l'Inspection générale des services administratifs, secrétant un conflit entre l'administration et le secteur privé. Comme ce dernier est politiquement soutenu, celle-ci l'invite à rationaliser son fonctionnement, invitation qui rencontre de vives résistances.

Les circonstances économiques et sociales permettent aux psychiatres de dominer, à partir des années 1920 et jusqu'en 1970, le champ de la déviance juvénile, de proposer de nouvelles méthodes d'investigation et de traitement. Cette stratégie qui donne naissance à la représentation de l'enfant « inadapté » réussit car les psychiatres « étaient les seuls capables d'offrir une alternative à la gestion postphilanthropique qui avait montré ses limites, et notamment son incapacité à rationaliser ses méthodes et ses objectifs » (p. 111). S'appuyant sur l'école comme outil de repérage des déviations, les psychiatres construisent la logique débilité mentale – anormalité scolaire – délinquance. Estimant que cette dernière répond aussi à des variables sociales, voulant conférer à leur science une dimension sociale, la gestion de l'enfant « inadapté » est axée sur l'intégration socio-professionnelle, laquelle doit permettre la moralisation de l'enfant. La gestion de la déviance juvénile, peut être plus que sa définition, est médicalisée en ce sens qu'elle est dirigée par des médecins. Ce système implique une collaboration des autorités médicale et judiciaire qui ne se réalisera pas sans conflits. En effet, les ministères de la Justice et de la Santé publique, s'ils s'accordent sur la définition de la déviance juvénile et sur les objectifs à atteindre, se disputent en revanche le marché de la déviance. Dans le souci de contrer les magistrats, le ministère de la Santé pousse la psychiatrie infantile à s'allier avec le secteur privé, contribuant par delà la ruine du secteur public, à asseoir la légitimité des psychiatres (p. 144-151).

Cette légitimité ainsi que le système sur lequel elle repose sont officialisés à la Libération par l'arsenal législatif créateur d'un droit et d'une justice pour enfants. Elle est parachevée dès la fin de cette période sous l'influence du mouvement de défense sociale, suivie par l'institution des premiers jalons d'une action de prévention. Après une analyse des moyens mis en place et de leur fonctionnement, l'auteur conclut que « la gestion de l'enfant inadapté » a ainsi atteint son plein rendement en matière de moyens et d'effectifs de mineurs pris en charge dans les années 1950 et 1960 » (p. 181). Cet équilibre va être de nouveau remis en cause dans les années 1970. On déplore que

Jean-Marie Renouard n'aborde pas cette nouvelle rupture marquant la gestion de la déviance juvénile. On espère la publication prochaine de la suite de cette « histoire ».

En moins de deux cents pages, Jean-Marie Renouard est parvenu à retracer, certes jusque dans les années 1970, l'histoire de la déviance juvénile, histoire émaillée de conflits entre divers acteurs soucieux d'assurer leur hégémonie dans la gestion de cette déviance. Cette histoire de la production de la déviance permet de comprendre la remise en cause actuelle de l'efficacité du droit des mineurs. En effet, l'auteur montre que la performance de la gestion de la déviance juvénile était fonction de la période de croissance économique et de l'insertion professionnelle des jeunes, se réalisant presque automatiquement en période de plein emploi, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Cet ouvrage, faisant abstraction du coût de la gestion et contenant un appareil statistique critique, est stimulant pour comprendre les ratés actuels du traitement social et politique de la déviance juvénile.

Anne KLETZLEN

VI. — CRIMINOLOGIE

A General Theory of Crime, par Michael R. Gottredson et Travis Hirschi, Stanford (Cal.), Stanford University Press, 1990, 297 pages.

Dans cet ouvrage de théorie générale, les auteurs essaient de réconcilier l'école classique qui s'attache à la conduite humaine pour évoluer vers une politique étatique de contrôle de la délinquance et l'école positiviste qui, sous le nom de déviance rassemble nombre de conduites non retenues par l'école classique. Pour les auteurs tout concept d'infraction doit se résumer sous la forme de force et fraude. Ces deux éléments se combinent dans un but d'intérêt égoïste ; la criminalité ne peut être circonscrite que par l'auto-discipline. Grâce à cette théorie, les auteurs essaient d'échapper au classement typologique des conduites déviantes. Cette doctrine permet de porter toute l'attention sur la famille et l'école comme lieux où l'auto-discipline s'épanouit ou dégénère. La notion de criminalité est indissociable d'une non-insertion donc d'un échec de socialisation. L'auto-discipline *self control* permet le contrôle de la gratification qui, dans l'acte délictueux, est souvent immédiate et réalisée aux dépens d'un tiers. Cette théorie permet-elle de dépasser le conflit entre école classique et positiviste ? L'Etat ne serait alors ni cause ni solution à la délinquance.

Antoine J. BULLIER

Crimes of Violence in Black Townships, par Gabriel Lindumusa Ndadabanda, Durban, Butterworths, 1987, 130 pages.

Ivory Scales : Black Australia and the Law, publié par Kayleen M. Hazlehurst, Kensington, NSW, New South Wales University Press, 1987, 291 pages.

Avant tout colonies de peuplement, les grands dominions issus de l'Empire britannique durent affronter les populations indigènes. Amérindiens, Esquimauds du Canada, Maoris de Nouvelle-Zélande, Aborigènes d'Australie et Noirs d'Afrique du Sud ont tous souffert de la conquête de leurs terres par les forces britanniques. La politique interne des dominions a été, avant tout, de refouler les premiers habitants de ces Etats nés de

l'expansion du Royaume-Uni outre-mer. Depuis des années, les premiers habitants de ces Etats essaient de récupérer certaines de leurs terres contre l'envahisseur blanc. La *common law*, qui avait servi aux colons pour confisquer les terres, est utilisée par les premiers habitants pour les défendre. Ces premières populations durent accepter d'être gouvernées selon les principes du droit public britannique : aujourd'hui ces Etats acceptent de reconsidérer leur approche face à ces populations.

Le livre de Ndabandaba traite de la violence dans les cités noires d'Afrique du Sud. Les factions inter-ethniques sont terribles et depuis des années, il y a des centaines de morts entre Zulu et Pondo au Natal. L'Afrique du Sud est une terre de violence, surtout dans les banlieues noires qui sont l'objet de campagnes de terreur. Les townships sud-africains connaissent une brutalité sans précédent à tel point que la loi sud-africaine n'y règne pas. Des collègues sud-africains nous ont affirmé en août 1991 à l'Université du Cap que pour des zones entières le droit pénal sud-africain était totalement inapplicable, et qu'un droit autonome existait dans ces cités noires. L'ouvrage de Ndabandaba traite de la cité noire d'Umlazi qui comprend plus de 250 000 habitants. Cette cité noire à proximité immédiate du grand port de Durban est le théâtre de violences aussi bien ethniques que politiques. Le régime d'apartheid n'a fait qu'exacerber les tensions. Les chiffres sont éloquentes, pour l'année 1981 il y eut 5 654 crimes de sang comptabilisés : 2 436 agressions, 403 meurtres et tentatives de meurtres, 282 viols. Beaucoup d'auteurs sud-africains considèrent que l'insécurité endémique des cités noires est le résultat d'une violence diffractée. Le pire pour l'Afrique du Sud, c'est qu'après la détente intervenue grâce aux réformes engagées par le président de Klerk les violences n'ont pas cessé, bien au contraire, à cause des affrontements entre partisans de l'ANC et partisans du mouvement Zulu Inkatha. Des groupes armés en permanence essaient de contrôler des zones entières des villes noires au prix de véritables batailles rangées entre factions rivales. Dans ces zones urbaines s'est développée une sous-culture de la violence qu'il sera très difficile d'éradiquer. Voici un petit livre très intéressant qui nous donne une image peu connue de l'Afrique du Sud. Dans les temps de changement que l'Afrique du Sud connaît aujourd'hui, la Commission de réforme du droit envisage de codifier le droit romano-néerlandais afin de le mettre à la portée de tous. Une telle réforme est attaquée par nombre d'universitaires et de praticiens qui considèrent que la codification ne changera rien et sera très difficile à mettre en oeuvre.

Le livre sous la direction de K. M. Hazlehurst traite d'un problème similaire et très différent à la fois. Les Noirs d'Afrique du Sud furent traités comme une minorité alors qu'ils étaient majoritaires et les aborigènes australoïdes sont une vraie minorité constituant un pour cent de la population de la fédération. A la différence du Canada, l'Australie a géré sa politique vis-à-vis des peuples aborigènes via le pouvoir fédéral mais aussi grâce aux Etats. Depuis la fondation de la confédération canadienne, le Parlement fédéral a eu compétence exclusive pour légiférer pour les Indiens et pour les terres qui leur étaient réservées. En Australie, ce n'est qu'en 1967 et grâce à un référendum modifiant la Constitution (art. 51[26]) approuvé par près de 90 % des votants que le Parlement de Canberra s'est vu reconnaître le droit de légiférer pour les Aborigènes. Ce pouvoir a permis au gouvernement fédéral d'imposer sa législation aux Etats. Le gouvernement de Canberra décida de mettre en vigueur cinq principes afin que les droits sur les terres aborigènes soient reconnus même au niveau des Etats. Ces principes sont : les terres aborigènes doivent être protégées par des titres inaliénables de propriété ; protection des sites aborigènes ; contrôle aborigène sur le droit d'exploitation minière des terres aborigènes ; accès aborigène aux revenus des mines ; compensation pour terres confisquées.

C'est le droit minier qui fut l'enjeu des plus grandes discussions. Les Land Councils aborigènes peuvent refuser la permission d'exploiter une mine, sauf que le Parlement fédéral peut décider avec le gouvernement fédéral que l'intérêt national exige une telle activité. C'est le gouvernement fédéral qui a montré la voie aux Etats en légiférant dès

1976 pour le Territoire du Nord *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act*. Le problème en Australie est qu'il y a double compétence de la Fédération et des Etats pour gérer le problème indigène. Les Aborigènes se sont bien entendu tournés vers le fédéral pour les défendre contre les Etats. Certains considèrent que le Parlement fédéral devrait réformer la Constitution fédérale en incluant les droits des Aborigènes dans un Bill of Rights enchâssé dans celle-ci.

Antoine J. BULLIER

VII. — POLICE

Policing the World : Interpol and the Politics of International Police Co-operation, par Malcolm Anderson, Oxford, Clarendon Press, 1989, 211 pages + 17 pages de bibliographie et index.

La littérature sur Interpol résultant d'une réflexion approfondie et d'une recherche scientifique est rare, celle qui porte sur la coopération policière internationale est quasiment inexistante. Le livre de M. Anderson présente le double intérêt pour tous ceux qui étudient les questions de répression de la criminalité en tant qu'objectif primordial de cette coopération.

C'est le premier ouvrage où sont traitées les formes variées de la coopération policière multilatérale, ne fût-ce que de façon non exhaustive et un peu sommaire pour la plupart d'entre elles. (Si, par exemple, la coopération au sein du COMECON était inaccessible et celle des pays arabes un peu lointaine, une analyse de la coopération policière des pays nordiques présenterait un intérêt certain pour toute recherche européenne).

Interpol constitue l'instrument le plus ancien et le plus important de la coopération multilatérale. La lecture de ce livre incite à croire qu'en son sein des changements substantiels aient été réalisés notamment depuis que le poste du secrétaire général est occupé par un Britannique. Mais des interrogations sérieuses persistent concernant l'avenir même de l'organisation, parce que, aussi bien dans des cercles policiers que dans des milieux politiques des pays membres, on doute sur la possibilité de la rendre encore plus efficace.

Comme il est souligné, cet état de choses est du moins en partie dû à la tentative déjà vérifiée d'établir de nouvelles structures au lieu d'améliorer et de renforcer ce qui existe déjà dans le domaine de la coopération.

Le chapitre 7 consacré à la coopération bilatérale est peut-être le mieux élaboré, avec la conclusion que des accords policiers bilatéraux augmentent en nombre, mais la dimension policière reste souvent ignorée dans les accords d'extradition et d'entraide internationale en matière pénale.

Bien que le livre soit basé sur les interviews qui, naturellement, reflètent des points de vue individuels, subjectifs (d'où une certaine incohérence dans la présentation des informations fondamentales concernant Interpol), cela ne diminue pas la valeur des réflexions personnelles de l'auteur concernant les questions principales qu'il a soulevées. Cette appréciation s'applique surtout au chapitre 8 portant sur les modèles de la coopération policière internationale. Deux options principales sont proposées pour encourager des élaborations appropriées en la matière : le modèle centralisé (lié au strict respect du principe de la souveraineté) et le modèle décentralisé (où se développerait une

sorte de marché libre d'informations policières et le rôle du bureau central national diminue).

Les deux modèles (donc aucun ne correspond aux réalités) sont conçus sous l'optique d'une éventuelle réforme de la coopération au sein d'Interpol.

Le problème reste ouvert de savoir si le renforcement du rôle d'Interpol peut être réalisé par des procédés que l'on peut désigner comme publicitaires (persuader des gouvernements, nourrir des contacts avec les mass media), ou grâce à une refonte plutôt radicale des prestations offertes par l'Organisation aux pays potentiellement les plus intéressés (les pays industrialisés, avec des degrés de criminalité élevés) et aux pays les plus nombreux (les pays en voie de développement). Les voies pour y parvenir ne sont ni évidentes, ni faciles et l'attention de l'auteur est exclusivement concentrée sur la première de ces deux alternatives.

Budimir BABOVIC

B. — 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)*

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de cette rubrique dans ce numéro. Ils la trouveront dans un prochain numéro.

C. — OUVRAGES REÇUS*

Monique ROBICHON

Ingénieur au CNRS

Politique criminelle et théorie générale du droit

ANCEL (Marc), *Drustvena odbrana*. Traduction serbo-croate de l'ouvrage *La Défense sociale*, Coll. « Que sais-je ? », n° 2204, PUF, Paris, 1985, Belgrade, Institut za kriminoloska i socioloska istrazivanja, 1991, 79 pages.

WRIGHT (Martin), *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*, Milton Keynes, Philadelphie, Open University Press, 1991, 159 pages.

LAROCQUE (Martial), *Le symbole de la Balance. Essai de décomposition du processus judiciaire et d'approche du concept de justice*, Paris, La Pensée universelle, 1991, 469 pages.

CAPPELLETTI (Mauro), *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*. Traduction par René David, préface de Louis Favoreu, Aix-en-Provence, Presses d'Aix-Marseille, Paris, éd. Economica, 1990, 397 pages.

*. Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

- Report to the Nation on Crime and Justice*, 2^e éd. Washington, DC., U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1988, 134 pages multigraphiées.
- EVAN (William M.), *Social Structure and Law. Theoretical and Empirical Perspectives*, Newbury Park, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1990, 270 pages.
- Strafrechtentwicklung in Europa 3. Landesberichte 1986/1988 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur*, publié par Albin ESER et Barbara HUBER, 2 vol., Fribourg-en-Brisgau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1990, 1507 pages.
- KINDER-GEST (Patricia), *Droit anglais. 1) Institutions politiques et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1989, 615 pages.
- STENSON (Kevin) et COWELL (David), *The Politics of Crime Control*, Londres, Newbury Park, New Delhi, Sage Publications, 1991, 226 pages.
- Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper. Papers presented at the Second International Criminal Justice Seminar, April 1989, at the London School of Economics*, publié par Huw REES et Eryl HALL WILLIAMS, Londres, The Suntory Toyota International Centre for Economics and Related Disciplines, The London School of Economics and Political Science, 1989, 161 pages.
- Justicia penal y sociedad. Revista guatemalteca de ciencias penales, Año I, n° 1, octubre de 1991*, 156 pages, publication semestrielle de l'Instituto para el estudio de las relaciones internacionales, la sociedad y el Estado (INRISE), avec la collaboration de l'Instituto de estudios comparados en ciencias penales (IECCP) de la Republica argentina.
- BANERJEE (Tapas Kumar), *Background to Indian Criminal Law*, Calcutta, R. Cambay & Co. Private Ltd. réimpression 1990, 402 pages.
- IDA (Makoto), *Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem. Eine kritische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1991, 178 pages.
- PEDROSA MACHADO (Miguel Nuno), *Caderno de apoio as aulas praticas de direito penal (indicação da bibliografia básica e colectânea de jurisprudência)*, Lisbonne, Universidade catolica portuguesa, Faculdade de ciências humanas, 1988, 301 pages.
- TERCIER (Pierre), *La recherche et la rédaction en droit suisse*, Fribourg (Suisse), Editions universitaires, 1991, 282 pages.

Droit constitutionnel

- Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, sous la direction de Francis DELPEREE. *Journée d'études du 9 février 1990, Louvain, organisée par l'Association des diplômés en droit de l'Université catholique de Louvain, avec le concours du Centre d'études constitutionnelles et administratives de la même Université*, Bruxelles, Bruylant, Paris, éd. Economica, 1991, 221 pages.
- FOURQUET (Michèle), FREYRE (Angela), DUPICHOT (Ann), VILLEZ (Barbara), *Legal English. An introduction to the American Constitution*, nouvelle éd. Paris, éd. Cujas, 1990, 179 pages.

Droits de l'homme

- VAN DIJK (P.), et VAN HOOF (G.J.H.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2^e éd., Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, 657 pages.
- MASSARENTI (Léonard), *Une pédagogie des droits de l'homme*, Genève, Editions Labor et Fides, 1991, 178 pages.
- Femmes, libertés, laïcité*, direction scientifique : Yolande MENDES DA COSTA et Anne MORELLI, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 1989, 212 pages.

Histoire du droit pénal

- Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. La coutume. Custom*, vol. LI, *Première partie, Antiquité, Afrique noire, Amérique, Australie*, 1990, 356 pages ; vol. LII, *Deuxième partie, Europe occidentale médiévale et moderne*, 1990, 548 pages ; vol. LIV, *Quatrième partie, Le monde contemporain*, 1989, 528 pages, Bruxelles, De Boeck-Wesmael s.a.
- Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. L'individu face au pouvoir. Man versus political power*, vol. XLVI, *Première partie, Antiquité*, 1989, 160 pages ; vol. XLVII, *Deuxième partie, Afrique, Asie, Amérique (avant le XIX^e siècle)*, 1988, 378 pages ; vol. XLVIII, *Troisième partie, Europe occidentale (XII^e-XVIII^e siècles)*, 1989, 549 pages ; vol. XLIX, *Quatrième partie, Europe orientale au Moyen Age, aux Temps modernes et contemporains*, 1989, 236 pages ; *Cinquième partie, L'Europe occidentale et l'Amérique (XVIII^e-XX^e siècles)*, 1988, 512 pages. Vol. XLVI, XLVIII et XLIX, Bruxelles, De Boeck-Wesmael s.a., vol. XLVII et L. Paris, Dessain et Tolra.
- Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. La peine. Punishment*, vol. LV, *Première partie, Antiquité*, 1991, 201 pages, vol. LVII, *Troisième Partie, L'Europe depuis le XVIII^e siècle*, 1989, 512 pages ; vol. LVIII, *Quatrième Partie, Mondes non européens*, 1991, 514 pages, Bruxelles, De Boeck-Wesmael s.a.
- WERNER (Stefan), *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Francfort-sur-le-Main, Berne, New York, Paris, Verlag Peter Lang GmbH, 1991, 613 pages.
- CELLARD (André), *Histoire de la folie au Québec de 1600 à 1850. « Le désordre »*, Montréal, Les éditions du Boréal, 1991, 282 pages.
- SCHEPERS (Stefan), *Le droit fédéral en Europe. Un essai historique*, Bruxelles, Institut européen d'administration publique, Etablissements Emile Bruylant SA, 1991, 138 pages.
- ZEDNER (Lucia), *Women, Crime and Custody in Victorian England*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 364 pages.
- VOGLER (Richard), *Reading the Riot Act. The Magistracy, the Police and the Army in Civil Disorder*, Milton Keynes, Philadelphie, Open University Press, 1991, 206 pages.
- Drugs and British Society. Responses to a Social Problem in the Eighties*, publié par Susanne MacGREGOR, Londres et New York, Routledge, 1989, 224 pages.
- Francesco Garrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa, 2/5 giugno 1988*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 964 pages.

Droit pénal général

Strafgesetzbuch mit Einführungsgesetz, Wehrstrafgesetz, Wirtschaftsstrafgesetz, Versammlungsgesetz, Auszügen aus dem Jugendgerichtsgesetz und Ordnungswidrigkeitengesetz sowie anderen Vorschriften des Nebenstrafrechts, avec une introduction du professeur Hans-Heinrich Jescheck, Munich, Verlag C.H. Beck, 1991, 302 pages.

WALTHER (Susanne), *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und « Opfer » bei riskantem Zusammenwirken*, Fribourg-en-Brigau, Eigenverlag, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, 263 pages.

Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, publié par Egmont FOREGGER et Friedrich NOWAKOWSKI, 38. Lieferung, §§ 169-187 StGB, préparé par Christoph MAYERHOFER, 1991, 39 pages ; 4 a. Lieferung (Ergänzungsheft zur 4. Lieferung), §§ 201-221 StGB, préparé par Franz PALLIN, 1991, 26 pages, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

HENNAU (Christiane) et VERHAEGEN (Jacques), *Droit pénal général*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, SA 1991, 504 pages.

KOH (K.L.), CLARKSON (C.M.V.), MORGAN (N.A.), *Criminal Law in Singapor and Malaysia. Text and Materials*, Singapour, Malayan Law Journal Pte Ltd, 1989, 641 pages.

DONATSCH (Andreas), REHBERG (Jörg), SCHMID (Niklaus), IMPERATORI (Martino), *Übungen im Strafrecht und Strafprozessrecht. Methodische Hinweise, Klausuren und Hausarbeiten mit Lösungen*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, Verlag AG, 1991, 146 pages.

Droit pénal spécial

SCHUHMANN (Ralph), *Umweltschutz durch Strafrecht in Schwarzafrika. Eine vergleichende Untersuchung anhand einer Fallstudie für Kenia*, Fribourg-en-Brigau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, 430 pages.

OLIVEIRA (Edmundo), *Crimes de corrupção*, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1991, 194 pages.

Drugs, law enforcement and foreign policy. A report prepared by the Subcommittee on terrorism, narcotics and international operations of the Committee on foreign relations. United States Senate, December 1988, Washington, DC, US Government Printing Office, 1989, 169 pages multigraphiées.

LAMBERT (Thierry), *Contrôle fiscal. Droit et pratique*, Paris, PUF, 1991, 436 pages.

KAIB (Berthold), *Betäubungsmittelstrafrecht in Malaysia und Singapur*, Fribourg-en-Brigau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, 346 pages.

Droit pénal des affaires

JEANDIDIER (Wilfrid), *Droit pénal des affaires*, Paris, éd. Dalloz, 1991, 474 pages.

Procédure pénale

- Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts. Judicial Safeguards in Administrative Proceedings. Garanties judiciaires pour les procédures administratives*, publié par Franz MATSCHER, Kiel, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel Verlag, Publications de l'Österreichisches Institut für Menschenrechte, vol. I, 1989, 204 pages.
- ROXIN (Claus), *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 21^e éd. complètement renouvelée de l'ouvrage de Eduard Kern, Munich, C.H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1989, 466 pages.
- CARLSON (Ronald L.), *Criminal Justice Procedure*, 4^e éd. Cincinnati, Ohio, Anderson Publishing Co. 1991, 417 pages.
- LARGUIER (Jean), *La procédure pénale*, 7^e éd. mise à jour, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1991, 127 pages.
- CORDERO (Franco), *Procedura penale*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 1073 pages.
- Il nuovo Codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del Seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, publié par les soins de Mario CHIAVARIO, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 304 pages.
- CASTILLO MORALES (Luis R. del), PELLERANO GOMEZ (Juan Ml.), HERRERA PELLERANO (Hipolito), *Derecho procesal penal*, t. I, 2^e éd. Saint-Domingue, Editorial Capel Dominicana SA, 1991, 319 pages.

Droit pénal international et droit communautaire

- La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté. Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes, les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles, Document*, Luxembourg, 1990, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1990, 389 pages multigraphiées.

Enfance et adolescence

- ANGENENT (Huub), *Achtergronden van jeugdcriminaliteit*, Houten/Anvers, Bohn Stafleu Van Loghum bv, 1991, 338 pages.
- ROSENCZVEIG (Jean-Pierre), en collaboration avec Annie BOUYX, *Les droits des enfants en France. Etat d'un débat et perspectives*, Paris, Institut de l'enfant et de la famille, Editions Candot-Bourcery, 1990, 225 pages.
- PALOMBA (Federico), avec la collaboration de Gaetano DE LEO, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, 2^e éd. augmentée à la lumière des modifications du D.L. n° 12 du 14 janvier 1991, Milan, Editore Giuffrè, 1991, 610 pages.

Pénologie et exécution des peines

- INGLE (Joseph B.), *Last rights : thirteen fatal encounters with the State's justice*, Nashville, TN, Abingdon Press, 1990, 300 pages.

Prison Medicine. Ideas on Health Care in Penal Establishments, Londres, Prison Reform Trust, 1985, 103 pages.

LEHNER (Marco), *Das Berufsverbot als Sanktion im schweizerischen Strafrecht*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 155 pages.

Criminologie

Victims and Criminal Justice. Victimological Research : Stocktaking and Prospects, publié par G. KAISER, H. KURY et H.-J. ALBRECHT, avec la collaboration de H. ARNOLD, Fribourg-en-Brigau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, 762 pages.

ROBIN (Gerald D.), *Violent Crime and Gun Control*, Highland Heights, KY, Academy of Criminal Justice Sciences, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co, Criminal Justice Division, 1991, 98 pages.

Combatting terrorism. The Official Report of the Cabinet-level Task Force Chaired by Vice-President George Bush, Rancocas, NJ, Diane Publishing Co., Defense Information access Network, 1987, 44 pages.

REUTER (Peter), RUBINSTEIN (Jonathan), WYNN (Simon), *Racketeering in legitimate industries : two case studies*, s.v. Center for Research on Institutions and Social Policy, Inc. (CRISP), s.d. 38 pages multigraphiées.

Crime in motion pictures. Proceedings of the Fourth Annual International Conference on Film, Kent State University, April 16, 1986, publié par Douglas RADCLIFF-UMSTEAD, Kent State University, Romance Languages Department, 1986, 148 pages multigraphiées.

Feminist Perspectives in Criminology, publié par Loraine GELSTHORPE et Allison MORRIS, Milton Keynes, Philadelphie, Open University Press, 1990, 214 pages.

ROURE (Louis), *L'état dangereux. Aspects sémiologiques et légaux*, Paris, Milan, Barcelone, Bonn, Masson, 1991, 172 pages.

ATIAS (Christian), *Le traitement des délinquants. Essai d'une épistémologie de la criminologie*, Paris, Librairie J. Vrin, 1991, 108 pages.

TOURNIER (Pierre) et ROBERT (Philippe), *Etrangers et délinquances. Les chiffres du débat*, Paris, éd. L'Harmattan, 1991, 263 pages.

BEDFORD (Sybille), *The Best We Can Do. Her Famous Account of the Trial of John Bodkin Adams*, Londres, Penguin Books, réimpression avec une nouvelle introduction, 1989, 221 pages.

WEIS (René J.A.), *Criminal Justice, The True Story of Edith Thompson*, Londres, Penguin Books, 1990, 331 pages.

SELWYN (Francis), *Gangland : The Case of Dentley and Craig*, Londres, Routledge, 1988, 211 pages.

STENGERS (Isabelle) et RALET (Olivier), *Drogues, le défi hollandais*, s.v. édité par les laboratoires Delagrangé, Coll. Les Empêcheurs de penser en rond, Ulysse Diffusion Distique, 1991, 116 pages.

Criminal Violence in Scandinavia : Selected Topics, publié par Annika SNARE, Oslo, Norwegian University Press, The Scandinavian Research Council for Criminology, Scandinavian Studies in Criminology, vol. 11, 1990, 139 pages.

Police

ANDERSON (Malcolm), *Policing The World. Interpol and the Politics of International Police Co-operation*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 211 pages.

DECOCQ (André), MONTREUIL (Jean), BUISSON (Jacques), *Le droit de la police*, Paris, Litec, 1991, 624 pages.

Varia

BUQUET (Alain), *L'expertise des écritures manuscrites*, Paris, Milan, Barcelone, Bonn, Masson, 1991, 155 pages.

MELENNEC (Louis) et autres, *Evaluation du handicap et du dommage corporel. Barème international des invalidités*, Paris, Milan, Barcelone, Bonn, Masson, 1991, 340 pages.

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Conseiller à la Cour d'appel de Bordeaux. – **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). – **H. CALVET**, Magistrat, Référendaire à la Cour de justice des communautés européennes. – **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. DECOCO**, 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. DUTHELLET-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 de Paris XI-Sceaux. – **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). – **G. GIUDICELLI-DELAGE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **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 CLERE**, 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. MASSÉ**, 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 de Pau et des pays de l'Adour, 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**, Conseiller à la Cour de cassation. – **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.-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. – **Ch. SOULARD**, Magistrat, Lecteur d'arrêts à la Cour de justice des communautés européennes. – **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. BASSIUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de 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. CHIAVARI**, 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.
- K.-H. GOSSSEL**, 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-Brigau, 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-Brigau. – **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.
- A. Edmundo OLIVEIRA**, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazone.
- 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. – **K. 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. SCHÜLER-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. SCREVENIS**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. – **Sami SELÇUK**, Président de la 4^e chambre criminelle de 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. – **D. SPINELLIS**, Professeur à l'Université d'Athènes. – **Dr. G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Établissement 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-Brigau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brigau. – **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. VOYOUCAS**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université aristotélicienne de Thessalonique.
- K. WAABEN**, Professeur à l'Université de Copenhague.
- E. ZIELINSKA**, Professeur à l'Université de Varsovie, Directeur de l'Institut de droit pénal.