ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE
BIBLIOTHÈQUE

SOMMAIRE DU N° 2 - 1990

DOCTRINE

Jean-François RENUCCI. — *Le parquet et les faillites* 235
Gérard CLEMENT. — *L'appel voie de nullité en procédure pénale* 260
Bernard FILLION. — *La réception de l'innovation technologique en droit pénal* 270

ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

Marc VIGIÉ. — *Comment punir ? « Galères » et philosophes au temps de Louis XV* 285
Michel FIZE. — *Le travail dans les prisons (1873-1914)* 297
Bernard-Marie BOYER. — *Ambiguïtés de la nature juridique du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général* 310
Elisabeth PONROY et Christian JACQ. — *Etude comparative des Conventions des Nations Unies et du Conseil de l'Europe relatives à la torture et aux peines ou traitements inhumains ou dégradants* 317

CHRONIQUES

A. — Chronique de jurisprudence :
I. — *Droit pénal général*, par André VITU 325
II. — *Infractions contre la chose publique*, par J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE 332
III. — *Infractions contre les personnes*, par Georges LEVASSEUR 337
IV. — *Infractions contre les biens*, par Pierre BOUZAT 346
V. — *Infractions contre l'ordre financier*, par Jean COSSON 351
VI. — *Infractions contre l'ordre économique (concurrence et consommation)*, par Jean-Claude FOURGOUX 354
VII. — *Infractions contre la qualité de la vie : environnement*, par Jacques-Henri ROBERT 357
VIII. — *Infractions relevant du droit social*, par Antoine LYON-CAEN 361
IX. — *Procédure pénale*, par André BRAUNSCHWEIG 366

B. — Chronique législative, par Bernard BOULOC 371

C. — Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines — La mesure du temps carcéral, par M. D. BARRÉ et P. TOURNIER 379

D. — Chronique internationale :
I. — *Droits de l'homme*, par Louis-Edmond PETTITI 388
II. — *Droit pénal international : Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal*, par Michel MASSÉ 395

E. — Chronique de criminologie : Le programme ERASMUS et la criminologie, par R. OTTENHOF et R. CARIO 404

F. — Chronique de police : Le nouveau paradigme de la police (Police écologique-informatique et thématique), par Jean SUSINI 410

G. — Chronique de défense sociale : La détention des mineurs, par Didier THOMAS 417

INFORMATIONS

I. — Congrès, Colloques, Séminaires : Séminaire sur « La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté » (Bruxelles, 27, 28 et 29 novembre 1989), p. 423. — Séminaire Médiation, p. 425. — II. — Circulaires, rapports officiels, avis ... : Empreintes génétiques — Avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé sur la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN, p. 427. — III. — Droits étrangers : Deux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis sur les droits des détenus, p. 433. — Le droit pénal grec face aux courtes peines d'emprisonnement : quels substituts ? p. 436.

BIBLIOGRAPHIE

A. — Notes bibliographiques 439
B. — Périodiques professionnels et assimilés, par Michel GENDREL 468
C. — Ouvrages reçus 477

Le parquet et les faillites

Jean-François RENUCCI

Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences économiques de Nice

1. L'extension croissante du rôle du parquet est l'une des caractéristiques du droit des faillites. A l'origine peu connu des juges consulaires, le ministère public s'est progressivement imposé comme un organe obligatoire de la procédure, doté désormais de pouvoirs exceptionnels. Les procédures collectives ont connu une importante évolution, et la loi du 25 janvier 1985 s'analyse comme une rupture dans la continuité[1] : précisément, l'accroissement de l'action du parquet s'inscrit dans une tradition de continuité, le dirigisme judiciaire s'étant constamment accentué depuis le décret-loi du 30 octobre 1935.

Il peut sembler excessif de permettre au représentant du pouvoir exécutif de donner un avis dans des affaires intéressant principalement la vie privée ou la fortune des plaideurs : cela peut paraître d'autant plus surprenant que les avocats ne peuvent pas répondre oralement à ses réquisitions puisqu'il prend la parole le dernier[2] ; certes, les défenseurs peuvent toujours remettre au tribunal, au cours de son délibéré, de simples notes sur le vu desquelles le président peut éventuellement rouvrir les débats[3], mais cela ne change rien au principe. L'intervention du parquet s'est imposée : l'évolution a été lente mais inéluctable, et son importance est considérable car elle traduit aussi un changement de nature des procédures collectives.

Pourtant cette évolution n'a pas abouti à l'instauration d'un parquet autonome près les tribunaux de commerce. Cela aurait sans doute été souhaitable pour une double raison. En premier lieu, les justifications traditionnelles de l'absence de parquet près certaines juridictions ne semblent plus pouvoir être invoquées : celles-ci tiennent en effet, soit à l'importance minime des affaires jugées, soit à la spécificité des juges consulaires qui ne s'accommoderaient pas de la présence d'un magistrat de carrière pourvu d'une formation et d'un esprit différent[4]. En second lieu, une telle solution avait été envisagée dès la promulgation de la loi du 13 juillet 1967 en raison de l'accroissement du rôle des parquetiers[5] : *a fortiori*, le même souhait

1. M. Vasseur, *Droit des affaires, Le traitement des entreprises en difficulté*, Les Cours de Droit, 1987, p. 226.
2. Nouv. c. pr. civ. art. 443, al. 1er.
3. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Sirey, 1961, n° 865 ; nouv. c. pr. civ. art. 445.
4. H. Solus et R. Perrot, *op. cit.* n° 856.
5. F. Derrida, « La réforme du règlement judiciaire et de la faillite », *Rép. Defrénois*, 1969, n° 49.

semble devoir être formulé puisque les textes postérieurs à 1967 ont amplifié ce mouvement interventionniste. La création d'un parquet autonome près les tribunaux de commerce n'ayant pas été réalisée, on peut se demander si le ministère public est prêt, en tant qu'institution, à digérer une aussi profonde mutation. La question est délicate et la réponse nécessairement nuancée. En l'état actuel des choses, compte tenu de l'importance de leur action, le problème des effectifs et de la spécialisation des parquetiers se pose : le renforcement de leurs prérogatives ne peut être efficace que s'ils sont vigilants et présents de manière effective devant toutes les juridictions consulaires.

2. Les phases de l'évolution du rôle du ministère public sont successives et cumulatives. D'une part, la surveillance qu'il exerce a été affirmée et accentuée. D'autre part, des prérogatives nouvelles se sont ajoutées aux anciennes, permettant ainsi aux parquetiers de prendre des initiatives plus importantes.

La surveillance des opérations concernant les procédures collectives a été mise en place progressivement. Le Prince est finalement entré chez les marchands[6]. Au siècle dernier, le code de commerce est surtout conçu « pour organiser le partage des dépouilles et la déchéance du commerçant insolvable », les parquetiers ont « pour seule fonction de parachever l'oeuvre en brandissant les foudres répressives sur la tête de l'usurpateur de crédit »[7]. Par la suite, malgré l'atténuation de l'esprit de rigueur[8], la faillite conserve un caractère répressif avec, notamment, le délit de banqueroute : il implique donc l'intervention du procureur de la République. D'une manière générale, le parquet dispose d'un pouvoir de contrôle et peut obtenir communication de tout document utile afin d'assurer l'exercice de ce droit[9]. La loi du 13 juillet 1967 a accru le rôle du ministère public en lui accordant un pouvoir de contrôle qui ne se cantonne plus à l'aspect répressif[10] : ce droit de contrôle et aussi d'information sera ensuite renforcé[11]. C'est dire l'importance de l'action du parquet qui avait déjà le droit d'exercer en toute matière le ministère public devant toutes les juridictions du premier degré établies dans son ressort[12] : les rédactions successives des articles 421 et suivants du nouveau code de procédure civile confortent d'ailleurs le parquet dans sa fonction d'ordre public non répressif[13].

Les initiatives du parquet sont devenues plus importantes, surtout depuis la loi du 15 octobre 1981[14]. Disposant d'un droit de saisine directe du tribunal, il peut aussi demander la nomination d'un administrateur provisoire, le remplacement du syndic et l'éviction des dirigeants sociaux. Il peut exercer

6. J.-F. Boiron, « Le Prince chez les marchands », *Gaz. Pal.* 1982. 1. Doctr. 251.

7. J. Beaume et M. Fayen, « Le rôle nouveau du ministère public », Rapport du IXe Congrès de l'Association française de droit pénal, *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Lyon, 26-28 nov. 1987, Economica, 1989, p. 225 et s.

8. Cf. notamment Décr. 20 mai 1955 ; A. Honorat, *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, thèse Alger, 1958 ; M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, 1957.

9. V. Ranlincourt, « Les relations entre le syndic et le parquet sont-elles à sens unique ? », J.C.P. 1956. I. 1332.

10. F. Derrida, *op. cit.* n° 49 ; J. Argenson et G. Toujas, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, par B. Soinne, Litec, 1987, n° 308.

11. Loi n° 72-684 du 20 juill. 1972, art. 3 ; Décr. n° 82-327 du 9 avr. 1982, art. 33.

12. Ord. du 22 déc. 1958, art. 22 ; c. org. jud. art. 311-15.

13. J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 226.

14. R. Badinter, « Le procureur et le consul », *Rev. jurispr. com.* 1981. 239 et s. ; J.-F. Boiron, art. préc. p. 251 ; B. Soinne, « L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation », D. 1983. chron. 11.

les voies de recours et notamment interjeter appel des décisions concernant la nomination ou le remplacement des syndics, et les jugements autorisant le syndic à traiter à forfait. La loi de 1981 traduit une conception rénovée de l'action du parquet en matière économique et sociale qui connaîtra son aboutissement avec la loi de 1985 : aucun pouvoir préalablement ouvert au ministère public n'a été écarté[15], et l'on peut même constater une évolution sensible de ces pouvoirs[16].

3. Les raisons de l'évolution du rôle du parquet sont diverses. Il est certain que, lorsque se posent des questions de principe, il est souhaitable qu'une voix objective puisse situer le débat dans sa véritable perspective, tout en faisant éventuellement apparaître les arguments que les parties ont volontairement ou involontairement omis[17] : cette intervention contribue à approfondir et valoriser les débats judiciaires[18] ; elle s'impose car, au-delà de l'espèce où ne paraissent en cause que des intérêts privés, l'ordre public et l'intérêt général sont concernés. Cette évolution tient aussi aux mutations économiques et sociales qui ont influencé les règles juridiques en général, et les procédures collectives en particulier. L'économie a subi de profonds bouleversements, et la crise qui l'affecte en la transformant est importante et durable. Le législateur a pris conscience de la nécessité d'aménager le tissu industriel et commercial : par contrecoup, les impératifs sociaux occupent une place prépondérante. C'est ainsi que le souci d'ordonner le paiement des dettes est relégué au second plan, derrière les impératifs de protection d'une certaine conception de l'intérêt général. La finalité de la procédure de redressement judiciaire n'est plus une finalité privée, orientée vers le paiement des créanciers, mais une finalité publique destinée à sauvegarder les entreprises tout en assurant le maintien des emplois.

Le renforcement du rôle du parquet paraît logique puisque l'intérêt général, dont il est le représentant privilégié et institutionnel, est pris en considération. L'idée *a priori* saugrenue du prêteur chez les marchands[19] est devenue une réalité : non seulement le ministère public est omniprésent dans le temple des affaires privées, mais il y est généralement bien accueilli[20]. L'intervention croissante de l'Etat dans le domaine socio-économique impose cette présence en raison de l'action de l'administration et de l'absence de coordination entre elle et la procédure judiciaire : en renforçant le rôle du parquet, le législateur tente de corriger l'opacité des mécanismes, voire la perversion du système. Le ministère public doit tendre à être le porte-parole, devant le tri-

15. On pourrait penser que l'intervention du parquet aux fins de nomination d'un administrateur provisoire, prévue par l'article 3 L. 1981, n'est plus possible. Mais l'article 90 L. 1985 dispose : « en cas de défaut de paiement du prix de cession, le tribunal peut (...), à la demande (...) du procureur de la République (...), nommer un administrateur *ad hoc* dont il détermine la mission ». Or, M. Gouzes, dans son rapport à l'Assemblée nationale, a précisé que cet administrateur peut se voir confier un rôle de gestion, de recherche d'un règlement amiable, voire même avoir pour mission de déposer le bilan du cessionnaire défaillant. Malgré l'abandon de la dénomination traditionnelle, il s'agit bien d'un administrateur provisoire au sens de la loi de 1981 (cf. notamment F. Derrida, P. Gode et J.-P. Sortais, ***Redressement et liquidation judiciaires des entreprises***, Dalloz, n° spécial, 2e éd. 1986, n° 204).

16. J. Argenson et G. Toujas, par B. Soinne, *op. cit.* n° 308 ; J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 226 ; J.-P. Marchi, « Le rôle du ministère public », Colloque Droit et commerce, 1986.

17. R. Perrot, ***Institutions judiciaires***, Précis Domat, 3e éd. 1989, n° 306 *in fine*.

18. H. Solus et R. Perrot, *op. cit.* n° 871.

19. J. Menez, « Le ministère public », *in* « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *Rev. trim. dr. com.* n° spécial, t. 2, 1987. 87.

20. J. Bon, « Le rôle du juge », *in* « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », préc. p. 45 et s. spéc. p. 53.

bunal, de l'ensemble des administrations actives dans le traitement des entreprises en difficulté : il réalise ainsi l'unité officielle d'action des pouvoirs publics[21].

Le mouvement de dépénalisation qui apparaît en droit des affaires[22] ne remet pas fondamentalement en cause cette orientation car il ne semble pas en contradiction avec le renforcement du rôle du parquet. D'une part, celui-ci mène une action importante au-delà du domaine répressif. D'autre part, la dépénalisation est une simple désescalade à l'intérieur du système pénal et non pas une disparition de ce dernier[23] : en définitive, il s'agit de réaliser une diminution des textes répressifs afin que leur application soit effective dans les cas où elle est nécessaire[24]. Cette évolution doit être approuvée car elle permet de redéfinir opportunément, non seulement la place de l'Etat[25], mais aussi celle du droit pénal qui doit cesser d'être exclusivement sanctionnateur pour redevenir normatif[26].

4. L'appréciation de cette évolution suscite des interrogations et des inquiétudes. En premier lieu, on peut se demander s'il est bien judicieux de donner une telle importance au représentant des pouvoirs publics dans une économie de marché : une action inquisitoriale peut être ressentie comme un carcan pour les entreprises et cela peut porter préjudice aux intérêts même que le législateur entend protéger. En second lieu, il existe un décalage important entre ce qui est voulu et ce qui est réalisable : nonobstant la volonté législative, il n'est pas certain que les parquetiers puissent utiliser pleinement cet arsenal interventionniste ; en définitive, si le principe même de l'intervention du parquet n'est guère contestable, son excès est condamnable.

Le législateur a entendu donner aux magistrats du parquet tous les moyens nécessaires à la réussite de leur action. Ces moyens sont importants et une appréciation objective commande une analyse globale de la situation. Dès lors une double approche complémentaire destinée à mettre en exergue l'information et les pouvoirs du ministère public s'impose. L'information apparaît comme le préalable de l'action du représentant du ministère public. Le parquet dispose d'importantes sources de renseignements qui ont, d'ailleurs, été constamment améliorées par le législateur : c'est dire que les moyens *a priori* de l'efficacité du parquet sont réels et considérables (I). Cependant, malgré des aspects largement positifs, l'utilisation pratique de ces informa-

21. A. Lyon-Caen, « Orientations générales de la réforme », *Ann. fac. dr. de Toulouse*, 1986, p. 13 et s., spéc. p. 19.

22. M.-T. Calais-Aulois, « La dépénalisation en droit des affaires », D. 1988. chron. 315 et s. ; M. Delmas-Marty, « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France », cette *Revue*, 1989.441 et s. (cf. notamment les articles de MM. J. Azéma et F. Derrida) ; « Les conditions de rationalité d'une dépénalisation partielle du droit pénal de l'entreprise », IXe Congrès de l'Association française de droit pénal, préc. p. 89.

23. J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 7e éd. 1990, n° 10 ; *adde*, G. Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », *Arch. pol. crim.* 1983, n° 6, p. 53 et s.

24. L'efficience même du droit pénal est en cause car sa mise en oeuvre était stérilisée par l'existence d'un nombre trop important de règles empêchant une application effective. Par un effet pervers, l'excès de normes entraîne leur ineffectivité.

25. En matière répressive, « l'Etat gardien des libertés » reprendrait ainsi le pas sur « l'Etat providence », l'entreprise redevenant un centre de décision autonome : R. Pelen, « Le droit pénal spécial de l'entreprise : perspectives d'une dépénalisation », IXe Congrès de l'Association française de droit pénal, préc. spéc. p. 83 et s., spéc. p. 88.

26. Cf. notamment, M.-L. Rassat, *Droit pénal*, PUF, 1987, n° 73 : le droit pénal ne doit plus se contenter d'apporter le secours de l'outil de ses sanctions pour assurer l'effectivité des autres branches du droit appelées à poser les normes, il doit avoir pour but de réprimer ce qui est intolérable dans une société donnée ; il doit donc poser lui-même des règles dont il assure la sanction. L'intervention du droit pénal doit être la plus rare possible et constituer l'*ultima ratio* sociale.

tions peut paraître à bien des égards critiquable et décevante : critiquable car certaines prérogatives du ministère public sont sans doute excessives et la sagesse populaire opposant le mieux et le bien trouve ici une parfaite illustration ; décevante parce que la mise en oeuvre des pouvoirs des parquetiers ne semble pas être à la hauteur des ambitions législatives sans doute démesurées. Par conséquent, malgré l'importance quantitative et qualitative de l'action qui est menée par les parquets, des réserves peuvent être faites quant à l'efficacité *a posteriori* de leurs moyens (II).

I. – LES MOYENS *A PRIORI* DE L'EFFICACITE

5. Conscient du fait qu'il importe de connaître parfaitement une situation pour intervenir opportunément, le législateur de 1985 a amélioré l'information du parquet[27]. Les renseignements ainsi obtenus sont les moyens *a priori* de l'efficacité des magistrats du ministère public car ils leur permettront d'accomplir leur mission. Cependant des réserves doivent être faites en raison des hésitations qui apparaissent, non seulement lorsque l'information est communiquée (A), mais aussi quand elle est révélée (B).

A. – *L'information communiquée*

6. La communication d'information au parquet est importante car elle permet une action plus efficace des magistrats, tout en évitant que la procédure de redressement judiciaire se déroule en vase clos. La présence active mais discrète du procureur de la République évite l'inconvénient tenant à l'absence de juges professionnels au sein du tribunal de commerce : le ministère public est ainsi à la fois un censeur et un conseiller technique[28]. La recherche de l'optimisation de l'intervention judiciaire a conduit le législateur à affirmer le principe du droit de communication (1) dont l'efficacité est certaine malgré ses limites (2).

1. L'affirmation du droit de communication

7. Les mesures d'information du parquet sont variées. Certaines mesures spéciales[29], complétées par des règles particulières[30], sont significatives

27. Le parquet est surtout le destinataire de l'information, mais il peut être aussi une source de renseignement pour le juge commissaire : sur la demande de ce dernier, ou d'office, il peut communiquer tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure (L. 1985, art. 13, al. 2)

28. Y. Guyon, *Droit des affaires, Entreprise en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica 1989, n° 1167.

29. Le procureur est informé tous les mois par les rapports de l'administrateur ainsi que du représentant des créanciers (Décr. 1985, art. 29). Il peut requérir à tout moment communication des actes et documents relatifs à la procédure (L. 1985, art. 13, al. 1er). Le comité d'entreprise, ou le représentant du personnel, peut l'informer de tout fait révélant la cessation des paiements (L. 1985, art. 4, al. 3). Le parquet est informé par le commissaire à l'exécution du plan qui doit lui rendre compte (L. 1985, art. 67, al. 4 ; Décr. 1985, art. 94, al. 1er et 2), et des informations lui sont communiquées au cas de continuation d'exploitation (communication des résultats : Décr. 1985, art. 57 ; obligation de rendre compte au cas de location-gérance : Décr. 1985, art. 58 ; information par le liquidateur ou l'administrateur après le prononcé de la liquidation : Décr. 1985, art. 120 ; communication par l'administrateur ou le liquidateur des documents qu'ils détiennent au cas d'infractions pénales : Décr. 1985, art. 212).

d'une tutelle exercée par le parquet sur l'ensemble de la procédure. Mais les mesures d'information générales sont contenues dans l'article 425-2° du nouveau code de procédure civile prévoyant la communication au parquet des affaires de faillites[31]. Ce droit de communication est satisfaisant malgré des incertitudes quant à son domaine et ses modalités d'application.

8. Le domaine d'application ne doit pas être trop large. Si les affaires mettant en jeu « l'état de faillite »[32], ainsi que les règles propres à la procédure collective à laquelle la personne morale est soumise[33], sont communicables, toutes celles où une entreprise en faillite est en cause ne le sont pas[34]. La communication est prévue, non pas pour les procédures annexes qui restent soumises au droit commun[35], mais pour celles qui concernent directement la réglementation propre au droit de la faillite : cette réglementation doit pouvoir influencer la solution du litige[36].

L'orientation retenue est logique car il convient d'éviter toute intervention intempestive dont le caractère inquisitorial pourrait gêner, non seulement la bonne administration de la justice par l'encombrement des parquets, mais aussi la vie des affaires. Ce même souci de protection impose la communication des faillites personnelles ou autres sanctions[37], ainsi que certaines instances prévues au cours de la période d'observation si l'entreprise est exploitée sous forme sociale[38].

30. Le procureur peut prendre connaissance d'une affaire s'il estime devoir intervenir : nouveau c. pr. civ. art. 426. Il doit parfois donner son avis avant toute décision : nouveau c. pr. pén., art. 425, dernier al. : il en est ainsi pour la prolongation de la période d'observation (Décr. 1985, art. 20), pour le remplacement d'une personne mentionnée aux articles 12 alinéas 1er et 2 et 148 al. 2, L. 1985, ou l'adjonction d'administrateurs (Décr. 1985, art. 30, al. 3), pour le remplacement de dirigeants de la personne morale débitrice (Décr. 1985, art. 54, al. 1er), pour l'utilisation des comptes de l'entreprise plus de six mois après sa liquidation judiciaire (Décr. 1985, art. 121), pour une demande ou relevé de déchéance, interdiction ou incapacité (Décr. 1985, art. 171, al. 2).

31. A. Perdriau, « La communication au ministère public des affaires de faillite », J.C.P. 1986. II. 3228.

32. A. Perdriau, article préc. n° 17 et les réf. Il s'agit notamment des instances tendant à l'ouverture, la clôture ou la transformation de la procédure. *Adde* Com. 26 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n° 112 ; 2 juill. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 202.

33. A condition que ces règles ne puissent se concevoir qu'en raison de l'existence de cette procédure : A. Perdriau, article préc. n° 22. Il s'agit plus particulièrement des actions consécutives à l'exercice de la faculté de poursuivre ou non l'exécution des contrats en cours (L. 1985, art. 37).

34. Cf. notamment : Com. 10 janv. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 12, J.C.P. 1984. IV. 87 ; 15 juill. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 203, D. 1975. I.R. 199 ; Soc. 24 mars 1988, *Bull. civ.* V, n° 218 ; 23 avr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 166. Le procureur de la République peut naturellement en prendre connaissance s'il estime devoir intervenir, et le juge peut d'office lui communiquer l'affaire, mais il s'agit là d'une application du droit commun.

35. Trib. com. Paris (réf.), 14 nov. 1984, *Gaz. Pal.* 1986. 261.

36. Com. 9 mars 1977, *Bull. civ.* Iv, n° 79 ; 23 oct. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 233 ; 9 juill. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 228, J.C.P. 1979. IV. 316 ; 11 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 254, J.C.P. 1980. IV. 335 ; cf. spéc. obs. A. Honorat, D. 1981. I.R. 347 et D. 1983. I.R. 84.

37. L. 1985, art. 187 à 190. Le procureur de la République peut saisir le tribunal à cette fin, mais il devient alors partie principale : L. 1985, art. 191.

38. Ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (L. 1985, art. 3, 4, 5, 16 et 98) ; renouvellement de la période d'observation (L. 1985, art. 8) ; report de la date de cessation des paiements (L. 1985, art. 9) ; nomination, remplacement ou adjonction d'organes de la procédure (L. 1985, art. 23, al. 1er) ; instances concernant les actions, parts sociales ou certificats de droit de vote (L. 1985, art. 23, al. 2) ; fixation ou modification de la mission des administrateurs (L. 1985, art. 31) ; autorisation d'un contrat de location-gérance (L. 1985, art. 43) ; préalable au jugement arrêtant le plan de continuation ou de cession de l'entreprise (L. 1975, art. 61) ; prorogation de la durée du plan de continuation ou de cession de l'entreprise (L. 1985, art. 65) ; modification des moyens et objectifs du plan de continuation ou de cession de l'entreprise (L. 1985, art. 68) ; continuation de l'entreprise (L. 1985, art. 69 et 70) ; modification des statuts des personnes morales (L. 1985, art. 72) ; modalités d'apurement du passif (L. 1985, art. 74) ; cession de l'entreprise (L. 1985, art. 81 à 90) ; autorisation d'une location-gérance (L. 1985, art. 94) ; résiliation d'une location-gérance (L. 1985, art. 94). *Idem* pour les instances correspondantes de la procédure simplifiée (L. 1985, art. 2, al. 3, 137 à 147).

Mais la double restriction légale prévoyant la communication au parquet, s'agissant des personnes morales, des procédures de redressement et de liquidation judiciaires ainsi que des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux[39], appelle des précisions. D'une part, le texte ne vise expressément que les procédures de redressement et de liquidation judiciaires : malgré l'affirmation du principe excluant du champ d'application de l'article 425-2° du nouveau code de procédure civile les litiges relatifs aux créances [40], des hésitations subsistent quant à la procédure de déclaration des créances[41]. On pourrait penser que, puisque seuls des intérêts privés paraissent en cause, la communication ne semble pas s'imposer : pourtant l'information du parquet paraît opportune puisque ces procédures obéissent à des règles d'ordre public[42] tout en intéressant le fond du droit car elles peuvent entraîner l'extinction de la créance. En matière de vérification des créances, la communication n'est pas obligatoire si aucune règle spécifique du droit des faillites n'est mise en oeuvre[43] : celle-ci perd sa raison d'être puisque le débat juridique est étranger aux procédures collectives. D'autre part, le texte concerne exclusivement les dirigeants sociaux. On peut donc se demander si l'aspect restrictif des dispositions légales n'implique pas le caractère non obligatoire de la communication des affaires relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants de personne morale qui, tout en ayant une activité économique, ne sont pas des dirigeants proprement sociaux[44]. Faut-il, pour justifier une réponse négative, prendre en considération le fait que le législateur de 1985 a étendu considérablement le domaine des faillites et que son importance est telle que certaines règles nouvelles n'ont pas (encore) reçu une traduction procédurale en droit commun ? La question mérite d'être posée, d'autant plus qu'une absence de coordination a pu être remarquée[45]. Il reste que le doute est permis et l'insécurité juridique découlant de ces difficultés d'interprétation est fâcheuse.

9. Les modalités d'application ne sont pas prévues d'une manière précise par les textes[46]. Cela donne lieu à des hésitations qui affaiblissent l'efficacité de l'action du parquet.

39. Tel est le cas des actions en comblement du passif (L. 1985, art. 180), que celles-ci soient engagées contre une personne physique ou morale, dirigeant de fait ou de droit d'une personne morale de droit privé exerçant une activité économique et faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, ou contre le représentant permanent d'un dirigeant d'une personne morale (L. 1985, art. 179). Qu'il s'agisse de l'action en comblement du passif, ou de l'action en extension de la procédure (L. 1985, art. 182), le procureur de la République peut saisir le tribunal (L. 1985, art. 183).

40. Com. 25 oct. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 243, J.C.P. 1979. IV. 4 ; 8 déc. 1980 et 19 janv. 1982, inédits ; 13 déc. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 349, J.C.P. 1984. IV. 64.

41. Com. 13 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n° 98 et 26 mars 1985, *Bull. civ.* IV, n° 112 estimant que l'article 425-2° nouveau c. pr. civ. doit recevoir application. *Contra* : Com. 4 févr. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 102, D. 1988. Somm. 71, obs. F. Derrida, J.C.P. 1986. IV. 4.

42. Com. 27 nov. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 310, D. 1980. 235, note F. Derrida et P. Julien ; *adde*, F. Derrida, obs. sous Com. 30 oct. 1984, D. 1984. I.R. 76 ; 4 févr. 1986, préc.

43. F. Derrida, obs. sous Com. 4 févr. 1986, préc. ; *adde* Soc. 23 avr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 166.

44. F. Derrida, obs. sous Com. 1er déc. 1987, D. 1989. Somm. 8.

45. P. Julien, « Les questions procédurales de la législation de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises », *Actes* du colloque de Sophia-Antipolis, mars 1987, C.R.A.J.E.F.E.-Université de Nice, p. 114 et s.

46. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 21e éd. 1988, n° 529 ; G. Sutton, « La communication au ministère public », *Gaz. Pal.* 1973. 1. Doctr. 342 et s. ; A. Perdriau, article préc. n° 36 et s.

Le parquet près la juridiction saisie est le destinataire de la communication[47] qui est faite « à la diligence du juge »[48]. Le sens de l'expression n'est pas nettement défini même si les auteurs ont tenté d'apporter quelques précisions[49]. De plus, la communication doit avoir lieu « en temps voulu » pour ne pas retarder le jugement[50]. En raison de l'imprécision des termes utilisés, le moment de la communication est incertain[51]. Il peut sembler excessif de penser que la communication peut intervenir avant même le dépôt des conclusions[52] : le ministère public doit avoir connaissance de ces conclusions car c'est la condition *sine qua non* de l'efficience de son rôle que le législateur a voulu actif. Une communication intervenant trop tôt serait non seulement contraire à l'esprit actuel du droit des faillites, mais de plus le parquet doit pouvoir intervenir pleinement sur l'ensemble des questions débattues : si tel n'est pas le cas, la communication devient une simple formalité vide d'intérêt. Elle doit donc porter sur la totalité du dossier et des moyens débattus[53] pour être utile et cohérente. Toute communication partielle est condamnable car le fond même de la cause est en jeu. La jurisprudence fait preuve d'une grande souplesse[54], mais sans doute serait-il souhaitable d'établir des règles plus précises imposant une communication du dossier qui permette au représentant du ministère public d'étudier sérieusement et complètement l'affaire. Pour que ce dernier remplisse efficacement le rôle que la loi attend de lui, il convient de lui en donner les moyens : il faut donc lui permettre d'avoir le temps d'analyser véritablement l'affaire et de se faire une opinion[55] car il doit pouvoir apporter au tribunal un avis réfléchi et utile.

S'il est certain que le ministère public doit être avisé de la date de l'audience[56], la question de sa présence effective est discutée : cette présence n'est pas toujours nécessaire, même si l'affaire est communicable[57] ; on peut cependant se demander si la solution contraire ne s'impose pas en matière de faillites compte tenu des intérêts en présence et de l'orientation nouvelle de ce droit. Les limites des pouvoirs du représentant du ministère public suscitent des controverses. Si des auteurs estiment que la liberté du parquet est restreinte dans la mesure où il doit prendre communication du dossier et déposer ses conclusions[58], d'autres pensent que l'obligation de conclure ne

47. Malgré le principe de l'indivisibilité du parquet, si une cause a été communiquée au procureur de la République en première instance, elle doit l'être également au procureur général si un appel est interjeté : Com. 30 oct. 1984, D. 1985. I.R. 75, obs. F. Derrida.

48. Nouveau c. pr. civ. art. 428, al. 2.

49. G. Sutton, article préc. p. 342. *Adde*, J. Miguet, « Ministère public », *Juris-cl. pr. civ.* Fasc. 101, n° 65.

50. Nouveau c. pr. civ. art. 428, al. 2.

51. L'importance corrélative du pouvoir d'interprétation des juges peut sembler excessive. Cf. Com. 15 oct. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 337, J.C.P. 1981. IV. 4 ; Com. 11 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n° 176, J.C.P. 1982. IV. 258 ; Com. 30 mai 1983, *Bull. civ.* IV, n° 175 ; Com. 11 juill. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 213, D. 1983. I.R. 439, obs. F. Derrida.

52. Cf. pourtant : Com. 11 juill. 1953, D. 1983. I.R. 438, obs. F. Derrida ; 30 mai 1985, J.C.P. 1985. IV. 279.

53. F. Derrida, obs. sous Com. 11 juill. 1984, préc. Pourrait-on alors envisager une communication dès l'enrôlement au greffe ? En ce sens, G. Sutton, article préc. p. 344 ; J. Miguet, article préc. n° 66.

54. Com. 11 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n° 176, J.C.P. 1982. IV. 258 ; 11 juill. 1983, préc. ; *adde*, Com. 11 juill. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 213, J.C.P. 1983. IV. 308, D. 1983. I.R. 438, obs. F. Derrida.

55. H. Solus et R. Perrot, *op. cit.* n° 874.

56. Nouveau c. pr. civ. art. 429.

57. Nouveau c. pr. civ. art. 431 ; Com. 4 mai 1976, D. 1976. I.R. 231 ; 9 mai 1985, *Bull. civ.* IV, n° 145, J.C.P. 1985. IV. 253.

58. J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.* n° 528.

s'impose pas[59]. En ce qui concerne le contenu des conclusions, si en principe le ministère public ne peut pas modifier le cadre des débats, cette interdiction a dans le domaine des faillites une portée restreinte puisque la matière intéresse l'ordre public : de plus, l'évolution actuelle de la procédure se traduit par un accroissement des pouvoirs du juge, ce qui augmente indirectement les pouvoirs du ministère public.

2. Les limites du droit de communication

10. Compte tenu de l'importance de l'information du parquet, on pourrait penser que les règles de preuve sont appliquées d'une manière rigoureuse, et que de graves conséquences découlent du défaut de communication. Pourtant tel ne paraît pas être le cas en raison de nombreuses hésitations traduisant un certain laxisme.

11. La preuve de la communication est problématique. Dans certains cas, les difficultés sont la conséquence de l'absence de dispositions légales : le législateur n'ayant prévu aucune forme particulière pour la communication, il est souhaitable de conserver une trace matérielle de celle-ci afin d'éviter toute contestation ultérieure. Dans d'autres hypothèses, c'est l'imprécision des règles qui est gênante.

L'imprécision des dispositions légales suscite des interrogations, notamment sur le point de savoir si la décision doit mentionner la preuve de la communication. Mettant un terme aux divergences jurisprudentielles[60], la Chambre mixte a estimé que la preuve doit être rapportée par la mention dans le jugement de l'accomplissement de la formalité[61] ; une partie de la doctrine a précisé que le recours à des procédés de preuve extrinsèques est admis[62]. La Cour de cassation n'entend pas consacrer une pratique trop rigoureuse puisqu'elle admet que la communication puisse être prouvée par tous moyens[63] : cette imprécision favorise les divergences d'interprétation que la Haute juridiction s'est pourtant efforcée de bannir. C'est ainsi que la Chambre commerciale vient de juger que lorsqu'un arrêt énonce que la cause a été débattue en présence du représentant du ministère public entendu en ses observations, il en résulte que la cause a été communiquée à celui-ci, et que les dispositions de l'article 425 du nouveau code de procédure civile ont été respectées[64]. Une telle position, opérant un revirement jurisprudentiel[65], donne lieu à davantage d'hésitations que de certitudes. Les magistrats se ré-

59. R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Les Cours de Droit, 1981, Fasc. II, p. 334 et s. ; A. Perdriau, article préc. n° 37.

60. Civ. 2e, 11 juin 1975, *Bull. civ.* II, n° 169 ; *contra*, Civ. 1re, 3 juin 1975, *Bull. civ.* I, n° 161 ; 3 nov. 1976, *Bull. civ.* I, n° 323.

61. Ch. mixte, 21 juill. 1978, *Bull.* n° 4, *Gaz. Pal.* 1978. 2. 578, note J. Viatte, D. 1979. I.R. 292, obs. P. Julien, J.C.P. 1978. IV. 303, *Rev. trim. dr. civ.* 1979. 192, obs. R. Perrot, *Rev. sociétés*, 1979. 573, note Y. Chartier. *Adde* dans le même sens : Soc. 25 févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 83 ; Civ. 1re, 7 oct. 1980, D. 1981. I.R. 298, obs. D. Huet-Weiller, *Gaz. Pal.* 1981. 1. 497, note J. Massip ; 12 mai 1981, *Bull. civ.* I, n° 161 ; 23 juin 1982, *Bull. civ.* I, n° 235 ; 14 déc. 1983, D. 1984. I.R. 315, note D. Huet-Weiller ; Com. 23 juin 1981, *Bull. civ.* IV, n° 293 ; 30 oct. 1984, D. 1985. I.R. 75, obs. F. Derrida.

62. J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.* n° 530. *Adde* Ch. mixte, 21 juill. 1978, Com. 10 oct. 1978 et 11 oct. 1978, D. 1979. I.R. 292, obs. P. Julien.

63. Com. 10 oct. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 221 ; 24 oct. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 240 ; 12 mars 1979, *Bull. civ.* IV, n° 96 ; 23 févr. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 83.

64. Com. 1er déc. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 257, D. 1989. Somm. 8, obs. F. Derrida.

65. Cf. notamment 16 févr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 83 ; 30 oct. 1984, D. 1985. I.R. 75, obs. F. Derrida.

fèrent toujours à la présence du parquetier, mais ils ajoutent que ce dernier a été entendu en ses observations. La précision est importante car on peut se demander si la communication découle de cette audition ou de la simple présence du représentant du ministère public à l'audience, même si celui-ci n'a pas présenté d'observations orales[66]. L'hésitation est permise mais en toute hypothèse il paraît difficile d'en induire qu'il y a communication « avant » les débats[67]. Se pose alors la double question de savoir si la communication au cours des débats est suffisante, et si le rôle qui doit être celui du parquet peut être correctement rempli. Le doute est permis car même si le parquet a été entendu en ses observations, il s'agit là non pas d'une analyse réfléchie mais davantage de réactions d'audience[68]. De telles incertitudes ne peuvent que fragiliser l'action du parquet.

12. Le défaut de communication devrait avoir des conséquences importantes puisque celle-ci est d'ordre public[69]. La sanction est en principe la nullité du jugement, mais la Cour de cassation s'ingénie à l'éviter par le jeu de l'article 459 du nouveau code de procédure civile[70] et le développement d'une présomption de régularité. Cette présomption ne paraît pas conforme à l'esprit des textes actuels du droit de la faillite. Le législateur a, en effet, constamment renforcé l'action du parquet, de sorte que celui-ci doit jouer un rôle très actif dans la procédure. Or la communication de l'information est la condition essentielle de l'efficience de cette intervention. Par conséquent, il semble difficile d'admettre des procédés n'établissant pas directement cette communication afin d'éviter la nullité du jugement. En outre, la présomption jurisprudentielle de régularité n'est pas toujours réaliste car elle ne correspond pas nécessairement à la réalité et, de plus, la seule présence du parquet à l'audience ne peut suffire à une communication efficace[71]. Contestable sur le plan des principes, la position de la jurisprudence trouve sa source dans les conséquences pratiques de la cassation.

Ces conséquences ne sont guère satisfaisantes car la cassation accuse d'une manière générale un mauvais fonctionnement de la justice, obligeant les parties à subir des délais, des soucis et des frais supplémentaires pour parvenir à l'issue de leur procès. Cet inconvénient est aggravé dans le cadre du droit de communication puisque aucun plaideur n'est dans ce cas responsable de l'omission commise, et qu'il n'aurait pu l'éviter même en étant particulièrement vigilant[72]. De plus, l'affaire est la plupart du temps renvoyée devant une autre cour d'appel pour être à nouveau jugée, et les quelques

66. F. Derrida, obs. sous Com. 1er déc. 1987, préc. Cf. Soc. 17 nov. 1976, *Bull. civ.* V, n° 591, admettant que la preuve de la communication peut résulter de la simple présence du représentant du ministère public à l'audience.

67. A. Perdriau, article préc. n° 40 et n° 70.

68. F. Derrida, obs. sous Com. 1er déc. 1987, préc.

69. Ch. mixte, 21 juill. 1978, préc. Com. 24 févr. 1984, J.C.P. *éd. C.I.*, 1984. II. 13260 ; 30 oct. 1984, D. 1985. I.R. 75, obs. F. Derrida.

70. Ce n'est que s'il ne résulte, ni des pièces, ni de la procédure, ni d'un autre moyen de preuve, que la cause a été communiquée au parquet que la censure est prononcée. Si la nullité ne peut être évitée, les magistrats tenteront d'en limiter les conséquences : cf. notamment F. Derrida, obs. sous Com. 30 oct. 1984, préc. et les références. L'auteur énonce les différents moyens utilisés à cette fin : recours à la cassation sans renvoi afin de tenter de désencombrer le rôle (Com. 10 mai 1984, *Bull. civ.* IV, n° 152), renvoi devant la même cour d'appel autrement composée afin de réduire les frais d'une nouvelle instance (Com. 22 juin 1982, inédit), prise en considération éventuelle de tous les moyens du pourvoi afin d'éviter différents allers-retours (Com. 13 déc. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 350).

71. F. Derrida, obs. sous Com. 11 juill. 1983, D. 1983. I.R. 439 ; cf. également, *supra* n° 11.

72. A. Perdriau, article préc. n° 63.

exceptions à ce principe[73] ne font pas disparaître les inconvénients liés aux lenteurs de la procédure découlant de cette pratique. Mais les inconvénients les plus graves tenant au fait que le débiteur pouvait porter atteinte aux intérêts du créancier, ou que cela pouvait favoriser des manoeuvres dilatoires ont disparu avec la loi de 1985 puisque celle-ci réserve au seul ministère public le droit de se pourvoir en cassation pour défaut de communication[74]. Il reste que, même sur le plan pratique, la solution jurisprudentielle n'est pas satisfaisante. La situation est d'autant plus préoccupante qu'à ces critiques s'ajoutent celles pouvant être formulées à l'encontre de l'information révélée.

B. – *L'information révélée*

13. Les révélations sont une source importante d'information pour le parquet. Dans certains cas, cette information a une origine interne puisqu'elle peut émaner de la Chancellerie où un comité spécialisé a été mis en place[75] : mais l'absence, au sein de ce comité, d'un représentant du ministère de la Justice est critiquable dans la mesure où le parquet conserve ainsi une entière liberté par rapport aux décisions pouvant être prises ; cette faculté de résistance lui accorde un droit de veto peu compatible avec l'esprit de la réglementation. Mais la plupart du temps, l'origine de l'information est externe, et la révélation est alors directe ou indirecte : la primauté de la première (1) ne doit pas conduire à négliger la seconde qui, pour être subsidiaire, n'en est pas moins importante (2).

1. La primauté des révélations directes

14. L'information est révélée d'une manière directe au parquet par les commissaires aux comptes qui doivent informer le procureur de la République des faits délictueux dont ils ont eu connaissance au cours de l'exercice de leur mission, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation[76]. Si cette obligation est un instrument de dissuasion à l'égard des dirigeants sociaux, elle est aussi un instrument coercitif de collaboration avec le parquet[77] qui s'impose au nom de l'intérêt public[78]. Compte tenu de leur rigueur et de leur certitude, ces renseignements sont précieux. Cela conduit à regretter d'autant plus les réserves, traditionnelles ou récentes, que suscite cette collaboration.

73. Com. 10 mai 1984, *Bull. civ.* IV, n° 152, J.C.P. 1984. IV. 228. *Adde supra*, note 70 *in fine*.
74. L. 1985, art. 176.
75. Circ. min. Justice, 30 avr. 1980 ; Circ. 12 juill. 1982, compl. Circ. 24 juin 1982.
76. L. 24 juill. 1966, art. 233, al. 2 et 457 ; E. du Pontavice, « Réflexions sur la mise en jeu de la responsabilité du commissaire aux comptes à l'occasion de la liquidation des biens de la société contrôlée », *Bull. comm. comptes*, 1978. 293 ; J.-C. Boulay, « L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux », *Dr. soc.* 1980. 443 et s. ; A. Viandier, « Sur les limites de l'obligation de révélation des faits délictueux », J.C.P. *éd. C.I.*, 1982. 13682 ; Ch. Goyet, « La révélation des faits délictueux », J.C.P. 1989. I. 3370.
77. J.-C. Boulay, article préc. n° 5.
78. La régularité de l'action d'une grande entreprise participe non seulement de l'intérêt privé de ses membres ou de ses créanciers, mais aussi et surtout de l'intérêt public : D. Vidal, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, L.G.D.J. 1985, n° 22 ; *contra* : A. Viandier, article préc. n° 18.

15. Traditionnellement, l'obligation de révélation a été controversée, sa disparition ayant même été souhaitée[79]. Il est certain que l'idée de faire du commissaire aux comptes un auxiliaire du parquet est contraire à l'esprit qui doit animer une profession libérale : le rôle de délateur obligé ne saurait convenir à celui qui est membre d'une telle profession[80]. Mais les commissaires aux comptes doivent participer à l'effort d'assainissement des pratiques d'affaires, surtout que le code pénal fait obligation à tout citoyen de dénoncer certaines infractions[81]. Il apparaît que l'obligation de révélation est opportune dans son principe et raisonnable dans son application[82], même si deux difficultés subsistent.

La première est liée à l'interprétation de la notion de faits délictueux. La notion est incertaine, en particulier au regard de l'intention frauduleuse. Malgré une Recommandation semblant aller en sens contraire[83], le texte de loi paraît exclure toute recherche de cette intention. Ce texte retient, non pas la notion d'infraction, mais celle de fait qui est plus restrictive puisqu'elle ne peut concerner que l'élément matériel d'une infraction et non pas l'élément moral[84]. Or, toute interprétation extensive de cette disposition doit être rejetée puisque en matière répressive le principe de la légalité impose avec force l'interprétation stricte des lois. C'est dire que, malgré son intérêt, la position adoptée par la Recommandation ne peut être justifiée.

La deuxième difficulté concerne la circulation de l'information entre le commissariat aux comptes et le parquet. Le commissaire devrait pouvoir disposer d'une procédure simple et rapide d'intervention auprès du procureur de la République[85], mais la pratique est décevante : non seulement les parquetiers connaissent mal les situations où évoluent les commissaires aux comptes, mais de plus leurs rapports ne sont pas aussi fructueux qu'ils devraient l'être. Une riposte graduée de la part du ministère public est souhaitée, les commissaires aux comptes étant réticents à l'égard d'une obligation qui met brutalement en marche la machine judiciaire : une « mise au courant » du parquet à la place d'une révélation écrite est demandée par les commissaires aux comptes[86]. Mais cela nécessiterait une intervention législative modifiant le texte de loi. Cette modification n'étant pas intervenue, les pouvoirs publics ont rappelé que tout délit, quelle que soit sa gravité, doit être révélé[87]. Cette rigueur, contraire à une intéressante pratique lyonnaise[88]

79. A. Dalsace, « Un texte à abroger : l'avant-dernier alinéa du l'article 34 de la loi du 24 juillet 1867 », *Gaz. Pal.* 1963. 1. Doctr. 81.

80. J.-C. Boulay, article préc. n°s 2 et 6 ; *adde* Y. Guyon, « L'indépendance du commissaire aux comptes », J.C.P. 1977. I. 2831.

81. C. pén. art. 62 et 100.

82. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 5e éd. 1988, n° 383.

83. La Recommandation du Conseil national des commissaires aux comptes, 12 sept. 1985 (*adde*, Circ. min. Justice, 23 oct. 1985) consacre le caractère délibéré du fait délictueux qui paraît devoir conduire le commissaire aux comptes à se demander si l'auteur de ce fait a entendu enfreindre la loi pénale.

84. Dumortier, *Juris-cl. société, Traité*, Fasc. n° 134c, n° 121 ; D. Vidal, *op. cit.* n° 410 ; J.-C. Goyet, article préc. n° 11.

85. J.-C. Boulay, article préc. n° 8.

86. P. Truche et A. Buthurieux, « Droit pénal et comptabilité de l'entreprise », Rapport IXe Congrès de l'Association française de droit pénal, préc p. 109.

87. Circ. min. 13 févr. 1978. La procédure normale est l'envoi d'une lettre.

88. Le commissaire aux comptes saisit le parquet aux fins de constitution d'une fiche sur la société en question : s'il s'agit de délits mineurs, le parquet donne acte au commissaire et n'adresse une lettre aux dirigeants leur demandant de régulariser leur situation que si ces derniers n'ont pas tenu compte des observations du commissaire ; s'il s'agit de délits majeurs non régularisés, le parquet fait ouvrir une enquête.

partiellement consacrée[89] est sans doute conforme au droit mais critiquable sur le plan des résultats : elle peut en effet altérer une coopération qui aurait été meilleure parce que basée sur une confiance plus grande. Il serait souhaitable d'institutionnaliser une procédure orale précédant la confirmation écrite au parquet.

16. Récemment, l'évolution du droit positif, loin de favoriser ces rapports de confiance, provoque des difficultés. Une double intervention, législative et ministérielle, suscite des interrogations pouvant nuire à l'efficacité de l'action judiciaire qui nécessite une coopération étroite entre le parquet et le commissariat aux comptes.

Les textes législatifs manquent parfois de cohérence. Alors que la loi du 1er mars 1984 confère aux commissaires aux comptes un rôle plus étendu, et que celle du 25 janvier 1985 augmente les pouvoirs du parquet, leurs relations qui logiquement devraient être encore plus étroites semblent se détériorer. Auparavant, certains commissaires aux comptes estimaient, en cas d'échec du troisième degré de l'alerte, que la situation était suffisamment assimilable à un état de cessation des paiements pour légitimer une démarche au parquet : or cela ne paraît plus possible puisque cette pratique était fondée sur le délit de banqueroute simple qui a été abrogé par le législateur de 1985. Faisant référence non pas à la lettre mais à l'esprit des textes, on pourrait penser que malgré cette abrogation le commissaire aux comptes n'est pas dispensé de cette démarche. De plus, l'entreprise semble ainsi avoir un caractère partiellement fictif justifiable de la qualification d'escroquerie[90] car cela est significatif d'une rupture dans la continuité de l'exploitation : le commissaire aux comptes doit donc, sous peine de non-révélation de comptes ne présentant pas une image fidèle, en imposer au moins la rédaction en annexes[91].

Une circulaire ministérielle tendant à assouplir l'obligation de révélation est intervenue[92], le ministre de la Justice accordant ainsi son sceau à une recommandation du Conseil national des commissaires aux comptes[93]. La circulaire restreint les éléments constitutifs du délit en limitant le champ d'exercice de la révélation aux comptes sociaux et aux infractions à la loi du 24 juillet 1966 alors que traditionnellement la notion de fait délictueux s'entend de façon large pour inclure les atteintes caractérisées à la normalisation du risque social[94]. Elle confère aussi aux commissaires aux comptes le pouvoir d'apprécier le caractère significatif et délibéré du fait délictueux, ce qui est normalement de la compétence du parquet[95]. Ces évolutions récentes sont contestables puisqu'elles peuvent tarir l'une des sources d'information les plus fiables du ministère public. Le risque est d'autant plus grand que la dépénalisation de certaines infractions, notamment le défaut de déclaration de la cessation des paiements dans un bref délai[96] aboutit à une désinforma-

89. Directive aff. crim. 29 déc. 1976, *Bull. comm. comptes*, n° 24, p. 403.
90. Crim. 2 févr. 1972, *Bull. crim.* n° 41 ; Crim. 14 mars 1978, J.C.P. 1978. IV. 176 (car cela est significatif d'une rupture dans la continuité de l'exploitation).
91. J. Beaume et M. Fayen, Rapport préc. p. 231.
92. Circ. min. 23 oct. 1985.
93. Un tel accord entre une profession et un ministère est surprenant : on peut se demander si le magistrat saisi est lié par ces règles. J.-C. Goyet, article préc. n° 7.
94. M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires, 1. Les infractions*, PUF (Thémis), 2e éd. 1981, p. 412 ; J. Larguier, *Droit pénal des affaires*, Armand-Colin, Coll. U, 7e éd. 1986, p. 299.
95. C. pr. pén. art. 40 al. 1er.
96. Cette pratique est devenue un cas de faillite personnelle facultative alors pourtant qu'elle correspondrait très exactement à la finalité de la loi nouvelle : F. Derrida, note sous Crim. 12 oct. 1987, préc.

tion du parquet puisque, étant devenu un cas de faillite personnelle facultative, le commissaire aux comptes n'a plus à en faire la révélation au parquet.

2. La subsidiarité des révélations indirectes

17. L'information est révélée d'une manière indirecte dans le cadre d'une procédure pénale[97]. Le procureur de la République peut obtenir de précieux renseignements dans le cadre de sa mission de défense des intérêts de la société[98]. Malgré le mouvement de dépénalisation, de nombreuses infractions permettant une information économique du parquet subsistent[99]. Ces procédures pénales sont riches de renseignements économiques, mais encore faut-il que les magistrats soient en mesure de les déceler. C'est pourquoi ces informations doivent être analysées « d'une manière dynamique au regard d'une conception riche de l'ordre public »[100]. Le parquet doit adopter une attitude particulière qui peut être envisagée à un double point de vue.

Toute démarche attentiste et passive du représentant du ministère public doit être rejetée. La règle est d'ailleurs conforme à sa mission traditionnelle de recherche des infractions[101]. Il convient aussi de recourir à une appréhension commercialiste de l'acte infractionnel complétant l'aspect strictement pénal. Au-delà du fait qui s'analyse comme l'attitude du citoyen transgressant les interdits du législateur[102], l'infraction doit être aussi envisagée par rapport à l'entreprise : tantôt elle est le premier signe d'une situation financière difficile, et l'attention du parquetier doit être attirée par ces symptômes révélant une situation économique délicate[103] ; tantôt elle est le point de départ d'une série de difficultés futures qu'il importe de prévoir, de surveiller et même d'anticiper[104]. Cette double lecture, pénaliste et commercialiste, de l'acte infractionnel est une nécessité : l'action du parquet ne peut être efficace que si elle est opportune et adaptée à la réalité socio-économique.

Le rôle nouveau du parquet induit une conception unitaire de la notion d'ordre public. La difficulté réside dans le fait que la détermination de cette notion est délicate. Si d'une manière générale il y a identification entre les règles d'ordre public et les règles d'intérêt supérieur, une telle vision des

97. En dehors de toute procédure pénale, la loi impose à tout fonctionnaire de donner sans délai avis au procureur de la République des crimes et délits dont il a connaissance (c. pr. pén. art. 40, al. 2). De plus, les administrations, surtout les administrations fiscales, douanières et de la concurrence, peuvent être une source d'informations économiques. De même de précieux renseignements peuvent être obtenus au greffe du tribunal de commerce (comptes annuels, protêts, nantissements...).

98. Avant l'ouverture de l'instruction, il constate les infractions (c. pr. pén. art. 14, 17 et 39, al. 1er), reçoit les plaintes et dénonciations tout en appréciant la suite à donner (c. pr. pén. art. 40, al. 1er). Au cours de l'instruction, il peut demander à tout instant communication de la procédure à charge de la restituer dans les 24 heures (c. pr. pén. art. 82, al. 2), assister aux interrogatoires de l'inculpé et aux auditions de la partie civile (c. pr. pén. art. 119).

99. Il s'agit la plupart du temps d'infractions commises dans le cadre de la vie d'une entreprise, en droit des sociétés, droit fiscal, douanier, de consommation, de la concurrence, de l'environnement, social... Il peut s'agir aussi d'infractions de droit commun, notamment celles sur la législation du chèque, l'escroquerie, l'abus de confiance, les faux... etc.

100. J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 227.

101. C. pr. pén. art. 41.

102. J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.* n° 236.

103. Ces infractions sont notamment celles consécutives à l'émission de chèques sans provision, la falsification d'une date d'échéance de traite, le défaut de paiement régulier d'un salaire, le défaut de réunion d'une A.G. dans les délais.

104. D'importants abus de biens sociaux peuvent entraîner la défaillance d'une trésorerie ; l'ampleur des pénalités fiscales ou douanières à la suite de fraudes peuvent causer un déséquilibre durable ; tel investissement antipollution imposé par le service des Mines sous peine de sanctions pénales peut mettre en péril l'avenir de l'exploitation : J. Beaume et Fayen, Rapport préc. p. 227.

choses est trop réductrice, surtout en droit des affaires. Dans ces hypothèses, certains intérêts particuliers en apparence peuvent être d'ordre public en réalité, de sorte qu'à côté d'un ordre public principal, soucieux de protéger les intérêts généraux essentiels, existe un ordre public subséquent dont la fonction est de protéger des intérêts *a priori* moins généraux mais tout aussi essentiels. Le représentant du ministère public doit donc synthétiser cette diversité afin d'intervenir opportunément : c'est dire la difficulté du rôle de ce magistrat qui a donc tout intérêt à se référer à la fonction même de l'ordre public car celle-ci apparaît comme étant le seul élément unitaire de la notion. Il est bien certain que la réussite de l'action entreprise impose que le traitement pénal d'une infraction économique soit considéré comme une composante d'un ordre public plus général.

19. En définitive, cette démarche nouvelle du parquet autorise, en pleine connaissance de l'entière complexité de la situation, un traitement « alternatif » ou « cumulatif » de la procédure : poursuite pénale « et/ou » suivi strictement commercial[105]. Est-ce à dire que les parquetiers sont par là même les artisans d'un droit pénal économique en formation, voire l'élément pénal d'un droit économique ? L'hésitation est permise compte tenu de l'importance de l'aspect économique dans le processus de prise de décision[106]. Mais l'ensemble de ces mesures s'inscrit dans un cadre légal plus général dont la finalité est de sauver l'entreprise : la décision conserve donc son caractère juridique car le phénomène juridique est unitaire même si des mesures ne correspondant pas à une technique juridique préétablie sont prises[107]. Mais au-delà de la permanence du juridique, les magistrats doivent s'adapter à une réalité nouvelle, particulièrement mouvante, qui impose des réactions et des attitudes spécifiques. Dans le monde des affaires l'opposition classique entre la procédure commerciale, où ne sont en cause que des intérêts privés, et la procédure pénale, mettant en jeu des intérêts plus généraux, paraît connaître une exception : tous ces intérêts semblent intimement liés et le parquetier doit agir en conséquence car toute intervention partielle de sa part serait vouée à l'échec. Cette adaptation du rôle des magistrats au monde des affaires doit être approuvée, même si la pratique peut apparaître à certains égards décevante car l'efficacité *a posteriori* des moyens du parquet n'est pas toujours celle que le législateur avait sans doute imaginée.

II. – L'EFFICACITE *A POSTERIORI* DES MOYENS

20. Les magistrats du ministère public doivent être en mesure d'exploiter véritablement les renseignements dont ils disposent. Conscient de cette nécessité, et en liaison avec la prise en compte de l'intérêt général dans le redressement de l'entreprise en difficulté, le législateur a considérablement accru les pouvoirs du parquet. Cette évolution pose le problème de l'efficacité *a posteriori* des moyens du parquet car il faut ici distinguer l'apparence et la réalité. Si l'importance théorique des pouvoirs du représentant du ministère public est incontestable, la mise en oeuvre de ces attributions mérite à cer-

105. J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 228.
106. A. Vitu, « La définition et le contenu du droit pénal économique » *in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes J. Hamel*, Dalloz, 1961, p. 71 et s. spéc. p. 74.
107. F. Derrida, P. Gode et J.-P. Sortais, *op. cit.* n° 9.

tains égards un jugement plus nuancé, qu'il s'agisse de son pouvoir d'action (A) ou de son pouvoir de contrôle (B).

A. – *Le pouvoir d'action*

21. Les actions pouvant être menées par le parquet sont diverses. Cet accroissement des pouvoirs du ministère public est réel mais la question de leur efficience se pose sur le plan de son action sanctionnatrice qui est maintenue (1) et sur celui de son action économique dont le développement est remarquable (2).

1. Le maintien de l'action sanctionnatrice

22. L'action sanctionnatrice du parquet est importante car la découverte du monde économique et de ses impératifs ne l'a pas détourné de sa mission classique : celle-ci demeure actuelle malgré le mouvement de dépénalisation. Il peut donc saisir le tribunal aux fins de prononcé de sanctions civiles ou pénales[108]. Mais ce rôle sanctionnateur a été compliqué par le législateur de 1985 et deux difficultés apparaissent.

23. La première concerne les sanctions non pénales. Le parquet peut faire prononcer des sanctions personnelles, pécuniaires ou des déchéances[109], mais l'on peut craindre que les magistrats ne puissent plus procéder valablement à des enquêtes, conformément au code de procédure pénale, sur des faits n'étant plus pénalement réprimés[110]. On peut aussi penser que le représentant du ministère public ne doit plus intervenir pour assurer une défense exclusive des créanciers : d'une part, ils disposent d'un défenseur naturel désigné par le tribunal[111] ; d'autre part, leur protection est secondaire dans les nouveaux textes, davantage préoccupés de défendre une certaine idée de l'intérêt général.

24. La deuxième difficulté, beaucoup plus grave, est relative aux sanctions pénales. Celles-ci donnent lieu à des inquiétudes parce que, outre une distorsion critiquable avec la finalité de la loi nouvelle[112], des incertitudes liées aux modifications apportées au délit de banqueroute[113] apparaissent. Désor-

108. Le parquet peut intervenir dans le cadre d'une action en comblement du passif, ou de l'action visant au prononcé personnel d'une mesure de redressement ou de liquidation à l'encontre de certains dirigeants (L. 1985, art. 183). Il peut déclencher l'application de la faillite personnelle et autres mesures d'interdiction à l'encontre du débiteur et des dirigeants (L. 1985, art. 191). Il peut saisir la juridiction pénale en cas d'infractions pénales (L. 1985, art. 211).

109. L. 1985, art. 178 et s.

110. Par exemple, non-déclaration de la cessation des paiements, paiement d'un créancier au préjudice d'un autre, etc. Sur ces craintes, cf. notamment J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 236.

111. L. 1985, art. 10, al. 1er (procédure principale) ; art. 139, al. 1er (procédure simplifiée).

112. La plupart des incriminations pénales sont destinées à protéger l'intérêt privé des créanciers alors que ce souci est secondaire dans la loi nouvelle plus soucieuse de prendre en compte l'intérêt général de l'entreprise par le sauvetage de l'unité économique et la sauvegarde des emplois : F. Derrida, « Droit pénal et difficulté des entreprises », Rapport IXe Congrès de l'Association française de droit pénal, préc. n° 6.

113. L. 1985, art. 197. J.-P. Langlade, « La réforme de la banqueroute par la loi du 21 janvier 1985 », J.C.P. *éd. E.*, I. 15710 ; A. Honorat et R. Bernardini, « Banqueroute et autres infractions », *Juris-cl. com.* Fasc. 1935, n° 6 ; G. Roujou de Boubée, « Les sanctions pénales », *Ann. Faculté de droit de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 289 et s. ; J.-P. Sortais, « Les sanctions », *in* « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *Rev. trim. dr. com.* n° spécial, 1987, t. 2, p. 169 et s. ; « Les particularités procédurales en matière de sanctions », *in Les questions procédurales de la législation de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entre-*

mais, l'incrimination est subordonnée à l'ouverture de la procédure. Cette disposition a provoqué de vives discussions, notamment sur le plan du droit transitoire[114] : la Chambre criminelle a mis un terme à ces hésitations en décidant que la procédure de redressement judiciaire est une condition préalable à la mise en mouvement de l'action publique[115] ; au-delà des solutions retenues, l'ampleur de la controverse traduit cependant un certain malaise juridique, d'autant plus que la notion même de condition préalable est incertaine[116]. Mais si ces difficultés sont passagères parce que liées aux affaires en suspens, d'autres, durables, découlent de la position de la Chambre criminelle. Saisis de cette difficulté dans le cadre du droit transitoire, les hauts magistrats ont été guidés par le souci légitime d'éviter une faille dans la répression : or, par une sorte d'effet pervers, cette même solution aboutit à consacrer une nouvelle faille à cet égard puisque le parquet doit attendre l'ouverture de la procédure même s'il a connaissance de faits précis caractérisant les éléments du délit de banqueroute[117]. Cette attente, souvent longue, peut permettre aux délinquants de faire disparaître des éléments de l'infraction, ce qui risque de rendre vaines la poursuite et la répression[118]. D'une manière implicite, ces derniers sont avisés des risques qu'ils courent, et encouragés à assurer leur « protection ». La situation est paradoxale : alors que le législateur limite, mais pour mieux l'assurer, la répression à ceux qui, par sélection des cas de l'ancienne banqueroute, apparaissent comme les plus rebelles à l'ordre public, cette même répression serait entravée par une disposition que ce même législateur vient de consacrer.

L'esprit du texte, tout comme l'idée de dépénalisation, commandent une répression sans faille pour les cas plus graves. Certes, le parquet peut toujours poursuivre sur le fondement d'un autre texte[119], mais cette solution, utilisée dans la pratique, ne peut être qu'un pis-aller. En premier lieu, elle est gênante sur le plan des principes car empreinte d'hypocrisie. En second lieu, elle risque d'entraîner une disparition de fait de l'incrimination de banqueroute : si cette évolution paraît logique compte tenu de la finalité actuelle de la faillite, au moins pour le premier cas de banqueroute qui est destiné à protéger les créanciers[120], elle est en totale contradiction avec cette finalité, notamment pour le deuxième cas de banqueroute[121] car alors l'atteinte aux intérêts généraux de l'entreprise est évidente. Il est vrai qu'en raison de l'obligation qui pèse sur lui de rechercher les infractions, le parquet peut déclencher les poursuites même si tous les éléments de l'infraction ne sont pas réunis dès lors que l'ordre public est intéressé[122] : cette disposition générale

prises, Colloque Sophia-Antipolis, 28 oct. 1987, C.R.A.J.E.F.E., *Actes* du colloque, p. 95 et s. ; F. Derrida, rapport préc. p. 9 et s ; B. Bouloc, « La réforme de la banqueroute », *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 65 et s.

114. F. Derrida, rapport préc. n° 5 et les réf.

115. Crim. 10 mars 1986, D. 1986. 182, note F. Derrida.

116. J.-P. Doucet, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972. 2. Doctr. 726 et s.

117. J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 223 ; F. Derrida, note sous Crim. 12 oct. 1987, D. 1988. 37 et s. spéc. n° 4.

118. F. Derrida, note préc. p. 39.

119. Notamment faux et usage de faux, abus de biens sociaux, escroqueries, etc.

120. L. 1985, art. 197-1 incrimine le fait d'avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.

121. L. 1985, art. 197-2 vise le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur.

122. M. Rolland, « Le ministère public en droit français », J.C.P. 1956. I. 1281, spéc. n° 9.

pourrait s'appliquer en matière de banqueroute, mais des difficultés surgiraient si l'utilisation des moyens coercitifs du code s'impose[123].

Pourrait-on alors substituer une lecture pénaliste de la condition de l'article 197 à l'analyse commercialiste actuellement consacrée ? Conformément à son sens commun, l'ouverture de la procédure pourrait être envisagée comme l'action d'ouvrir : par conséquent, la simple saisine du tribunal par le parquet suffirait pour que la condition légale soit remplie. Cette autonomie retrouvée du droit pénal risque d'être critiquée dans la mesure où elle semble restaurer la faillite virtuelle que le législateur de 1985 a expressément abandonnée. L'objection est sérieuse mais trois arguments peuvent être invoqués. D'abord, il ne s'agit pas vraiment d'une restauration de la faillite virtuelle puisque, si la poursuite est possible, la condamnation pour banqueroute ne pourrait intervenir que si la procédure a été finalement ouverte par le tribunal suite à la demande du parquet. Ensuite, le principe de l'autonomie du droit pénal semble devoir être maintenu tant il est vrai qu'il est une réalité incontestable malgré certaines tendances à des reculs dont on a pu remarquer qu'ils ne pouvaient être que passagers et temporaires[124] : l'abandon législatif du principe ne peut être approuvé car cela accroît le caractère sanctionnateur du droit pénal au détriment du caractère normatif que pourtant le législateur a voulu favoriser grâce notamment à l'idée de dépénalisation[125]. Enfin, si le législateur de 1985 a limité l'autonomie du droit pénal, c'est parce qu'il a estimé que grâce aux nouveaux pouvoirs des parquetiers, qui peuvent notamment demander l'ouverture de la procédure et faire appel du jugement rejetant éventuellement leur demande[126], le risque d'une paralysie du ministère public et de l'impunité du délinquant n'existe plus[127]. Pourtant force est de constater qu'un tel risque subsiste dès lors que le parquet ne peut pas engager les poursuites sans attendre la décision du tribunal.

2. Le développement de l'action économique

25. L'action économique du parquet est très importante, et ses pouvoirs d'action considérables. Parachevant l'évolution législative, le législateur de 1985 a précisé, diversifié et accru les attributions du parquet. Celui-ci est présent à tous les stades de la procédure.

26. A l'ouverture de la procédure, les pouvoirs du parquet sont importants. Outre ses interventions aux fins d'ouverture de la procédure dans des cas particuliers[128], le législateur a prévu une intervention générale qui peut susciter une double difficulté.

123. J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 234.

124. F. Alt-Maes, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain », cette *Revue*, 1988.347 et s.

125. Cf. *supra* n° 3 *in fine* ; *adde* M.-L. Rassat, *op. cit.* n° 74 : l'intérêt pratique est considérable car si le droit pénal est envisagé comme sanctionnateur, il ne peut appliquer de sanction à une situation issue d'une autre branche du droit qu'autant que toutes les règles de celle-ci ont été respectées, et par exemple la condamnation de banqueroute n'interviendra que si les conditions du droit commercial pour la constatation de la faillite sont remplies ; en revanche, si le droit pénal est considéré comme normatif, il est libre de la détermination de ses qualifications et peut condamner pour banqueroute même une personne qui n'est pas en faillite au sens commercial du terme.

126. L. 1985, art. 4, al. 2.

127. F. Derrida, rapport préc. n° 4.

128. Le procureur de la République peut saisir le tribunal lorsqu'un commerçant, un artisan ou un agriculteur est décédé en état de cessation des paiements, ou encore au cas de radiation du registre du commerce et des sociétés, de cessation de l'activité s'il s'agit d'un artisan, de publication de l'achèvement de la publication s'il s'agit d'une personne morale non soumise à immatriculation

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

Le parquet peut saisir le tribunal dans les cas où une procédure de redressement judiciaire peut être ouverte. A cet égard, une triple précision doit être faite. D'abord, il peut saisir le tribunal afin d'obtenir une déclaration de redressement ou de liquidation[129] : ce pouvoir sera utilisé parcimonieusement car il importe que le parquet n'intervienne pas sous la pression de certaines administrations qui, devant agir à l'encontre du débiteur, pourraient hésiter à le faire[130]. Ensuite, le ministère public peut demander l'ouverture de la procédure au cas d'inexécution des engagements financiers conclus dans le règlement amiable[131] : l'échec du règlement amiable étant significatif d'une dégradation future de la situation financière de l'entreprise, l'intervention du parquet est justifiée puisqu'il a en charge la défense de l'ordre public économique ; cette intervention peut cependant être délicate dans la mesure où la notion d'engagements financiers est incertaine[132]. Enfin, le parquet peut agir dans le cadre du plan de continuation ou de cession de l'entreprise pour demander la résolution[133] ou agir à l'encontre du locataire-gérant qui ne respecte pas ses obligations[134] pour demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Il est significatif d'observer que, pris dans un véritable tourbillon interventionniste, les tribunaux admettent l'intervention du parquet même dans des hypothèses non prévues par le législateur : ainsi les juges se sont prononcés pour la recevabilité de la requête du procureur de la République tendant à prononcer la résolution du plan de cession adopté par le tribunal alors que ce plan n'était assorti d'aucune location-gérance ; tout en reconnaissant que cette faculté n'est pas expressément prévue par les textes, le tribunal justifie sa décision par le fait qu'il ne serait d'aucune utilité que l'information du plan soit donnée au parquet s'il ne pouvait prendre l'initiative d'une telle action au vu des éléments qui lui sont fournis[135]. Le raisonnement est condamnable car, tout en étant contraire aux textes, il accentue le mouvement interventionniste du parquet qui est déjà trop important.

Si les intérêts en présence le justifient, le ministère public peut saisir la cour d'appel d'une requête tendant à faire renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature compétente dans le ressort de la cour[136]. Cette disposition « assez obscure signifie que, lorsque dans le ressort de la même cour d'appel il existe plusieurs tribunaux à compétence élargie et spécialisée, la cour peut dessaisir une juridiction au profit d'une autre »[137] : la solution juridique découle de considération d'opportunité économique, mais aussi politique et sociale. L'intervention du parquet n'est pas exclusive puisque la cour d'appel peut également être saisie par le président du tribunal norma-

(L. 1985, art. 16, al. 2, art. 17). Il intervient aussi, non seulement dans l'hypothèse du dirigeant qui n'exécute pas le jugement intervenu dans le cadre de l'action en comblement du passif (L. 1985, art. 183), mais aussi dans celle d'une procédure à l'encontre d'une entreprise d'assurance après avis conforme du ministre chargé de l'Economie (L. 1985, art. 221-4°).

129. L. 1985, art. 4 al. 2. La procédure de saisine est prévue par Décr. 1985, art. 9.

130. J. Argenson et G. Toujas, par B. Soinne, *op. cit.*, n° 313 ; rapp. Thyraud, *op. cit.* n° 332.

131. L. 1985, art. 5.

132. Y. Chaput, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986, n° 189. *Adde* A. Perdriau, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite », J.C.P. 1989. I. 3288, spéc. n° 239.

133. Le parquet peut saisir le tribunal aux fins de résolution du plan et d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire qui ne peut tendre qu'à la cession ou à la liquidation des biens si le débiteur n'exécute pas ses engagements financiers dans les délais fixés par le plan : L. 1985, art. 80, al. 2.

134. L. 1985, art. 98, al. 1er.

135. Trib. com. Paris, 30 juill. 1987, *Gaz. Pal.* 1987. 2. 684 et s. note J. de Guillenchmidt et J.-P. Marchi.

136. L. 1985, art. 7, al. 3.

137. M. Vasseur, *Droit des affaires*, t. 2, *op. cit.* p. 177 et s.

lement compétent : cela est surprenant car le droit judiciaire privé ne semble pas offrir d'autres exemples d'une telle manière de procéder et on peut se demander si le juge est dans ce cas partie au lien juridique d'instance[138].

27. Pendant le déroulement de la procédure, le parquet est omniprésent. La solution est logique puisqu'il doit en surveiller le bon déroulement : il dispose ainsi, tantôt d'une compétence concurrente[139], tantôt d'une compétence exclusive[140]. Cependant des hésitations apparaissent.

C'est le cas pour la saisine de la cour d'appel par le parquet d'une requête tendant à faire renvoyer, en cours de procédure, l'affaire devant une autre juridiction. Un arrêt a précisé que, malgré les apparences[141], l'article 7 alinéa 3 de la loi de 1985 ne concerne pas uniquement la phase initiale de la procédure car il peut aussi être invoqué pendant le déroulement de celle-ci[142]. Le dessaisissement en cours de procédure d'une juridiction normalement compétente, ayant régulièrement prononcé le jugement de redressement judiciaire, est difficilement acceptable[143]. Cela est d'autant plus contestable que le parquet peut faire appel même s'il n'a pas été partie principale, et la Cour statuera alors sur cette question. Il est vrai qu'en l'espèce le parquet n'avait pas fait appel, mais l'iniquité des solutions qui pouvait en résulter ne saurait justifier un recours à l'article 7 alinéa 3 de la loi qui « n'est pas destiné à pallier les vices de procédure, et encore moins les lacunes nées d'une réglementation trop tatillonne, procédant par voie d'énumération plutôt qu'en posant des solutions générales »[144].

La poursuite d'activité donne lieu à des interprétations jurisprudentielles qui ne peuvent être approuvées. C'est ainsi que dans une affaire où une procédure simplifiée a été substituée à une procédure principale, les juges, à la requête du procureur demandant une prolongation exceptionnelle d'activité, ont accordé un délai de six mois[145] alors qu'à l'époque des faits l'autorisation ne pouvait excéder trois mois[146]. La décision des magistrats est contraire à l'article 143 de la loi de 1985 puisque, outre un défaut de motivation, elle accorde un délai supérieur à celui prévu par le texte, les magistrats faisant comme s'il s'agissait en l'espèce d'une procédure principale[147]. La situation est d'autant plus intolérable que, si le parquet peut faire appel[148], il est le

138. F. Derrida, P. Gode et J.-P. Sortais, *op. cit.* n° 55.

139. Le parquet peut demander la substitution de la procédure principale à la procédure simplifiée s'il estime que cela peut favoriser le redressement de l'entreprise (L. 1985, art. 138), la première prorogation de la période d'observation (L. 1985, art. 8, al. 2), ainsi que celle de la période d'enquête (L. 1985, art. 140), ou de la poursuite d'exploitation (L. 1985, art. 143) en cas de procédure simplifiée. Il peut aussi demander le report de la date de cessation des paiements (L. 1985, art. 9, al. 2), la cessation totale ou partielle de l'activité ou la liquidation judiciaire (L. 1985, art. 36, al. 1er ; cf. L. 1985, art. 146 pour la procédure simplifiée), la résiliation du contrat de location-gérance et la résolution du plan de cession (L. 1985, art. 95, al. 2).

140. Le parquet intervient pour la seconde prorogation de la période d'observation (L. 1985, art. 8, al. 2) et pour la conclusion d'un contrat de location-gérance pendant la période d'observation (L. 1985, art. 42).

141. Le texte figure dans le chapitre 1, section 1 de la loi concernant l'ouverture de la procédure.

142. Douai, 31 mars 1988, *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 1988, p. 21, note B. Soinne, D. 1989. Somm. 7, obs. F. Derrida.

143. F. Derrida, obs. préc. n° 2 ; *contra* : B. Soinne, note préc. p. 21.

144. F. Derrida, *ibid.*

145. Trib. com. Paimpol, 1er déc. 1986, D. 1989. Somm. 9, obs. F. Derrida ; Rennes, 21 mai 1986, D. 1987. Somm. 10, obs. F. Derrida.

146. 2 mois plus 1 except : L. 1985, art. 143, al. 1er. Ces durées ont été par la suite doublées (Décr. n° 88-430 du 21 avr. 1988, mod. art. 143 L. 1985).

147. Seules les dispositions de la procédure simplifiée étaient applicables puisque celle-ci avait été au préalable substituée à la procédure principale.

148. L. 1985, art. 174, al. 1er-2.

seul à pouvoir le faire : or c'est à la demande de celui-ci et conformément à cette demande que l'autorisation a été accordée ; l'appel du ministère public est donc irrecevable faute d'intérêt[149] et « la boucle est bouclée, ou ... de la manière de bafouer la loi en toute impunité »[150]. Sans doute faudrait-il revenir à une plus grande sagesse car l'importance de l'intervention du parquet est excessive, d'autant plus qu'à tous ces pouvoirs d'action s'ajoutent des pouvoirs de contrôle importants.

B. – *Le pouvoir de contrôle*

28. La question du pouvoir de contrôle du parquet est délicate car il s'agit de concilier des impératifs pouvant être contradictoires : le respect des principes juridiques et la recherche de l'efficacité. Même si le législateur s'est incontestablement engagé dans cette voie, les solutions consacrées ne peuvent être approuvées totalement car même si dans la logique des textes nouveaux un contrôle minimum est nécessaire (1), tout contrôle excessif paraît inadéquat (2).

1. La nécessité d'un contrôle minimum

29. La nécessité d'un contrôle minimum exercé par le ministère public ne peut être mise en doute. Un tel contrôle apparaît comme le corollaire de la mission dont il est investi et la garantie d'une bonne justice, que le parquet intervienne comme partie principale ou comme partie jointe.

30. Le ministère public, partie principale, a des pouvoirs de contrôle divers. Les uns sont exercés directement par les parquetiers qui interviennent pour contrôler les organes de la procédure. Les autres, pourtant exercés indirectement, sont considérables puisqu'ils permettent au parquet d'opérer un contrôle sur les décisions rendues en suscitant l'intervention de la juridiction supérieure.

Le contrôle des organes de la procédure est une activité non négligeable, qu'il s'agisse des nominations[151] ou des modifications[152] : une telle intervention peut résoudre ou prévenir des difficultés rencontrées dans une procédure caractérisée par une certaine suspicion à l'égard du représentant des créanciers[153] ; les relations psychologiques entre les différents acteurs de la procédure revêtent une grande importance, et un simple changement d'homme suffit parfois à résoudre certains conflits[154]. La nature de la décision est importante car il est question, non pas d'une révocation comme sous

149. Nouveau c. pr. civ. art. 546, al. 1er.

150. F. Derrida, obs. préc. *in fine*.

151. Le procureur peut demander la nomination d'un mandataire *ad hoc* à défaut de paiement du prix de cession (L. 1985, art. 90). Il peut demander au tribunal de désigner un liquidateur autre que le représentant des créanciers (L. 1985, art. 148).

152. Le procureur peut introduire directement auprès de la juridiction une demande de remplacement des organes (L. 1985, art. 12, al. 1er) : cette possibilité existait antérieurement mais le parquet devait introduire cette demande auprès du juge commissaire qui la transmettait ensuite au tribunal (L. 1967, art. 9, mod. art. 4 L. 1981) ; il s'agit donc d'un accroissement des pouvoirs du parquet réalisé par la loi de 1985. Le procureur peut demander le remplacement du commissaire à l'exécution du plan (L. 1985, art. 67, al. 1er), du liquidateur (L. 1985, art. 148, al. 1er) et des dirigeants lors de l'adoption du plan de redressement si la survie de l'entreprise le requiert (L. 1985, art. 23, al. 1er). Il peut demander au tribunal de prononcer l'incessibilité des droits sociaux de ces derniers, ou même leur cession (L. 1985, art. 23, al. 2).

153. J. Argenson et G. Toujas, par B. Soinne, *op. cit.* n° 309.

154. B. Soinne, chron. préc. p. 13.

l'empire du droit antérieur[155] mais d'un éventuel remplacement : c'est dire que la décision est fondée, non pas sur l'existence d'une faute, mais uniquement sur des impératifs d'opportunité ; dans cette logique, aucune motivation ne paraît nécessaire ni même souhaitable. Il s'agit là d'une manifestation du pouvoir de contrôle général reconnu au parquet sur le déroulement de la procédure, et sur la solution des difficultés rencontrées à cette occasion. Il semblerait donc que le ministère public doive exercer également un contrôle sur les professionnels, administrateurs, mandataires liquidateurs ou experts en diagnostic d'entreprise, tout en veillant à l'application des décisions des commissions d'inscription qui sont aussi chargées de la discipline[156].

Le contrôle des décisions rendues dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire est une activité importante du parquet. Le législateur de 1985 a prévu de très nombreuses possibilités d'appel[157] qui montrent bien que le ministère public est désormais un « acteur vigilant »[158] de la procédure. De plus, il est parfois le seul à pouvoir agir en ce sens, notamment pour les jugements statuant sur la durée de la période d'observation, la poursuite ou la cessation de l'activité, ou l'autorisation de la location-gérance[159].

31. Le ministère public, partie jointe, peut intervenir dans les cas où il aurait pu le faire s'il avait été partie principale[160]. Dans certaines hypothèses, il est même le seul à pouvoir exercer une voie de recours : il en est ainsi du pourvoi en cassation pour défaut de communication[161].

Cette dernière disposition doit être envisagée restrictivement car elle réserve un moyen de cassation propre au parquet. Elle ne peut donc être interprétée comme ouvrant à son profit la voie de la cassation dans les hypothèses où elle-ci a été expressément exclue. Comme les parties, il sera privé du recours en cassation s'il n'a pas eu communication des causes visées aux articles 173 et 174 de la loi[162]. Il n'en irait autrement que si la communication était considérée comme une condition de validité de l'arrêt dont la violation entraînerait annulation de la décision : dans ce cas le pourvoi serait utilisé pour sanctionner cette violation[163]. D'une manière plus générale, il est normal d'interpréter restrictivement les dispositions permettant de contester une décision : non seulement cela est une dérogation au principe général de limitation des voies de recours, mais de plus la rapidité de la solution est essentielle ; ces restrictions s'imposent d'autant plus que la plupart du temps les décisions sont prises en considération de l'opportunité, et l'intervention de la Cour de cassation paraît donc inutile.

155. L. 1967, art. 9, al. 3.
156. Rapport Gouzes, *op. cit.* n° 1872.
157. Le parquet peut interjeter appel des jugements relatifs à la nomination, le remplacement de l'administrateur, du représentant des créanciers, du liquidateur et des contrôleurs (L. 1985, art. 174, al. 1er). Il peut aussi agir en ce sens contre les décisions statuant sur la liquidation judiciaire arrêtant ou rejetant le plan de continuation de l'entreprise (L. 1985, art. 171-2°), celles modifiant le plan de continuation de l'entreprise (L. 1985, art. 171-3°) et celles arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de cession de l'entreprise (L. 1985, art. 174, cf. Aix, 2 juin 1988 et Amiens 9 févr. 1989, D. 1990, Som. p. 3, obs. F. Derrida).
158. F. Derrida, préface ouvrage Y. Chassagnon, « L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté », *Techn. doc. Lavoisier*, 1986.
159. L. 1985, art. 174, al. 1er-2°.
160. L. 1985, art. 171, art. 174.
161. L. 1985, art. 176.
162. F. Derrida, P. Gode et J.-P. Sortais, *op. cit.* n° 224. A l'inverse d'une instance d'appel où toute partie pourra se prévaloir de moyen tiré du défaut de communication.
163. F. Derrida, P. Gode et J.-P. Sortais, *op. cit.* n° 224.

2. L'inadéquation d'un contrôle excessif

32. L'octroi au parquet d'une situation préférentielle, lui permettant d'exercer les voies de recours contre une décision, même s'il n'a pas été partie principale[164], est une règle critiquable. En conférant ainsi au parquet un véritable « privilège de procédure »[165], et même si cela paraît utile notamment en matière de jugement arrêtant ou rejetant le plan de cession de l'entreprise[166], le législateur est certainement allé trop loin. Dans cette hypothèse, le droit d'appel du ministère public est excessif et les justifications théoriques ou pratiques qui sont avancées ne semblent pas devoir être retenues.

33. Les justifications théoriques sont incertaines même si cette possibilité légale, justifiée par le fait « qu'il n'est jamais trop tard pour réparer une erreur »[167], a été jugée conforme à la Constitution[168].

Cette disposition n'est pas en harmonie avec le droit commun puisque, en règle générale, l'appel et le pourvoi en cassation sont réservés aux parties[169]. Dès lors si le ministère public est partie principale, il peut agir en ce sens puisqu'il est dans la même situation qu'un plaideur ordinaire. En revanche, s'il est partie jointe, il ne devrait pas pouvoir former appel puisqu'il n'est pas partie au procès[170]. Sans doute la notion de partie est-elle incertaine[171], mais la solution est incontestable puisque le terme de partie dans « partie jointe » est inapproprié car le parquet n'intervient que pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication[172]. Le fait qu'il donne son avis ne lui confère nullement la qualité de partie : c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la loi précise que la voie de l'appel lui est ouverte « même » s'il n'a pas agi comme partie principale ; s'il était réellement partie, la précision serait inutile puisqu'il pourrait alors appeler de la décision conformément au droit commun[173]. De plus, il ne semble pas possible de légitimer cette nouvelle dérogation[174] au principe d'interdiction de l'article 546 du nouveau code de procédure civile par l'ambiguïté de la situation découlant de la position de la jurisprudence. Celle-ci estime, en effet,

164. L. 1985, art. 174. De plus, le droit d'appel du parquet peut être fondé sur tout moyen de droit ou d'opportunité : cf. A. Pirovano, « La contestation du plan de cession de l'entreprise », D. 1988, chron. p. 279 et s., spéc. n° 33.

165. G. Bolard, « Les voies de recours », *in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, préc. n° 50.

166. F. Derrida, « La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises », D. 1989. chron. 77 et s. spéc. note 70.

167. Y. Guyon, *op. cit.* p. 195.

168. Cons. constit. décis. n° 84-182 du 18 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, législ. p. 127, D. 1986. 425, note Th. Renoux.

169. Nouveau c. pr. civ. art. 546 et 547.

170. J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.* n° 884-1 et les réf.

171. F. Derrida et P. Julien, note sous Com. 22 mars 1988, D. 1988. 375 et s. spéc. n° 2 ; F. Derrida, note sous Versailles, 14 janv. 1987, D. 1987. 249, n° 8 et les réf. ; chron. préc. n° 6 et les réf. ; *adde* Ch. Larher-Loyer, « Les parties à l'instance », *Juris-cl. pr. civ.* Fasc. 105, n° 5.

172. J. Miguet, *Juris-cl. pr. civ.* Fasc. 110, note 3.

173. F. Derrida, chron. préc. n° 14 *bis*.

174. Cf. nouveau c. pr. civ. art. 1054 al. 2 pour le contentieux des actes de l'état civil. M. le professeur Derrida (chron. préc. n° 14) fait observer que l'on peut se demander si c'est seulement sur ce point que la loi de 1985 a ainsi dérogé au droit commun de l'appel. « Même si en raison du rôle qu'il joue dans les procédures de redressement judiciaire il n'a pas à justifier d'un intérêt propre, le ministère public peut-il également ne pas critiquer la décision entreprise, son appel étant destiné uniquement à faire bénéficier toutes les parties du double degré de juridiction, et à permettre la modification des offres soumises au premier juge ? » Un arrêt de la cour de Paris l'a admis alors que le parquet ne dirigeait aucune critique contre la décision frappée d'appel : Paris, 29 juill. 1987, *Gaz. Pal.* 1987. 2. 677.

que le parquet peut faire appel dès lors qu'il aurait pu agir en première instance comme partie principale, c'est-à-dire lorsque l'ordre public est concerné[175]. Or cela n'est pas toujours évident au départ du procès[176], et le principe demeure celui de l'impossibilité de faire appel.

Etant partie jointe, le parquet n'est qu'un intervenant accessoire[177] qui ne saurait avoir de droit d'action propre puisqu'il n'émet aucune prétention[178]. Or les règles de la procédure civile instituent précisément le droit d'appel au bénéfice des plaideurs dont la prétention n'a pas été accueillie, tandis que ces mêmes plaideurs ne bénéficient pas de ce droit en matière de faillites[179]. Il est par conséquent anormal que le procureur de la République ait, hors du domaine répressif, plus de droit que les parties elles-mêmes. La solution législative est injuste et incompatible avec les droits de la défense[180] : même si l'on admettait que le parquet est une partie au procès (ce qui n'est pas le cas), la solution serait contestable car contraire à l'égalité des parties qui est un principe constitutionnel[181] ; un déséquilibre à cet égard est tout aussi important en matière civile ou commerciale qu'en matière pénale car les droits de la défense doivent être respectés en toute hypothèse, d'autant plus que leur respect scrupuleux est une condition essentielle de l'équité du procès, et un principe naturel de protection des personnes[182]. Les droits de la défense ne sauraient admettre que certaines parties disposent de prérogatives procédurales qui sont refusées à d'autres : un tel privilège postule qu'*a priori* les mérites d'un plaideur sont préférables à ceux d'un autre, prouvant ainsi qu'entre eux la balance n'est pas égale[183]. D'ailleurs, le Garde des Sceaux lui-même n'entendait-il pas fonder la solution nouvelle sur la nécessité de donner au représentant du ministère public des droits identiques à deux des autres parties[184] ... avant de se laisser entraîner par son élan dirigiste ? Il reste que même si ces dernières années le dirigisme public a été accentué pour mieux contrôler les entreprises en difficulté, voire pour y apporter des solutions efficaces, cela ne saurait s'accommoder de la raison juridique et des droits de la défense[185].

34. Les justifications pratiques de ce droit d'appel excessif ne semblent pas être déterminantes. En premier lieu, il ne semble guère réaliste de considérer le parquet comme le gardien exclusif de la légalité, ne serait-ce qu'en raison du délai d'appel qui ne permet pas toujours l'exercice effectif de ce droit[186]. De plus, le ministère public peut, pour de multiples raisons, souhaiter ne pas voir remettre en question une décision : les conséquences pratiques peuvent

175. Civ. 22 janv. 1862, D.P. 1862. 1. 5, rapport Laborie et note Bresillion ; 25 oct. 1905, D.P. 1906. 1. 337, note Planiol ; *adde*, H. Solus et R. Perrot, *op. cit.* n° 867.

176. J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.* n° 884-1.

177. A l'exception des instances pénales, où de celles dont l'initiative lui est réservée par un texte (L. 1985, art. 42), le parquet n'est jamais partie nécessaire aux décisions rendues : F. Derrida, chron. préc. n° 14 *bis*.

178. G. Bolard, article préc. n° 47.

179. L. 1985, art. 171 et surtout art. 174.

180. G. Bolard, article préc. n° 50.

181. F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 221 et s.

182. H. Motulski, « Le droit naturel de la pratique jurisprudentielle. Le respect de la défense en procédure civile », *Mélanges P. Roubier*, 1961, t. 2, p. 175 et s.

183. G. Bolard, article préc. n° 50.

184. *J.O. déb.* Sénat, 1981, p. 1381 et s.

185. G. Bolard, article préc. n° 51.

186. Le délai d'appel est de 10 jours à compter du prononcé du jugement (Décr. 1985, art. 175, al. 1er). Ce délai est beaucoup trop court, les décisions n'étant la plupart du temps dactylographiées que bien après l'expiration de ce délai : F. Derrida, chron. préc. note 183.

être fâcheuses puisqu'alors l'arbitraire du juge peut laisser la place à celui du parquetier, d'autant plus que ce dernier est encore plus sensible aux considérations d'opportunité[187]. En second lieu, la solution paraît contraire aux préoccupations législatives actuelles car, au nom du principe de célérité de la justice, le législateur tend à multiplier les interdictions et les restrictions au droit d'appel[188], surtout dans le domaine des faillites[189]. Si l'originalité des voies de recours en matière de faillite repose sur l'exigence d'un règlement rapide et sur des litiges, le privilège de procédure du parquet est de nature à retarder le dénouement de la procédure. Puisque le ministère public peut se dispenser d'émettre ses prétentions au premier degré en les réservant à la cour d'appel, le tribunal est par conséquent privé de tous les moyens nécessaires à l'appréciation objective et complète du litige. Il est vrai que la défense de l'ordre public impose quelquefois des solutions pouvant infléchir les principes juridiques pour être efficace : mais en l'espèce cela est inutile puisque, si cet ordre public est menacé, le parquet peut se transformer de partie jointe en partie principale[190], ce qui permet de concilier l'efficacité de l'action et le respect des principes.

35. En conclusion, on doit admettre que, parallèlement à l'augmentation de ses pouvoirs, la nature de l'intervention du parquet a profondément évolué : autrefois exclusivement lié à la répression des atteintes à l'ordre public et à la défense des lois, le rôle du ministère public revêt de plus en plus un caractère économique et social. L'appréciation de l'opportunité économique suscite un certain malaise chez des magistrats formés pour apprécier la légalité juridique et déjà en proie à d'autres difficultés et contradictions plus classiques[191]. Les magistrats du parquet sont conscients du fait que leur action est encore plus délicate puisqu'ils disposent désormais d'un véritable droit de vie ou de mort sur l'entreprise en redressement[192] ; ils doivent en outre concilier des intérêts contradictoires en faisant la synthèse des exigences de rectitude juridique et du pari économique. Au-delà des limites institutionnelles du parquet qui sont de nature à gêner son action, et quelles que soient les réponses qui pourront y être apportées, une démarche pragmatique et prudente s'impose car il convient de revenir à une plus grande sagesse. Il ne paraît pas convenable de confier aux représentants du ministère public un rôle trop important car cela serait contraire à la protection des intérêts qui a pourtant justifié cette évolution en sens contraire. Peut-être serait-il souhaitable de s'orienter vers une intervention « minimum » mais efficace du parquet qui serait cantonnée à la protection des intérêts généraux essentiels. Participant ainsi de la même logique que le mouvement de dépénalisation, une telle « déparquetisation » du droit des faillites paraît s'imposer.

187. F. Derrida, *ibid.*

188. R. Perrot, « Les interdictions au droit d'appel », *Journ. avoués* Versailles, 195, *Gaz. Pal.* 1986 ; « Le principe du double degré de juridiction en droit judiciaire privé français », *Mélanges Liebman*, Milan, 1979, t. III, p. 1971.

189. G. Bolard, article préc. p. 55 et s. ; « L'appel-nullité », D. 1988. chron. 177 et s. ; A. Honorat et D. Mas, « Les perspectives de l'appel nullité », *in Les questions procédurales de la législation de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, préc. p. 69 et s. ; B. Soinne, « Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 1987. 2. Doctr. 695 ; L. Cadiet, « Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives », *Rev. pr. coll.* 1988. 17 et s. ; « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises », *Rev. pr. coll.* 1989, p. 371 et s.

190. Cf. notament B. Soinne, article préc. p. 19.

191. Cf. notamment : M.-L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, L.G.D.J. 1967.

192. J. Beaume et M. Fayen, rapport préc. p. 241.

L'appel voie de nullité en procédure pénale

Gérard CLEMENT
Maître de conférences à l'Université de Reims

Soucieuse des droits de la défense et des libertés fondamentales de l'individu, notre procédure pénale est dense en dispositions de détails qui ont pour but de garantir une justice impartiale. Ces règles rassurantes mais aussi contraignantes sont nécessaires et utiles. Leur efficacité n'est toutefois assurée que si leur violation est susceptible d'être sanctionnée par la nullité. En raison de l'adage selon lequel « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements », la nullité ne pourra, cependant, être invoquée qu'en utilisant l'appel. Ce dernier joue donc un double rôle, celui d'une voie de réformation et celui d'une voie d'annulation[1]. Or ce dernier rôle est moins connu que le premier. En effet, la doctrine pénaliste s'est peu penchée sur cette question et en jurisprudence on ne parvient que difficilement à découvrir la matière de notre étude. En outre la constatation suivante doit être faite : certains magistrats, faute de temps, ne rédigent leur jugement que si celui-ci est frappé d'appel. Cette pratique qui entraîne des difficultés en ce qui concerne l'exécution du jugement notamment porte atteinte à notre avis aux droits de la défense et est contraire à l'article 486 du code de procédure pénale relatif à la minute du jugement[2]. Doit-on en conclure que l'appel voie de nullité ne présente aucun intérêt ou ne présente qu'un intérêt réduit ? La réponse à cette interrogation ne peut être que négative. Car l'utilité de cette voie de recours se retrouve non seulement au regard de l'intérêt général mais aussi au regard de l'intérêt privé, malgré le pouvoir d'évocation de la cour d'appel. Afin de découvrir l'irrégularité commise une autre question se pose : l'avocat à la cour devra-t-il changer sa méthode usuelle de travail ? En d'autres termes, comment peut-il s'y prendre pour critiquer un jugement ?

Une fois la nullité du jugement prononcée, la cour d'appel disposera de certains pouvoirs qu'il faudra aborder.

I. – L'IRREGULARITE

Lorsqu'un jugement avant-dire droit ou un jugement sur le fond recèle une irrégularité, l'appel voie de nullité n'est pas toujours dénué d'intérêt. Cet ap-

1. Véronique Huet, « L'appel nullité », *Rev. jur. de l'Ouest*, 1988. 349.
2. Il a été décidé que les formalités prescrites par l'article 486 du code de procédure pénale ne l'étant pas à peine de nullité, le dépôt tardif de la minute d'un jugement ne peut entraîner la nullité de celui-ci lorsque le prévenu n'en a subi aucun préjudice (cour d'appel de Nîmes [Ch. corr.] 9 oct. 1984, *Gaz. Pal.*, 1985. 2. Somm. 220, note J.-P. Doucet). Toutefois l'absence de décision écrite et signée est une cause de nullité (cour d'appel de Paris, Ch. 11, Sect. A, 12 oct. 1986, *Edi-Data*, document : 86-28134), on pourrait même écrire d'inexistence.

pel, en effet, peut être non seulement, pour le parquet, le meilleur moyen d'assurer une meilleure justice mais aussi peut être utile à la personne poursuivie ou à la partie civile.

Mais cet appel, d'une part, ne peut se faire que si l'irrégularité a été décelée. D'autre part, s'appliquent au ministère public, comme à toute autre partie, les dispositions de l'article 507 du code de procédure pénale selon lesquelles, lorsque le tribunal statue par un jugement distinct du jugement sur le fond et qui ne met pas fin à la procédure, la recevabilité de l'appel immédiat est subordonnée à l'admission de la requête qui doit être adressée au président de la chambre des appels correctionnels.

A. – *L'utilité de l'appel*

Une fonction importante de l'appel voie de nullité nous paraît résider dans le fait qu'il peut contribuer à une meilleure administration de la justice, cette voie de recours permettant de veiller à la qualité des jugements. Nous pensons plus particulièrement à la motivation. Certes les juges ont été invités à alléger la motivation de leurs jugements[3] mais cet allégement ne doit pas conduire à la disparition des motifs ou à une motivation qui ne serait plus qu'une peau de chagrin. La motivation doit être explicite et suffisante : d'une part c'est l'un des meilleurs moyens d'accélérer le cours de la justice[4] ; d'autre part le justiciable doit savoir pourquoi il a été condamné, c'est un devoir du magistrat et un droit essentiel de la défense. L'insuffisance de motivation peut d'ailleurs conduire à l'arbitraire ; elle entraîne le magistrat vers la facilité. A longue échéance, elle risque de nuire à l'administration d'une bonne justice et à l'application des textes. La motivation est une obligation légale. Par suite, c'est au parquet qu'il appartient de veiller à ce que la loi soit appliquée.

L'appel voie de nullité présente aussi un intérêt au regard de la célérité de la justice, parce que la cour d'appel après avoir tranché la question de la nullité se prononcera sur le fond. En ce qui concerne les jugements incidents cette obligation conduit en définitive à priver le justiciable d'un degré de juridiction. Cette observation vaut-elle aussi pour les jugements qui tranchent le fond ? Certes on peut écrire que l'annulation du jugement ne détruit pas le fait que le premier degré de juridiction s'est exercé et a été épuisé[5]. Mais si le premier degré a été épuisé matériellement, il ne l'a pas été valablement[6]. Le principe du double degré de juridiction semble donc violé. L'intérêt d'une bonne administration de la justice est la justification de cette violation ; la volonté du législateur d'éviter de mettre les juges du premier degré en contradiction avec ce qu'ils ont déjà jugé en est une autre[7].

Cette évocation obligatoire explique que l'appel voie de nullité ne séduit pas toujours les avocats. Car il ne présente pas dans toutes les espèces un in-

3. Sur ce point cf. la note de M. Richevaux et les références citées par cet auteur, sous Civ. 2e, 10 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 3 oct. 1987, p. 7.
4. V. A. Touffait, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice », *Rev. trim. dr. civ.* 1974. 487.
5. Cf. le rapport présenté aux Journées de Lille par M. le professeur R. Perrot.
6. Cf. P. Hebraud, « Effet dévolutif et évocation », Colloque des 22 et 23 févr. 1963, Aix-en-Provence.
7. V. le rapport de M. Combaldieu, J.C.P. 1964. II. 13779.

térêt évident. Mais cet appel n'est pas toujours dénué d'intérêt pour les parties privées.

Ainsi l'annulation d'un jugement peut parfois permettre au prévenu de bénéficier de la prescription de l'action publique, d'une amnistie, d'une loi pénale plus douce... L'annulation d'un jugement peut aussi créer des difficultés de preuves et cela d'autant plus qu'un certain temps s'est écoulé entre les faits délictueux, le jugement et la décision d'appel.

Pour la partie civile l'annulation d'un jugement peut aussi présenter parfois un intérêt certain. Prenons par exemple le cas où un jugement a relaxé le prévenu du chef de non-représentation d'enfant. Si la cour d'appel annule le jugement et considère que les éléments constitutifs de ces délit sont établis, en l'absence d'appel du ministère public aucune sanction pénale ne pourra être prononcée, mais le prévenu devra à la partie civile, dont la constitution est régulière, réparation du dommage que ses agissements lui ont causé.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue qu'un prévenu n'est recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités commises en première instance s'il ne les a opposées devant la cour d'appel[8].

L'intérêt de l'appel voie de nullité ne se révèle, toutefois, que lorsque l'irrégularité est découverte.

B. – *La recherche de l'irrégularité*

Pour bien saisir dans quel esprit il faut utiliser l'appel voie de nullité, une observation doit être faite. Souvent des notions spécifiques au recours en cassation peuvent être usées à l'encontre des jugements : l'absence de motifs, l'excès de pouvoirs, le manque de base légale... En conséquence, se dessine une identité de démarche entre l'avocat plaidant devant la cour d'appel et l'avocat à la Cour de cassation.

L'étude des nullités a été faite dans le *Répertoire de droit pénal*[9] et le *Jurisclasseur de procédure pénale*[10], dans des articles[11], ouvrages[12], thèses[13] et manuels. C'est la raison pour laquelle il nous a semblé qu'il n'était pas indispensable d'approfondir cette question et qu'il était préférable de donner uniquement les différentes pistes de recherche.

• Règle d'ordre public, l'obligation de motiver est inscrite aux articles 485 (tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif) et 543 du code de procédure pénale. De plus, l'article 593 du code de procédure pénale censure non seulement le défaut de motifs, mais aussi l'insuffisance des motifs[14]. Un jugement peut donc être frappé d'appel en cas de défaut de motifs, de contradiction de motifs, d'insuffisance de motifs.

Le défaut de motifs se présente sous la forme d'absence de motifs : ainsi l'appel voie de nullité peut être utilisé contre un jugement qui se borne à af-

8. Crim. 7 févr. 1973, *Bull. crim.* p. 167.
9. Cf. L. Vincent, *Rép. pén. v° Jugement.*
10. P. Escande, « Rédaction des jugements », *Juris-cl. pr. pén.* art. 485-486.
11. J. Normand, « Les nullités de la procédure de jugement en matière pénale », *Cahiers de la faculté de droit de Nancy*, Fasc. 1, 1967.
12. J. Boré, *La cassation en matière pénale*, L.G.D.J. 1985.
13. Giudicelli-Delage, *La motivation des décisions de justice*, thèse Poitiers, 1979.
14. Pour une étude approfondie de cette question. Cf. J. Bore, *La cassation en matière pénale*, L.G.D.J. 1985, p. 600.

firmer que les faits reprochés au prévenu sont établis[15] ou qui se borne à énoncer que la preuve de la culpabilité du prévenu n'est pas établie pour le relaxer[16] ou à l'égard d'un jugement qui se réfère en des termes vagues et imprécis à la jurisprudence de la Cour de cassation[17]. De même peut être attaqué un jugement qui revêt la forme d'un simple formulaire préimprimé[18].

Il peut aussi revêtir la forme du défaut de réponse à conclusions. L'obligation de répondre aux conclusions résulte en matière correctionnelle de l'article 459 alinéa 3 du code de procédure pénale. Mais les tribunaux ne sont tenus de statuer que sur les chefs péremptoires des conclusions dont ils sont régulièrement saisis[19]. Ils ne sont pas tenus de répondre expressément aux simples arguments développés dans les conclusions des parties, dès lors qu'ils statuent de façon précise sur les chefs de demande spécifiés dans le dispositif de ces conclusions[20]. En outre, ils ne sont pas tenus de statuer sur des moyens imprécis ou hypothétiques[21]. Enfin, il faut préciser que les magistrats ne sont tenus de répondre qu'aux conclusions régulières[22].

La contradiction de motifs est aussi une cause de nullité du jugement. Car la loi exige que les motifs de toute décision ne soient en contradiction ni entre eux ni avec le dispositif[23]. A noter que la contradiction entre les motifs et le dispositif d'un jugement équivaut à un défaut de motifs ainsi que la contradiction entre les motifs entre eux.

Parfois le jugement comporte des motifs, mais ces motifs sont imprécis. Dans ce cas il y a défaut de base légale et l'appel voie de nullité est possible. Car tout jugement doit contenir des motifs propres à justifier sa décision. Ainsi doit être annulé un jugement de condamnation qui ne constate pas les éléments constitutifs de l'infraction retenue[24]. De même la nullité d'une décision est encourue lorsqu'il existe une incertitude dans les motifs[25] ou quand un motif est dubitatif ou hypothétique[26]. Cependant le motif dubitatif ou hypothétique ne vicie la décision que s'il porte sur un point de fait, sur lequel le juge du fond était tenu de procéder à une constatation certaine[27].

• Un excès de pouvoir peut aussi donner lieu à un appel voie de nullité[28]. On est en présence d'un excès de pouvoir lorsque le juge agit au-delà et en dehors des pouvoirs que la loi lui confère. Ainsi, la juridiction de jugement ne peut se prononcer que sur les faits et les personnes visés à l'acte de saisine[29] et elle ne peut omettre de statuer sur une prévention visée à la citation[30]. Un appel peut donc être dirigé contre un jugement correctionnel qui aurait

15. Crim. 26 juin 1963, *Bull. crim.* n° 232.
16. Cour d'appel de Paris, ch. 09, Sect. A, 3 mai 1988, *Edi-Data*, document : 88-25347.
17. Crim. 30 oct. 1968, *Bull. crim.* n° 668.
18. cour d'appel de Toulouse, chambre des appels correctionnels, 2 avr. 1987, *Edi-Data*, document : 87-41221.
19. Grenoble, 28 oct. 1982, *Juris-Data*, n° 042255.
20. Crim. 23 avr. 1970, *Bull. crim.* n° 144 ; Crim. 5 mars 1974, *Bull. crim.* n° 91.
21. Crim. 4 mars 1970, *Bull. crim.* n° 90.
22. Crim. 10 nov. 1965, D. 1966. 86.
23. V. art. 459 c. pr. pén.
24. Crim. 15 mars 1978, *Bull. crim.* n° 99.
25. Crim. 28 févr. 1968, *Bull. crim.* n° 69.
26. Crim. 5 févr. 1958, *Bull. crim.* n° 131 ; Crim. 28 févr. 1968, *Bull. crim.* n° 69 ; Crim. 24 juill. 1969, *Bull. crim.* n° 238 ; Crim. 19 mars 1975, *Bull. crim.* n° 84.
27. J. Boré, *La cassation en matière pénale*, L.G.D.J. p. 627, n° 2071.
28. Les jugements qui se fondent sur un excès de pouvoir comportent une insuffisance de motifs en ce sens, cf. Pierre Escande, *Juris-cl. pr. pén.* art. 485-486, n° 91. Cf. sur l'excès de pouvoir, Pepy, *Juris-cl. pr. pén. v° Pourvoi en cassation*, Fasc. VIII-I.
29. Art. 231, 388 et 531 c. pr. pén.
30. Cour d'appel de Paris, ch. 13, Sect. A, 13 mai 1987, *Edi-Data*, document : 87-24101.

condamné un prévenu sur des faits non visés dans l'acte de saisine. Un appel, fondé sur l'excès de pouvoir, peut aussi être formé si des juges ont statué au fond sur l'existence d'une infraction après avoir constaté que la prescription de l'action publique était acquise[31] ou s'ils annulent un acte administratif[32] ou interprètent une convention diplomatique[33]. De même, l'excès de pouvoir peut être invoqué à l'encontre d'un jugement qui alloue plus qu'il n'a été demandé ou qui statue sur une chose non demandée. Enfin recèle un excès de pouvoir le jugement qui prononce une peine d'amende dépassant le maximum prévu par la loi ou qui fixe des modalités d'exécution d'une peine qui ne sont pas prévues par la loi ou qui prononce simultanément une peine d'emprisonnement ferme et une peine de substitution[34].

• De même un sursis à statuer indéterminé peut faire l'objet d'un appel voie de nullité[35]. Dans ce cas nous sommes en présence d'une interruption illégale du cours de la justice. A noter qu'un délai trop long est assimilé à un temps indéterminé[36].

• La violation des principes généraux conduit également à l'annulation d'un jugement ainsi que la violation de la Convention européenne des droits de l'homme et de la loi. Par exemple, l'annulation peut résulter de l'entrée en vigueur d'une disposition nouvelle entre l'ordonnance de renvoi et le jugement et non appliquée par ce dernier[37]. Inversement, le jugement peut être annulé pour avoir appliqué rétroactivement une loi de fond plus sévère[38]. L'annulation d'un jugement peut aussi être demandée en cas d'inobservation du principe du contradictoire[39] ou du non-respect des droits de la défense[40].

• Tout jugement doit porter en lui-même la preuve de sa régularité. La lecture attentive d'une décision, le cas échéant, peut donc permettre de déceler une cause de nullité. Il en est ainsi, par exemple, quand un jugement fait état de deux compositions différentes de la juridiction pour la même affaire[41] ; quand il apparaît que deux magistrats conjoints ont siégé dans une même cause lors du jugement[42] ou lorsque le jugement porte des mentions d'où il résulte que le ministère public a été entendu le dernier, en violation de l'article 460 du code de procédure pénale[43]. Toutefois, les tribunaux correctionnels peuvent procéder à la rectification des erreurs purement matérielles contenues dans leurs jugements, en application de l'article 710 du code de procédure pénale, ce pouvoir trouve cependant sa limite dans la défense de

31. Crim. 24 janv. 1962, *Bull. crim.* n° 60.
32. Crim. 10 oct. 1974, *Bull. crim.* n° 291.
33. Crim. 27 févr. 1964, *Bull. crim.* n° 75 ; Crim. 29 juin 1972, *Bull. crim.* n° 226.
34. Cour d'appel de Paris, ch. 13, Sect. A, 21 janv. 1988, *Edi-Data*, document : 88-21561.
35. Crim. 5 déc. 1957, *Bull. crim.* n° 807 ; Crim. 24 mars 1969, *Bull. crim.* n° 129 ; Crim. 14 févr. 1973, *Bull. crim.* n° 78 ; Crim. 10 janv. 1974, J.C.P. 1974. II. 17824, note P. Chambon.
36. Cf. Crim. 25 janv. 1973, *Bull. crim.* n° 44 ; Crim. 30 janv. 1973, *Bull. crim.* n° 52.
37. Crim. 13 juin 1972, *Bull. crim.* n° 198.
38. Crim. 29 juin 1960, *Bull. crim.* n° 348.
39. Crim. 15 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 338 ; Crim. 29 mars 1977, *Bull. crim.* n° 116 ; Crim. 22 juin 1977, *Bull. crim.* n° 234.
40. La présence dans le dossier d'information, jusques et y compris devant la juridiction de jugement, d'actes de procédure annulés, constitue une atteinte aux droits de la défense (cour d'appel Paris, 11e ch. B. 21 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1986. 1. Somm. 14). Constitue aussi une telle atteinte un jugement prononcé en audience publique (révocation de sursis), en violation de l'article 744 du code de procédure pénale (cour d'appel Paris, 26 avr. 1979, *Edi-Data*, document : 79-90149).
41. Crim. 20 nov. 1973, D. 1973. I.R. 256.
42. Crim. 30 avr. 1986, *Bull. crim.* n° 151.
43. Crim. 11 déc. 1984, *Bull. crim.* n° 399.

modifier la chose jugée, de restreindre ou d'accroître les droits consacrés par ces décisions[44].

• Enfin, en ce qui concerne la violation des règles de procédure, il faut rappeler qu'aux termes de l'article 802 du code de procédure pénale un grief est nécessaire pour que la nullité soit prononcée. Toutefois, ce texte ne s'applique pas aux nullités d'ordre public. Ainsi, par exemple, sous réserve des exceptions prévues par la loi, sont nulles les décisions qui n'ont pas été rendues ou dont les débats n'ont pas eu lieu, en audience publique (art. 592, al. 3, c. pr. pén.). Ce principe est d'ordre public[45]. De même est d'ordre public la règle selon laquelle le jugement porté sur la minute doit être conforme à celui qui a été prononcé[46]. En cas de discordance l'appel voie de nullité sera donc possible et la preuve d'un grief ne sera pas à faire.

Lorsqu'une irrégularité a été découverte l'appel voie de nullité permettra à la cour d'appel d'exercer ses pouvoirs.

II. – LES POUVOIRS DE LA COUR D'APPEL

Non seulement la cour d'appel annulera le jugement mais elle devra aussi évoquer l'affaire et statuer au fond. Relativement à certaines nullités ces pouvoirs ne pourront, toutefois, s'exercer que si les dispositions de l'article 385 du code de procédure pénale ont été respectées.

A. – *Présentation des exceptions*

La cour d'appel peut être saisie des nullités propres à la procédure antérieure au jugement. Mais l'article 385 du code de procédure pénale est applicable devant la cour d'appel. Or cet article exige la présentation au tribunal des exceptions fondées sur une nullité avant toute défense au fond. Celle-ci commençant au moment où, dès l'ouverture des débats, le prévenu est appelé à s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés[47]. Conçu en des termes généraux, l'article 385 du code de procédure pénale vise sans faire de distinction toutes les nullités d'ordre public ou non[48]. Ainsi, par exemple, lorsqu'une expertise a été ordonnée par un tribunal correctionnel, le prévenu ne saurait faire état devant la cour d'appel des nullités qui auraient été commises au cours d'un supplément d'information (expertise non contradictoire), s'il ne les a pas préalablement soulevées devant le tribunal avant de se défendre au fond[49]. Cependant, si le ministre public a soulevé *in limine litis* l'exception de nullité, le prévenu peut devant la cour d'appel se prévaloir d'une telle exception de nullité régulièrement soulevée[50]. Par ailleurs, il faut souligner que le prévenu qui a été jugé contradictoirement dans les conditions prévues par l'article 410 du code de procédure pénale ne s'est pas dé-

44. Crim. 16 mars 1964, *Bull. crim.* n° 99, J.C.P. 1964. II. 13685, note Larguier ; Crim. 21 juin 1977, *Bull. crim.* n° 228 ; Crim. 22 juill. 1986, *Bull. crim.* n° 240 ; Reims, ch. corr. 29 oct. 1987, J.C.P. 1988. II. 21111, note W. Jeandidier.
45. Crim. 12 nov. 1974, J.C.P. 1974. IV. 426.
46. Crim. 7 nov. 1974, J.C.P. 1974. IV. 415.
47. Toulouse, 11 juin 1975, J.C.P. 1975. IV. 368.
48. Crim. 11 juin 1975, *Bull. crim.* p. 427 ; Crim. 24 mai 1976, *Bull. crim.* p. 443.
49. Crim. 29 avr. 1985, *Bull. crim.* n° 162.
50. Crim. 5 mars 1970, *Bull. crim.* n° 93.

fendu au fond. Dans ce cas la combinaison des articles 385 et 512 du code de procédure pénale permet de présenter pour la première fois des exceptions[51].

Lorsque les dispositions de l'article 385 du code de procédure pénale sont respectées, les magistrats de la cour d'appel seront tenus par les termes de l'article 520 du code de procédure pénale.

B. – *Evocation*

Aux termes de l'article 520 du code de procédure pénale « si le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée des formes prescrites par la loi à peine de nullité, la cour évoque et statue au fond ». Au prime abord, il résulte de la lecture de ce texte que l'évocation ne touche que l'hypothèse de l'annulation pour vice de forme, mais la jurisprudence pose en principe que la disposition de l'article 520 n'est pas limitative[52] de sorte que l'évocation a une portée non négligeable, tant en ce qui concerne ses conditions, que ses effets.

L'évocation joue à l'égard des jugements correctionnels et des jugements de police (art. 520 et 549 c. pr. pén.). Mais elle ne s'impose que dans la mesure où la cour d'appel a préalablement annulé la décision rendue par les juges de première instance[53]. Cependant, avant d'évoquer l'affaire, la cour d'appel n'est pas dans l'obligation d'annuler intégralement un jugement dont elle constate l'irrégularité[54]. Elle peut constater des irrégularités dans la procédure suivie à l'audience de jugement (composition irrégulière du tribunal[55] ; absence de publicité d'une audience[56] ou inversement tenue d'une audience publique alors que l'affaire devait être jugée en chambre du conseil[57] ; prestation de serment par le prévenu[58] ; omission de statuer sur l'action civile[59] ; absence de consignation préalable de la partie civile[60] ; confusion de la partie civile avec son conjoint[61] ; défaut d'audition du prévenu et de son conseil[62] ; jugement déclaré à tort contradictoire[63] ; décision de première instance déclarant à tort l'opposition non avenue[64]) ainsi que dans celle de l'instruction préparatoire, par exemple le défaut de qualité pour instruire du juge d'instruction[65].

51. Crim. 14 juin 1973, *Bull. crim.* n° 266.
52. Crim. 16 févr. 1972, *Bull. crim.* n° 60 ; Crim. 8 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 55 ; Crim. 15 nov. 1978, *Bull. crim.* n° 316 ; Crim. 23 févr. 1983, *Bull. crim.* n° 65.
53. Crim. 28 mai 1964, J.C.P. 1964. II. 13379, rapport Combaldieu ; D.S. 1965. 552, note R. Meurisse ; Crim. 8 août 1981, *Bull. crim.* n° 239, cette *Revue*, 1983.98, obs. J. Robert ; Crim. 2 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 52.
54. Crim. 25 juin 1984, *Bull. crim.* n° 240.
55. Crim. 1er févr. 1950, *Bull. crim.* n° 31.
56. Amiens, 8 févr. 1962, D. 1962. 379.
57. Paris, 9e ch. 5 juill. 1979, *Juris-data* n° 0257 ; Paris, 9e ch. 26 avr. 1979, *Juris-data* n° 0149.
58. Riom, 28 nov. 1960, J.C.P. 1961. II. 11952.
59. Crim. 12 mars 1984, *Bull. crim.* n° 98.
60. Cour d'appel Rennes, ch. 3, 8 janv. 1988, *Edi-data*, document : 88-41628.
61. Crim. 16 févr. 1972, *Bull. crim.* n° 60.
62. Crim. 18 juill. 1985, *Bull. crim.* n° 268.
63. Crim. 11 mai 1977, *Bull. crim.* n° 268 ; cour d'appel Pau, ch. des appels correctionnels, 24 juin 1986, *Edi-Data*, document : 86-42553.
64. Cour d'appel Paris, ch. 13, sect. B, 8 juill. 1988, document : 88-24724.
65. Crim. 30 nov. 1987, *Bull. crim.* n° 433. Une telle irrégularité affecte l'ordonnance de renvoi par laquelle le tribunal a été saisi. Cette ordonnance entachée de nullité ne saisit pas le tribunal, mais, par l'effet de l'acte d'appel, la cour a l'obligation d'évoquer au fond.

L'évocation est une technique qui permet de faire juger la cour d'appel en premier ressort[66]. Par suite si le tribunal a été régulièrement saisi la cour d'appel doit évoquer chaque fois qu'elle annule un jugement pour toute autre cause que celle d'incompétence[67]. L'évocation est donc inconcevable en cas d'incompétence du tribunal[68]. Ainsi, la cour qui annule un jugement sur le fond entaché d'incompétence *ratione loci* ne peut évoquer[69]. De même, lorsqu'un jugement est annulé parce que la cour se trouve en présence d'un crime, elle ne peut pas évoquer[70].

Si le tribunal est compétent la question suivante doit être posée : la cour d'appel doit-elle évoquer si la citation directe ou l'ordonnance de renvoi est viciée ?[71]

Selon le professeur H. Croze, opinion que nous partageons, la jurisprudence fait aujourd'hui la distinction suivante[72] : si l'acte de saisine est radicalement nul[73] ou inexistant[74] l'évocation est prohibée. En revanche, si l'irrégularité infectant l'acte de saisine ne le rend pas fondamentalement nul, l'évocation est obligatoire[75].

Relativement aux jugements sur incident il faut opérer la distinction suivante ; soit le jugement sur incident met fin à la procédure, soit il ne met pas fin à celle-ci.

Quand l'appel est dirigé contre un jugement sur incident mettant fin à la procédure l'évocation s'impose si la cour annule ce jugement. En effet, dans cette hypothèse la cour d'appel estime que le tribunal s'est à tort dessaisi de la procédure. Par suite le premier degré de juridiction n'est pas épuisé[76]. C'est la raison pour laquelle la cour doit évoquer lorsque le tribunal s'est à tort dessaisi de la poursuite[77]. Il en est ainsi lorsque le tribunal s'est déclaré à tort incompétent[78], s'il a fait jouer à tort la prescription[79], quand il a transmis à tort la procédure à une administration[80], s'il a renvoyé l'affaire au mi-

66. Cf. H. Croze, « Effets de l'appel », *Juris-cl. pr. pén.* art. 469 à 520, Fasc. 2, n° 67 et s.

67. Crim. 16 févr. 1972, *Bull. crim.* n° 60 ; Crim. 26 avr. 1972, *Bull. crim.* n° 144 ; Crim. 10 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 60, J.C.P. 1974. II. 17824, note P. Chambon ; Crim. 11 mai 1977, *Bull. crim.* n° 170.

68. Cf. R. Meurisse, « L'évocation en procédure pénale en cas d'incompétence *ratione loci* ou *ratione materiae* », *Gaz. Pal.* 1966. 2. doct. 31. Cf. également : Crim. 21 juin 1961, *Bull. crim.* n° 304 ; Crim. 23 déc. 1965, *Bull. crim.* n° 292 ; Crim. 4 oct. 1978, *Bull. crim.* n° 65 ; Crim. 8 août 1981, *Bull. crim.* n° 61.

69. Elle doit renvoyer au tribunal compétent cf. Crim. 25 juill. 1956, *Bull. crim.* n° 583.

70. Aux termes de l'article 519 du code de procédure pénale, elle doit renvoyer le ministère public à se pourvoir et décerner un mandat de dépôt.

71. Cf. notamment sur cette question, Wilfrid Jeandidier et Jacques Belot, *Les grandes décisions de la jurisprudence, procédure pénale*, PUF, p. 206 ; rapport E. Robert, Crim. 10 nov. 1976, D. 1977. 467 ; M.R. M.P. note sous Crim. 28 déc. 1950 : S. 1951. 1. 333 ; Meurisse et Guillot, note sous Crim. 6 janv. 1954, J.C.P. 1955. II. 9011.

72. H. Croze, « Effets de l'appel », *Juris-cl. pr. pén.* art. 469 à 520, Fasc. 2, n° 69.

73. Cf. Crim. 28 déc. 1950, D. 1951. 114 ; S. 1951. 1. 333, note M.R. M.P. ; Crim. 30 avr. 1968, *Bull. crim.* n° 133 ; Crim. 21 mars 1979, *Bull. crim.* n° 45.

74. Cf. Crim. 29 nov. 1972, *Bull. crim.* n° 371 ; Crim. 13 déc. 1982, *Bull. crim.* n° 282.

75. Cf. Crim. 10 nov. 1976, D.S. 1977. 467, rappr. E. Robert ; Paris, 9e ch. 27 févr. 1980 : *Jurisdata*, n° 0095.

76. En ce sens, H. Croze, réf. préc. n° 72.

77. Crim. 12 janv. 1968, J.C.P. 1969. 15850, note Sacotte ; Crim. 14 mars 1974, *Bull. crim.* n° 60 ; Crim. 23 févr. 1983, *Bull. crim.* n° 65.

78. Crim. 8 juill. 1964, *Bull. crim.* n° 226 ; Crim. 26 avr. 1972, *Bull. crim.* n° 68.

79. Crim. 24 janv. 1962, *Bull. crim.* n° 60, cette *Revue*, 1962.766, obs. J. Robert.

80. Crim. 8 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 5 ; Crim. 11 juin 1974, *Bull. crim.* n° 210 ; Crim. 5 juin 1980, J.C.P. 1981. 1. 6, note J.-P. Marchi.

nistère public après avoir déclaré nulles les citations le saisissant[81] ou après avoir statué sur une nullité de l'instruction[82].

Il en va de même si le tribunal a déclaré à tort irrecevable une constitution de partie civile[83].

Quand l'appel est dirigé contre un jugement sur incident qui ne met pas fin à la procédure, l'évocation s'impose aussi si la cour annule ce jugement. Prenons par exemple le cas où un tribunal a prononcé à tort un sursis à statuer sur le fond[84]. Nous sommes en présence d'un avant dire droit bloquant la procédure : il y a lieu à évoquer.

L'évocation se présente comme une obligation pesant sur la juridiction du second degré de s'emparer de toute l'affaire pour la juger au fond soit immédiatement, soit après avoir fait procéder aux mesures d'instruction nécessaires. Elle commet, par suite, un excès de pouvoir, si elle renvoie l'affaire aux premiers juges. Mais l'article 520 du code de procédure pénale n'astreint pas les juges du second degré à constater, dans l'arrêt qu'ils évoquent : dès lors qu'ils statuent au fond, alors que les premiers juges ne l'avaient pas fait, l'évocation est implicite[85], même si l'action civile reste seule en cause.

En vertu de l'article 520 du code de procédure pénale, la cour d'appel doit donc remplir directement la mission des premiers juges et statuer tant sur l'action pénale que sur l'action civile, même en l'absence d'appel de la partie civile[86] ou du ministère public[87]. Toutefois, elle ne peut pas prononcer une peine à l'encontre d'une personne qui, absente lors d'une décision d'ajournement, n'a pas été informée de l'ajournement[88]. De même elle ne peut pas se prononcer à l'égard d'une personne qui ne se trouvait pas en cause en première instance[89] sauf s'il s'agit d'un intervenant volontaire[90].

L'arrêt de la cour d'appel ne constitue qu'une seule et même décision tant sur le fond que sur l'annulation. Cette dernière se substitue immédiatement à celle annulée et on ne peut invoquer entre elles une solution de continuité susceptible de créer une situation juridique nouvelle[91].

Dans certains cas, c'est une décision avant dire droit du tribunal qui est censurée par la cour d'appel. La nullité suivie de l'évocation aura pour effet de remettre en cause toute l'affaire, à l'égard de toutes les parties[92]. Aucun jugement sur le fond n'ayant été rendu, la cour jouera le rôle d'un premier et unique degré de juridiction. Si une cour d'appel annule un jugement qui re-

81. Crim. 23 févr. 1983, *Bull. crim.* n° 65.
82. Crim. 14 mars 1974, D. 1974. 604, note Robert ; cour d'appel Paris, ch. 12, Sect. 2 *b*, 9 juin 1988, *Edi-data*, document : 88-25585.
83. Crim. 8 juin 1971, *Bull. crim.* n° 182 ; Crim. 11 juin 1974, *Bull. crim.* n° 210 ; Crim. 17 févr. 1976, *Bull. crim.* n° 59 ; cour d'appel Nancy, ch. des appels correctionnels, 4 mars 1988, inédit.
84. Crim. 10 juill. 1963, S. 1964. 35, note Meurisse ; Crim. 29 mars 1962, J.C.P. 1962. 12728 *bis*, note J. Lamarque ; Crim. 10 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 17, J.C.P. 1974. II. 17824, note P. Chambon ; Crim. 5 juill. 1976, *Bull. crim.* n° 246.
85. Crim. 7 mars 1972, *Bull. crim.* n° 83 ; Crim. 26 avr. 1972, *Bull. crim.* n° 144 ; Crim. 9 nov. 1977, *Bull. crim.* n° 342 ; Crim. 12 mars 1984, *Bull. crim.* n° 98.
86. Crim. 29 nov. 1962, *Bull. crim.* n° 350 ; Crim. 16 févr. 1972, *Bull. crim.* n° 60 ; Crim. 10 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 17 ; Crim. 23 juin 1981, *Bull. crim.* n° 216 ; Crim. 8 juill. 1964, *Bull. crim.* n° 226, cette *Revue*, 1965.149, obs. J. Robert.
87. Crim. 5 juill. 1976, *Bull. crim.* n° 65 ; Crim. 17 févr. 1976, *Bull. crim.* n° 72.
88. Crim. 17 nov. 1987, *Bull. crim.* n° 414.
89. Crim. 21 mars 1979, *Bull. crim.* n° 115 ; Crim. 13 déc. 1982, *Bull. crim.* n° 282 ; Crim. 8 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 292, *Gaz. Pal.* 1984. 2. 609, note G. Daverat.
90. Crim. 9 déc. 1964, *Bull. crim.* n° 334.
91. Crim. 7 janv. 1965, *Bull. crim.* n° 6.
92. Crim. 10 juill. 1963, S. 1964. 35, note R.M. ; Crim. 8 juill. 1964, *Bull. crim.* n° 226.

jette une demande de mise en liberté, elle doit évoquer et statuer sur la demande de mise en liberté. Faute de quoi le prévenu doit être remis d'office en liberté[93].

Dans d'autres cas une décision est intervenue au fond mais la procédure est entachée de nullité. Dans cette dernière hypothèse, l'article 520 du code de procédure pénale se combine avec les articles 509 et 515 du même code régissant l'effet dévolutif de l'appel et prohibant l'aggravation du sort d'une partie sur son seul appel. En conséquence, sur le seul appel du prévenu, la peine prononcée par le tribunal ne peut être aggravée[94].

Il faut préciser enfin qu'un jugement annulé avec l'ensemble des poursuites ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée à l'égard de la partie civile. Cette dernière est donc recevable en sa constitution dans une nouvelle poursuite[95].

93. Crim. 18 juill. 1985, *Bull. crim.* n° 268.
94. Crim. 25 oct. 1912, D.P. 1914. 1. 145, note Nast ; Riom, 17 mai 1939, S. 1940. 2. 17, note Hugueney ; Amiens, 20 nov. 1954, J.C.P. *éd. G.*, 1955. IV. 31 ; Crim. 2 mars 1976, *Bull. crim.* n° 75.
95. Crim. 23 févr. 1983, *Bull. crim.* n° 65.

La réception de l'innovation technologique en droit pénal*

Bernard FILLION

Maître de conférences à l'Université de Saint-Etienne
Détaché à l'Institut de droit des affaires internationales (Le Caire)

On a pu constater à une époque récente un certain désarroi chez les juristes pénalistes devant le déferlement des nouvelles technologies[1], que ce soit celles de l'information, de la communication, de l'informatique ou de la biologie[2]. C'est qu'en dépit de leurs applications positives considérables, y compris dans le domaine du droit pénal[3], elles sont perçues comme ouvrant, ou risquant d'ouvrir, de nouveaux champs à des comportements délictueux.

Cette inquiétude est justement alimentée par la relation de faits divers parfois sensationnels dans lesquels l'une de ces nouvelles technologies apparaît au coeur d'un processus délictueux. Sans parler des fictions ou des expériences, tentées ici ou là, qui préfigurent ou révèlent ce qui pourrait être demain une réalité[4].

Le désarroi est d'autant plus grand qu'en droit pénal le principe de la légalité des incriminations et son corollaire le principe d'interprétation stricte

* Cet article reprend, pour partie, une communication faite lors d'un colloque sur *Le droit au contact de l'innovation technologique*, tenu à l'Université de Saint-Etienne les 15 et 16 mai 1987.

1. L'expression de nouvelles technologies paraît aujourd'hui consacrée pour désigner de nouvelles « techniques de pointe » — le mot technologie n'est pas utilisé dans son sens étymologique, mais comme synonyme de technique.

2. On peut trouver trace de ce désarroi dans les comptes rendus des nombreux colloques et journées d'études qui se tiennent sur ce thème. V. notamment le compte rendu des XVIIIes Journées franco-belgo-luxembourgeoises de sciences pénales, tenues à Luxembourg les 26 et 27 avril 1985, cette *Revue*, 1986.205. Concluant ce colloque, un haut magistrat affirmait que, face aux problèmes posés par l'informatique, le pénaliste devait « éviter le pire » et, s'il n'y parvenait pas, « veiller à ce que le pire demeure acceptable ».

3. A titre d'exemple, un décret n° 87-249 du 8 avril 1987 (*J.O.* 9 avr. 1987, p. 4046) a autorisé le traitement automatisé des traces et empreintes digitales, pour faciliter la recherche et l'identification par les services de la police nationale et de gendarmerie des auteurs de crimes et de délits et pour faciliter la poursuite, l'instruction et le jugement des affaires soumises à l'autorité judiciaire. V. cette *Revue*, 1987.922.

4. En matière de fiction, le film américain *War Games* relate comment un jeune Américain, s'étant introduit dans les ordinateurs du Pentagone, aurait pu déclencher une guerre nucléaire. S'agissant non plus de fiction, mais de réalité, les journalistes de l'hebdomadaire satirique, *Le canard enchaîné*, dans un numéro daté du 28 novembre 1984, ont révélé comment, avec un simple minitel, ils avaient pu, notamment, obtenir des renseignements sur les essais nucléaires français. Plus récemment, un « pirate » belge a pu avoir accès à l'ordinateur sur lequel le Premier ministre de ce pays et les membres du gouvernement enregistraient un certain nombre d'informations confidentielles — ordre du jour des conseils des ministres, documents personnels, etc. Non seulement le « pirate » lisait ces informations, mais il avait pu en introduire d'autres (*Le Monde*, 25 oct. 1988). Plus grave encore, en R.F.A. des « pirates » se livraient à l'espionnage au profit des Soviétiques. Ils auraient fourni à leurs services secrets l'accès à d'importants centres informatiques occidentaux (« Expertises des systèmes d'information », mars 1989, n° 115, p. 89). L'importance de cet espionnage a, par la suite, été minimisée.

paraissent condamner à l'impuissance les tribunaux confrontés à une forme nouvelle de criminalité.[5]

Il est vrai qu'en notre domaine le juge n'a pu, dans un certain nombre de cas, que constater qu'il ne disposait pas des moyens juridiques qui lui permettraient de sanctionner un comportement qui avait, pour reprendre une expression du doyen Carbonnier à un autre propos, « figure reconnaissable de délit »[6].

Ce constat d'échec n'est heureusement pas général. Il est en effet admis depuis longtemps que le principe de la légalité des incriminations ne lie pas le juge, au point de lui interdire l'application d'un texte à des situations infractionnelles inconnues lorsque ce texte est devenu applicable pourvu, toutefois, qu'elles puissent « entrer » dans la formule légale. Ce faisant le juge ne fait que se conformer à la *ratio legis*, à la volonté de ceux qui ont fait la loi.

Toute la question dès lors est de savoir par où passe la frontière entre l'application possible et celle qui ne l'est pas. Cette interrogation, qui renvoie au rôle du juge pénal, à son pouvoir d'interprétation, est classique[7]. L'apparition des nouvelles technologies, pouvant démultiplier l'efficacité des comportements délictueux — comme des non délictueux d'ailleurs — ou en faire apparaître d'inédits, constitue seulement une incitation à s'y soumettre une fois encore (I). Mais elle n'est pas la seule interrogation suscitée par cette nouvelle délinquance : celle-ci provoque également un débat sur la politique législative à suivre en ce domaine. Face aux limites constatées de « l'adaptabilité » d'une règle préexistante à une situation délictueuse inédite, le législateur est parfois sommé d'élaborer une règle de droit qui réponde à ce problème. Notre arsenal répressif s'est ainsi enrichi, plus ou moins récemment, d'incriminations directement liées à l'apparition de nouvelles technologies. Peut-être peut-on tirer de l'observation de certaines de ces incriminations nouvelles quelques enseignements de politique législative (II).

I. — NOUVELLES TECHNOLOGIES ET INCRIMINATIONS PRE-EXISTANTES

Il serait concevable de dresser un bilan de la situation en faisant apparaître, à l'actif, les hypothèses dans lesquelles le juge a pu qualifier, par application d'un texte préexistant, une situation délictueuse dans laquelle était impliquée une technologie inconnue lors de l'élaboration de ce texte. Au passif seraient portés les échecs, c'est-à-dire les hypothèses où le juge, pourtant de prime abord placé dans la même situation, a refusé de qualifier. Cette méthode ne serait pas sans intérêt : elle permettrait notamment de désigner nommément les lacunes de notre droit, invitant le législateur à la réflexion, d'éventuelles victimes à la prudence. Mais, outre que nous ne sommes pas sûrs de pouvoir dresser un bilan exhaustif de ces diverses hypothèses, une telle méthode aurait l'inconvénient de produire un résultat sujet à se périmer plus

5. Sur l'aspect criminologique et, plus largement, sur le phénomène social que représentent ces nouvelles formes de délinquance : M. Frydlender, *La fraude informatique : étude phénoménologique et typologies appliquées au contexte français*, thèse Paris, spécialité informatique (1985).

6. Expression employée à propos d'un autre débat — celui de la complicité de tentative non punissable, *in* « Du sens de la répression applicable au complice, selon l'article 59 du code pénal », J.C.P. 1952. I. 1034.

7. Cf. la thèse de S. Belaid, *Le pouvoir créateur de la jurisprudence*, L.G.D.J.

ou moins rapidement. C'est pourquoi il nous a semblé plus intéressant d'essayer de dresser une typologie des hypothèses dans lesquelles l'adaptation du droit pénal par le juge a été possible (A) et celles dans lesquelles elle ne semble pas l'être, afin d'essayer d'en tirer un enseignement sur les limites du pouvoir d'interprétation du juge pénal (B).

A. – *L'adaptation possible*

Pour constituer notre typologie nous sommes partis d'exemples jurisprudentiels, plus ou moins récents, dans lesquels il y a eu effectivement application par le juge de textes d'incrimination à des situations inédites au moment de l'entrée en vigueur de ces textes. Il nous a semblé que ces exemples permettaient de dégager deux types de situations d'adaptation. Le premier pourrait être illustré par la position qui a finalement prévalu dans les affaires de « vol d'électricité ».

On sait que la nature particulière du bien soustrait, inconnu des rédacteurs de l'article 379 du code pénal, avait amené les juges à s'interroger sur la possibilité d'appliquer ce texte à des faits d'appropriation indue d'électricité. La Chambre criminelle avait fini par mettre fin à ces incertitudes, en décidant que le texte était applicable quand il avait été fait usage d'un branchement clandestin, destiné à prélever le courant électrique contre la volonté de la compagnie distributrice[8].

Dans le deuxième exemple, moins connu que le précédent, la question était de savoir si les dispositions relatives à la diffamation par voie de presse, contenues dans la loi du 29 juillet 1881, étaient applicables à la diffamation par la voie de la radio, du cinéma, voire du disque ou de la télévision. Ici encore la réponse jurisprudentielle fut positive[9].

Si dans le premier exemple, comme dans le second, il y a eu application de la loi à des situations inconnues lors de son entrée en vigueur, l'analyse fait apparaître que, pour proches qu'elles soient, l'économie de ces situations n'est pas identique. Pour le vol d'électricité, en effet, la difficulté provenait de ce que l'objet de l'infraction était nouveau. Pour la diffamation, c'était les moyens employés pour commettre le délit qui n'étaient pas entrés dans les prévisions du législateur. Il n'empêche que, dans un cas comme dans l'autre, le juge a accepté de passer outre à cet obstacle.

Le problème ne se pose pas différemment aujourd'hui, lorsqu'une nouvelle technologie se trouve impliquée dans un processus ayant l'apparence d'un délit. Il peut y avoir application d'une qualification pénale préexistante à ce processus, que la nouvelle technologie en soit l'objet (*a*) ou le moyen (*b*).

8. Crim. 3 avr. 1912, S. 1913. I. 337, note J. A. Roux.
Au cas de trucage du compteur, en vue d'empêcher l'enregistrement de la consommation, la Chambre criminelle a longtemps décidé qu'il y avait escroquerie, voire tromperie sur la qualité de marchandises consommées et application, en ce cas, de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes (Crim. 22 oct. 1959, *Bull. crim.* n° 447). Dans une décision plus récente, c'est pourtant la qualification de vol qui a été retenue (Crim. 11 oct. 1978, D. 1979. 76, note J. Vuitton).

9. Crim. 14 janv. 1971, 2 arrêts, D. 1971. 101, rapport de M. Chapar. Cette solution sera confirmée par la loi du 1er juillet 1972. Sur la diffamation par voie de télévision : M. Goulesque, cette *Revue*, 1971.185 ; Crim. 14 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1980. 1. 141, P. L. G.

a) Nouvelles technologies, objet d'infraction

Une des nouvelles technologies qui a fait le plus l'objet d'infractions au cours de ces dernières années est l'informatique[10]. Cette nouvelle technologie demande, en effet, la mise en oeuvre de moyens souvent onéreux, d'où l'idée de se les approprier frauduleusement. Un ordinateur, par exemple, pourra être obtenu à la suite d'un vol, d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. Il pourra faire l'objet d'autres atteintes encore au droit de propriété, telles que dégradations ou destructions. Mais, quelle que soit la forme qu'ait pu prendre l'atteinte dans les exemples précités, il n'y aura pas de problèmes de qualification pénale dans la mesure exacte où l'objet de l'atteinte, quel que soit le caractère avancé de sa technologie, appartient à une catégorie juridique identifiée et protégée par la loi pénale.

A cet égard, l'exemple de ce que l'on appelle, désormais communément, le « piratage informatique » montre bien où se situe la frontière entre l'adaptation possible du texte incriminateur et celle qui ne l'est pas. Sans entrer dans les détails, le piratage peut prendre deux formes principales : l'une consiste en l'appropriation frauduleuse de logiciel et d'information et l'autre en ce que certains auteurs appellent « le vol de temps machine ». Pour ce qui est de l'appropriation frauduleuse de logiciel il n'y a pas de difficulté de qualification pénale lorsque cette appropriation emporte appropriation du support matériel de celui-ci. L'appartenance incontestable de ce support à la catégorie des meubles corporels permettra, selon les cas, de parler de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, voire de recel. Ces qualifications classiques pourront même être retenues si l'appréhension du support matériel a eu lieu l'espace d'un instant — l'instant nécessaire pour prendre une copie par exemple. N'y a-t-il pas eu, en ce cas, soustraction frauduleuse le temps utile à la reproduction ?[11]. De tels agissements, on le voit, ne posent, grâce aux vertus de l'interprétation déclarative de la loi pénale, que des problèmes de preuve : leur qualification pénale, plus ou moins malaisée, est néanmoins possible.

Il n'en va pas de même, en revanche, lorsque les agissements du « pirate » sont plus subreptices et que l'appropriation du logiciel résulte d'une imitation grâce, notamment, à l'usage de progiciels[12].

Cette question, qui pose des problèmes économiques considérables, a trouvé désormais une réponse dans la loi du 3 juillet 1985[13]. Il ne nous semble pas cependant sans intérêt d'examiner comment, avant l'intervention législative, elle était abordée tant en doctrine qu'en jurisprudence. Certains auteurs soutenaient que l'information, qu'elle soit contenue dans un logiciel, ou dans tout autre support, était un bien, susceptible d'appropriation, « relié

10. Sur l'ensemble de la question, R. Gassin, « Le droit pénal de l'informatique », D. 1986. 35, ou Collectif, *Droit de l'informatique*, Lamy, 1987.

11. A l'appui de cette affirmation, on peut citer le célèbre arrêt *Logabax* du 8 janv. 1979, D. 1979. 509, note Corlay, dans lequel la Chambre criminelle a approuvé la qualification de vol appliquée aux agissements d'un employé qui avait photocopié, à des fins personnelles, des documents appartenant à son employeur. Il convient, toutefois, de rappeler que cette interprétation de l'article 379 du code pénal n'a pas fait l'unanimité. V. notamment les observations de Mme M.-L. Rassat, J.C.P. 1981. I. 3041.

12. La définition du progiciel, donnée par les pouvoirs publics, est la suivante : « ensemble cohérent et indépendant constitué de programmes, de services, de support de manipulation ou d'information (bordereaux, langages, ...) et d'une documentation conçue pour réaliser des traitements informatiques standard, dont la diffusion revêt un caractère commercial et qu'un usager peut utiliser de façon autonome, après une mise en place et une formation limitée », citée *in*, Lamy, *op. cit.* n° 48.

13. Loi du 3 juill. 1985, D. 1985. Législ. 356 et 588.

à son auteur par une relation juridique de possédant à possédé »[14]. Les conclusions tirées de cette analyse étaient diverses mais l'on n'hésita pas à en déduire que l'information, à elle seule, pouvait donner lieu à vol, recel, escroquerie, abus de confiance, tout au moins lorsque l'appropriation frauduleuse était suivie d'une activité matérielle, par laquelle se réalise le transfert de l'information d'un patrimoine à un autre[15].

L'autre direction, prise par le débat, fut celle de l'application, en l'espèce, de la protection pénale des propriétés incorporelles et, principalement, de la propriété littéraire et artistique. La question étant alors de savoir si les programmes étaient « des oeuvres de l'esprit originales », protégées par les articles 425 et 426 du code pénal, relatifs à la contrefaçon, ou s'ils étaient de simples méthodes ou assemblages technologiques que la loi ne protégeait pas. Dans un arrêt du 7 mars 1986, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation consacra la première thèse, majoritairement soutenue en doctrine et récemment consacrée par la loi[16]. Le rattachement, par la Cour de cassation, du logiciel à une catégorie connue — celle des biens corporels — lui avait permis, avant même l'intervention législative, de sanctionner des comportements constituant une atteinte incontestable au patrimoine. Les difficultés surgissent seulement lorsque cette opération de rattachement n'est pas incontestable. C'est le cas, par exemple, lorsque la technologie nouvelle se coule mal dans un moule qui, à l'évidence, n'a pas été fait pour elle. On le voit bien dans l'hypothèse dite de « vol de temps-machine », phénomène qui peut, dans certains cas, prendre des proportions inquiétantes. Si celui qui utilise l'ordinateur à son profit personnel et à l'insu de son propriétaire est un salarié du service informatique d'une entreprise ou d'une administration, on pourra retenir la qualification d'abus de confiance[17]. En revanche, si l'utilisateur est étranger à l'entreprise ou à l'administration, son incrimination est beaucoup plus difficile. Dira-t-on, par référence à la jurisprudence en matière d'« emprunt » d'automobile qu'il y a vol d'usage ? Cette qualification, déjà contestable s'agissant de l'utilisation frauduleuse d'une automobile, est parfaitement inapplicable à notre hypothèse, dans la mesure où l'ordinateur n'est pas appréhendé, même momentanément. Mieux, en cas de « piratage télématique », il n'y aura eu aucun contact avec l'ordinateur ; tout aura été fait à distance. C'est pourquoi la qualification la plus plausible paraît être, à certains auteurs, celle de « vol d'énergie, vol d'électricité... commis au préjudice de l'utilisateur légitime »[18]. Sans prendre parti sur le bien-fondé de la solution ainsi proposée, nous pensons qu'elle met en lumière les limites de l'interprétation déclarative. Celle-ci n'est acceptable que si elle ne passe pas par une sollicitation excessive des notions, tant juridiques que parajuridiques.

Des remarques analogues peuvent être faites, lorsque la nouveauté ne tient plus à l'objet sur lequel porte l'infraction, mais aux moyens qui ont servi à la commettre.

14. P. Catala, « Les transformations du droit par l'informatique », *in Emergence du droit de l'informatique*, éd des Parques, 1983, p. 264 ; du même auteur : « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984. chron. 97. Pour une approche voisine : M. Vivant, « A propos des biens informationnels », J.C.P. 1984. I. 3132. V. aussi : M. P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985. chron. 43.

15. En ce sens : M. P. Lucas de Leyssac, article préc.

16. Ass. plén. 7 mars 1986, D. 1986. 406, concl. J. Cabannes et note B. Edelman.

17. En ce sens, R. Gassin, article préc. Encore faut-il que l'ordinateur ait été confié par le contrat de travail au salarié : V. sur ce point Lamy, *op. cit.* p. 1263.

18. Lamy, *op. cit.* p. 1263.

b) Nouvelles technologies, moyen de commettre une infraction

Que le délinquant utilise une nouvelle technologie pour commettre un délit augmentera peut-être son efficacité, ce qui est légitimement inquiétant, mais, le plus souvent, ne perturbera pas l'opération de qualification. Il est possible de le montrer à l'aide de quelques exemples empruntés, ici encore, au domaine de l'informatique. Les ouvrages spécialisés donnent ainsi de nombreuses illustrations de ce qu'ils appellent « l'escroquerie informatique ». Celle-ci est multiforme : elle peut consister en l'utilisation d'une carte magnétique, dérobée – ou non restituée – ou en l'usage d'un « faux identifiant d'accès » (« code »). Il peut aussi s'agir de « manipulations informatiques » permettant à un employé de banque « d'écrêter », à son profit, tous les comptes gérés par lui ; les sommes ainsi amassées subrepticement, dizaine de centimes par dizaine de centimes, peuvent être, à la longue, considérables. Dans certains cas enfin, on parlera de « hold up informatique », l'ordinateur étant utilisé pour réaliser des transferts de fonds fictifs[19]. Quelle que puisse être l'inquiétude soulevée par de tels agissements, notamment en ce qui concerne leur détection ou, plus important encore, leur prévention, leur qualification juridique quant à elle ne provoque pas d'état d'âme : il y a évidemment escroquerie. La mise en oeuvre de moyens nouveaux, fournis par une technique de pointe, pour s'approprier des fonds, est un épiphénomène. Le juge retiendra seulement qu'il y a eu manoeuvres frauduleuses[20].

Sans multiplier les exemples, on voit donc que, lorsque la nouveauté de l'infraction réside seulement dans la nouveauté des moyens utilisés pour la commettre, il est possible de la sanctionner, en lui faisant application de textes préexistants à l'apparition de ces moyens. Il n'en va autrement que si le texte d'incrimination vise l'usage d'un ou plusieurs moyens nommément désignés dans la loi. En effet il ne saurait être question de régler la difficulté en qualifiant une telle liste de simplement énonciative – à moins que le texte n'y invite expressément. Le raisonnement analogique étant, par ailleurs exclu, la seule issue possible paraît être dans un aveu d'impuissance. L'examen de la jurisprudence, cependant, montre que tel n'est pas toujours le parti suivi par le juge. Pour s'en convaincre, il n'est que de rappeler l'exemple précité de l'application de la loi du 29 juillet 1881. Ce texte, en son article 29, vise « la diffamation publique par les journaux, les affiches ou au cours de réunion ». Bien que la liste des moyens, par lesquels se réalise la publicité de la diffamation, semble être limitative, ce texte a été déclaré applicable à la diffamation par la voie de la radio, du cinéma, du disque ou de la télévision, avant même que la loi ne fût modifiée et ne vise, de façon générique, la diffamation réalisée par « tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image ». La référence à la *ratio legis* avait permis de faire passer, au premier plan, le concept de publicité et de traiter comme une question secondaire celle des moyens utilisés pour réaliser cette publicité.

Il est pourtant des hypothèses dans lesquelles cette adaptation du droit pénal est déclarée impossible par le juge : pourquoi se refuse-t-il à accomplir ce qu'il n'hésite pas à faire dans d'autres cas ? Quelle logique préside à cette disparité de traitement : autant de questions que l'examen de ces hypothèses de refus permettra, peut-être, d'éclairer.

19. Sur ce sujet, V. notamment : M. Massé, « Banque, fraude informatique », cette *Revue*, 1985.101.
20. Pour une application récente de cette qualification : Bordeaux, 25 mars 1987, D. 1987. 424 ; J. Pradel, cette *Revue*, 1988.309.

B. – *L'inadaptation certaine*

Ce sont ces hypothèses qui font parler de « vide juridique » – vide d'autant plus mal ressenti, en droit pénal, qu'il conduit à l'impunité de comportements globalement perçus comme « anti-sociaux ». Le prototype « historique » de ces lacunes du droit pénal est fourni par l'exemple de la filouterie d'aliments. Plus proche de nous, on peut citer l'hypothèse, concrètement réalisée, d'évasion par hélicoptère, c'est-à-dire sans « bris de prison ni violence ». Ou encore, et se rapportant davantage à notre sujet, l'utilisation abusive d'un distributeur de billets de banque[21]. Toutefois, bien que dans ces divers cas l'on puisse parler de mise en échec du système répressif, il ne nous semble pas que ces échecs soient exactement de même nature.

Si l'on prend l'hypothèse de l'évasion par hélicoptère – hypothèse qui, à notre connaissance, n'a pas donné lieu à une décision sur le fond – l'échec de la répression viendrait de ce que le texte d'incrimination énonce avec précision et limitativement les moyens d'évasion ce qui interdirait au juge, au moins théoriquement, d'en viser d'autres. On peut, en effet, penser que, comme en matière de diffamation, le juge pourrait faire prévaloir le concept contenu dans le texte – ici celui d'évasion – et sanctionner un comportement qui constitue, quels qu'auraient été les moyens employés, une évasion.

Ce raisonnement, en revanche, n'est pas possible – tout au moins ici encore sans une sollicitation excessive des textes – dans les hypothèses correspondant au premier et au troisième exemple (filouterie et utilisation abusive de distributeur). En effet, et pour s'en tenir à la seule utilisation abusive de distributeurs de billets de banques, force est bien de constater que toutes les tentatives faites pour rattacher ce comportement à une qualification pénale connue n'entraînent pas la conviction. Elles n'ont d'ailleurs pas convaincu la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 24 novembre 1983, à la vérité assez laconique, a relevé que les faits reprochés au prévenu s'analysaient en « l'inobservation d'une obligation contractuelle » et n'entraient « dans les prévisions d'aucun texte répressif »[22]. Commentant cette décision, un auteur se demande pourquoi la cour a décidé de « tracer ici la limite que le principe d'interprétation stricte interdit de franchir »[23] alors qu'en d'autres occasions elle n'a pas hésité à étendre la portée des textes. Sans doute la réponse à cette interrogation est-elle faite d'éléments multiples – y compris de « politique jurisprudentielle » – mais ne peut-on pas risquer l'idée que, comme en matière de filouterie, il y avait là un comportement proche de beaucoup d'autres, mais assimilable à aucun ? Par sa nouveauté même ce comportement, déjà difficile à simplement nommer de façon précise par référence à un concept connu, est juridiquement inqualifiable. La circonstance qu'il ne soit possible que par la mise en oeuvre d'un moyen technologiquement nouveau nous semble, en définitive, secondaire. Plus que le moyen, c'est le processus délictueux lui-même qui est nouveau et qui empêche l'opération de qualification.

Nous constatons donc que les difficultés d'adaptation du droit pénal aux problèmes posés par l'apparition des technologies nouvelles ne sont pas

21. C'est-à-dire par une personne sachant que son compte n'est pas approvisionné.
22. D. 1984. I.R. 306 et 465 ; L. de Leyssac, D. 1985. I.R. 46.
23. W. Jeandidier, « Les trucages et usages frauduleux de cartes magnétiques », J.C.P. 1986. I. 3226.

toutes de même nature. Il en résulte que la nécessité d'une intervention du législateur ne se présente pas, dans tous les cas, avec la même urgence.

II. – NOUVELLES TECHNOLOGIES ET INCRIMINATIONS NOUVELLES

Le fait est que certaines nouvelles technologies sont à l'origine d'interventions législatives dans une période plus ou moins récente (A) ; elles suscitent également un débat de politique législative (B).

A. – *Les interventions législatives engendrées par les nouvelles technologies*

Restant dans le contexte de nos précédents exemples nous nous sommes intéressé à la loi du 6 janvier 1978, connue sous le nom de loi « informatique et liberté »[24] à celle du 3 juillet 1985 relative au droit d'auteur[25] et enfin à celle du 6 janvier 1988[26].

Au point de vue du droit pénal de fond, c'est-à-dire des incriminations créées, il nous a semblé que ces lois n'avaient pas toutes la même portée novatrice. En effet, la loi « informatique et liberté » met en place un dispositif répressif totalement inédit. Qu'il s'agisse des infractions commises dans la mise en oeuvre de traitements informatisés, d'infractions au droit de contrôle des intéressés sur les données traitées, ou d'entrave à l'activité de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, le texte décrit des processus infractionnels nouveaux. Sans cette intervention législative, ces agissements – bien que pouvant porter atteinte à des valeurs reconnues, et notamment à l'intimité de la vie privée – ne pouvaient être sanctionnés. Ainsi qu'on le sait, une des idées essentielles de cette loi est qu'un traitement informatisé doit avoir une finalité suffisamment déterminée, obligatoirement précisée dans la demande d'avis ou la déclaration effectuée en application des articles 15, 16 ou 17 de la loi[27]. Il est à noter que ce principe de finalité est également consacré par la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du Conseil de l'Europe, signée et ratifiée par la France (les données sont « enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités »). Le maître du traitement s'engage donc à respecter les finalités déclarées. S'il ne le fait pas, il s'expose à des sanctions pénales. Ainsi que l'écrit un auteur : « le droit pénal français connaissait le détournement des personnes et des biens. Il sanctionne aussi maintenant, par le biais d'un droit pénal technique, le non-respect d'un engagement pris »[28].

24. Sur la loi informatique et liberté : P.A. Weill, « Etat de la législation et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *Sté de législ. comp.* rapport aux IIIes Journées franco-suisses. Dijon, 13-15 oct. 1986. V. également Lamy, *op. cit.* p. 1238 et s.

25. D. 1985. 356. Pour l'analyse de la loi : J. Huet, « Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur », D. 1985. chron. 261.

26. *J.O.* 6 janv. 1988, p. 231.

27. La loi attribue compétence en ce domaine à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Sur le rôle de cette commission : *5e Rapport d'activité de la CNIL*, Doc. Fse 1985, p. 34.

28. Obs. de J. Freyssinet sur Trib. grande inst. Rennes, 8 déc. 1989 *in Expertises des systèmes d'information*, janv. 1989, p. 30. Pour d'autres applications récentes de la loi : Crim. 3 nov. 1987,

Pour ce qui est de la seconde loi étudiée, elle a eu seulement pour objet d'étendre l'application des dispositions de la loi du 11 mars 1957, sur le droit d'auteur, aux logiciels, ainsi qu'aux phonogrammes et vidéogrammes. Le « piratage » de ces oeuvres de l'esprit relève désormais expressément du délit de contrefaçon. Cette intervention législative répond, de façon explicite, à l'interrogation qui avait pu se faire jour relativement à la nature juridique de ces biens nouveaux, objets d'infraction. La loi précise ainsi le champ d'application d'une qualification ancienne, mais n'en crée pas de nouvelles. Sa nécessité était, de ce fait, moins impérieuse, comme en témoigne d'ailleurs l'arrêt de la Cour de cassation précédemment cité, dans lequel la Cour n'avait pas hésité à faire application au logiciel de la loi de 1957, dans son état primitif[29].

Nous nous arrêterons un peu plus longuement sur la loi plus récente n° 88-19 du 5 janvier 1988, relative à la fraude informatique. D'après l'exposé des motifs, l'objectif du législateur a été de combler un « vide juridique » et de « trancher les hésitations jurisprudentielles et les querelles doctrinales »[30].

Six nouveaux délits sont introduits par ce texte dans le code pénal. Les trois premiers, visés aux articles 462-2, 462-3 et 462-4, concernent respectivement, le délit d'accès frauduleux dans un système informatique, celui d'entrave au fonctionnement d'un système informatique et celui d'abus d'autorisation d'accès à un système informatique. Les trois derniers — articles 462-5, 462-6 et 462-8 — incriminent respectivement le délit de falsification de documents informatisés, celui d'usage de ces documents et l'association en vue de commettre les infractions prévues aux articles 462-2 à 462-6.

Dès la première lecture, il apparaît que ces textes ne présentent pas le même degré d'innovation : alors que les trois premiers paraissent avoir une spécificité, directement liée à la technique informatique, les derniers semblent se référer à des notions plus connues. Reste à voir si l'analyse confirme cette première impression.

Le premier délit incriminé par la loi est donc celui « d'accès frauduleux à un système informatique ». Ce délit est réalisé dès lors qu'un individu non autorisé s'introduit dans un système de traitement automatisé de données[31] : la tentative d'introduction est également punissable. La Commission des lois de l'Assemblée nationale avait suggéré que seul l'accès à un système protégé par un dispositif de sécurité soit punissable. Le rapporteur faisait valoir, à l'appui de cette exigence, sa valeur pédagogique à l'égard des propriétaires

Bull. crim. n° 382, cette *Revue*, 1988.295 : la Cour de cassation consacre le caractère d'infraction matérielle du délit de traitement automatisé d'informations nominatives sans déclaration préalable. V. également Trib. grande inst. Créteil, 10 juill. 1987, D. 1988. 319, note J. Freyssinet : pouvait-on appliquer la loi à des informations recueillies dans un cahier, celui-ci étant assimilé à un fichier ? Conçue pour une nouvelle technologie, la loi était-elle applicable à cette technique ancienne de consignation de l'information ?

29. A propos du piratage de logiciel, la cour d'appel de Paris, 20 oct. 1988 — *Expertises*, janv. 1989. 62 — a donné une interprétation de l'article 47 de la loi du 3 juillet 1985, relative aux copies de sauvegarde. Ce texte reconnaît à l'utilisateur d'un logiciel la possibilité d'en faire une copie de sauvegarde, destinée à remplacer l'original en cas de destruction accidentelle du logiciel ; il y a là une permission de loi. En revanche, la société qui offre aux acheteurs d'un logiciel le moyen d'obtenir des copies en nombre illimité s'ajoutant à celle de sauvegarde se rend coupable d'instigation à la contrefaçon.

30. Exposé des motifs de la proposition de loi déposée par le groupe R.P.R. à l'Assemblée nationale et présentée par M. le député Godfrain, *Déb. parlem.* 1986-87, n° 352, p. 3. Sur le texte : B. Bouloc, cette *Revue*, 1988.557 ; J.-P. Buffelan-Lanore, « La répression de la fraude informatique », *in Expertises des systèmes d'information*, 1988, n° 103, p. 55 à 59 et n° 104, p. 99 à 110.

31. Le Sénat aurait souhaité que la notion de système de traitement informatisé de données soit définie par la loi elle-même. V. *Déb. parlem.* 1986/87, n° 1087, p. 4 et 5.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

de systèmes qu'elle inciterait à agir efficacement pour interdire l'accès au dit système[32]. C'était un peu comme si l'on disait que le délit de vol ne serait constitué que si l'objet volé avait été placé hors d'atteinte. Cette proposition n'a pas été retenue. Outre qu'elle posait un problème technique, souligné par le rapporteur lui-même, de détermination du seuil de protection au-delà duquel le délit serait constitué, elle allait à l'encontre de la conception classique de l'intention coupable. Celle-ci ne doit-elle pas être analysée chez l'agent de l'infraction lui-même, indépendamment de la difficulté de réalisation de l'infraction ? Pour qu'il y ait intention coupable, ne suffit-il pas que l'auteur de l'infraction ait été conscient d'agir sans droit ? Peu importe que son action ait été aisée ou malaisée. La solution finalement admise est conforme à cette conception : pour que le délit soit constitué, il suffit que l'individu ait eu conscience d'accéder à un système de données, contre le gré du maître du système et ceci quelle que soit la facilité d'accès et, nous ajouterons, quel que soit son mobile, l'intérêt ou le jeu[33]. En revanche, si l'accès au système est si facile que l'on peut y pénétrer, sans l'avoir voulu, l'infraction ne sera pas constituée faute d'élément moral. Seulement, si celui qui est ainsi entré, par inadvertance, dans le système, s'y maintient en connaissance de cause, le fait de s'y maintenir le rend coupable, ainsi que le prévoit l'article 462-2. Dans les deux cas, nous sommes en présence de ce qu'il faut bien appeler des délits-obstacles, constitués quelles qu'aient été les suites de l'accès ou du maintien frauduleux. Cette incrimination nouvelle évoque, certes, d'autres comportements délictueux — telle la violation de domicile ou du secret des correspondances — mais le comportement qu'elle sanctionne ne peut être assimilé à aucun de ceux-ci. En cela cette incrimination est véritablement novatrice.

L'article 462-3 nouveau du code pénal vise, quant à lui, « quiconque aura intentionnellement et au mépris des droits d'autrui entravé ou faussé le fonctionnement d'un système automatisé de données ». Pour apprécier la portée novatrice de ce texte, le recours aux travaux préparatoires de la loi est plus indispensable encore que pour le précédent. A la lecture de ceux-ci, il apparaît que l'article 7 de la proposition de loi avait pour objectif d'étendre les sanctions de l'article 434 du code pénal, visant ceux qui détruisent ou détériorent volontairement des biens mobiliers appartenant à autrui, à la destruction ou à la détérioration volontaires de données ou de programmes enregistrés. Etait notamment visée la pratique consistant à saboter des systèmes de données par introduction de « bombes logiques » plus connues sous le nom de virus[34]. Il s'agissait donc seulement de sanctionner une forme particulière d'atteinte à la propriété d'autrui, quel qu'en ait été le résultat. Tout

32. *Déb. parlem.* 1986/87, rapport de M. André, n° 744, spéc. p. 13.

33. Dans l'article précité, M. Buffelan-Lanore suggère que l'on puisse admettre l'accès au système par une personne non autorisée « si cette dernière ne se branche que pour effectuer une manoeuvre urgente de sauvegarde des données ... autrement dit dans un but de protection des intérêts du maître du système, lui-même ou ses préposés étant empêchés d'agir », p. 101. Il s'agirait en somme d'une infraction dans l'intérêt de la victime, justifiée par l'état de nécessité.

34. Sur les problèmes de responsabilité civile ou pénale posés par cette question des « virus », V. M. Alain Bloch : « Virus : responsabilité juridique », *in Expertises des systèmes d'information*, févr. 1989, n° 114, p. 52 et 53. Cette même revue signale, dans son numéro de mars 1989, p. 88, des cas de sabotage commercial, par introduction de virus, aux conséquences économiques graves. Notamment celui d'un « hypermarché » dont des concurrents seraient soupçonnés d'avoir introduit un « virus de fragmentation » dans un logiciel d'approvisionnement. Le magasin n'était plus livré et les stocks baissaient de façon inexplicable. Résultats : 11 millions de F de manque à gagner et un mois de travail pour retrouver une situation normale. Il est évident que de tels agissements, s'ils étaient établis, tomberaient sous le coup de l'article 462-3 du code pénal : 3 mois à 3 ans d'emprisonnement et/ou amende de 2 000 à 500 000 F.

en reprenant à son compte cet objectif, le rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale a estimé que « l'extension à la matière informatique des incriminations sanctionnant les atteintes aux biens préjugerait du statut de l'"information" en général, question très controversée en doctrine ». C'est pourquoi, un texte spécifique a été adopté, visant le fait d'« entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système automatisé de données informatiques ». On peut se demander si ce texte poursuit bien l'objectif initial ou si l'introduction du terme « entraver » ne lui a pas donné une portée novatrice qu'il n'avait pas à l'origine. En effet, pour ceux qui introduisent des instructions parasites et altèrent ainsi le fonctionnement de l'ordinateur, le terme de « fausser » suffisait. L'introduction du terme « entraver » conduit à se demander quels comportements se trouvent ainsi visés ? Les salariés qui, par leur grève, paralysent le fonctionnement de l'ordinateur, tombent-ils sous le coup de la loi ?[35]. Le fournisseur qui s'avère incapable de fournir à temps le programme nécessaire au fonctionnement de l'ordinateur de son client verra-t-il ce dernier choisir la voie pénale, accompagnée d'une constitution de partie civile, lui permettant d'obtenir, beaucoup plus rapidement satisfaction ? Ces deux exemples, qui viennent assez spontanément à l'esprit, ont été expressément écartés du champ d'application de la loi lors des débats[36]. Catégoriquement pour le premier — le droit de grève étant constitutionnellement reconnu ; de façon plus nuancée pour le second[37]. Certes n'importe quel comportement paralysant le fonctionnement de l'ordinateur ne pourrait être poursuivi sous la qualification d'entrave : la loi exige qu'il soit intentionnel et au mépris des droits d'autrui. Mais, ces conditions étant remplies, la loi ne permettra-t-elle pas de poursuivre celui qui, par un comportement quelconque, empêche le fonctionnement de l'ordinateur ? Ce dernier ne présente-t-il pas aujourd'hui un intérêt si « vital » dans certains secteurs que l'on puisse justifier qu'empêcher son comportement normal tombe sous le coup de la loi, tout autant qu'entraver la circulation des chemins de fer ? C'est au juge, en définitive, qu'il appartiendra, comme pour beaucoup de textes nouveaux, de préciser, sur ce point, la portée novatrice de la loi[38].

Le troisième délit, dont la création est directement liée à l'informatique, est celui prévu à l'article 462-4 du code pénal. L'hypothèse, à la différence de la précédente, vise celui qui, autorisé à pénétrer dans un système informatique, profite de cette autorisation pour commettre un certain nombre d'abus. Ces abus pourront résider dans l'introduction de données dans un système de traitement automatisé ou, au contraire, dans leur suppression ; ils pourront aussi consister en la modification de données contenues dans un système, ou en la modification de leur mode de traitement ou de transmis-

35. Rapport Commission des lois Ass. nat. préc. p. 10. L'hypothèse n'est évidemment pas d'école : la revue *Expertises* de mars 1989, n° 115, p. 88, signale le cas de la grève des employés du centre informatique d'une caisse d'allocations familiales de la région parisienne, empêchant le versement de toutes prestations aux allocataires. Six des sept agents en grève avaient même « séquestré » l'ordinateur.

36. Rapport préc. *eod. loc.*

37. « On peut estimer que ne saurait être qualifié d'entrave le simple refus de poursuivre la fourniture de données », motivé par l'existence d'un litige contractuel, a affirmé le rapporteur. Rapport préc. *eod. loc.*

38. Que fera le juge ? s'interroge M. Buffelan-Lanore, s'il est saisi de poursuites pénales dirigées contre des salariés paralysant, par leur grève, le fonctionnement de l'ordinateur. Cet auteur estime, en revanche, que les défaillances contractuelles dans le domaine informatique relèveront désormais de ce texte. Article préc. p. 102. Telle n'est pas notre opinion ; tout au moins doit-on préciser que l'élément intentionnel devra être constaté.

sion. Ceci de manière intentionnelle et au mépris des droits d'autrui. Le texte va ainsi permettre de sanctionner pénalement toutes sortes de sabotages dont peuvent se rendre coupables, pour des raisons diverses, des utilisateurs autorisés de l'ordinateur. Mais, sera-t-il applicable à ces deux hypothèses, particulièrement discutées, que sont l'utilisation abusive de carte bancaire magnétique ou le vol de temps machine, pour lesquelles nous avions constaté les carences de notre système législatif ? Il ne fait pas de doute que le titulaire d'une carte de prélèvement bancaire est un utilisateur autorisé de l'ordinateur ; ne peut-on pas dire qu'en donnant l'ordre à la machine de lui remettre une somme à laquelle il n'a pas droit il y introduit des données, au mépris des droits du banquier et que, ce faisant, il abuse de son autorisation d'accès[39] ? La même conclusion ne s'imposera-t-elle pas pour celui qui, utilisant à son profit ordinateur et logiciel mis à sa disposition dans l'exercice de sa profession, y introduit des données « intentionnellement et au mépris des droits d'autrui » ? Là encore, tout dépendra de l'interprétation jurisprudentielle.

Les trois autres délits créés par la loi du 5 janvier 1988 concernent la falsification de documents informatisés (art. 462-5 nouveau c. pén.), l'usage de documents informatisés falsifiés (art. 462-6 nouveau c. pén.) et enfin ce que l'on peut appeler l'association de fraudeurs en informatique (art. 462-8 nouveau c. pén.). Ainsi que nous le disions plus haut, ces nouveaux délits renvoient incontestablement à des notions déjà connues : celles de faux et d'usage de faux ; celle d'association de malfaiteurs. Qu'apporte donc le texte nouveau par rapport aux dispositions préexistantes ? On sait que le faux « classique » n'est constitué que si le faussaire a rédigé un écrit à caractère probatoire (art. 150 et s. c. pén.). La nature particulière du support informatique, l'absence de stabilité des caractères magnétiques, empêchaient que l'on puisse considérer le document informatique[40] comme un écrit. Reste que l'attitude intellectuelle et morale du faussaire informatique ne diffère pas de celle du faussaire classique. Dans un cas comme dans l'autre il y a volonté d'altérer le contenu d'un document dans l'intention de tromper autrui. La loi nouvelle se borne donc à lever l'interrogation, née de l'immatérialité de l'enregistrement informatique, relativement à l'applicabilité des dispositions des articles 150 et suivants au faux informatique ; désormais un texte spécifique envisage expressément cette hypothèse. Ce texte précise, par ailleurs, s'agissant du faux matériel[41] que celui-ci est constitué sans qu'il y ait lieu de rechercher si la falsification a eu pour objet d'altérer la vérité ou, au contraire, de la rétablir. Sur ce point le texte reprend une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation[42]. En pratique, rien n'empêche les infractions de faux en écriture et de faux informatique de se trouver en concours réel — comme le montre une importante affaire, tranchée en application de la loi du

39. Pour M. Buffelan-Lanore — article préc. p. 103 — cela ne fait aucun doute : « il y a abus d'autorisation d'accès par le détenteur légitime d'une carte bancaire qui utilise son code secret d'accès pour effectuer des prélèvements multiples correspondant à des découverts non autorisés par l'organisme de crédit ».

40. M. Buffelan-Lanore — article préc. p. 105 — définit ainsi le document informatisé : « c'est un support d'informations obtenu par des moyens informatiques, c'est-à-dire sorti d'un appareil électronique ou électromécanique ou impressionné magnétiquement ».

41. Rappelons que le faux matériel consiste en une altération physique du support : ce pourra être, par exemple, la modification, par surimpression, des données d'une carte de crédit. Sur les différents moyens d'altération physique d'un document informatisé : M. Buffelan-Lanore, article préc. p. 106. La falsification intellectuelle résulte, quant à elle, d'une présentation mensongère de la réalité.

42. Crim. 29 juill. 1948, J.C.P. 1949. II. 4804, note Colombini.

5 janvier 1988, par le tribunal de grande instance de Paris[43]. Cette intéressante décision – la première publiée, semble-t-il, après la loi nouvelle – a montré que le délit d'introduction de données informatiques (art. 462-4 *supra*) et celui de falsification de documents informatisés (art. 462-5) pouvaient être et seront probablement très souvent en concours. Par ailleurs, il apparaît également dans cette espèce que les délits informatiques reprochés n'étaient que les instruments d'un abus de confiance : les coupables auraient donc pu être atteints, même sans les incriminations nouvelles.

Le sixième et dernier délit créé par la loi – article 462-8 nouveau du code pénal – est un délit d'association ou d'entente en vue de commettre « une ou plusieurs infractions prévues par les articles 462-2 à 462-6 ». Le texte précise qu'il doit y avoir association ou entente « en vue de la préparation concrétisée par un ou plusieurs faits matériels » de l'une ou l'autre de ces infractions. Cette exigence vient de la loi du 2 février 1981, qui a modifié l'article 265 du code pénal. Elle signifie que la simple intention ne suffit pas : il faut une intention matérialisée dans des actes. Pour le reste, le fait qu'il y ait volonté de commettre des infractions particulières, exigeant une certaine capacité technique, est peut-être significatif du point de vue criminologique ; il révèle une nouvelle forme de délinquance. Du point de vue juridique, le délit nouveau ne se distingue pas fondamentalement du délit d'association de malfaiteurs.

L'examen de la loi du 5 janvier 1988 ne contredit donc pas, en définitive, notre hypothèse de départ. Certaines de ses dispositions sont franchement nouvelles : elles correspondent à des processus délictueux nouveaux, directement liés à l'apparition de nouvelles technologies. D'autres ne sont qu'une mise à jour de notions anciennes, par la prise en compte de moyens nouveaux de commission d'infractions déjà connues. Incontestablement, s'il s'agit de combler un « vide juridique », l'intervention de la loi paraît plus nécessaire dans le premier cas que dans le second. Ce jugement sur la nécessité d'une intervention législative renvoie, en fait, à un débat de politique législative.

B. – *Nouvelles technologies et politique législative*

A cet égard le débat, tant doctrinal que parlementaire, qui a précédé l'adoption de la loi du 5 janvier 1988, nous a semblé assez révélateur des principales questions posées autour du constat de « vide juridique ». Questions de fond et questions de forme.

Sur le fond, un quasi-consensus paraît s'être rapidement établi sur le fait que ces comportements constituaient une atteinte à des valeurs qu'il fallait protéger.

C'est en effet un préalable – celui de l'illicite. Pour le reste, le débat était largement ouvert.

Ces comportements relevaient-ils de la responsabilité civile ou pénale – ou éventuellement des deux ? S'agissant notamment de l'usage abusif de carte bancaire magnétique, par son légitime détenteur, client de la banque, la question était ouvertement posée. Et il semble bien que la Cour de cassation, dans l'arrêt précité[44], en indiquant que, dans l'état du droit positif d'alors, ce

43. Trib. grande inst. Paris (2e ch.), 12 oct. 1988, *Expertises*, janv. 1989, n° 113, p. 32, obs. M. J.-P. Cochet.

44. Dans des réponses à des questions écrites, la Chancellerie avait également adopté une position négative, *J.O. déb.* Ass. nat. 25 août 1986, p. 2850 et 2 févr. 1987, p. 543.

comportement était pénalement inqualifiable, ait suggéré que sa sanction pouvait relever des mécanismes du code civil.

Mais, à supposer que la sanction pénale apparaisse nécessaire, comment y parvenir ? Faut-il faire confiance au potentiel d'adaptation contenu dans les textes existants et, en définitive, au juge ? L'apparition du « piratage » informatique a donné lieu à un débat de ce type, certains soutenant, comme nous l'avons indiqué plus haut, que la qualification de vol lui était applicable, ce qui était nié par d'autres[45]. Le recours à des textes anciens a tous les avantages et les inconvénients bien connus d'une construction jurisprudentielle.

La décision d'intervention législative étant prise, reste encore à déterminer comment le faire. Suffit-il de « retoucher » les textes existants, en y introduisant la dimension nouvelle, en l'espèce la dimension informatique ? Faut-il au contraire un texte nouveau spécifique ? La première méthode avait été retenue par les auteurs de la proposition de loi nouvelle présentée par M. Godfrain[46]. Pour l'essentiel il s'agissait d'étendre certaines incriminations du code pénal aux enregistrements informatiques (faux en écriture, dégradations et incendies volontaires, escroquerie et abus de confiance). Les créations nouvelles étaient limitées au minimum (répression de « l'entrée sans droit » et de sa tentative, « captation sans droit de données ou programmes enregistrés »). Une telle méthode a l'avantage de mettre l'accent sur l'unité fondamentale du droit pénal, que menace l'apparition de branches spécifiques — ou prétendues telles. Ce n'est pourtant pas cette méthode qui fut en définitive retenue. Mais celle consistant à regrouper l'ensemble des dispositions nouvelles dans un chapitre unique, formant « droit pénal de l'informatique » et inséré au titre II du livre III du code pénal. Cette seconde technique, proposée par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, fut approuvée par le Sénat. Sans doute l'impression de combler le vide juridique était-elle ainsi mieux atteinte. Par ailleurs, s'il est vrai que la loi nouvelle, comme toute loi pénale, édicte des incriminations et des sanctions pour les délits qu'elle définit, elle vise aussi, en amont, à dissuader de la commission de ces mêmes délits. Cet effet de dissuasion n'est-il pas mieux atteint si l'ensemble des dispositions législatives, visant à protéger telle ou telle valeur, sont regroupées dans un texte unique ? Le législateur ne réussit-il pas mieux ainsi son effet d'annonce ? Efficacité à double détente, mais aussi, en ce domaine de haute technologie, efficacité dont le législateur lui-même a souligné les limites. La loi ne peut pas pallier l'insuffisance des mesures techniques de sécurité : « la protection pénale mise en place, quelle qu'en puisse être la valeur pédagogique et dissuasive, ne saurait se substituer aux efforts des propriétaires ou exploitants pour assurer par eux-mêmes la sécurité de leurs systèmes »[47]. La mise en place d'une protection pénale ne doit pas conduire propriétaires ou exploitants de systèmes à se décharger de leur responsabilité à l'égard des tiers, notamment clients co-contractants.

L'apparition contemporaine des nouvelles technologies ne pose donc pas au droit pénal de problèmes fondamentalement nouveaux. La question, aujourd'hui comme hier, est celle de la capacité de la loi répressive à saisir des

45. Cf. la chronique précitée de M. P. Lucas de Leyssac qui soutient la possibilité d'application de la qualification de vol. *Contra* : J. Devèze, « Le vol de biens informatiques » S.J. 30 oct. 1985.

46. Cf. texte de la proposition de loi n° 352 préc.

47. Rapport préc. de M. André p. 13. Dans le domaine de la protection des systèmes informatiques, la technique semble faire des progrès rapides. Cf. sur l'existence d'« authentificateur vidéotex », à mettre en place sur les Minitel, ou sur la découverte de « nouveaux hologrammes contre les fraudeurs de cartes bancaires », *Expertises*, mars 1989, n° 115, p. 88.

comportements délictueux inconnus au moment de son entrée en vigueur. C'est, en définitive, la capacité d'absorption du nouveau par cette branche du droit dominée par le principe de légalité qui est posée. L'inquiétude suscitée par l'intrusion des nouvelles technologies dans le domaine de la délinquance, soit comme objet soit comme moyen de commettre une infraction, est justifiée par la dimension économique[48] et sociale considérable de cette délinquance ; les problèmes posés n'ont pas pour autant changé de nature.

48. D'après une étude du Centre d'étude socio-économique (C.E.S.E.) — citée *in Expertises*, 1989, p. 128 — 18 % des entreprises informatisées, à savoir une sur six, déclarent avoir été victimes d'actions criminelles. La fraude toucherait principalement les grandes sociétés dont l'effectif est supérieur à 1 000 employés et dont le budget informatique s'élève à plus de 10 millions de F. En 1986 le coût de la fraude informatique aurait atteint 7 milliards de F. (*Le Monde*, 17 juin 1987 : « Les pirates de l'informatique seront sanctionnés »).

Comment punir ?
« Galères » et philosophes au temps de Louis XV

Marc VIGIÉ

Agrégé d'histoire
Chargé de cours à l'Université de Paris X-Nanterre

La pénalité est bien plus que la sanction des crimes et des délits. A sa manière, elle révèle les lignes de forces morales, idéologiques et même économiques — toute pénalité suppose un nécessaire investissement — qui organisent une société. Autrement dit, un code pénal ou ce qui en tient lieu (car il n'en existe pas en France avant 1791) traduit les peurs et les refus de ceux qui punissent comme de ceux qui sont punis. La doctrine pénale et ses applications concrètes intègrent tous les ingrédients culturels d'une collectivité humaine.

En effet, les textes législatifs qui définissent et structurent la répression judiciaire reflètent les grands principes de l'idéologie dominante, ne serait-ce qu'en fournissant le catalogue des valeurs et des règles qui doivent être défendues. La loi distingue ce qui est acceptable de ce qui ne l'est pas, en accord avec le plus grand nombre et cela lui confère, au-delà de ses assises juridiques, une nécessaire autorité morale et légitime. Mais les modalités pratiques de la pénalité indiquent tout autant le degré de civilisation d'une société.

Pour les transgressions jugées les plus graves, deux options peuvent être grossièrement envisagées : soit la peine retranche le condamné du corps social afin de le détruire ou de le bannir, soit elle le conserve isolé de la collectivité pour un temps plus ou moins long. Dans le premier cas, cette violence instinctive n'implique à l'évidence aucun souci de rédemption ni de réinsertion. Dans le second cas, ces deux notions peuvent à terme émerger dans les mentalités si certaines conditions culturelles, économiques et politiques sont réunies. Toujours, cependant, la peine exprime la « vindicte de la société »[1]. A preuve, le succès populaire des exécutions publiques ou l'indifférence des villageois devant le triste cortège des chaînes de galériens traversant à pied le royaume[2]. Sous l'Ancien Régime, cela indique que la répression judiciaire se veut avant tout une démonstration de force : lorsqu'un condamné monte à l'échafaud, il doit demander pardon « à Dieu, au Roi, à la Justice ». De nos jours, le châtiment exprime la toute-puissance de la souveraineté populaire au nom de qui il est rendu. A cette époque, il magnifiait avant tout l'omnipotence du souverain et signifiait explicitement la victoire du bien sur le mal. La législation criminelle tenait ainsi simultanément lieu de discours social et de discours politique organiquement associés. Elle satisfaisait de toute évidence l'essentiel de la population, au moins quant aux principes.

1. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, article « Peine ».
2. Cf. Michel Bée, « Le spectacle de l'exécution dans la France de l'Ancien Régime », *Annales E.S.C.* 1983, p. 843-852.

A cet égard, la peine des galères, et son prolongement sous la forme de travaux forcés dans les bagnes, malgré toutes les horreurs qui peuvent choquer à juste titre notre sensibilité d'Européen vivant à la fin du XXe siècle, marque un progrès décisif sur la peine de mort. Son succès dans la législation criminelle à partir de la fin du XVIIe siècle confirme que l'Etat monarchique accède à une maturité suffisante pour conserver les marginaux en cherchant à les exploiter plutôt qu'à les détruire.

Car toute société a un besoin animal de sécurité et veut préserver sa tranquillité par la mise à l'écart des perturbateurs, d'autant plus que le besoin d'une explication sociale de la criminalité et de la délinquance n'est ressenti que par un petit nombre. D'ailleurs, l'individu moyen n'est jamais hostile à la sévérité lorsqu'on l'applique à autrui, surtout quand cet autrui lui est inconnu. Cependant, si la majorité, voire la quasi-totalité d'une population peut adhérer aux valeurs défendues par la pénalité, il n'en va pas forcément de même vis-à-vis des moyens mis en oeuvre par cette dernière.

Un des meilleurs exemples que l'on puisse donner de ce phénomène pour le XVIIIe siècle reste celui du vol domestique. La Déclaration de 1724 le sanctionne par la peine de mort et un Edit de 1772 le rappelle encore aux magistrats. Car ceux-ci, sous la pression de l'opinion publique qui pense que le châtiment est disproportionné par rapport au crime, emploient de plus en plus fréquemment la peine des galères et si « souvent-ils n'appliquent pas la loi, ils ne l'oublient jamais non plus »[3]. On pourrait aussi bien évoquer le cas de la répression de la contrebande du sel ou du tabac, ou encore celle de la désertion.

Ce délicat problème de l'adéquation entre les crimes et les châtiments, comme celui de la finalité objective de la pénalité, nous apparaît aujourd'hui faussement éternel parce que notre société a déjà consommé depuis 1791 bon nombre de codes pénaux et se soucie constamment de les adapter à sa propre évolution. En réalité, ces débats fort mouvants sont relativement récents et ne se développent en France (comme en Europe) qu'au cours du XVIIIe siècle, plus précisément pendant la seconde moitié du règne de Louis XV. N'y participe bien sûr que l'élite de ce que Montesquieu appelait les Corps intermédiaires : des magistrats dont la jurisprudence en constante mutation reflète les états d'âme de l'opinion publique, quelques dizaines de publicistes constituant la « Galaxie des Lumières ».

La cause en est toute simple et peut se résumer comme suit : la société des Lumières hérite d'une pénalité engendrée par un absolutisme monarchique dont elle ne veut plus. De plus, cette société assagie par la prospérité générale, plus policée et plus raffinée, délivrée depuis la Régence de la peste, de la guerre et de la famine rejette plus ou moins consciemment une violence pénale adaptée aux rigueurs des XVIe et XVIIe siècles mais désormais en contradiction avec la nouvelle douceur de vivre.

1748 marque à cet égard une étape décisive puisque l'auteur de *L'Esprit des lois* établit définitivement les relations entre la législation pénale et la nature du système politique ou, si l'on préfère, entre le droit pénal et le droit constitutionnel : « C'est de la bonté des lois criminelles que dépend la liberté des peuples »[4]. Un tel axiome guidera désormais toutes les spéculations en cette matière. Elles seront nombreuses et se succèderont à un bon rythme dès 1766, lorsque l'Abbé Morellet traduit l'ouvrage de l'Italien Beccaria *Le Traité des délits et des peines*. L'auteur se plaçait ouvertement dans la lignée de *L'Esprit des lois* qu'il voulait seulement compléter en technicien et en moraliste, Montesquieu n'ayant fait qu'effleurer le problème de la pénalité.

La Raison des philosophes, issue du positivisme newtonien, rejette la pénalité de l'élimination et veut lui substituer efficacement une forme pénale de dialogue social,

3. Petrovitch, Porphyre, « La criminalité à Paris dans la seconde moitié du XVIIIe siècle », *Cahier des Annales*, 1971. V. aussi D. Müller, « Les magistrats français et la peine de mort au XVIIIe siècle » dans *Dix-huitième siècle*, 1972, p. 79-108.
4. *L'Esprit des lois*, Livre XII, chapitre 2.

fondée sur une nouvelle « Physique des moeurs ». C'est pourquoi la réforme de la justice qu'ils proposent envisage les problèmes globalement. Tour à tour, ils dénoncent l'organisation judiciaire, la procédure criminelle, l'arbitraire des juges, la cruauté de la pénalité, etc. Cette problématique se nourrit d'un optimisme inébranlable. La foi dans le progrès suppose en effet un cheminement continu de l'humanité vers les formes supérieures de la civilisation. Par là-même, elle implique nécessairement la notion de salut de l'homme par l'homme à travers la pénalité. Les Lumières retrouvent en fait la question centrale du rapport entre l'individu et l'Etat.

Pour toutes ces raisons, la peine de mort occupe une place essentielle dans leur réflexion puisqu'elle pose par excellence le problème du droit de l'Etat et de la société sur le citoyen. Pouvait-on la considérer comme légitime ? Juste ? Efficace ? Bref, était-elle utile à la collectivité et au condamné ? Dans le cas contraire, comment la remplacer ?

A ce stade du raisonnement, l'exemple de la peine des galères trouvait tout son intérêt. L'attention que les Lumières portèrent à cette forme de la répression judiciaire peut sembler paradoxale, voire contradictoire, dans la mesure où il s'agissait d'une des institutions pénales les plus durables et les plus caractéristiques de l'Ancien Régime. En fait, c'était bien la seule capable de s'adapter à cette nouvelle problématique, au prix de quelques aménagements. D'ailleurs, l'exceptionnelle longévité de la peine des galères indiquait assez sa perméabilité aux diverses exigences politiques, militaires et judiciaires.

En 1748 justement — l'Histoire a le secret de ces coïncidences — l'Ordonnance du 27 septembre abolissait le Corps royal des Galères et ordonnait sa réunion à celui des Vaisseaux. Les onze dernières unités, assez décrépites, gagnèrent non sans difficultés Toulon où les plus médiocres furent utilisées comme bagnes flottants en attendant l'édification de bâtisses appropriées. En 1750, l'ingénieur Choquet de Lindu achevait la construction du bagne de Brest et un troisième et dernier établissement était inauguré à Rochefort six ans plus tard. Les galères disparues, la peine des galères n'en demeura pas moins présente dans l'arsenal législatif jusqu'à la Révolution. Dans le langage et les mentalités, cette pérennité se prolongera jusqu'au XXe siècle. Tout naturellement, la Marine conserva la garde des forçats, la tradition et le pragmatisme le recommandaient. 1748 marque donc la disparition de la marine à rames en tant que force militaire institutionnelle et correspond à une mutation profonde de la pénalité. De forçat-galérien, le condamné devint forçat-bagnard. En réalité, cette évolution était déjà entamée bien avant 1748.

Depuis la fin du règne de Louis XIV, l'aspect maritime et militaire du châtiment laissait la place à de nouveaux critères économiques et sociaux. De 1700 à 1789, ce sont les rapports des condamnés avec la mer, avec l'Etat et la société qui changent progressivement, parce que les finalités proposées à la peine des galères se modifient elles aussi sous l'effet de contraintes stratégiques.

Remarquons en effet que depuis le renouveau naval des années 1660-1670, la justice du Roi condamnait aux galères afin de peupler les bancs de la chiourme. Les rameurs volontaires, les fameux « bonevoglies », ne pouvaient plus suffire pour manoeuvrer les avirons d'une flotte qui finit par compter une quarantaine d'unités vers 1690[5]. Par contre, à partir de 1700-1710, et plus encore à partir de 1748, cette justification n'existe plus. Mieux, on construit des bagnes afin de continuer à condamner « aux galères ». En l'espace d'un demi-siècle, cette forme de pénalité a conquis son autonomie vis-à-vis des exigences politiques de la monarchie et a démontré son utilité sociale. On comprend mieux dès lors l'intérêt des philosophes pour les bagnes de la Marine.

5. V. à ce sujet Paul Masson, *Les galères de France de 1481 à 1701*, Paris, 1938 et notre ouvrage *Les galériens du Roi*, Fayard, 1985.

I. – LA PEINE DES GALERES

Pour bien comprendre l'importance des mutations précédemment évoquées, il faut rappeler ce que signifiait en droit une condamnation aux galères.

La fameuse Ordonnance de procédure criminelle de 1670 place les galères perpétuelles ou à temps entre la peine de mort et le bannissement, donc au sommet de la hiérarchie pénale. Or, la hiérarchie des peines est aussi celle de la souffrance physique et morale infligée au condamné. Les officiers de Marseille (base des galères de 1665 à 1748) reconnaissaient eux-mêmes qu'il s'agissait du plus rude de tous les châtiments, la mort exceptée. Néanmoins, il permettait à la justice de disposer d'un arsenal répressif plus complet qu'auparavant. Entre l'ultime sévérité et la mansuétude, juges et magistrats modelaient désormais la peine selon une gamme qui allait de trois ans de captivité à la perpétuité, avec de nombreux stades intermédiaires : cinq ans, six ans, neuf ans, dix ans parfois.

A la veille de la Révolution, l'avocat Boucher d'Argis explique dans *l'Encyclopédie méthodique-Jurisprudence* que les galères sont « du nombre des peines infamantes et corporelles ou afflictives ». Chacune de ces épithètes détermine juridiquement, moralement et socialement le condamné. Afflictive veut dire que le forçat est privé de sa liberté et atteint dans son être physique. Corporelle renforce cette dernière notion, allusion évidente aux tourments subis pendant la détention.

L'infamie, quant à elle, constitue le critère essentiel aux yeux de l'institution judiciaire comme de l'opinion publique. Le crime et la condamnation atteignent doublement l'individu dans sa « bonne fame et renommée ». L'adage précise « infamie encourue subsiste toujours ». Sauf si le souverain en manifeste la volonté en octroyant des lettres de réhabilitation, l'infamie n'est pas rémissible. Cela signifie que la condamnation interdit toute réhabilitation. Même libéré, l'ancien forçat ne retrouve pas tous ses droits. Certaines résidences, certaines professions lui sont interdites. Les galères font déroger les nobles, prive les ecclésiastiques d'un bénéfice, etc. Une Ordonnance de novembre 1759 précise d'ailleurs que la « note d'infamie et l'opprobre qui sont attachés à la peine font que (le condamné) est perdu pour sa famille, pour l'Etat et pour le pays ». Les galères perpétuelles ajoutent à tout cela d'être considérées comme une peine capitale, c'est-à-dire « d'emporter la mort civile qui produit presque les mêmes effets que la mort naturelle »[6]. « Elle prive de toutes les faveurs accordées aux hommes par les lois et les coutumes ».

La peine des galères est donc brutale, sans pitié, féroce, non pas sous l'effet gratuit d'un quelconque sadisme collectif mais parce que le but qu'on lui assigne est d'inspirer l'effroi. La législation criminelle de l'Ancien Régime entend être dissuasive et préventive en développant une pédagogie de la terreur fondée sur la violence physique et morale. Elle n'attend rien du coupable condamné et suppose que lui-même n'attend rien de la société. Le coupable est, par essence, voué au mal. La justice désespère de son possible amendement. Il ne s'agit donc pas de guérir mais exclusivement de punir.

La flétrissure qui accompagne le châtiment en est une preuve supplémentaire. A l'origine, ce n'était qu'un palliatif aux déficiences administratives permettant de repérer plus facilement les récidivistes. Appliquée seulement dans certains cas au XVIIe siècle (pour les voleurs notamment), elle devient systématique à partir de 1724, sauf pour les déserteurs et certaines catégories de contrebandiers. Mais au-delà de cette utilité technique, ce casier judiciaire imprimé au fer rouge sur l'épaule du condamné le frappe d'un ostracisme social perpétuel et lui interdit toute véritable insertion, ainsi que le ban qui l'accompagne. Ce qui explique d'ailleurs partiellement le taux très

6. On trouvera ces thèmes plus développés dans notre thèse de doctorat : *8 000 forçats à Paris au XVIIIe siècle*, E.H.E.S.S. 1982.

élevé des récidivistes ou des repris de justice convaincus de vagabondage et de mendicité illicite. En cela, la peine des galères est une alchimie infiniment complexe qui utilise savamment les préjugés moraux et sociaux, qui tourmente l'âme autant que le corps.

Mais la condamnation aux galères équivaut aussi à une appropriation du condamné par le Roi. « Ceux contre lesquels on prononce la peine des galères sont censés payer le Roi de leur personne » déclare le Chancelier d'Aguesseau[7]. Ici encore, la flétrissure illustre au XVIIe siècle de façon explicite cette mise à disposition : la monarchie utilise une fleur de lys pour marquer les forçats. Au XVIIIe siècle, la fleurdelysation est abandonnée au profit du fameux monogramme infamant GAL. Même s'il paraît plus neutre, sa signification reste identique : « être mené et conduit en galères du Roy, pour en icelles être détenu et servir ledit Seigneur Roy comme forçat » disent les sentences et les arrêts. De plus, le souverain, « source de justice » mais aussi chef suprême des armées navales, utilise jusqu'en 1715 son pouvoir arbitraire pour ne pas libérer les condamnés au terme de leur peine lorsque le besoin de la chiourme l'emporte sur toute autre considération. Ajoutons pour être complet qu'il conserve la possibilité — et cela jusqu'à la Révolution — de confisquer tout ou partie du bien du forçat à perpétuité dans le ressort de certains parlements.

Pour toutes ces raisons, les juristes de l'Ancien Régime ont été amenés à définir un curieux concept, celui de l'esclavage pénal. « L'idée d'esclavage sous laquelle nous présentons les galériens est prise dans la nature même de la peine et en est inséparable. C'est ce que les Anciens appellent *Servus Paena*. Ce n'est pas la manière dont on les emploiera qui les rendra esclaves, c'est la condamnation qui le fait nécessairement ». Et Ferriere d'ajouter au sujet des condamnés à perpétuité dans son fameux *Dictionnaire de Droit et de Pratique* : « Il y a en France des esclaves de peine comme chez les Romains ». Le thème revêtait diverses connotations. Ainsi, en 1782, l'Intendant de Marine Malouet préfère employer le mot dans un sens moral : « Le crâne rasé des forçats est le symbole de leur esclavage ».

Au XVIIIe siècle, cette notion de servitude du condamné est fort discutée, car elle pose de nombreux problèmes théoriques et juridiques[8]. *Stricto sensu*, la qualification d'esclave ne pouvait convenir qu'aux « Turcs », entendons des musulmans et autres « non-chrétiens » de toute origine razziés en mer ou achetés sur les marchés spécialisés afin de compléter les effectifs de la chiourme. D'autre part, elle heurtait des sensibilités pré-romantiques.

Mais tant qu'il y eut des galères capables de prendre effectivement la mer, l'esclavage du forçat prenait une signification politique accessible à tous les contemporains. De 1660 à 1715, la peine des galères est un des moyens de la grande remise en ordre du royaume. La justice envoie à Marseille ceux que Pierre Deyon a heureusement baptisés « l'antifrance »[9], c'est-à-dire les marginaux réputés les plus dangereux et les plus avilis. A cette époque, il s'agit surtout de ceux qui remettent en cause la puissance de l'Etat et l'autorité du prince : les déserteurs (45 %) et les contrebandiers (16 %) représentent la grande majorité des forçats entre 1680 et 1715[10]. Avec les protestants (4 %), la peine des galères confirme aussi l'alliance du trône et de l'autel. La justice défend davantage le pouvoir charismatique de son maître que la légalité « quotidienne » puisque les droits communs sont une minorité. Bien avant les Philosophes, Louis XIV avait magnifiquement démontré que la pénalité peut aussi être l'occasion privilégiée d'un discours idéologique.

La nécessité d'avoir enfin une politique méditerranéenne, et pour cela d'entretenir une flotte de galères, apportait une caution supplémentaire à cet effort justicier. La

7. *Oeuvres complètes*, t. XI, p. 628.
8. Cf. notre étude, « La flétrissure des forçats au XVIIIe siècle », cette *Revue*, 1986.809-818.
9. *Le temps des prisons*, Lille, 1976, p. 77.
10. Cf. André Zysberg, *Les galériens*, Le Seuil, 1987 et nos propres travaux déjà cités.

violence punitive est dépouillée de son véritable sens si on oublie que l'effet dissuasif est organisé par la propagande monarchique. A bord d'une galère, dont le nom (la Ferme, la Magnanime, l'Eclatante, etc.) et les ornements sculptés magnifient une vertu du prince, au milieu d'une débauche de couleurs et de volumes baroques, les esclaves enchaînés étaient mis au service du Roi, tournés vers la poupe comme la population céleste d'un retable tourne ses regards vers Dieu qui les maîtrise. De même, les galères étaient finalement moins un instrument militaire — elles ne servirent pas à grand chose pendant les grands conflits du règne — qu'une façon de proclamer aux puissances méditerranéennes l'éclat incomparable du Roi de France et le sentiment orgueilleux de sa supériorité sur les Habsbourg d'Espagne. Ainsi, l'utilitarisme symbolique de la flotte et celui de la pénalité se rejoignaient parfaitement. L'Intendant des galères Arnoul n'écrivait-il pas à Colbert : « La galère est un char de triomphe que peu de choses pare (...) Il n'y a rien qui sente tant son souverain que ces bâtiments, la poupe un peu relevée, et sous vos pieds, trois cents esclaves enchaînés. Les empereurs romains ne triomphaient pas avec tant »[11].

Les galères purent ainsi être considérées comme l'expression la plus achevée de l'absolutisme pénal, à une époque où la justice se voulait emblématique. De ce point de vue, il est tentant de considérer qu'en 1748, au lendemain de la mort du dernier général des galères, le Chevalier d'Orléans, la monarchie se priva inconsidérément d'un outil pédagogique efficace.

II. — LES BAGNES DE LA MARINE

En réalité, depuis la Régence, cet aspect proprement idéologique de la peine des galères ne fonctionnait plus du tout. Insensiblement, le galérien cessait d'être « la chose du Roi », « l'outil » au sens aristotélicien du mot et revenait de plus en plus à son statut juridique pur, c'est-à-dire un objet de la vindicte sociale. Plusieurs phénomènes concomitants expliquent cette lente évolution.

Une raison purement militaire tout d'abord. Pendant la Guerre de succession d'Espagne, la flotte des galères, surclassée définitivement par celle des vaisseaux et paralysée par le manque de moyens financiers, avait achevé de démontrer sa totale inutilité. Alors que nos adversaires envahissaient la Provence, n'avait-elle pas été incapable de réagir ? En quelques années, ses effectifs diminuèrent des deux tiers et seule la personnalité du Chevalier d'Orléans, un bâtard du Régent, lui permit d'échapper pour trente ans à son inéluctable fin. D'autre part, de nouvelles tendances humanitaires se développaient au sein de l'Etat et parmi l'opinion publique[12].

La Couronne montra l'exemple et perdit ses mauvaises habitudes Louis-quatorziennes. Entre 1715 et 1748, les condamnés gagnent le droit d'être libérés effectivement au terme de leur peine[13]. En outre, ce ne sont plus les mêmes qui vont séjourner pour un temps plus ou moins long à Marseille. Protestants et déserteurs ont pratiquement disparu. Ne restent que les contrebandiers (44 %) et surtout les droits communs (51 %). C'est dire si désormais la défense des prérogatives de l'Etat et la protection de la société s'équilibrent. Ce sont les voleurs qui fournissent désormais des effectifs presque aussi importants que les contrebandiers. A la fin du règne de Louis XV, les droits communs (pour l'essentiel des voleurs) représentent même les trois quarts des condamnés aux galères. Dans le même temps, les contemporains modifient peu à peu — du moins au sein de l'élite qui seule témoigne — leurs attitudes vis-à-vis de ces réprouvés. Certains touristes de passage en Provence s'émeuvent du sort réservé aux

11. Archives nationales. Fonds marine. B6 78, fol. 186.
12. Cf. M. Giraud, « Tendances humanitaires à la fin du règne de Louis XIV », *Rev. hist. droit*, 1953. Tout un *corpus* réglementaire tend également à protéger les forçats des abus de leurs gardiens à partir de cette époque. Cf. M. Vigié ou A. Zysberg, *op. cit.*
13. Cf. *supra*, note 6.

forçats. De même, les qualificatifs qui leur sont réservés dans les dictionnaires ou les guides évoluent-ils sensiblement. Il est vrai cependant que cette compassion ne s'exprime majoritairement qu'après 1748, sous l'influence justement des Philosophes[14], et le refus ou le mépris conserveront toujours d'ardents propagandistes. Mais la raison fondamentale de cette lente mutation est ailleurs.

Entre 1660 et 1715, le forçat n'était pas un « marin » à temps plein. Les galères ne prenaient la mer que pendant la belle saison. Le restant de l'année, les hommes se livraient à des activités étrangères au châtiment lui-même. Certains étaient requis pour les travaux du port ou de l'arsenal. La notion de service du Roi était sauve, encore que le souverain rémunérait ces travailleurs pour cette « fatigue ». D'autres, par contre, s'employaient en ville chez des particuliers, toujours contre un salaire ou bien tricotaient à bord du bâtiment pour le compte de l'un de leurs camarades-entrepreneurs, d'autres encore proposaient mille services au public dans des baraques édifiées le long des quais. Enfin, en 1700, on inaugura dans l'enceinte de l'arsenal un bagne-manufacture, confié à des entrepreneurs privés. Le Roi fournissait le terrain, la main d'oeuvre et contribuait partiellement à son entretien. En retour, les manufacturiers s'engageaient à fournir à la flotte divers articles textiles et rémunéraient (théoriquement) les forçats. Cette première expérience limitée contenait en germe des promesses décisives.

Ainsi, même au temps de la splendeur des galères, la moitié au moins des galériens agissait chaque jour pour le compte d'intérêts privés, ou pour son profit personnel. La chiourme jouait un rôle essentiel dans l'activité économique de Marseille. En 1748, la ville chercha d'ailleurs par tous les moyens à conserver le dépôt des galériens. De toute façon, le travail était obligatoire et les « Réglements pour la garde et sûreté des chiourmes » le rappelaient constamment. Il permettait à la chiourme de modifier avantageusement l'ordinaire et, en évitant le désoeuvrement, il facilitait la tâche des comités et des argousins. « C'est l'oisiveté qui rend ces gens-là mutins (...) ils ne sont bons qu'autant qu'ils travaillent » notait le bailli de Langeron en 1723[15]. Le Roi, de son côté, réalisait de notables économies.

Il est cependant impossible de parler de « travail pénal » avant 1748. Tout au plus peut-on considérer que la fatigue du port et de l'arsenal ou le bagne-manufacture en sont les véritables prémisses. Bien que systématique, le labeur des forçats ne constitue pas en effet une forme de punition. Il apparaît plutôt comme un simple adjuvant empirique de la pénalité. Avec la décadence prononcée de la flotte, il prit évidemment de l'ampleur tandis que la démonstration de force voulue par le Roi perdait de sa vigueur et de sa signification. Cette notion de « travail pénal », dès lors, ne pouvait que s'imposer définitivement car, l'emblématique des galères disparue, lui seul pouvait être substitué aux traditions déclinantes d'un siècle dépassé et redonner à la sanction pénale sa véritable dimension punitive.

Le travail désormais conçu comme le seul élément organisateur de l'incarcération, voilà la grande nouveauté de 1748. Sera désormais privilégié non plus l'intérêt économique de personnes privées, voire celui des forçats eux-mêmes, mais essentiellement celui de la Marine et, au-delà, de l'Etat et donc de la société. Indice révélateur, la Croix écrit dans *l'Encyclopédie Méthodique-Jurisprudence* : « la peine des galères transforme un citoyen libre en esclave de l'Etat ». L'utilité sociale et la rentabilité économique de l'incarcération sont désormais clairement posées.

Bien que la pratique du travail chez des particuliers eût été prorogée par l'Ordonnance du 27 septembre, elle semble n'avoir survécu que difficilement à Toulon, et elle fut quasi inexistante à Brest et à Rochefort. Les nouveaux bagnes sont des espaces clos. A Marseille, les forçats vivaient avec la ville. Désormais, ils sont isolés de la cité par des enceintes. L'espace pénal devient un purgatoire soigneuse-

14. Il va de soi que nous écartons ici le discours religieux.
15. A.N. Marine, B 115, fol. 19.

ment délimité. De même, il n'y eut de « baraques » ni à Brest ni à Rochefort. A Toulon, elles furent supprimées avant 1774 ; toutefois, les condamnés conservaient la possibilité de travailler à leur profit pendant leurs moments de loisir et purent payer des remplaçants pour la « fatigue » mais leur clientèle se réduisait maintenant à des visiteurs agréés.

Par contre, ils furent de plus en plus employés aux tâches traditionnelles des corvées portuaires : creusement des bassins (notamment celui conçu par l'ingénieur Groignard à Toulon[16], curage et dragage des darses, halages et charrois, manoeuvres des chaloupes et des transports, etc. Dès la fin des années 1760, ils supplantent totalement la main d'oeuvre libre dans ces travaux de force. Des rations supplémentaires récompensaient leurs efforts. On ne tarda pas à les utiliser dans des activités plus spécialisées, tel le radoub et même les constructions des vaisseaux. Le service intérieur (cuisine, lingerie, écritures, nettoyage des salles) leur était bien sûr totalement confié. Dans le seul bagne de Toulon, en 1775, 1 400 hommes sur 2 200 détenus sont occupés dans les travaux du port, et une vingtaine d'autres dans l'intendance.

Comme autrefois à Marseille, les forçats furent aussi présents dans les ateliers des arsenaux mais en bien plus grand nombre. Beaucoup trouvaient ainsi le moyen d'exercer leur métier d'origine. Les scieurs de long, les tisserands, les charpentiers, les menuisiers, les forgerons et les charrons étaient très recherchés, mais les non qualifiés pouvaient aussi être initiés à ces techniques par leurs camarades. La Marine rémunérait ces emplois, beaucoup trop au goût de certains administrateurs. A Toulon, vers la fin du règne de Louis XV, un bon scieur de long gagnait presque autant qu'un artisan libre. Les corderies, forges, poutreries, fonderies, ateliers de menuiserie, de mâture et de peinture des trois arsenaux de la Marine employaient à cette époque plusieurs centaines de condamnés, plus de 10 % des effectifs totaux de la chiourme. Proportion considérable si l'on tient compte que les malades, les invalides et les détenus consignés ne travaillaient pas.

Les bagnes n'étaient pas comme les galères le lieu d'une apothéose monarchique. Sur le plan matériel, ils correspondirent à une amélioration indiscutable de la condition des détenus (il suffit de comparer les souvenirs de Vidocq à ceux du protestant Marteilhe !). Moralement, ces derniers y gagnèrent aussi, même si ce fut à plus long terme. Le fait de rendre la captivité d'un condamné directement utile à l'Etat impliquait que ce travail et ces efforts pouvaient aussi être salvateurs et rédempteurs.

III. – LE BAGNE DES PHILOSOPHES

Les Lumières condamnèrent sans appel les modalités de la justice de leur temps — lisons Voltaire ! — mais ils ne rejetèrent pas la peine des galères en elle-même. Durival le jeune n'hésite d'ailleurs pas à affirmer dans *l'Encyclopédie* : « La peine des galères a été sagement établie. Elle conserve au service de l'Etat, sans danger pour la société, des sujets que leurs crimes auraient expatriés ou conduits au supplice. Elle est d'ailleurs conforme aux lois de l'humanité ». Par contre, ils dénoncèrent le mauvais usage qu'on en faisait.

Le châtiment idéal, tel que l'envisagent les encyclopédistes et leurs amis, résout une véritable quadrature du cercle. Il doit, bien sûr, être dissuasif et proportionné au délit mais cela ne saurait suffire. Le bien-être de l'Etat ne pouvant pas être séparé de celui des citoyens, la peine doit aussi être préventive, corrective, salvatrice, en un mot : utile. La pénalité des Philosophes est imprégnée de cet utilitarisme social : la sanction pénale rend service à la société comme à l'individu défaillant. La question était donc de savoir comment rendre « sociale » la peine des galères.

16. Cf. Bernadette Pech, *Les débuts du bagne de Toulon* (1748-1789). Mémoire de maîtrise, Nice, 1974.

Depuis Grotius, Hobbes et Locke, la dépendance de l'individu vis-à-vis du groupe était devenue une espèce de lieu commun philosophique qui déboucha sur la notion de « Contrat social ». Par conséquent, les crimes et les délits pouvaient être tenus pour des violations de la volonté générale, rompant le contrat fondateur. Beccaria l'affirme dans son fameux *Traité des délits et des peines*[17], Holbach développe à nouveau cette idée dans son *Système social*, ainsi que Lacretelle l'aîné dans le discours qu'il présente au concours organisé par l'Académie de Nancy en 1774[18]. Cet attentat contre la collectivité légitime de la part de cette dernière une réponse qui se veut un dédommagement. La gravité des crimes se mesure à l'aide du dommage causé, qui détermine à son tour le degré approprié du châtiment. Mais la société doit aussi tirer un profit immédiat de la punition.

La privation de la liberté du citoyen déchu apparaît conforme à la nature du contrat social, de même que la mise à disposition de la force de travail du condamné au service d'un intérêt supérieur. On comprend dès lors pourquoi l'utilitarisme des Lumières pouvait se satisfaire du principe organique de la peine des galères, telle qu'on la mettait en oeuvre dans les bagnes. Les adversaires de la peine de mort tiraient d'ailleurs de cette réalité des arguments percutants. D'Holbach affirme « un homme mort ne sert à rien » et Voltaire martèle cette idée dans beaucoup d'opuscules : « un pendu n'est bon à rien (...) vingt voleurs condamnés à travailler aux ouvrages publiques servent l'Etat »[19]. Dans la *Paix de la justice et de l'humanité*, il proclame : « Il ne s'agit pas de discuter quelle est la punition la plus douce, mais la plus utile ». Jaucourt ne dit pas autre chose dans l'article « Peine » de *l'Encyclopédie* : « l'utilité publique est la mesure des peines ».

Néanmoins, l'expérience des bagnes n'emportait pas une totale conviction chez les réformateurs. Notons d'ailleurs que les figures de proue de la première génération — Voltaire, Holbach, Beccaria — ne fournissent aucune proposition concrète pour appliquer leurs théories. Leurs disciples, les auteurs de la deuxième génération qui publient entre 1775 et 1789, seront plus prolixes comme Vermeil, Dufriche de Valazé, Brissot, Boucher d'Argis. Mais alors, ils préfèreront évoquer des travaux ruraux (assainissement, défrichement, mise en culture des Landes) — on sent ici l'influence physiocratique — ou bien l'entretien ou la construction de routes et de canaux. Les bagnes leur apparaîtront comme des champs d'application trop étroits. Surtout, abolitionnistes ou partisans de la peine de mort fondent la vertu dissuasive et didactique de la peine sur sa publicité. Ils restent ainsi fidèles à la tradition de la mise en scène de la violence pénale et il est révélateur qu'ils n'emploient que l'expression « Travaux *publiques* » ou des synonymes. Or, nous l'avons dit, les bagnes sont des espaces clos.

Les philosophes retrouvaient aussi naturellement les vieilles théories de l'esclavage, à cette réserve près que la servitude publique devait maintenant correspondre aux principes du pacte social et non pas résulter de l'arbitraire d'un législateur omnipotent. Beccaria assimile de cette façon le condamné à perpétuité à « un animal de service » et Lacretelle reprend l'image. Lacroix écrit dans *l'Encyclopédie méthodique-Jurisprudence* que le citoyen devient « l'esclave de l'Etat ». Les « Travaux publiques » devaient transcender le contrat social, affirmer sa toute puissance face à l'initiative individuelle. Les arguments moraux de l'esclavage changent également. Le corps du coupable étant considéré comme un « bien social », susceptible d'accroître la richesse collective, il convient de ne pas le faire souffrir. Deux autres raisons militent aussi en ce sens : le corps est *naturel* ; il serait *indigne* pour la société de procéder ainsi. Lisons à nouveau Beccaria : « Parmi les peines, on doit employer celles qui, étant proportionnées aux crimes, feront l'impression la plus durable et la plus ef-

17. « Le crime n'est que la violation du pacte social ». Edition de Lausanne, 1766, p. 257.
18. Le sujet était : « Assigner la cause des crimes et donner les moyens de les rendre plus rares et moins funestes ».
19. *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, 1767, p. 52.

ficace sur les esprits des hommes et en même temps la moins cruelle sur les corps des criminels ».

Ce refus de la violence est un refus de la vengeance. La raison doit se substituer à l'instinct, car la collectivité ne saurait réagir comme un particulier. En outre, la peine doit être salvatrice et amender le coupable. Si le corps relève de l'ordre naturel, l'âme relève de l'ordre social. La morale de l'effort commande cette volonté de faire de la pénalité une pédagogie rédemptrice. « Forcez les hommes au travail, vous les rendrez honnêtes gens » s'exclamait Voltaire. Ainsi, le travail d'utilité publique, dépouillé de souffrances inutiles et donc injustes, corrige le coupable en lui imposant la souffrance morale d'une privation de la liberté.

Pour Helvetius et Holbach, rendre la justice c'est d'abord aimer les hommes. La justice doit demeurer philanthropique, c'est-à-dire faire preuve de sensibilité : éprouver de la sympathie, au sens étymologique du mot : souffrir avec autrui. La puissance de la pénalité ne réside plus dans les manifestations terrorisantes de la cruauté, mais dans sa capacité à respecter la sensibilité de l'individu. Le coupable est lui aussi un être sensible car, avant sa faute, il appartenait à la société. En cas de condamnation à temps, il est d'ailleurs appelé à y retourner. Il demeure fondamentalement *perfectible*. Or, seule la collectivité peut le rendre meilleur. D'autant qu'elle porte sa part de responsabilité dans l'origine de la criminalité dont les principales causes, hormis le déséquilibre de la nature humaine, sont l'imperfection des lois, la mauvaise éducation, l'oppression, etc. On le voit, les corrélats juridiques et idéologiques de la peine des galères étaient difficilement conciliables avec la théorie des Lumières. Aussi proposent-ils de rompre totalement avec eux.

Car le bagne est imparfait. Il ne prépare pas à la réinsertion sociale du forçat. Lacroix, qui résume l'opinion du courant réformateur, insiste sur la nécessité de fournir du travail à l'ancien détenu. D'autres, et surtout Beccaria, réclament l'abolition de la flétrissure. Seule la flétrissure morale importe. La flétrissure corporelle contredit le principe de sensibilité et n'est qu'un supplice ajouté au supplice.

Puisque le châtiment doit porter autant sur l'âme que sur le corps, les Lumières ne récusent pas la notion de l'infamie. Mais ils en proposent une nouvelle définition. L'infamie, certes, reste conforme au caractère de la nation française à savoir l'honneur, ainsi qu'à la sociabilité de l'individu. Helvetius observe dans son traité *De l'homme* : « Dans un gouvernement sage, le supplice de la honte suffirait seul pour contenir le citoyen dans son devoir ». Et Voltaire se persuade qu'en rendant les châtiments plus honteux et moins cruels on diminuerait notablement la criminalité. Cependant, la peine ne doit concerner que le coupable et ne pas s'étendre à sa famille. Elle ne doit pas engendrer un préjugé social qui serait un obstacle au retour du condamné dans la collectivité. Lacretelle, Mably, Voltaire, Beccaria s'opposent ainsi au principe de l'exhérédation associée aux condamnations à perpétuité. Comme les juristes traditionnels, les réformateurs retiennent le principe de peines infamantes liées à des crimes infamants, mais alors que chez les premiers la peine ne parvenait pas à faire oublier l'infamie du crime, chez les seconds, l'infamie de la peine assure la rédemption du coupable. L'infamie est désormais exclusivement liée à l'asservissement et s'éteint avec lui[20].

Peine capitale ou « Travaux publiques » ? à perpétuité ?

Tous les penseurs ou presque se retrouvaient sur les modalités et la finalité des condamnations à temps. Mais la peine de mort et son éventuel remplacement ouvraient une brèche sérieuse dans ce consensus enthousiaste.

20. Pour une analyse approfondie de ce problème, V. notre étude « Le bagne des philosophes », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1988. 409-434.

Montesquieu, puis Rousseau, se déclarèrent fermement en faveur de la peine capitale[21]. Quelques années plus tard, l'ouvrage de Beccaria[22] mit le feu aux poudres avec son abolitionnisme intransigeant. Dès lors, les philosophes se répartirent en deux camps : le premier défendait la légitimité sociale du châtiment suprême et sa nécessité pénale. Mably et Diderot furent ses principaux porte-paroles. Mais ce fut l'Italien Filangieri, avocat au barreau de Naples qui réfuta de la façon la plus brillante les idées de Beccaria en publiant la *Science de la législation* (1780). Le second camp réunit Voltaire, Mirabeau père, Boucher d'Argis, plus tard le jeune Brissot et tous les admirateurs inconditionnels de Montesquieu et Beccaria[23].

Quant au droit pour une société de condamner à mort un de ses membres, l'opposition entre les deux partis était bien sûr irréductible. Néanmoins le dialogue ne fut jamais rompu car des notions communes les réunissaient. Les deux réflexions se situaient d'emblée dans le champ du *Contrat social* et tous partageaient une inébranlable confiance dans la nature humaine. Même Rousseau, pourtant à l'écart de ce bel optimisme, écrit : « Il n'y a point de méchant qu'on ne peut rendre bon à quelque chose ». Face à Voltaire qui alléguait l'esprit de justice et d'humanité, Mably rétorquait que la peine de mort lui apparaissait comme une manifestation raisonnée de la puissance d'une société civilisée. Enfin, Voltaire l'abolitionniste et Filangieri le non-abolitionniste condamnaient son emploi excessif par la justice de leur temps et rendaient cette sévérité abusive responsable de la violence des criminels les plus endurcis. Finalement, au-delà du principe moral essentiel sur lequel aucun accord n'était possible, la nécessité d'un code pénal conforme au degré de civilisation de la société les réunissait.

Les abolitionnistes comprirent qu'ils devaient organiser le débat sur cette base commune : la peine de mort ou son substitut, en tout état de cause, ne devait toucher que les criminels convaincus des fautes les plus graves et dont l'histoire personnelle faisait désespérer d'un possible amendement. « L'esclavage perpétuel » — ou si l'on préfère « les Travaux publics à perpétuité » — leur paraissait convenir parfaitement.

Beccaria avait remarqué : « l'expérience de tous les siècles prouve que la crainte du dernier supplice n'a jamais arrêté les scélérats déterminés à porter le trouble dans la société ». La peine de mort, qui ne dure qu'un instant, (Mably répliquait « c'est un instant qui décide de tout ») ne pouvait pas non plus prétendre « donner des moeurs » à la société. L'effet dissuasif d'un châtiment reposait dans cette perspective exclusivement sur la durée : « le frein le plus propre à arrêter les crimes n'est donc pas tant le spectacle terrible mais momentané de la mort d'un scélérat que l'exemple continuel d'un homme privé de sa liberté ». Comme leurs adversaires et l'ensemble des jurisconsultes du temps, les abolitionnistes adhèrent pleinement à cette thèse de la nécessaire publicité de la peine. Le châtiment ne peut devenir didactique que s'il est érigé en spectacle. L'effroi est salutaire et, dans ce cas, il suppose la permanence. Cette théorie du spectacle punitif entraîne d'ailleurs chez Beccaria et ses amis quelques contradictions que leurs opposants s'empressèrent de relever. En effet, la vision de la mort endurcit le spectateur qui devient alors insensible, ou bien provoque l'effet inverse et suscite chez lui une compassion déraisonnable. Et pourquoi ne serait-ce pas le cas du spectacle des bagnes ?

En outre, les abolitionnistes insistèrent avec véhémence sur l'incompatibilité de la peine de mort avec le principe fondateur d'une société qui vise à assurer la perpétuation de ses membres. Ils refusèrent d'entendre l'argument de Rousseau selon qui « la conservation de l'Etat est incompatible avec celle du criminel ; il faut que l'un des deux périsse ». Ils relevaient aussi qu'elle dramatisait de façon insupportable pour la morale et la sensibilité les erreurs judiciaires. Aussi l'esclavage perpétuel consacré à

21. *L'Esprit des lois*, Livre XII, chapitre 4 et *Du contrat social*, Livre V, chapitre 5.
22. V. à ce sujet l'article de R. Badinter, « Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la Révolution française », cette *Revue*, 1989.235 et s.
23. V. à ce sujet le très utile ouvrage de Jean Imbert, *La peine de mort*, Paris, 1967.

des travaux d'utilité publique pouvait être considéré comme la peine la plus dissuasive et la plus utile, donc finalement la plus juste. Dans un Etat civilisé, la privation de la liberté apparaît seule en conformité avec la raison et les sentiments d'humanité.

Encore qu'on puisse en douter en lisant de près Beccaria qui se propose ni plus ni moins de réduire les condamnés à perpétuité à l'état de « bêtes de somme », d'« animaux de trait » et veut rendre leur peine « encore plus terrible que le supplice le plus grand ». Pour beaucoup d'abolitionnistes fidèles à cette thèse, plus le travail des forçats serait dangereux, avilissant, éreintant et même inutile, et mieux cela serait. Au point qu'on se demande si la notion tant décriée de « vengeance » était réellement oubliée dans ce programme. Certains, comme Lacretelle, prirent conscience de ces dangereuses déviations[24]. Mably eut beau jeu de les mettre en évidence : « Je suis fâché pour eux qu'à force de méditations ils soient parvenus à cette cruauté sublime de Tibère qui ne faisait mourir ses ennemis que quand il avait épuisé tous les moyens de les tourmenter »[25].

A vrai dire, les outrances de Beccaria affaiblissaient son raisonnement. Pendant les années 1780, les disciples de la première génération préférèrent insister sur les points communs des deux Ecoles plutôt que sur leurs divergences. Diderot, qui ne paraît pas avoir eu une opinion très nette sur la question, avait cherché au plus fort du débat à réconcilier les adversaires comme le prouvent ses *Notes sur le Traité des délits et des peines*. Les anti-abolitionnistes ne rejetaient d'ailleurs pas l'esclavage perpétuel en tant que tel. Les discussions portèrent alors sur l'image qu'il convenait de faire de ces deux châtiments que l'on pouvait parfaitement associer dans un futur code pénal.

La peine des galères, surtout depuis l'expérience des bagnes, offrait des perspectives que les philosophes et leurs disciples exploitèrent méthodiquement. En fait, ils corrigèrent moins les structures de la pénalité que ses finalités. En faisant du travail pénal un produit social, ils bouleversèrent le statut moral du condamné, même si les Constituants ne recueillirent que partiellement cet héritage. Dans ce domaine comme dans bien d'autres, la France de Louis XV apparaît ainsi riche d'étonnantes promesses.

24. *Discours sur le préjugé des peines infamantes suivi de réflexions sur la justice criminelle* (1784).
25. *De la législation*, p. 280.

Le travail dans les prisons (1873-1914)*

Michel FIZE

Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson

En hommage à Véronique GOSSE

« *La question du travail (dans les prisons),* observait l'inspecteur général Pujalet dans son rapport au ministre de l'Intérieur de 1911, *est l'une des plus importantes, sinon la plus importante de celles qui peuvent soulever une étude du régime pénitentiaire* »[1].

Elle paraît aussi l'une des plus difficiles, sinon la plus difficile de celles qui peuvent se présenter à l'analyse. La législation en la matière est l'une des plus éparses qu'il soit donné de rencontrer. La réalité l'une des plus émiettées qu'il soit possible d'imaginer. Comment donc démêler la pratique du discours ? Est-ce si important après tout ? Chacun sait bien et Michelle Perrot le rappelait naguère : « le discours et le "fait" constituent le réel et il est sans doute vain de se demander qui précède l'autre, tant ils s'enchevêtrent »[2].

Ces quelques remarques liminaires n'avaient d'autre but que d'attirer l'attention sur les difficultés que nous avons rencontrées en nous plongeant dans des sources aussi émiettées que la réalité dont elles étaient censées rendre compte.

Nous avons consulté, pour la réalisation de cette étude, la série BB 20 aux Archives nationales ainsi que diverses sources imprimées (*Codes pénitentiaires, Recueils statistiques des prisons et des établissements pénitentiaires*, — documents toujours riches d'informations) et un certain nombre d'ouvrages généraux ou spécifiques à la question du travail pénitentiaire.

Le travail dans les prisons, c'est, semble-t-il, à la fois ;

I. — Une grande ambition pour l'homme.

II. — Une ardente nécessité pour l'Etat.

III. — Une constante déception pour l'un comme pour l'autre.

* Conférence donnée au Séminaire Robert Badinter-Michelle Perrot : *La prison républicaine 1873-1914*, à la Maison des sciences de l'homme, les 6 et 27 avr. 1987.

1. Rapport du 21 juillet 1911 sur les services pénitentiaires présenté au président du conseil, ministre de l'Intérieur et des Cultes, par l'Inspection générale des services pénitentiaires, *Code pénitentiaire*, t. XVII, p. 104.

2. Michelle Perrot, « Délinquance et système pénitentiaire en France au XIXe siècle », dans *A.E.S.C.* janv.-févr. 1975, p. 80-81.

I. – UNE GRANDE AMBITION POUR L'HOMME

Voltaire le disait déjà : « Forcez les hommes au travail, et vous les rendrez honnêtes »[3].

Dans une instruction en date du 22 mars 1816, Vaublanc, ministre de l'Intérieur affirme que « le travail est, de tous les moyens, le plus propre à corriger les hommes dépravés... »[4]. Trois ans plus tard, en juin 1819, Bigot de Préameneu considère à son tour que le travail « dispose à la réforme en donnant à l'emploi du temps une marche régulière »[5].

Ce discours des Philanthropes, faisant du travail un puissant instrument de moralisation, est d'une remarquable constance dans l'histoire pénitentiaire. Dès sa fondation, la IIIe République poursuit la tradition avec une non moins grande conviction. René Goblet, ministre de l'Intérieur, n'hésite pas à dire, en 1882, que le premier de ses soucis est de faire contracter aux détenus « sinon le goût, au moins l'habitude du travail, d'où doit résulter pour eux un premier degré de relèvement moral »[6]. Plus nouvelle, pourtant, paraît être l'idée selon laquelle le travail est avant tout « un devoir social auquel nul ne doit se soustraire... et qu'il n'est de jouissance légitime que celle qui vient d'un salaire laborieusement acquis »[7].

Transparaît, transpire dans ces quelques lignes, toute la conception idéologique du travail au XIXe siècle. Nous sommes ici dans le droit fil de la pensée d'un Locke qui voyait dans le travail la source de toute propriété, ou d'un Adam Smith qui en faisait la source de toute richesse, pourvu que ce travail soit productif naturellement, Smith assimilant les autres formes de travail à une sorte de perversion.

Dans la société industrielle du XIXe siècle, la lutte contre l'oisiveté est prioritaire. Chaque individu doit avoir un travail. Pauvres, mendiants, prostituées, et bien sûr délinquants, deviennent intéressants en tant que forces de production possibles. Nombreux sont les directeurs de l'Administration pénitentiaire et les ministres de l'Intérieur à proclamer qu'il est de leur devoir de rendre à la nation la plus grande somme possible de forces productives.

Dans une note datée du 8 juillet 1888, Louis Herbette recommande de fournir aux détenus, autant que possible, un travail productif[8]. L'année suivante, à l'occasion de l'Exposition pénitentiaire spéciale organisée au Champ de Mars, il précise : « Le travail n'est pas une déchéance ; il est le devoir de tous et l'honneur de ceux qui savent s'y dévouer ; il est l'unique garantie du bien. Il est agréable, ajoute-t-il, honorable pour notre espèce humaine de constater que les spécimens les moins flatteurs n'ont guère moins conscience que les autres de la dignité du travail »[9]. C'est ce même Louis Herbette qui, quatre ans plus tôt, en novembre 1885, réclame un véritable droit au travail pour les détenus. S'élevant contre l'idée de la suppression du travail en prison, il estime que « cette suppression violerait, dans la personne du condamné, un droit que la loi n'enlève pas au détenu, le droit de travailler pour subvenir à ses

3. Cité par André Piettre, *Histoire de la pensée économique et analyse des théories contemporaines*, Paris, Dalloz, 1970, p. 126.
4. Instruction du 22 mars 1816 sur le régime intérieur des prisons départementales, *Code pénitentiaire*, t. I, p. 67.
5. Cité par Catherine Duprat, *Punir et guérir*. En 1819, la prison des philanthropes *in L'impossible prison*, Paris, 1980, Le Seuil, p. 82.
6. Arrêté du 15 avr. 1882 — Règlementation du travail dans les maisons centrales. *Code pénitentiaire*, t. VIII, p. 245.
7. *Ibid.* p. 245.
8. 15 juill. 1888. Note et renseignements concernant le travail des détenus (système de l'entreprise et système de la régie), *Code pénitentiaire*, t. XII, p. 294.
9. Exposé général du fonctionnement des établissements, services et oeuvres pénitentiaires en 1889, *Code pénitentiaire*, t. XIII, p. 318.

besoins ; c'est sur ce droit que repose la personnalité même ; il constitue la première et la plus légitime des propriétés et la source de toutes les autres »[10].

Grande ambition pour l'homme, le travail pénitentiaire est aussi une ardente nécessité pour l'Etat.

II. – UNE ARDENTE NECESSITE POUR L'ETAT

« Je suis profondément convaincu, déclare le directeur de la maison centrale de Clairvaux en 1834, que l'espoir de réformer les criminels, c'est-à-dire d'en faire des hommes honnêtes, est une chimère. Je ne peux admettre que le travail exerce sur eux un effet réformateur essentiel. Mais assurément, conclut-il, je considère le travail, dans tous les grands établissements, comme le plus sûr moyen de garantir l'ordre, la paix et la tranquillité »[11].

Tous les observateurs en conviennent : réduits à l'oisiveté, les détenus s'aigrissent, écoutent les mauvais conseils, « se montent la tête ». Comme le note Alexander Patterson, dans une étude sur les prisons américaines, « quand les hommes ne sont pas très occupés par le travail quotidien, ils ont trop de temps pour parler et conspirer sur des possibilités grossières et des griefs mesquins qui sont grandis et amplifiés démesurément. L'oisiveté mène à l'insolence, au manque de soins, à la conspiration et, finalement, à la révolte ouverte »[12]. C'est très précisément ce qui se produit après la suspension de tout travail dans les prisons en mars 1848. Une émeute ne tarde pas à éclater à Clairvaux et l'atmosphère générale des prisons est telle que le 9 janvier 1849 le législateur rétablit le travail pénitentiaire.

Il est donc clair que le travail est bien le principe essentiel, la pièce maîtresse du système disciplinaire de la prison, le pilier de sa sécurité. Dans une étude sur l'organisation des services et établissements pénitentiaires, publiée en novembre 1885, Louis Herbette reconnaît que l'absence de travail « rendrait difficile, impossible peut-être, de maintenir la discipline et le bon ordre au milieu d'êtres pervertis que l'on aurait à séquestrer ensemble, sans pouvoir les distraire de leurs instincts violents, sans dépenser leurs forces à quelque besogne »[13]. Quelques mois plus tard, dans une note datée du 31 mars 1886, le même Herbette, qui est toujours à la tête de l'Administration pénitentiaire (il y restera en fait près de neuf ans, jusqu'en mai 1891), explique ainsi l'agitation qui règne dans les prisons depuis la mi-janvier. « Des exemples récents, souligne-t-il, sont venus prouver combien le travail est intimement lié à la discipline intérieure, et comment tout ralentissement de l'activité individuelle a pour conséquence immédiate des actes de rébellion. Les mutineries qui se sont produites, depuis quelques mois, dans trois maisons centrales (il s'agit d'Embrun, de Gaillon et de Riom) avaient pour cause l'encombrement et les chômages résultant de la crise générale actuelle »[14].

Mais le travail n'est pas seulement « un des moyens les plus puissants pour maintenir l'ordre dans les prisons », il permet aussi à l'Etat d'alléger ses charges. La part qui lui revient sur le produit de la main-d'oeuvre pénale, exprimée en dixièmes depuis l'ordonnance du 23 décembre 1843 — part qui est d'autant plus importante que le détenu a été condamné lourdement, qu'il a de nombreux antécédents judiciaires et une

10. Note du 9 nov. 1885 sur l'organisation du travail dans les établissements pénitentiaires en France, *Code pénitentiaire*, t. X, p. 231-232.

11. Cité par Patricia O'Brien, *The Promise of Punishment : Prisons in 19th century France*, Princeton University Press, 1982.

12. Cité par Pierre Canat, *La réforme pénitentiaire*, Paris, Sirey, 1949, p. 163.

13. Louis Herbette, « Etude sur l'organisation des services et établissements pénitentiaires », 1er nov. 1885, *Code pénitentiaire*, t. X, p. 210.

14. Note du 31 mars 1886 sur les réclamations des ouvriers vanniers du département de l'Aisne, *Code pénitentiaire*, t. X, p. 325.

mauvaise conduite en détention — cette part sert en effet à couvrir en partie les dépenses des établissements pénitentiaires, ce qui n'est pas négligeable, souligne Herbette dans l'étude déjà citée de novembre 1885, en raison des maigres crédits accordés à l'Administration pénitentiaire pour l'entretien général des détenus (soit 12 millions de F. environ à cette date)[15]. « Les charges du budget, conclut-il dans une note du 14 juin 1888, grossiraient dans d'énormes proportions si l'Etat perdait le bénéfice des retenues légales sur le produit du travail des détenus »[16].

Que représentent exactement ces « retenues légales » ? Environ un million de F par an dans les maisons centrales pour la période 1890-1910 (un peu plus en 1890, soit 1,2 million, un peu moins en 1900 : 997 000 F et un chiffre légèrement supérieur au million : 1,056 million en 1910). Nous n'avons pas de données précises pour les prisons départementales. Toutefois, si l'on considère les faibles taux de travail et les moindres rendements des activités dans ces maisons, on peut y tenir pour négligeable la part revenant au Trésor. Il semble donc que l'Etat n'ait jamais pu récupérer par le travail qu'une partie des frais d'entretien des détenus.

Néanmoins — et d'abord pour ces motifs de sécurité que nous évoquions précédemment — la politique de la République, comme naguère celle de l'Empire, demeure une politique d'encouragement au travail, de développement des activités productives. Il s'agit, pour l'Etat, de donner du travail à tous les prisonniers, partout. Naturellement, dans les prisons gérées par un entrepreneur, c'est-à-dire, en 1873, dans une vingtaine de maisons centrales et dans la totalité des prisons départementales, ainsi que dans les maisons en régie où l'administration confie la responsabilité de l'organisation du travail à un confectionnaire, c'est à l'entrepreneur général des services économiques ou au confectionnaire qu'incombe en fait cette obligation. Elle figure d'ailleurs régulièrement dans les cahiers des charges. On la retrouve ainsi dans les cahiers de juin 1873, de février 1890, de novembre 1892 pour l'entreprise générale des services économiques et des travaux industriels des maisons centrales, dans celui de mars 1893 pour l'entreprise générale des maisons d'arrêt, de justice et de correction, enfin dans le cahier de décembre 1887 relatif à l'adjudication des services économiques des établissements pénitentiaires du département de la Seine.

Qu'en est-il en réalité de cette obligation de fournir du travail à tous les détenus ?

III. — UNE CONSTANTE DECEPTION POUR L'UN COMME POUR L'AUTRE

1. Inoccupation des détenus. Faibles produits du travail

Maintes fois dénoncée sous la Restauration et la Monarchie de juillet, l'inoccupation des détenus reste, sous la IIIe République, l'une des préoccupations majeures de l'Etat. Jean-Claude Gegot a montré récemment, à partir d'un sondage portant sur une centaine de prisons départementales, qu'au début des années 1840 le travail ne semblait effectivement pratiqué que dans une demi-douzaine d'entre elles, et qu'à la fin de la Monarchie de juillet 30 % au moins de ces maisons laissaient leurs pensionnaires complètement oisifs[17]. Vingt-cinq ans plus tard, la situation ne s'est pas améliorée. Devant la Commission d'enquête parlementaire, Desportes se plaint de l'insuffisance du travail dans les prisons départementales, Bérenger du fort chômage qui touche certaines prisons de la Seine comme Sainte-Pélagie, Mazas ou La Santé.

15. Etude du 1er nov. 1885, préc. *Code pénitentiaire*, t. X, p. 209.
16. Note du 14 juin 1888 présentée à M. le ministre de l'Intérieur sur les questions concernant les travaux de vannerie par les détenus et de manière générale le travail dans les prisons. L. Herbette, *Code pénitentiaire*, t. XII, p. 241.
17. Jean-Claude Gegot, « L'état des prisons départementales à la fin de la Monarchie de Juillet », *Actes du 107e Congrès national des sociétés savantes*, Brest, 1982.

Seules les maisons centrales paraissent épargnées, 85 % des condamnés étant occupés, si l'on en croit les chiffres officiels — contre seulement 50 % environ en 1852-1853. C'est donc bien toujours dans les prisons départementales que la situation est la plus préoccupante. Pour Louis Herbette, les difficultés tiennent à l'existence de 380 maisons d'arrêt, de justice et de correction qui, la plupart du temps, ne renferment que « quelques détenus placés en conditions disparates et appartenant à des catégories légales différentes »[18]. « Quels métiers, quels ateliers organiser dans ces pauvres geôles où l'on ne compte pas toujours en tout trois personnes pour exercer la surveillance »[19]. Dans ces prisons qui, plus est, sont atteintes du mal d'exiguïté. Terrible épreuve pour l'administration pénitentiaire qui sait que le travail doit impérieusement être fourni au prisonnier, surtout à celui soumis à l'emprisonnement individuel, pour lui éviter de sombrer dans la démence ou de fomenter des complots. Alors elle n'a de cesse de rappeler dans ses notes, circulaires, arrêtés l'obligation qui incombe aux entrepreneurs de procurer une occupation à tous les détenus, pas seulement aux condamnés mais aussi aux prévenus, pas seulement aux prisonniers se conduisant bien mais aussi à ceux placés en cellule de punition — sauf disposition contraire de l'administration.

Conscient tout de même qu'en certains lieux cette obligation est inassumable, Herbette suggère de ne renfermer dans les petites prisons que les prévenus et les condamnés n'ayant que quelques jours de peine à subir, voire de supprimer un certain nombre de tribunaux à trop faible activité. Il n'envisage pourtant pas de réclamer une réduction des mises en détention préventive, une initiative qu'avait prise le Garde des Sceaux en 1872, qui avait alors écrit à tous les parquets pour les inviter à n'avoir recours que le moins possible à cette mesure. On sait naturellement ce qu'il advient généralement de pareille recommandation ! Et ce qu'il en est advenu à l'époque déjà.

A cause de cette pénurie de travail, le temps carcéral ressemble assez à un temps mort. Pas d'enseignement professionnel dans les prisons départementales et les maisons centrales, la République, comme naguère l'Empire, le réserve aux jeunes détenus ! Seuls quelques détenus de certaines de ces maisons reçoivent un court apprentissage. Apprentissage des notions élémentaires, des quelques gestes nécessaires à l'exercice de l'industrie dans laquelle ces détenus sont ensuite versés, rien de plus. En 1890, par exemple, l'apprentissage varie de quelques heures à une quinzaine de jours en moyenne dans les prisons départementales. Quelques heures pour l'assemblage de guirlandes funéraires à Tours, une journée pour les liens destinés à l'agriculture à Pontoise, de dix à quinze jours pour le tissage de chaussons à Besançon, le crochet à Bourges, les chaussons à Pontoise. Il est un peu plus long dans les maisons centrales : 15 jours pour les chaussons de Landerneau, deux à trois mois pour les brodequins militaires à Landerneau également, quatre mois pour la fabrication de sabots à Fontevrault.

La plupart du temps, les détenus ne reçoivent aucune formation spécifique. Pas d'apprentissage à la centrale de Melun pour le pliage de papier, le triage d'emboutis, les franges de ceinture, les coutures de registres. Pas d'apprentissage non plus à Mazas pour des occupations telles que l'enfilage de perles, l'emmaillage de chaînes ou la confection de cahiers d'écriture. On place généralement dans les ateliers des détenus expérimentés.

Une autre difficulté apparaît alors : l'inégalité des prisonniers devant les gains. S'agissant des maisons centrales où l'organisation du travail est la plus poussée, quelques-unes — peu nombreuses — se signalent par les gains — relativement — élevés versés aux détenus. Ce sont, dans les années 1882-1886, pour les hommes Poissy, Melun, Gaillon, Nîmes et Clairvaux et pour les femmes Clermont, Doullens et

18. L. Herbette, Exposé général du fonctionnement des établissements, services et oeuvres pénitentiaires en 1889, *Code pénitentiaire*, t. XIII, p. 335.
19. *Ibid.* p. 335.

Rennes. Mais, d'une manière générale, le rendement moyen des ateliers pénitentiaires est faible. Dans son rapport de 1912 au ministre de l'Intérieur, l'inspecteur général Brunot l'évalue à 57 centimes par jour[20]. (Mais plus d'un franc dans certains ateliers de Poissy).

Dans les prisons départementales où, depuis le décret du 23 novembre 1893, le détenu bénéficie de la même répartition du produit du travail que le condamné de maison centrale — il bénéficie des 5/10° de ce produit s'il est sans condamnation antérieure ou s'il a encouru en une ou plusieurs condamnations une peine d'emprisonnement n'excédant pas un an, des 4/10° s'il a encouru une peine comprise entre un et cinq ans au plus et des 3/10° s'il a encouru la peine des travaux forcés ou celle de la réclusion ou une peine de prison supérieure à cinq ans, dans ces prisons donc, le gain du détenu est plus faible. L'inspecteur général, Alcindor, dans son rapport au ministère de l'Intérieur, estime qu'un condamné, dans une prison privilégiée, perçoit tout au plus 40 à 50 centimes (sa part légale), mais que, la plupart du temps, il gagne beaucoup moins « ainsi, souligne-t-il, à Châtellerault, ville dont la prison est d'importance moyenne, la majorité des détenus au moment de la tournée étaient employés au tressage ; pour 100 mètres de tresses confectionnées par jour, les détenus recevaient 18 à 20 centimes[21] ».

« A Melle (Deux-Sèvres), le cassage des noix constituait l'unique industrie ; aux Sables d'Olonne (Vendée), prison de même importance que Châtellerault, le sciage du bois leur rapportait 50 centimes par jour, les fagots 40 centimes, le peignage de l'étoupe 10 centimes seulement »[22].

Qui profite donc du travail des détenus ? L'Etat ? Non, la part du Trésor couvre une partie des frais d'entretien de ses clients, pas davantage. L'entrepreneur, comme l'a souligné Patricia O'Brien ? Plus sûrement. Si l'on en croit l'inspecteur général Brunot, déjà cité, « l'entreprise pénitentiaire est, en fait, une carrière monopolisée entre les mains d'une oligarchie sélectionnée par les expériences antérieures. Du sud au nord, et de l'est à l'ouest de la France, des noms bien connus se succèdent les uns aux autres par simple permutation. Le hasard des adjudications semble avoir réservé d'avance la place de chacun, avec une constance anxieuse à signaler. Il est vrai, conclut-il, que les entrepreneurs de carrière — pour certains on pourrait dire de famille — ont acquis, par une longue expérience, des facultés et des notions inconnues à leurs nouveaux concurrents, qui pour la plupart, ne tardent pas à disparaître »[23].

2. Les mauvaises conditions de travail des détenus travailleurs. Examen de la loi du 9 avril 1898

a) La loi du 9 avril 1898 a été faite à l'intention des ouvriers, et plus particulièrement des ouvriers d'usines ou de manufactures, ainsi que des ouvriers d'ateliers exposés à des conditions dangereuses de travail.

Avant le vote de cette loi, l'ouvrier blessé durant ses heures de travail n'avait droit à indemnité que s'il parvenait à démontrer que son patron avait commis une faute. Avec la loi de 1898, il obtient une protection, mais à la condition que l'interruption de son travail ait duré plus de quatre jours[24].

Deux conceptions s'opposent alors : une première selon laquelle la loi doit s'étendre aux détenus travailleurs, une seconde refusant l'assimilation détenus-ouvriers libres, considérant que les prisons n'ont rien de commun avec les usines et que les détenus ne sont pas des salariés.

20. Rapport du 6 août 1912 sur les services pénitentiaires présenté au ministre de l'Intérieur par l'Inspection générale des services administratifs, *Code pénitentiaire*, t. XVIII, p. 181.
21. Rapport du 2 août 1909 sur les services pénitentiaires, *Code pénitentiaire*, t. XVII, p. 263 et s.
22. *Ibid.* p. 312.
23. Rapport de 1912 préc. p. 174.
24. Léon Germain, *Les accidents du travail dans les prisons de Paris*, 1934.

Ces deux conceptions vont s'affronter — par intermittence — jusqu'en 1912.

b) En vertu du décret du 16 juin 1808, les détenus condamnés sont tenus de travailler. Par son travail, le prisonnier règle d'une certaine manière sa dette à la société. Il est soumis alors à toutes sortes de contraintes et de sanctions. S'il refuse de travailler, il est puni. Il l'est encore si son travail est mal fait ou s'il ne produit pas suffisamment. Il vit souvent très mal de ne pouvoir choisir son atelier, comme en témoigne cette lettre du 6 juin 1880, adressée au préfet par Benoît Callin Léon, ex-officier de Marine affecté à l'atelier de vannerie de la maison centrale de Melun.

« N'appartient-il à l'administration, écrit-il, de concilier autant que possible les aptitudes de chacun avec les besoins du travail... si comme moi et tant d'autres malheureusement vous appartenez à une profession libérale, sans vous consulter sur vos goûts, vos aptitudes, on vous classe instinctivement selon les besoins du moment, tant mieux pour vous si vous tombez bien, tant pis si vous tombez mal. Vous demandez naturellement de changer d'atelier, mais là vous vous heurtez à une barrière infranchissable, vous avez été placé dans un atelier et, sauf la question de santé, il vous faut rester quand même »[25].

La différence de rémunération entre les ateliers est un second motif de mécontentement des détenus. Inquiets encore de la complexité croissante des machines, inquiétude partagée par les chefs d'établissement.

« Il est nécessaire, indispensable même, observe le directeur de Melun, de n'introduire que les industries d'une exécution facile, afin d'éviter les longueurs d'apprentissage. Dès le premier jour qu'un condamné arrive dans une maison centrale, alors qu'il ne connaît rien du travail qui lui est imposé, il est évident qu'il ne peut que perdre ou détériorer la matière première qui lui est confiée.

Pour les industries qui demandent un apprentissage de trois ans au moins, l'administration n'en accorde qu'un de six mois au plus. Ainsi la production moyenne d'un détenu n'est que de deux tiers par rapport à celle de l'ouvrier »[26].

En conséquence, le détenu qui a une qualification plus restreinte est plus vulnérable aux accidents « surtout aujourd'hui où l'emploi des machines et des moteurs se multiplient de plus en plus »[27]. Les risques d'accident résultent également des ateliers eux-mêmes qui n'ont pas été conçus pour répondre aux exigences industrielles (ils manquent d'air, de hauteur, d'ampleur, de lumière). A cet égard, la loi du 12 juin 1893 sur l'hygiène et la sécurité des ateliers s'applique peu ou pas aux ateliers pénitentiaires. D'où le développement de certaines maladies.

« J'étais à l'atelier de vannerie fine depuis quatre ans, écrit un détenu en janvier 1882, lorsqu'il a été supprimé à la fin d'octobre dernier. L'hiver précédent, en 1880, j'ai été atteint de bronchite, cette maladie a nécessité mon traitement à l'infirmerie pendant six semaines, elle n'a pas été guérie radicalement et depuis j'en ai beaucoup souffert ; le travail de la vannerie est contraire à cet état de santé parce qu'il faut y avoir souvent les mains mouillées »[28].

A Melun, les maladies de l'appareil respiratoire causent ainsi de nombreux décès.

Malgré la persistance de mauvaises conditions de travail, les condamnés restent tenus à l'écart de la loi du 9 avril 1898. Au cas d'accident, ils doivent apporter la preuve (si possible avec témoins) d'une faute commise par le directeur ou l'entrepreneur. Mais, la plupart du temps, les juges les dégagent de leur responsabilité et ne donnent pas suite aux réclamations des détenus.

25. Lettre au préfet du 6 juin 1880, n° 451. Archives départementales de Melun (ly).
26. Lettre du directeur de Melun M. Nivelle, 1885, Archives départementales de Melun (ly48).
27. Roger Roux, « Les accidents du travail », extrait du *Bulletin des accidents du travail et des assurances sociales*, 1903.
28. Lettre de Charles Lods au préfet, 12 janv. 1882. Affaires concernant les détenus (1875-1883). Archives départementales de Melun (ly).

Plusieurs arguments sont invoqués pour justifier la non-application de cette loi aux condamnés.

1) Le prisonnier n'est pas un salarié, il bénéficie d'un pécule pour payer notamment les frais de son entretien, pécule qui est une récompense par rapport au travail fourni.

2) « Le travail pénal n'est pas soumis aux mêmes conditions que le travail libre, le détenu ne choisit ni sa tâche, ni son patron, il n'y a pas de contrat librement consenti, le travail est une partie de la peine »[29].

L'Etat n'est pas considéré comme un patron et le travail se veut d'abord éducatif. Mais l'entrepreneur a d'autres visées : il ne cherche pas à moraliser le détenu mais à en tirer le plus grand bénéfice.

En 1902, la Chambre des députés réglemente à nouveau les formes de la déclaration d'accident, sans prendre position sur la question de l'application ou non de la loi de 1898 aux prisons.

Le 26 janvier 1903, un arrêté du ministre du Commerce institue une Commission « pour étudier les difficultés relatives à l'application de la loi de 1898 aux accidents survenus dans les établissements pénitentiaires et hospitaliers »[30].

Le VIIe Congrès pénitentiaire international qui se tient à Budapest en 1905 inscrit cette question à son programme. Mais il faudra attendre 1912 pour qu'elle soit mentionnée dans le rapport de l'inspection générale des maisons centrales. « L'inspection générale, note le rapporteur, n'admet pas la loi du 9 avril 1898 aux accidents du travail se produisant dans les établissements pénitentiaires »[31]. Brunot avait déjà conclu en ce sens en 1903 : « Si toute la population pénale aussi bien réclusionnaire que correctionnelle, notait-il, était investie du droit de revendiquer en justice une indemnité en cas d'accident, il est à craindre que l'opinion publique ne fasse d'amères comparaisons ; comment supportera-t-elle qu'un meurtrier qui se sera laissé prendre le pouce dans un engrenage pénitentiaire reçoive une pension viagère de l'Etat, alors que la victime même de ce meurtrier reste privée de tout droit de revendiquer en justice une indemnité pour "l'accident criminel" dont elle fut victime ? »[32].

Seule l'Allemagne a été sensible au problème des accidents du travail dans les prisons. Par la loi spéciale du 30 juin 1900, elle garantit au prisonnier blessé des « secours pécuniaires ».

3. La concurrence du travail pénitentiaire à l'industrie libre

En 1848, les tailleurs parisiens prétendaient qu'ils étaient ruinés parce qu'il y avait des tailleurs dans les prisons. On fit une enquête et on trouva qu'il y avait dans les établissements pénitentiaires une soixantaine de tailleurs, tandis que le chiffre des seuls tailleurs établis à Paris s'élevait à 15 000[33].

En 1886, les vanniers de l'Aisne prétendent à leur tour être victimes de la concurrence pénitentiaire. Une pétition est adressée à la Chambre des députés et transmise au ministre de l'Intérieur. Après enquête, il apparaît qu'il y a, à cette date, dans les prisons un millier de détenus occupés à des travaux de vannerie (soit 676 dans les maisons centrales, 207 dans les prisons départementales et 75 dans les maisons d'éducation correctionnelle d'Aniane)[34].

Vieille querelle donc que celle de la concurrence du travail pénitentiaire à l'industrie libre. Dès le début du XIXe siècle, des voix ouvrières s'élevaient pour dé-

29. Léon Germain, *op. cit.*
30. Roger Roux, *op. cit.*
31. *Rev. pénit.* 1912. 744.
32. *Bulletin de la Société générale des prisons*, n° 5, mai 1903.
33. V. déclarations de M. Jaillant, directeur de l'Administration pénitentiaire et du vicomte d'Haussonville, devant la Commission d'enquête en 1872-1873, t. I.
34. *Code pénitentiaire*, t. X, p. 325 et s.

noncer la concurrence du travail pénal, certaines d'entre elles allant jusqu'à proposer la destruction par le feu de tous les produits du travail des détenus. Ces voix s'amplifiaient dans les années 1830 avec la poussée démographique dans les villes, les premières crises économiques et la montée du chômage. Désormais, angoissé par la perspective de perdre son emploi, l'ouvrier, toujours seul face au patron, s'en prend — sans distinction — au travailleur étranger, au détenu-travailleur et à la machine.

Dans les années 1870, ses plaintes contre le travail pénitentiaire sont toujours aussi vives. Il est vrai que la situation économique n'est pas bonne. En 1873, la France connaît une nouvelle crise de surproduction, la sixième depuis 1825. Elle en connaîtra encore cinq autres jusqu'en 1914 : en 1882, 1890, 1900, 1907 et 1913. Alors les pétitions de la classe ouvrière contre le travail dans les prisons se multiplient au rythme d'augmentation du chômage. En 1877, les tailleurs parisiens dénoncent une fois encore la concurrence des prisons. Puis c'est au tour des selliers de Paris, des cordonniers (qui forment le plus gros bataillon de travailleurs en prison : fin 1869, il y a, en effet, 1 800 détenus cordonniers pour environ 120 000 ouvriers libres). En 1879, l'exaspération des ouvriers est à son comble. Dans une pétition réclamant la suppression du travail des prisons et des couvents comme portant atteinte aux intérêts généraux du prolétariat, ils en viennent à se demander s'ils n'auront pas, un jour, l'obligation, pour vivre, d'aller demander du travail à la porte des prisons.

Et puis, c'est l'affaire des vanniers du département de l'Aisne, qui intervient dans le plus mauvais contexte économique et social qu'on puisse imaginer. Depuis 1882, en effet, de grandes vagues de chômage déferlent sur la France. Rien qu'à Paris, au printemps 1883, on dénombre 200 000 chômeurs. D'où de nombreuses manifestations un peu partout en France, une cinquantaine de 1883 à 1889. Incontestablement « l'insécurité de l'emploi reste, ce qu'a fort bien dit Michelle Perrot, le stigmate et la hantise de la condition ouvrière »[35]. Il importe donc peu de savoir qu'il n'y a, dans les années 1880, que 24 000 travailleurs en prison pour 8 millions d'ouvriers libres[36]. Les chiffres s'effacent ici devant le sentiment d'insécurité. Et chacun de nous sait bien que, face à un tel sentiment, le combat à mener est toujours difficile. Comme dans une sorte de concurrence déloyale.

L'Administration pénitentiaire de l'époque en a conscience qui va chercher à satisfaire — au moins partiellement — les revendications des vanniers de l'Aisne, tout en ne contrariant pas la bonne marche des prisons. Bref, il ne saurait être question, comme en 1848, de supprimer le travail dans les prisons, ni toute concurrence du reste. Il s'agit, plus modestement mais aussi plus raisonnablement, de lutter contre la concurrence déloyale. Comment ?

Outre les garanties offertes par l'arrêté du 15 avril 1882 pour les maisons centrales et le décret du 11 novembre 1885 pour les prisons départementales — les deux plus importantes étant la soumission à autorisation ministérielle de toute nouvelle industrie et la fixation d'une procédure minutieuse d'élaboration des tarifs, diverses solutions ont été présentées.

L'inspecteur général Pujalet en a fait un inventaire exhaustif dans son rapport sur les services adressé au ministre de l'Intérieur le 21 juillet 1911[37]. Je vais reprendre cet inventaire en y apportant quelques commentaires.

Premier moyen envisagé de lutte contre la concurrence pénitentiaire : la répartition des ateliers pénitentiaires sur tout le territoire national. Comme l'expliquait déjà Louis

35. Michelle Perrot, « Les classes populaires urbaines », *in Histoire économique et sociale de la France*, t. IV, 1er vol. p. 485.

36. Chiffres cités par René Goblet, ministre de l'Intérieur, dans l'arrêté du 15 avr. 1882 portant réglementation du travail dans les maisons centrales, *Code pénitentiaire*, t. VIII, p. 245 et s.

37. Rapport du 21 juill. 1911 sur les services pénitentiaires présenté au président du Conseil, ministre de l'Intérieur et des Cultes, par l'Inspection générale des services administratifs, *Code pénitentiaire*, t. XVI, p. 23 et s.

Herbette, dans une note du 15 juillet 1888, il ne faut pas que « le nombre des détenus occupés à une industrie dans un établissement pénitentiaire (soit) trop élevé par rapport au nombre des ouvriers libres de l'industrie similaire exercée dans la localité ou dans la région de production »[38].

Deuxième moyen : la variété et le sectionnement des industries pénitentiaires. Sur ce point, la situation, à la fin du XIXe siècle, est plutôt bonne. En avril 1890, les seuls détenus soumis à l'emprisonnement individuel, tant dans les prisons départementales que dans les maisons centrales, pouvaient être classés dans 195 types d'activités différentes. A la même date — et si l'on ne retient que les véritables industries, c'est-à-dire les activités mises en place dans les maisons centrales — il y avait dans cette catégorie d'établissements une quarantaine d'industries occupant quelque 8 000 détenus.

Troisième moyen : l'équivalence des prix appliqués aux industries pénitentiaires et aux industries libres. « Le but que doit se proposer invariablement l'Administration, précise le ministre de l'Intérieur, en 1882, est d'assurer une équivalence complète entre les prix de revient de la main d'oeuvre supportés par les concessionnaires des ateliers de prisons et ceux qui incombent aux industriels employant des ouvriers libres »[39].

Qu'en est-il dans les faits ? Si la « concurrence des quantités » paraît faible au regard des chiffres cités, la concurrence des prix semble plus fondée.

Que disent les responsables pénitentiaires ? Qu'il n'en est rien. Selon René Goblet, ministre de l'Intérieur, en 1882, si les prix des matières premières sont équivalents en prison et dans l'industrie libre, en revanche les frais généraux sont beaucoup plus élevés pour les entrepreneurs des prisons que pour les industriels libres. En prison, l'entrepreneur doit, en plus, supporter la rétribution de nombreux agents auxiliaires : surveillants, agents comptables, acquitter les frais de transport des matières premières et des produits fabriqués, sans parler des pertes résultant de l'inexpérience, de la maladresse et de la mauvaise volonté des détenus, sans parler non plus des indemnités à verser au Trésor en cas de chômage dans les ateliers. Pour cette raison, les salaires des détenus sont abaissés et, au bout du compte, les prix de revient des industries libres et pénitentiaires sont équivalents.

Que faut-il penser de cette argumentation ? Qu'elle est pour le moins contestable.

S'agissant tout d'abord de la fixation des tarifs, plusieurs failles apparaissent immédiatement : d'une part, la consultation des chambres de commerce, puis, à partir de 1882, des chambres syndicales de patrons et d'ouvriers ne semble pas avoir été systématique ou, plus exactement, nombre de ces chambres paraissent s'être désintéressées de leurs obligations en la matière. Ensuite, les tarifs provisoires sont parfois demeurés en vigueur au-delà du délai légal de six mois, aucun tarif définitif n'étant établi, ce qui était très favorable à l'entrepreneur naturellement. L'Administration pénitentiaire condamna de telles pratiques, sans faire preuve cependant d'une grande fermeté.

« Il est des périodes, souligne Louis Herbette en février 1888, où les salaires s'abaissent en réalité pour le travail libre par le ralentissement ou par l'excès de production qui entraîne les chômages. Ainsi s'explique qu'on ait laissé durer en fait, contrairement au désir de mon administration, d'anciens tarifs ou des tarifs provisoires de main d'oeuvre, par crainte de voir disparaître les industries correspondantes dans les établissements pénitentiaires, ou d'être réduit à donner approbation définitive à de nouveaux tarifs qui paraîtront trop abaissés »[40].

38. Note du 15 juill. 1888 concernant le travail des détenus, *Code pénitentiaire*, t. XII, p. 295.
39. Arrêté du 15 avr. 1882, préc. p. 250.
40. Circ. du 18 févr. 1888, concernant le travail des détenus. Tarifs de main-d'oeuvre, *Code pénitentiaire*, t. XII, p. 176.

Autre interrogation : dans le souci de ne pas voir « s'éloigner les industriels »[41], pour reprendre la formule d'Herbette, l'administration n'a-t-elle pas également fermé un peu les yeux sur l'obligation incombant aux entrepreneurs de lui verser des indemnités en cas de chômage ? On peut le penser, sans disposer, en ce domaine, de renseignements précis, sauf à faire état de certains rapports d'inspecteurs généraux semblant confirmer cette hypothèse.

Quatrième moyen pour lutter contre la concurrence : l'exécution de travaux pour le compte de l'Etat. Cette idée n'est pas neuve. Le législateur l'adopte le 9 janvier 1849 mais le gouvernement impérial y renonce dès mars 1852. Vingt ans plus tard, devant la Commission d'enquête parlementaire, Bérenger préconise de faire consommer par l'Administration de la Guerre et celle de la Marine les objets fabriqués par les détenus. Le 20 octobre 1890, les députés Chiché, Aimelafille, Jourde déposent une proposition de loi tendant à interdire aux condamnés à l'emprisonnement la fabrication d'« objets destinés à être mis dans le commerce »[42]. La Chambre ne donne aucune suite à cette proposition mais, sur le terrain, les choses commencent à évoluer. L'Administration considère, en effet, de son devoir de favoriser, autant que possible, les « objets dont elle-même peut faire emploi »[43]. C'est ainsi que s'ouvre à Melun, au milieu des années 1880, un atelier de lithographie et typographie qui va produire tous les imprimés nécessaires à son service, puis un atelier de tailleurs où seront confectionnés tous les uniformes des trois mille gardiens des prisons de France et d'Algérie. Un peu plus tard, à la maison centrale de Clairvaux, est installé un atelier de tissage pour la production des toiles et droguets dont a besoin l'administration.

S'agissant des fournitures à destination d'autres administrations que l'Administration pénitentiaire, et notamment des fournitures aux Armées, les choses sont un peu plus compliquées. Dans une lettre du 4 juin 1886 adressée à son collègue de la Guerre, Sarrien ministre de l'Intérieur se montre pour le moins réservé sur ce projet. Déjà, souligne-t-il, des réclamations se sont élevées après l'ouverture à la centrale de Melun de l'atelier de tailleurs. Il convient donc d'agir avec prudence surtout, ajoute le ministre, dans ce moment de crise générale où les « revendications de patrons et ouvriers libres... s'attaquent à tout incident, à toute cause n'ayant même que l'apparence d'un dommage possible... (revendications) relevées et répercutées par la presse dans la France entière, soutenues par les représentants des populations intéressées, surgissant en dernier terme à la tribune parlementaire »[44]. Ce qui n'empêche pas le même ministre d'annoncer l'ouverture prochaine d'ateliers de fabrication de chaussures ou de meubles ici ou là. Ainsi, en juillet 1886, est mis en place à la maison de Landernau un atelier de sabots et galoches destinés aux divers établissements pénitentiaires en régie. Puis un atelier de tissage à Fontevrault. Mais la question des fournitures militaires demeure en suspens. Du reste, d'abord enthousiaste, le ministre de la Guerre ne tarde pas, à son tour, à faire part de ses inquiétudes. Il indique à M. Herbette, en 1889 que sa marge de manoeuvre est étroite, qu'il est lié par des marchés en cours et doit faire face aux nombreuses plaintes de ses fournisseurs privés. Et l'on en reste là pour quelque temps encore.

Au nombre des moyens destinés à empêcher toute concurrence déloyale de l'industrie pénitentiaire, on peut encore mentionner la fabrication de produits pour l'exportation, ou d'articles d'importation non produits en France, ou bien encore l'utilisation de la main d'oeuvre pénale, comme le précise l'inspecteur Pujalet, « non pas à des produits terminés et propres à la consommation publique, mais à des

41. Note du 9 nov. 1885 sur l'organisation du travail dans les établissements pénitentiaires en France, *Code pénitentiaire*, t. X, p. 231.

42. *J.O.* Chambre, Doc. Parl. 1890, Annexe n° 922.

43. Note du 31 mars 1886 sur les réclamations des ouvriers vanniers du département de l'Aisne, *Code pénitentiaire*, t. X, p. 326.

44. Lettre du 4 juin 1886 du ministre de l'Intérieur au ministre de la Guerre au sujet du travail dans les prisons et de son utilisation possible pour certaines fournitures militaires, *Code pénitentiaire*, t. X, p. 384.

« semi-fabricats », c'est-à-dire à des produits non terminés, à des matières premières de second degré exigeant un second parachèvement par l'industrie libre avant d'être utilisables par le public »[45]. On a aussi songé à ne confier aux détenus que des travaux intérieurs et limités à la prison elle-même, tels que la construction ou l'entretien des bâtiments, la confection des vêtements des prisonniers, le jardinage. On a envisagé encore de faire travailler les détenus pour leur ancien patron, ou bien de leur confier des travaux si mal rémunérés que personne d'autre qu'eux ne pourrait y envisager un quelconque profit.

Plus intéressante nous paraît être l'organisation de chantiers extérieurs, autrement dit l'emploi de condamnés à des travaux agricoles ou d'utilité publique. C'est en février 1852 que le ministre de l'Intérieur est autorisé, pour la première fois, à titre d'essai, à employer un certain nombre de condamnés à des travaux de ce type, ce qu'il va faire à Fontevrault et à Clairvaux. Puis sont institués les pénitenciers corses de Chiavari, Castellucio et Casabianda et, en Algérie, le pénitencier de Berrouaghia. Enfin, une expérience est menée en métropole, à la maison centrale d'Embrun de 1879 à 1887 — une trentaine de condamnés participant à la construction d'une voie ferrée. Mais ce système n'est finalement admis qu'à titre d'exception et seulement pour occuper les détenus dont la santé exige de l'exercice en plein air. Dès la fin des années 1870, se pose pourtant la question de son éventuelle extension. Herbette, au nom de l'Administration pénitentiaire, s'y montre favorable. Devant le Conseil supérieur des prisons, le 25 juin 1883, il tente de faire adopter son point de vue. Ses collègues Schoelcher, Barbier et Voisin, ne le suivent pas dans cette voie, considérant qu'un tel système équivaudrait à « organiser la traite des prisonniers au profit de particuliers »[46]. Finalement, l'idée est reprise par le législateur, dans la loi du 4 février 1893, mais seulement pour la construction ou la transformation des prisons. En application de ce texte, la prison cellulaire de Caen sera entièrement construite par des détenus de 1901 à 1905.

Toutes ces solutions, pour intéressantes qu'elles soient, ne constituent pas de véritables remèdes au problème de la concurrence pénitentiaire à l'industrie libre. Elles se bornent à le déplacer, rien de plus. De cela les autorités pénitentiaires ont pleinement conscience. On va donc résolument s'engager vers la seule solution qui soit une réponse à ce problème : la régie.

En 1869, si l'on excepte les trois pénitenciers agricoles, seules deux maisons centrales sont en régie : Belle-Ile et Clairvaux (dans ce dernier cas, la mise en régie est le résultat d'un conflit avec l'entrepreneur). Au cours des années 1870-1871, à la suite de ruptures de contrats avec de nombreux entrepreneurs, d'autres maisons accèdent au statut d'établissements en régie : Fontevrault, Melun, Gaillon. Ensuite, plus rien pendant vingt ans. Pourtant, les partisans de ce système sont nombreux. La quasi-totalité des cours d'appels, interrogées par la commission d'enquête en 1872, s'y rallient. Les plus grands théoriciens (Beaumont, Tocqueville, Lucas, Bonneville de Marsangy) le défendent depuis longtemps. La majorité des nations européennes l'appliquent déjà (la Belgique, la Bavière, la Norvège, la Suisse, l'Angleterre, l'Irlande). Quelles sont donc les raisons qui l'empêchent de s'imposer en France ?

Nul n'ignore les avantages du système de la régie. Il permet à l'Etat de donner, par le travail, un sens à la moralisation du détenu, récompensé, non d'après son rendement, mais d'après son mérite. Les inconvénients, eux aussi, sont bien connus. D'abord ce système n'empêche pas les réclamations de l'industrie libre. Mais surtout, comme le note l'inspecteur Pujalet dans son rapport de 1911, si le travail est « éducateur, il peut cesser d'être rémunérateur »[47]. Autrement dit, le système de la régie n'a d'intérêt que si la production d'objets n'est pas plus onéreuse qu'à l'extérieur

45. Rapport préc. p. 107.
46. Travaux de la deuxième Commission du Conseil supérieur des prisons (1883-1884). Préparation et discussion du règlement général de 1885, *Code pénitentiaire*, t. XI, p. 129-131.
47. Rapport préc. de 1911, p. 110.

et que le régisseur a le goût du profit et, souligne le ministre de l'Intérieur, « toutes qualités qu'il faut aux organisateurs industriels »[48]. Or, pense le ministre, « il n'est pas toujours aisé de trouver et de garder chez les collaborateurs de l'Etat ces qualités, telles qu'elles sont forcément déterminées par les batailles de la concurrence dans les rangs de l'industrie privée »[49]. Et M. Sarrien d'ajouter aussitôt : « tant vaudra le régisseur et tant vaudra la régie »[50]. Naturellement, déclare-t-il en guise de conclusion « l'Etat étant un capitaliste qui ne court point de risques, qui solde ses pertes par l'argent de tout le monde et de ceux mêmes qu'il aurait ruinés, peut assurément faire des opérations multiples, et trouvera dans le budget le moyen de compenser ses mécomptes »[51].

Pourtant, à partir de 1890, le mouvement en faveur de la régie s'amplifie. Plusieurs propositions de loi sont déposées sur le bureau de la Chambre. Celle du 11 novembre 1890, présentée par le baron de Ladoucette, préconise d'accorder une « préférence » à la régie directe comme mode de gestion du travail pénitentiaire. Deux autres propositions, présentées respectivement le 19 décembre 1891 par les députés Salis, Déandris, Vernière et le 5 décembre 1893, par le député Paul Lebaudy, demandent la consécration de la régie directe comme mode unique de gestion du travail[52].

Aucune de ces propositions n'est votée mais, dans une résolution du 19 février 1895, la Chambre invite le ministre de l'Intérieur à organiser la régie industrielle pour les produits consommés par les administrations.

Résultat de ce mouvement : de 1890 à 1898, dix maisons centrales sont mises en régie : Loos en 1890, Montpellier en 1891, Beaulieu et Nîmes en 1892, Clermont en 1894, Landerneau et Riom en 1896, Thouars en 1897, Rennes et Poissy en 1898.

A la fin de notre période, en 1911, les onze maisons centrales qui existent en métropole (Beaulieu, Clairvaux, Fontevrault, Loos, Melun, Nîmes, Poissy, Riom, Thouars, Montpellier et Rennes) appliquent la double régie : la régie directe pour certaines industries (ici l'Etat fait travailler les détenus directement à son compte, en utilisant leur main d'oeuvre pour les besoins et les fournitures de services publics) et la « demi-régie » pour les autres (dans ce cas, l'Etat gère lui-même les services économiques de la prison, assure l'entretien des détenus et passe des contrats avec des industriels ou confectionnaires pour faire travailler les prisonniers). C'est ce dernier système qui finira par s'imposer presque totalement, sous le nom que nous lui connaissons aujourd'hui de « concession ».

48. Lettre du 4 juin 1886, préc. p. 385.
49. *Ibid.* p. 385.
50. *Ibid.* p. 385.
51. *Ibid.* p. 385.
52. *J.O.* Chambre Doc. Parl. 1890 ; *J.O.* Chambre Doc. Parl. 1891. Annexe n° 1820. *J.O.* 14 janv. 1894, p. 139. Doc. Parl. Chambre. Annexe n° 96.

Ambiguïtés de la nature juridique du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général

Bernard-Marie BOYER

Juge directeur du tribunal d'instance de Saint-Ouen
Ancien juge de l'application des peines au tribunal de grande instance de Nanterre
Chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université René Descartes (Paris V)

Le travail d'intérêt général (T.I.G.) trouve son origine dans un amendement proposé par la Commission des lois de l'Assemblée nationale au projet gouvernemental portant abrogation et révision de la loi du 2 février 1981 dite « Sécurité et liberté », projet qui devait devenir la loi du 10 juin 1983

Dès l'origine, et sans qu'aucune raison fût donnée à cette dichotomie procédurale, le T.I.G. était prévu sous deux formes : à titre de peine principale et dans le cadre d'une condamnation prononcée avec sursis. Concernant cette deuxième forme, le rapporteur de la Commission précisait : « les conditions d'application de cette mesure étant les mêmes que celles du sursis avec mise à l'épreuve »[1].

En première lecture à l'Assemblée nationale, un sous-amendement de M. Jacques Toubon[2] était repoussé, qui tendait à aligner encore davantage le sursis-T.I.G. sur le sursis avec mise à l'épreuve (S.M.E.) en lui appliquant les articles 738 alinéa 3 et 745 alinéa 2 du code de procédure pénale, c'est-à-dire en permettant aux tribunaux de ne prononcer éventuellement qu'un sursis-T.I.G. partiel, la condamnation se décomposant en une peine d'emprisonnement ferme et une peine assortie du sursis. Le Garde des Sceaux de l'époque, M. Robert Badinter, s'y opposa[3], soulignant l'incompatibilité entre le recours à l'emprisonnement et l'obligation de travail communautaire destinée justement à éviter l'emprisonnement. Ce faisant, il montrait l'unité naturelle d'esprit entre le T.I.G. peine principale et le sursis-T.I.G., tous deux peines de substitution ; il trahissait en même temps l'ambiguïté du rattachement du sursis-T.I.G. au S.M.E. puisque l'esprit du S.M.E. de droit commun n'est nullement contredit par son application à une partie de la peine seulement.

Le même type de problème se posa au Sénat. Le rapporteur de la Commission des lois souligna, quant à lui, la spécificité du sursis-T.I.G. en écrivant dans son rapport : « L'Assemblée nationale a remplacé l'intitulé du chapitre III du Titre IV du Livre V du code de procédure pénale par un nouvel intitulé « Du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général », soulignant ainsi le caractère autonome de cette nouvelle forme de sursis, plus contraignante que le sursis avec mise à l'épreuve de droit commun »[4]. Mais, tout en mentionnant le caractère autonome du sursis-T.I.G., il proposait de supprimer une disposition commune au sursis-T.I.G. et au

1. Ass. nat. Rapport de M. Raymond Forni, au nom de la Commission des lois, n° 1032, p. 23.
2. Ass. nat. 2e séance, 22 juill. 1982, p. 4713.
3. Ass. nat. 2e séance, 22 juill. 1982, p. 4714.
4. Sénat, Rapport de M. Marcel Rudloff, au nom de la Commission des lois, n° 197 (1982-1983), p. 37.

T.I.G. peine principale qui constituait une différence par rapport au S.M.E. Il s'agissait d'un sous-amendement de M. Jacques Toubon adopté en première lecture par l'Assemblée nationale[5] et réservant le bénéfice du T.I.G. aux prévenus n'ayant pas été condamnés, au cours des cinq années précédant les faits, pour crime ou délit de droit commun, soit à une peine criminelle soit à une peine d'emprisonnement supérieure à quatre mois. Le rapporteur, M. Marcel Rudloff, fut très clair : « Par cet amendement, nous voulons simplement réintégrer la disposition dans le cadre général du sursis avec mise à l'épreuve, dans notre souci, exprimé lors de la discussion générale, de ne pas trop créer de droits d'exception »[6]. Il fut suivi par le Sénat.

Au retour devant l'Assemblée nationale, le rapporteur de la Commission des lois reconnaissait que le Sénat avait, ainsi, bien harmonisé les conditions de mise en oeuvre du sursis-T.I.G. avec celles du S.M.E. mais notait que la solution retenue créait toutefois une distorsion entre les conditions d'application de la mesure selon qu'elle était prise à titre de peine principale ou dans le cadre d'un sursis[7]. En effet, la restriction concernant le refus du sursis-T.I.G. à des prévenus condamnés à une peine criminelle ou à une peine d'emprisonnement supérieure à quatre mois ferme dans les cinq années antérieures subsistait pour la peine principale. C'est toujours le cas dans le droit positif actuel.

Dès les travaux préparatoires de la loi du 10 juin 1983, le sursis-T.I.G. se trouvait donc tiraillé entre ses deux parentés : une parenté de fond avec le T.I.G. peine principale et une parenté de forme avec le S.M.E. Il n'est donc pas étonnant que, dans les années suivantes, lorsque la loi fut appliquée, la nature du sursis avec obligation d'accomplir un T.I.G. ait été l'objet d'hésitations successives qui n'étaient pas sans conséquences pratiques.

Dans un premier temps, on a assisté souvent à une assimilation pure et simple du sursis-T.I.G. et du S.M.E. Cette assimilation s'est essentiellement fondée sur l'article 734, 2e alinéa du code de procédure pénale qui, n'ayant pas été modifié par la loi du 10 juin 1983, continue d'affirmer qu'il n'existe que deux sortes de sursis et non point trois : « Le sursis peut être simple ou être assorti du placement du condamné sous le régime de la mise à l'épreuve ». Cette interprétation a produit des jugements qui ont à la fois placé les condamnés sous mise à l'épreuve et leur ont imposé d'effectuer un T.I.G.

La Cour de cassation s'est clairement opposée à de telles décisions à l'encontre desquelles elle a été saisie de pourvois dans l'intérêt de la loi. Par un arrêt du 3 novembre 1986, la Chambre criminelle a cassé un jugement du tribunal correctionnel de Toulouse en date du 6 février 1986 qui avait condamné deux prévenus à un an d'emprisonnement dont six mois avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. ; cette décision méconnaissait l'exclusion, par l'article 747-3, du sursis partiel réservé au S.M.E. de droit commun. Dans un autre arrêt, en date du 25 mars 1987, la Chambre criminelle a cassé un autre jugement du tribunal correctionnel de Toulouse en date du 14 octobre 1985, qui avait condamné un prévenu à la peine de cinq mois d'emprisonnement dont trois mois avec sursis et mise à l'épreuve pendant trois ans, assortie de l'obligation d'accomplir 240 heures de T.I.G. dans un délai de 18 mois. En effet, le S.M.E., dit la Cour, s'il permet une peine mixte, ne peut imposer au condamné l'obligation d'accomplir un T.I.G. ; d'autre part, le délai imparti pour effectuer un T.I.G. est assimilé au délai d'épreuve et ne peut excéder 18 mois.

Puisqu'il était clair que l'assimilation entre le sursis-T.I.G. et le S.M.E. de droit commun était impossible, la conception du sursis-T.I.G. variante du S.M.E. de droit commun s'est donc répandue. Cette interprétation reposait sur l'introduction, par la loi du 10 juin 1983, d'un troisième chapitre (« Du sursis assorti de l'obligation

5. Ass. nat. 2e séance, 22 juill. 1982, p. 4713.
6. Sénat, séance du 6 avr. 1983, p. 88.
7. Ass. nat. Rapport de M. Raymond Forni, au nom de la Commission des lois, n° 1425, p. 19.

d'accomplir un travail d'intérêt général ») au Titre IV du Livre V du code de procédure pénale, après le chapitre premier (« Du sursis simple ») et le chapitre II (« Du sursis avec mise à l'épreuve »). Mais cette deuxième conception n'allait pas jusqu'à considérer le sursis-T.I.G. comme une forme de sursis complètement autonome. La preuve en était la lecture qui était faite de l'article 747-3 du code de procédure pénale et tout particulièrement de la référence qui est faite à l'article 745-1 du même code. Ce dernier article dispose que : « Si le sursis avec mise à l'épreuve a été accordé après une première condamnation déjà prononcée sous le même bénéfice, cette première condamnation est comme non avenue si la seconde vient elle-même à être déclarée ou réputée non avenue dans les conditions et délais prévus aux articles 743 ou 745 ». Le Casier judiciaire national ainsi que de nombreux juges de l'application des peines en ont tiré la conséquence que, lorsqu'un sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. vient à être réputé non avenu, soit lors de l'accomplissement de la totalité du travail soit à l'expiration du délai d'exécution fixé, sa disparition entraîne également celle de la ou des mises à l'épreuve auxquelles était soumis la condamné. Les tenants de cette interprétation invoquaient le principe de l'interprétation stricte des lois en matière pénale et le fait que leur interprétation était plus favorable au condamné.

Certains juges de l'application des peines ont toutefois considéré que le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. était un sursis au régime juridique parfaitement autonome malgré l'existence de l'article 747-3. Ils faisaient valoir d'une part des arguments d'opportunité, d'autre part des arguments juridiques.

Ils étaient d'abord choqués qu'une peine de T.I.G. de 40 heures, une fois effectuée ou bien seulement une fois le délai d'exécution expiré, puisse, par exemple, soustraire au juge de l'application des peines un condamné soumis à une mise à l'épreuve de cinq ans avec de très importants dommages-intérêts à régler. Ceci leur apparaissait comme une prime à la délinquance qui ne pouvait avoir été voulue par le législateur.

Ils objectaient aussi à l'argument de l'interprétation stricte en matière pénale qu'une jurisprudence bien établie déclare qu'interprétation stricte ne signifie pas interprétation littérale. D'autre part, les textes régissant les conditions dans lesquelles une condamnation avec sursis peut être déclarée non avenue leur semblaient être une loi de forme, donc non soumise à la règle de l'interprétation stricte. En effet, ces textes leur apparaissaient de même nature que, par exemple, les lois sur la prescription. Or on sait que la Cour de cassation, après de notoires revirements de jurisprudence, en 1931 puis en 1956, a rendu, en 1959, un arrêt (Crim. 12 mai 1959) selon lequel la loi du 15 novembre 1956 (modifiant l'article 640 du code d'instruction criminelle relatif à la prescription de l'action en matière de contraventions) a été, bien que constituant un texte plus dur, déclarée applicable dès son entrée en vigueur, comme étant une loi de forme.

Ils observaient enfin que cet article 745-1, que l'article 747-3 du code de procédure pénale rend applicable au sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G., fait lui-même référence à un autre article (l'article 743 qui prévoit qu'un sursis avec mise à l'épreuve peut être déclaré non avenu par anticipation) que le même article 747-3 déclare inapplicable au sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G.

Tout cela les renforçait dans l'idée que l'article 745-1 devait être appliqué *mutatis mutandis* au sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G., c'est-à-dire comme s'il était ainsi rédigé : « Si le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. a été accordé après une première condamnation déjà prononcée sous le même bénéfice, cette condamnation est comme non avenue si la seconde vient elle-même à être réputée non avenue dans les conditions et délais prévus à l'article 745 ».

Cette interprétation avait été soutenue par le premier arrêt de cour d'appel en la matière (cour d'appel de Besançon, 13 janv. 1987). En effet, selon cette décision, le caractère non avenu d'une condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis

assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. est sans effet sur une précédente condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve, car « le mécanisme prévu par l'article 745-1 du code de procédure pénale ne peut fonctionner que si les condamnations entrant en ligne de compte sont toutes les deux prononcées sous le bénéfice soit du sursis avec mise à l'épreuve soit du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ». La motivation relevait que, « quand bien même le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. ont des finalités analogues, à savoir d'une part sanctionner, d'autre part mettre en oeuvre un traitement pénal destiné à éviter la récidive, et obéissant à des mécanismes juridiques à maints égards identiques, ces deux institutions sont néanmoins soumises, quant à la possibilité pour le juge de prononcer une peine mixte, à la nécessité de recueillir l'adhésion du condamné à la sanction prononcée à son encontre, à la durée du délai d'épreuve, aux circonstances qui permettent ou imposent l'abrègement dudit délai, aux obligations que le condamné se doit d'observer, à des dispositions si différentes qu'on ne saurait les assimiler l'une à l'autre ». L'arrêt se fondait également sur l'existence d'un chapitre, indépendant des deux autres, réservé au sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G., et y voyait la preuve de la volonté du législateur de 1983 de distinguer cette nouvelle forme de sursis des deux plus anciennes.

Mais l'arrêt de la cour de Besançon a fait l'objet d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi et la Cour de cassation (Crim. 12 janv. 1988) l'a cassé. La Cour suprême tire des conséquences absolues de ce que, selon l'article 747-3 du code de procédure pénale, le chapitre II du Titre IV du Livre V de ce code, qui gouverne le sursis avec mise à l'épreuve, est applicable, à l'exception de certaines dispositions dont ne fait pas partie l'article 745-1, au sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. ; celle-ci doit être assimilée à une obligation particulière, le délai prévu par l'article 747-1 du même code devant être alors considéré comme un délai d'épreuve. Il résulte dès lors de la combinaison des articles 745-1 et 747-3 du code de procédure pénale que, lorsqu'une condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. est considérée comme non avenue, il en est de même d'une condamnation antérieure avec sursis non révoqué assorti de la même obligation ou d'une mise à l'épreuve.

En cassant l'arrêt de la cour d'appel de Besançon, la Cour de cassation a donc bien consacré la thèse médiane, celle selon laquelle le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G. n'est qu'une simple variante du sursis avec mise à l'épreuve.

Cet esprit a également inspiré la loi d'amnistie, du 20 juillet 1988. Les peines assorties du sursis avec obligation d'accomplir un T.I.G. ont été amnistiées selon exactement les mêmes modalités que les peines assorties d'un sursis avec mise à l'épreuve : amnistie immédiate pour les peines inférieures ou égales à quatre mois assorties de l'un ou l'autre des deux sursis ; amnistie lorsque la peine avec S.M.E. sera déclarée ou réputée non avenue ou lorsque la peine avec sursis-T.I.G. sera considérée comme non avenue par suite de l'exécution de la totalité du T.I.G., et ce pour le même quantum compris entre quatre mois et un an, que ce soit l'un ou l'autre des deux sursis. En revanche, toute les peines principales de T.I.G. ont été amnistiées. La loi d'amnistie n'a donc fait aucune référence au quantum d'heures de travail à accomplir, élément pourtant commun aux deux types de peines de T.I.G. issus de la loi de 1983.

Le « décrochage » des deux formes de T.I.G. issus de la loi de 1983 a été, d'une certaine manière, confirmé par l'existence d'une troisième forme de T.I.G., depuis la loi du 10 juillet 1987 qui a introduit (actuel art. L. 1er-1 c. route) le T.I.G. comme peine complémentaire applicable en cas de condamnation pour l'un des délits prévus par les articles L. 1er (sauf si application du 1er alinéa du § III de cet article), L. 2, L. 4, L. 12 et L. 19 du code de la route.

Et la question a été compliquée par l'apparition d'une quatrième forme de T.I.G., celle prévue par la loi du 6 juillet 1989 qui a ajouté un article 747-8 au code de procédure pénale. On sait que, depuis 1985, le juge de l'application des peines (J.A.P.) est saisi, sur le fondement de l'article D. 49-1 du code de procédure pénale, préalablement à la mise à exécution de toute peine ferme inférieure ou égale à six mois d'emprisonnement, afin d'en déterminer les modalités d'exécution et notamment la possibilité d'une exécution en semi-liberté. Désormais, le J.A.P. peut demander à la juridiction, qui a prononcé une telle peine hors la présence du prévenu, la transformation en peine de T.I.G. avec sursis.

Juridiquement, coexistent donc, à l'heure actuelle, quatre types de T.I.G. pour les majeurs — les dispositions applicables aux mineurs n'entrant pas dans le cadre de cette étude — dont les différences sont les suivantes :

1) *Le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G.*

Il peut sanctionner un crime comme un délit de droit commun (art. 747-3 et 738 c. pr. pén.). Il peut être prononcé quelles que soient les condamnations antérieures. L'obligation de travail ne peut être elle-même assortie du sursis. D'autres obligations que le travail lui-même peuvent être imposées (art. 747-2 c. pr. pén.). Le J.A.P. peut décerner des ordres d'amener (art. 747-3 et 741 c. pr. pén.), de recherche (art. 747-3 et 741-1 c. pr. pén.) et d'incarcération provisoire (art. 747-3 et 741-2 c. pr. pén.). Le J.A.P. peut saisir le tribunal d'une requête en révocation, certes à la diligence du parquet mais sans que celui-ci puisse classer sans suite (art. 747-3 et 744 2e al. c. pr. pén.). La saisine du tribunal doit intervenir avant l'expiration du délai d'épreuve (art. 747-3 et 745 c. pr. pén.). Le tribunal peut révoquer partiellement (une seule fois et sans dépasser deux mois) ou totalement le sursis (art. 747-3 et 742-2 c. pr. pén.). En cas de révocation partielle ou totale, le tribunal peut décider l'incarcération immédiate du condamné, quel que soit le quantum révoqué (art. 747-3 et 742-4 c. pr. pén.). En cas de révocation partielle, le T.I.G. demeure à accomplir ; en cas de révocation totale, le T.I.G. n'est plus à accomplir (art. 747-3 et 742-2 c. pr. pén.). L'inscription au Bulletin n° 2 du Casier judiciaire est exclue dès l'accomplissement de la totalité du travail ou à l'expiration du délai prévu pour son accomplissement, sauf suspension de ce délai par le J.A.P. (art. 775 4°, 747-1 3e al. et 747-3 c. pr. pén.).

2) *Le T.I.G. peine principale*

Il ne peut sanctionner qu'un délit (art. 43-3-1 c. pén.). Il ne peut être prononcé que si le prévenu n'a pas été condamné, au cours des cinq années précédant les faits, pour crime ou délit de droit commun, soit à une peine criminelle soit à une peine d'emprisonnement sans sursis supérieure à quatre mois (art. 43-3-1 c. pén.). L'obligation de travail peut être affectée du sursis (art. 734-1 2e al. c. pr. pén.). Aucune autre obligation que le travail ne peut être imposée. Le J.A.P. ne peut décerner ni ordre d'amener ni ordre de recherche ni ordre d'incarcération provisoire. La non-exécution du T.I.G. constitue un nouveau délit (art. 43-6 c. pén.) et le parquet a donc tout pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites (art. 40 c. pr. pén.). On peut penser que le nouveau délit n'est constitué qu'à l'expiration du délai imparti ou au moins dès qu'il ne reste plus le temps suffisant pour exécuter la totalité du T.I.G. Les peines prévues sont de deux mois à deux ans et, en cas de récidive, d'un an à cinq ans (art. 43-6 c. pén.). Le délai de prescription est de trois ans (art. 8 c. pr. pén.). Le tribunal ne peut décerner mandat de dépôt que si la peine prononcée est au moins d'une année d'emprisonnement (art. 465 c. pr. pén.). Les avis sont partagés sur le point de savoir si, en cas de condamnation pour non-exécution du T.I.G., l'obligation de travail demeure ; pour notre part, nous estimons qu'elle ne subsiste plus après l'expiration du délai imparti puisque l'article 43-3-1 du code pénal parle du

« délai pendant lequel le travail doit être accompli ». L'inscription au Bulletin n° 2 du Casier judiciaire n'est exclue qu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du jour où la condamnation est devenue définitive (art. 775-11° c. pr. pén.).

3) *Le T.I.G. peine complémentaire*

Il ne peut être prononcé que pour certains délits liés à la conduite des véhicules : conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou conduite en état d'ivresse ou refus de se soumettre aux vérifications d'alcoolémie (sauf si homicide involontaire ou blessures involontaires) ; délit de fuite ; refus d'obtempérer à sommation de s'arrêter ou refus de se soumettre aux vérifications concernant le véhicule ou la personne ; conduite sans permis en récidive ; conduite malgré suspension, annulation ou interdiction. Les dispositions du T.I.G. peine principale s'appliquent (art. 43-3-1 à 43-3-5 c. pén.) à deux exceptions essentielles près : comme il s'agit d'une peine complémentaire, elle n'est pas substitutive à l'emprisonnement ; l'article 43-6 du code pénal semble bien ne pas s'appliquer et la non-exécution de ce type de T.I.G. ne serait donc pas sanctionnable pénalement.

4) *Le sursis-T.I.G., transformation de peine (art. 747-8 c. pén.)*

C'est une variante du sursis-T.I.G. première manière. Il ne peut sanctionner qu'un délit de droit commun. Il ne peut remplacer qu'une peine ne dépassant pas six mois d'emprisonnement. La condamnation doit avoir été prononcée hors la présence du prévenu, ne plus être susceptible de faire l'objet d'une voie de recours par le condamné et ne pas être en cours d'exécution. C'est le J.A.P. compétent du fait du domicile du condamné qui prend l'initiative de saisir la juridiction compétente, celle-ci demeurant celle qui a prononcé la condamnation initiale. Le quantum de la peine d'emprisonnement ne peut plus être modifié et la juridiction décide seulement du principe du sursis, du quantum d'heures et du délai d'exécution ainsi que, semble-t-il, d'autres obligations. Pour le reste, les obligations du sursis-T.I.G. sont applicables.

Ce n'est qu'afin d'être complet que nous avons cité le T.I.G. peine complémentaire. En effet, son application aux seuls délits routiers et l'absence, semble-t-il, de sanction en cas d'inexécution l'empêchent d'être vraiment comparé aux autres formes de T.I.G.

Le véritable problème demeure la grande différence entre le T.I.G. peine principale et le sursis-T.I.G., problème encore aggravé par l'apparition d'une deuxième forme de sursis-T.I.G.

En effet, l'article 747-3 semble bien applicable au sursis-T.I.G. transformation et donc aussi l'article 745-1 ; d'autre part, parlant de « condamnation comportant un emprisonnement ferme », le nouvel article 747-8 du code de procédure pénale n'exclut pas les peines mixtes. On peut donc imaginer la situation suivante : une peine mixte (avec une partie ferme ne dépassant pas six mois et l'autre partie assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve) est prononcée par un jugement contradictoire à signifier. Il n'est en effet pas rare, dans la pratique des tribunaux correctionnels, que des S.M.E. soient prononcés par jugements contradictoires à signifier. Lorsque le J.A.P., par application de l'article D. 49-1 du code de procédure pénale, est saisi de l'extrait exécutoire concernant la partie ferme, il propose un T.I.G. au condamné qui donne son accord. Il saisit alors la juridiction qui avait prononcé la condamnation initiale et celle-ci fait droit à le requête du J.A.P. en assortissant du sursis avec obligation d'accomplir un T.I.G. la partie ferme de sa condamnation initiale. Voilà dès lors une même condamnation assortie de deux sursis différents : l'ancienne partie ferme, d'un sursis-T.I.G. ; l'autre partie toujours assortie du S.M.E. initial. Et, d'ailleurs, ces deux sursis pourraient, semble-t-il, comporter certaines obligations communes. Mais, dès que le T.I.G. sera exécuté, par application des articles 747-3 et 745-1 du code de

procédure pénale la partie assortie du S.M.E. ne deviendra-t-elle pas non avenue, disparaissant en même temps que l'ancienne partie ferme ? N'en sera-t-il pas de même en cas de non-exécution du T.I.G., si le J.A.P. n'a pas saisi à temps la juridiction, par le seul écoulement du délai prévu ?

On voit les inconvénients de la situation actuelle qui sépare trop les régimes juridiques du T.I.G. peine principale et du T.I.G.-sursis alors que, dans la pratique, pour les juges de l'application des peines et les comités de probation, le suivi n'est guère plus long pour le sursis-T.I.G. que pour le T.I.G. peine principale. L'existence d'autres obligations que le travail ne rapproche pas vraiment, dans la réalité quotidienne, le sursis-T.I.G. du S.M.E. En effet, du fait des conditions d'expiration du délai, il y a une sorte de contradiction entre les obligations longues telles que le paiement de dommages-intérêts importants, et la principale obligation : accomplir un travail non rémunéré. Comme dans le cas du T.I.G.-peine principale, le J.A.P. aura surtout à coeur de faire exécuter le travail. L'essentiel du S.M.E., la durée, manque donc au sursis-T.I.G. Celui-ci est juridiquement paré des attributs du S.M.E. mais la priorité de fait de l'obligation de travail l'empêche de remplir ce vêtement trop ample pour lui.

C'est pourquoi l'Association nationale des juges et anciens juges de l'application des peines (A.N.J.A.P.), dans un cahier de propositions concernant tous les domaines de l'application des peines, daté du 31 mai 1988 et remis à M. le Garde des Sceaux le 3 juin 1988, lors d'une audience accordée à une délégation de cette association, a suggéré une modification législative tendant à faire du sursis-T.I.G. un véritable sursis avec mise à l'épreuve, en dissociant le délai d'exécution du travail de celui de la mise à l'épreuve.

Ainsi un condamné qui aurait effectué sa peine de travail d'intérêt général resterait soumis au contrôle du juge de l'application des peines autant que nécessaire pour la protection de l'ordre public ou pour la réparation du dommage causé aux victimes. Cette solution aurait le triple avantage de donner une spécificité réelle à la peine de T.I.G. de l'article 747-1 du code de procédure pénale par rapport à celle de l'article 43-3-1 du code pénal, d'éviter que, par le jeu de l'article 745-2 du code de procédure pénale, une peine de T.I.G. n'anéantisse une, voire plusieurs condamnations antérieures assorties du sursis avec mise à l'épreuve, et enfin de ne pas sacrifier l'intérêt des victimes sur l'autel du travail d'intérêt général.

Etude comparative des Conventions des Nations Unies et du Conseil de l'Europe relatives à la torture et aux peines ou traitements inhumains ou dégradants

Elisabeth PONROY

Conseiller à la cour d'appel de Paris

Christian JACQ

Junior Professional Officer
United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (U.N.I.C.R.I.)

La lutte contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est devenue l'une des exigences majeures du droit international. De nombreuses dispositions, telles que l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme... posent, en des termes similaires, le principe de leur interdiction. Mais ces dispositions, aussi nombreuses soient-elles, n'ont pas réussi à mettre fin, voire seulement à limiter, une pratique élevée, encore parfois, au rang de méthode de gouvernement.

Au début des années 1970, de nombreuses organisations non gouvernementales dont Amnesty International et la Commission internationale des juristes ont appelé l'attention des institutions politiques internationales et régionales sur la nécessité d'adopter des instruments spécifiques contre la torture et autres pratiques voisines, afin d'accroître l'efficacité du principe de leur interdiction. Dans ce but, deux nouvelles Conventions ont été adoptées : la première, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies ; la seconde, dans le cadre du Conseil de l'Europe.

La Convention des Nations Unies trouve sa source dans la résolution 3452 (xxx) du 9 décembre 1975 en vertu de laquelle l'Assemblée générale a adopté une Déclaration pour « la protection de toutes personnes contre la torture ». Le 8 décembre 1977, cette Assemblée confiait à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies le soin d'élaborer un projet de convention contre la torture. Sur la base de projets présentés par le gouvernement suédois et l'Association internationale de droit pénal, un groupe de travail, constitué au sein de cette Commission, s'est réuni chaque année de 1979 à 1984. Enfin, le 10 décembre 1984, l'Assemblée générale adoptait, sans vote, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ouverte à la signature le 4 février 1985, cette Convention est entrée en vigueur le 26 juin 1987, après vingt ratifications[1].

1. Au 1er janvier 1989, trente-neuf Etats l'avaient ratifiée ou y avaient adhéré : Suède (8 janv. 1986), Mexique (23 janv. 1986), France (18 févr. 1986), Belize (17 mars 1986), Philippines (18 juin 1986), Egypte (25 juin 1986), Sénégal (21 août 1986), Norvège (9 juill. 1986), Argentine (24 sept. 1986), Uruguay (24 oct. 1986), Ouganda (3 nov. 1986), Suisse (2 déc. 1986), Bulgarie (16 déc. 1986), Cameroun (19 déc. 1986), République socialiste soviétique d'Ukraine (24 févr. 1987), U.R.S.S. (3 mars

Texte de compromis, le dispositif de cette Convention comporte certaines faiblesses, notamment, en ce qui concerne le mécanisme de contrôle mis en place pour garantir l'application des mesures de protection qui laisse une trop grande part au consentement des Etats. Déjà en 1980, le gouvernement du Costa Rica avait présenté à la Commission des droits de l'homme un projet de Protocole facultatif, rédigé par la Commission internationale des juristes et le Comité suisse contre la torture, qui tendait à introduire des mécanismes plus contraignants à l'encontre des Etats. En particulier, il était prévu de confier au Comité contre la torture, institué par cette Convention, un pouvoir de visite en tout temps et sans préavis dans n'importe quelle prison située sur le territoire des Etats parties. Cette proposition est restée lettre morte au sein des Nations Unies, mais elle devait trouver un prolongement au sein du Conseil de l'Europe où il est apparu plus aisé d'aboutir à des résultats entre Etats ayant une conception commune des valeurs de dignité et d'intégrité de la personne humaine.

La Convention européenne est née de l'initiative de M. Noël Berrier, sénateur français rapporteur de la Commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe, agissant sur recommandation de l'Assemblée parlementaire, d'annexer à son rapport, présenté en juin 1983, un projet de Convention qui reprenait de manière plus détaillée le projet de Protocole facultatif présenté par le gouvernement du Costa Rica. Le 28 septembre 1983, l'Assemblée parlementaire invitait le Comité des ministres — Recommandation 971 (1983) — à adopter une Convention dans les termes du projet annexé. De janvier 1984 à juin 1986, sur mandat du Comité des ministres, un comité d'experts, dépendant du Comité directeur des droits de l'homme, élaborait un nouveau projet de Convention, lequel a été transmis au Comité des ministres en juin 1986. Le 26 juin 1987, le Comité des ministres adoptait *la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*. Ouverte à la signature des Etats membres le 26 novembre 1987, cette Convention est entrée en vigueur le 1er janvier 1989 après sept ratifications[2].

Si ces deux Conventions ont pour objet spécifique commun de lutter contre la torture et d'établir à cette fin des comités de contrôle international des faits de torture, elles ne font pas pour autant double emploi. Conçue avec une finalité distincte mais complémentaire de la Convention des Nations Unies (I), la Convention européenne renforce sensiblement, dans la zone géographique du Conseil de l'Europe, l'effectivité du contrôle international en matière de visite (II).

I. — LES FINALITES DISTINCTES MAIS COMPLEMENTAIRES DES DEUX CONVENTIONS

Ces deux conventions innovent sur le plan du droit international. La Convention des Nations Unies tend à une répression généralisée, en droit interne, des faits de torture (A) ; la Convention européenne vise à établir un système supra-national non judiciaire de prévention de ces faits (B).

1987), République socialiste soviétique de Biélorussie (13 mars 1987), Afghanistan (1er avr. 1987), Hongrie (15 avr. 1987), Danemark (27 mai 1987), Canada (24 juin 1987), Autriche (29 juill. 1987), Panama (24 août 1987), R.D.A. (9 sept. 1987), Luxembourg (29 sept. 1987), Espagne (21 oct. 1987), Togo (18 nov. 1987), Colombie (8 déc. 1987), Equateur (30 mars 1988), Guyana (19 mai 1988), Pérou (7 juill. 1988), Tchécoslovaquie (7 juill. 1988), Turquie (2 août 1988), Tunisie (23 sept. 1988), Chili (30 sept. 1988), Chine (4 oct. 1988), Grèce (6 oct. 1988), Royaume-Uni (8 déc. 1988), Pays-Bas (21 déc. 1988).

2. Au 1er septembre 1989, quinze Etats l'avaient ratifiée ou y avaient adhéré : Turquie (26 févr. 1988), Malte (7 mars 1988), Irlande (14 mars 1988), Suède (21 juin 1988), Royaume-Uni (24 juin 1988), Espagne (2 mai 1989), Luxembourg (6 sept. 1988), Suisse (7 oct. 1988), Pays-Bas (12 oct. 1988), Italie (29 déc. 1988), Autriche (6 janv. 1989), France (9 janv. 1989), Chypre (3 avr. 1989), Norvège (21 avr. 1989), Danemark (2 mai 1989).

BIBLIOTHÈQUE ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

A. — *Le système répressif de la Convention des Nations Unies*

Il repose sur la définition de la torture posée à l'article 1er (1) qui détermine le champ d'application des obligations imposées aux Etats en la matière (2).

1. La définition de la torture

L'article 1er est ainsi rédigé : « Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ».

L'identification de l'acte de torture est donc subordonnée à une triple exigence.

D'abord, si la définition vise à la fois la douleur physique et mentale, ce qui permet dans ce dernier cas d'y inclure les techniques modernes les plus sophistiquées de torture, celle-ci doit atteindre une intensité aiguë. Cependant, relatif par essence, ce caractère peut soulever des difficultés d'appréciation.

A défaut d'atteindre ce minimum de gravité, la douleur infligée ne saurait constituer que des traitements ou des peines cruels, inhumains ou dégradants. Or, si de tels actes sont interdits en vertu de l'article 16, leur commission n'implique pour les Etats que le respect des obligations prévues aux articles 10 à 13 de la Convention. Contrairement à son intitulé, cette Convention concerne essentiellement la torture. A cet égard, il faut relever que la Convention n'a pas repris la définition large de la Déclaration de 1975 dont l'alinéa 2 de l'article 1er disposait que « la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

Ensuite, la souffrance ou la douleur doit avoir été infligée délibérément avec une intention précise. Certes, les buts énumérés ne sont pas exhaustifs (notamment), mais ils obligent le plaignant à faire la preuve que les douleurs ou souffrances infligées ne l'ont pas été gratuitement. L'élément moral peut, lui aussi, soulever des difficultés d'appréciation dans la mesure où il n'est pas toujours suffisamment descriptif de la réalité.

Enfin, cette définition n'inclut que les actes accomplis directement ou indirectement par des agents de la fonction publique. Les actes de torture commis par des personnes privées, même organisées, ne sont pas visées par la Convention, sauf à rapporter la preuve qu'ils ont été commis avec le consentement exprès ou tacite de ces agents.

A ces divers éléments restrictifs de la définition, il faut encore ajouter l'exception prévue à la dernière phrase de l'alinéa premier de cet article qui réduit sensiblement la portée de l'application de la Convention. Cette exception consacre la légitimité de certaines pratiques qui, pour être légales, comme par exemple le maintien dans certains Etats des châtiments corporels, s'apparentent à de véritables tortures. Elle a été introduite pour tenir compte du maintien de la peine capitale dans de nombreux Etats. Sur ce point encore, la Convention est en retrait de la Déclaration contre la torture de 1975 qui subordonnait la légitimité de telles sanctions à leur compatibilité avec l'« Ensemble des règles *minima* pour le traitement des détenus »[3].

3. Résolution (30 avr. 1955) adoptée par le premier congrès des Nations Unies.

2. Les obligations imposées aux Etats

Elles peuvent être regroupées en quatre catégories : la prévention, l'incrimination et la sanction, l'extradition ou la poursuite et la protection des victimes.

La prévention. Cet objectif est poursuivi par les deux Conventions, mais selon des moyens distincts. Dans la Convention des Nations Unies, la prévention ne repose pas sur la mise en place d'un mécanisme spécifique de contrôle, mais sur l'aménagement des dispositions des droits internes afin qu'elles empêchent la commission de telles infractions.

L'article 2 impose aux Etats de prendre toute mesure nécessaire pour empêcher que des actes de torture soient commis sur son territoire. Aucune circonstance exceptionnelle, ni l'accomplissement d'un devoir commandé par l'autorité légitime ne sont admis pour justifier de tels actes.

L'article 3 interdit l'éloignement d'une personne vers un autre Etat lorsqu'il existe des risques sérieux de croire qu'elle peut être soumise à la torture.

L'article 10 prévoit que l'enseignement et l'information concernant l'interdiction de la torture fassent partie intégrante de la formation de toute personne — policière, pénitentiaire, médicale ou autre — qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement des personnes privées de leur liberté.

L'article 11, enfin, impose la surveillance systématique des règles d'interrogatoire et de détention.

L'incrimination et la sanction. L'incrimination résulte du paragraphe premier de l'article 4 qui inclut la complicité et la tentative. Selon le paragraphe 2, la sanction doit être appropriée et prendre en compte la gravité des infractions.

L'extradition ou la poursuite. Cette alternative résulte des articles 5 et 7 qui organisent l'existence et l'exercice des règles de compétence des juridictions nationales. L'article 7 de la Convention oblige tout Etat partie, lorsqu'il n'extrade pas, à soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

Cette règle de compétence « *aut dedere, aut judicare* » n'est pas nouvelle en droit international[4], mais son adoption a soulevé des réticences de la part de certains Etats qui ont invoqué les difficultés pratiques de sa mise en oeuvre notamment en ce qui concerne le transfert des éléments de preuve. Pour y remédier, l'article 9, relatif à l'entraide judiciaire, prescrit la communication de tous les éléments de preuve à l'Etat poursuivant.

Cette règle s'accompagne de l'obligation imposée aux Etats par l'article 5 d'établir leur compétence lorsque l'auteur de l'infraction se trouve sur leur territoire (compétence universelle)[5]. Elle est particulièrement opportune dans le cas de la torture. Il est à craindre, en effet, que l'Etat sur le territoire duquel les faits de torture ont été commis n'engage pas de poursuites contre l'auteur de l'infraction. La règle de la compétence universelle permet de poursuivre l'auteur de l'infraction dans tout Etat où il est trouvé.

S'agissant de la poursuite proprement dite, l'article 6 prévoit les modalités d'arrestation et d'enquête préliminaire à la suite de la découverte de l'auteur présumé sur le

4. V. Convention de La Haye de 1970 sur les détournements d'avions ; Convention de Montréal de 1971 sur la sécurité de l'aviation civile internationale ; Convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977.

5. A titre d'exemple on peut citer le code de procédure pénale français :

Art. 689. — Tout citoyen français qui en dehors du territoire de la République s'est rendu coupable d'un fait qualifié crime par la loi française peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises.

(Loi n° 75-624, 11 juill. 1975, art. 11). Tout citoyen français qui en dehors du territoire de la République s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

Les dispositions des alinéas 1er et 2 sont applicables à l'auteur du fait qui n'a acquis la qualité de citoyen français que postérieurement au fait qui lui est imputé.

territoire d'un Etat tandis que l'article 12 prescrit des enquêtes immédiates et impartiales chaque fois qu'il existe des motifs raisonnables de croire que de tels actes ont été commis.

La protection des victimes. Toute personne, qui dans un Etat prétend avoir été soumise à la torture, doit pouvoir porter plainte devant les autorités dudit Etat qui procèdent immédiatement et équitablement à l'examen de sa cause (art. 13). L'Etat doit alors garantir à la victime le droit d'obtenir réparation et être indemnisée équitablement et de manière adéquate (art. 14). Enfin, les déclarations obtenues par la torture ne peuvent être invoquées comme élément de preuve dans une procédure, sauf contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite (art. 15).

B. — *Le système non judiciaire à caractère préventif de la Convention européenne*

La Convention européenne a pour objet de renforcer la protection des personnes privées de liberté contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants en développant une approche nouvelle par rapport aux instruments et institutions internationaux déjà existants. Dans ces conditions, il n'a pas paru utile aux rédacteurs de prévoir une définition juridique stricte de la torture.

1. Le système de protection non judiciaire

Il tend à éviter une concurrence avec les instances de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'espace européen du Conseil de l'Europe, on craignait, en effet, un affaiblissement de l'efficacité du mécanisme de protection de cette dernière Convention, en raison du risque d'interprétation divergente de l'article 3 et d'une confusion des fonctions qui aurait pu priver les instances de la Convention européenne des droits de l'homme de leur compétence pour un motif proche de l'exception de chose jugée, au cas où le Comité pour la prévention de la torture aurait eu à connaître préalablement de l'affaire.

Pour dissiper ces craintes, la référence à l'article 3 fut retirée du texte de la Convention et incorporée dans le préambule. Cependant, pour assurer l'homogénéité du concept européen de torture, le rapport explicatif précise que la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 fournit un guide sans que le Comité puisse intervenir dans son interprétation et son application. De surcroît, l'article 17 § 2 énonce qu'« aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme une limite ou une dérogation aux compétences des organes de la Convention européenne des droits de l'homme ou aux obligations assumées par les parties en vertu de cette Convention ». De son côté, le rapport explicatif a également précisé que le Comité, créé par la présente Convention, « ne s'occupera pas des questions soulevées dans les procédures en instance devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme »[6].

En conséquence, le Comité n'est pas compétent pour déclarer un Etat coupable d'utiliser la torture ou des mauvais traitements, ni, *a fortiori*, pour le condamner pour de tels faits. Son rôle est de chercher à obtenir la coopération de l'Etat afin d'améliorer, le cas échéant, la protection des personnes privées de leur liberté.

2. Le caractère préventif du système de protection

La prévention de la torture et des mauvais traitements constitue l'originalité même de la Convention européenne. Elle résulte du caractère très général du pouvoir de visite du Comité.

6. p. 29, § 91.

Par ailleurs, ce système complète utilement le mécanisme de protection instauré par la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, ce mécanisme fonctionne *a posteriori*, et exige toujours le dépôt d'une plainte. Le pouvoir de visite du Comité peut être exercé en dehors de tout contentieux. Il permet de détecter les détentions douteuses et d'intervenir rapidement avant que, en quelque sorte, l'infraction de mauvais traitement ou de torture soit consommée ou reçoive un commencement d'exécution. Cependant, même si les suggestions du Comité restent sans effet, celui-ci ne peut pas saisir la Commission européenne des droits de l'homme.

II. – LE CONTROLE SUPRA-NATIONAL DES FAITS DE TORTURE

Il procède de la création d'un Comité contre la torture au sein des Nations Unies et d'un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants au sein du Conseil de l'Europe.

Le premier est composé de dix experts ; le second de membres dont le nombre est égal à celui des Etats parties. Chacun des experts et membres est élu, respectivement, par les Etats parties et le Comité des ministres. Cependant, la réalité démontre que même dans ce dernier cas les Etats peuvent imposer l'élection du candidat de leur choix. Dans la Convention des Nations Unies il est précisé que l'élection doit tenir compte d'une répartition géographique équitable et de l'intérêt que présente la participation aux travaux du Comité de quelques personnes ayant une expérience juridique. Mais quelle que soit leur formation, experts et membres doivent être des personnes de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme ou, ajoute la Convention européenne, ayant une expérience professionnelle dans le domaine dont traite la présente Convention. Tous sont élus pour une durée de quatre années renouvelable indéfiniment pour les experts ; seulement une fois pour les membres.

Experts et membres siègent à titre individuel ; la Convention européenne précise également que les membres sont indépendants, impartiaux dans l'exercice de leurs mandats et se rendent disponibles pour remplir leurs fonctions de manière effective. Les Comités siègent à huis clos. Le quorum est constitué par la majorité des membres et les décisions sont adoptées, sauf exception, à la majorité des membres présents.

Leurs fonctions toutefois sont différentes. Celles du Comité des Nations Unies sont de contrôler la conformité des agissements des Etats avec les dispositions de la Convention et de traiter des recours en violation de cette même Convention. Celle du Comité européen consiste à effectuer des visites périodiques ou *ad hoc*, c'est-à-dire nécessitées par les circonstances dans tous les lieux où des personnes sont privées de leur liberté.

Le Comité des Nations Unies dispose de pouvoirs plus nombreux que le Comité européen (A) mais ils ont en commun de pouvoir organiser des visites (B).

A. – *Les pouvoirs propres du Comité des Nations Unies*

Ils sont énoncés aux articles 19 à 24. Ce Comité :

– étudie les rapports présentés par les Etats sur les mesures qu'ils ont prises afin de donner effet à leur engagement dans l'année qui a suivi l'entrée en vigueur de la Convention. Les Etats présentent, ensuite, des rapports supplémentaires tous les quatre ans et tout autre rapport demandé par ce Comité ;

– commente les rapports présentés. Mais pour répondre aux demandes des pays de l'Est, le Comité ne peut faire que des commentaires d'ordre général ;

— invite les Etats parties à lui faire part de leurs observations sur des pratiques systématiques de torture qu'ils lui auraient signalées ;

— examine à huis clos les communications inter-étatiques et individuelles sur le non-respect des obligations prescrites par la Convention. Mais ces communications ne sont recevables que si les Etats ont reconnu cette compétence par une déclaration expresse.

Dans le cas de communications étatiques, le Comité se met à la disposition des Etats parties intéressés afin de parvenir à une sélection amiable de la question, fondée sur le respect des obligations prévues par la présente Convention. Dans ce but, le Comité peut, s'il l'estime nécessaire établir une Commission de consultation *ad hoc*. Dans le délai d'un an à compter du jour où il a reçu la notification de l'Etat, le Comité présente un rapport dans lequel il se borne à un bref exposé des faits et de la solution intervenue ou, en cas d'échec, à des observations orales et écrites des parties intéressées.

Dans le cas de communications émanant de particuliers, le Comité porte cette communication à l'attention de l'Etat intéressé, lequel dispose d'un délai de six mois pour présenter par écrit les explications ou déclarations éclaircissant la question et indiquer, le cas échéant, les mesures adoptées pour remédier à la situation dénoncée. Le Comité fait alors part de ses constatations à l'Etat intéressé et au particulier.

— présente aux Etats parties et à l'Assemblée générale un rapport annuel sur les activités entreprises en application de la présente Convention.

B. — *Le pouvoir de visite commun au Comité des Nations Unies et au Comité européen*

Dans la Convention des Nations Unies, ce pouvoir n'est qu'un aspect du pouvoir, plus large, d'enquête. Dans la Convention européenne, il constitue la clef de voûte du système de protection. Le pouvoir de visite est donc plus étendu dans la Convention européenne que dans la Convention des Nations Unies.

Le Comité des Nations Unies ne peut procéder à une visite sur le territoire d'un Etat partie qu'avec l'accord de cet Etat et, seulement, lorsqu'il existe des présomptions sérieuses de pratiques systématiques de torture. Il peut alors adresser ses propres observations et conclusions à l'Etat intéressé, ou en rendre compte dans son rapport annuel à l'ensemble des Etats parties.

En revanche, au regard de la Convention européenne, le pouvoir de visite constitue la règle normale de fonctionnement. Le Comité européen peut organiser, sans autorisation, la visite périodique ou *ad hoc* de tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par une autorité publique. Peu importe dans ce cadre, le caractère régulier ou irrégulier de la détention au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou le motif de la privation de liberté. Des visites peuvent donc être organisées dans les locaux de garde à vue, les centres de rétention, les établissements pénitentiaires, militaires ou psychiatriques...

Cependant, dans ce dernier cas, la Convention n'est pas applicable aux internements volontaires, car ceux-ci ne sont pas ordonnés par une autorité publique. Néanmoins, il devrait alors être possible au Comité européen de s'assurer du consentement de l'interné.

S'agissant des visites périodiques, le Comité doit veiller, dans la mesure du possible, à visiter les différents Etats de manière équitable, et à éviter, pour des raisons d'ordre pratique, la visite systématique dans un Etat de tous les lieux où des personnes sont privées de leur liberté.

S'agissant des visites *ad hoc*, le Comité agit sur la base d'informations qu'il a reçues quelles qu'en soient les sources (O.N.G., presse, ...), mais il dispose dans tous les

cas d'un pouvoir discrétionnaire pour y donner suite ou non, et déterminer le moment où elles auront lieu.

La visite ne peut avoir lieu qu'après que l'Etat ait reçu une notification du Comité l'informant d'une mission, mais l'accord exprès de l'Etat concerné n'est pas exigé. Aucun délai de notification n'a été fixé par les rédacteurs de la Convention qui ont préféré que cette question se règle au cas par cas. Pour une visite *ad hoc*, rien n'interdit que cette visite se déroule aussitôt après la notification.

Cependant, le droit de visite du Comité peut être reporté lorsque l'Etat concerné lui oppose l'existence de circonstances exceptionnelles. « De telles objections ne peuvent être faites que pour des motifs de défense nationale ou de sûreté publique ou en raison de troubles graves dans les lieux où des personnes sont privées de liberté, de l'état de santé d'une personne ou d'un interrogatoire urgent dans une enquête en cours, en relation avec une infraction pénale grave » (art. 9 § 2). Mais à la suite de ce report, l'Etat concerné et le Comité doivent rechercher un accord sur les dispositions permettant au Comité d'exercer ses fonctions aussi rapidement et effectivement que possible. Entre-temps, l'Etat doit fournir au Comité des informations sur toute personne concernée.

La visite est effectuée par au moins deux membres du Comité qui peuvent être assistés, s'ils l'estiment nécessaire, par des experts et des interprètes. Mais à l'encontre de ces deux catégories de personnes, les Etats concernés disposent d'un droit exceptionnel de récusation. Le Comité peut alors demander à l'Etat les raisons qui fondent l'exercice de ce droit.

Lors de ces visites, le Comité peut s'entretenir sans témoin avec les personnes privées de liberté et entrer en contact librement avec toute personne dont il pense qu'elle peut lui fournir des informations utiles.

Après chaque mission, le Comité établit un rapport qu'il communique avec ses observations et ses recommandations à l'Etat partie concerné. Ces rapports sont confidentiels. Cependant à titre exceptionnel, en cas de non-coopération du gouvernement concerné ou de refus d'appliquer les recommandations, le Comité peut décider à la majorité des deux tiers de ses membres de faire une déclaration publique à ce sujet.

Enfin chaque année, le Comité présente au Comité des ministres un rapport général de ses activités qui est transmis à l'Assemblée parlementaire et rendu public.

Il est encore prématuré de dresser un bilan de l'activité de ces deux Comités. Le Comité des Nations Unies vient seulement d'adopter son règlement intérieur et le Comité européen ne s'est pas encore réuni. Mais l'ambition de la Convention européenne marque les progrès qui restent encore à accomplir dans l'ordre international pour mettre fin à ce fléau.

En conclusion, il convient de rappeler que la France, qui a joué un rôle actif dans l'élaboration de ces deux Conventions, a été le troisième Etat à ratifier la Convention des Nations Unies et le onzième à ratifier la Convention européenne. Ces deux Conventions ont été, respectivement, publiées au *Journal officiel* du 14 novembre 1987 (Décr. n° 87-916 du 9 nov. 1978, p. 13267) et du 6 mai 1989 (Décr. n° 89-283 du 2 mai 1989, p. 5789).

Toutefois, il convient d'observer que la torture ne constitue pas, actuellement, une infraction spécifique en droit français : elle est réprimée lorsqu'elle tombe sous le coup des incriminations de menaces (art. 306 c. pén.), d'abus de pouvoir (art. 114 c. pén.) et surtout de coups et blessures volontaires (art. 309 c. pén.) ; elle constitue également dans certains cas une circonstance aggravante (art. 303 et 333-1 c. pén.). Mais, les articles 222-1 à 222-4 de l'avant-projet de code pénal prévoit de l'élever au rang d'infraction autonome.

A. – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

I. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

André VITU

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

Complicité. Faits justificatifs. Arrestation spontanée.

1. *La complicité de complicité*

Sans être l'une des questions les plus délicates suscitées par l'interprétation des articles 59 et 60 du code pénal, la complicité de complicité a pourtant attiré l'attention de la plupart des criminalistes français depuis un siècle.

Une minorité d'entre eux (E. Garçon, J. A. Roux et, plus récemment, P. Bouzat) refuse d'admettre que soit réprimé l'acte d'un complice indirect, ou complice de complice : ainsi l'individu qui indique l'adresse d'une avorteuse au mari d'une femme enceinte ne pourrait pas être tenu pour complice de cette femme, si elle se soumet à des manoeuvres d'interruption de sa grossesse. Car l'acte du complice direct (ici le mari) n'étant pas, en soi, un délit punissable, le complice indirect ne pourrait donc pas emprunter la criminalité d'un acte qui, lui-même, ne constitue pas une infraction. L'interprétation restrictive de l'article 60 du code pénal interdirait d'ailleurs d'étendre la répression de la complicité au-delà du cercle étroit des complices immédiats dont ce texte donne l'énumération.

La plupart des auteurs contemporains ont au contraire suivi R. Garraud (*Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3e éd., III, n° 952), pour qui l'article 60 n'est nullement limitatif. En parlant dès sa première phrase , d'une façon impersonnelle, d'aide à une action qualifiée crime ou délit, ce texte laisse bien entendre que toute participation criminelle doit être retenue, proche ou lointaine ; on ajouterait au texte légal si l'on exigeait que, pour être punissable, la complicité soit seulement l'activité d'un coopérant immédiat. Mais, tandis que certains auteurs affirment cette solution tout uniment et sans aller plus loin qu'une position de principe (ainsi G. Vidal et J. Magnol, A. Chavanne, R. Merle et A. Vitu, Mme M.-L. Rassat, J. Pradel), d'autres, sans renier pour autant la position répressive de leurs collègues, mais plus prudemment, estiment que tout est question d'espèce : on ne peut retenir la complicité de complicité que si l'on démontre que l'auxiliaire indirect s'est associé à l'acte principal par une intervention matérielle nettement établie et dans une intention indiscutable ; faute de cette démonstration, l'acte du complice médiat échapperait à la répression (L. Hugueney, J. Larguier, M. Puech, J.-P. Doucet, W. Jeandidier).

La discussion doctrinale s'est nourrie d'un tout petit nombre d'arrêts de la Cour de cassation qui, jusqu'à une date très récente, présentaient tous cette particularité de concerner exclusivement le délit d'avortement. La première décision de la Chambre criminelle est ancienne (Crim. 23 mai 1844, *Bull. crim.* n° 179) : jugé en cour d'assises (à l'époque, l'avortement était un crime), le complice d'une femme poursuivie pour s'être fait avorter avait cru déceler un vice de complexité dans la question posée au jury, et dans laquelle on lui reprochait « d'avoir donné ou *fait donner* des instructions pour commettre le crime ». La Cour de cassation écarte le moyen : « celui qui, affectant de ne pas se mettre en rapport direct avec l'auteur principal du crime, donne à un tiers des instructions nécessaires pour commettre ce crime afin qu'il les transmette à celui qui doit le commettre, est aussi coupable que s'il les donnait directement ». A. Chauveau et F. Hélie (*Théorie du code pénal*, 5e éd., I, n° 296) et A. Blanche (*Etudes pratiques sur le code pénal*, 2e éd., II, n° 95), qui détaillent cet arrêt, l'approuvent sans réserve, tant la solution leur paraît aller de soi.

L'avortement étant devenu un délit correctionnel depuis 1923, les arrêts rendus après cette date seront, eux, plus nuancés. Ils approuvent les décisions de condamnation dont les constatations établissent, avec certitude, que le complice indirect a collaboré, activement et en connaissance de cause, à des agissements dont il savait le caractère délictueux (Crim. 8 juill. 1943, J.C.P. 1944. II. 2651 ; 22 juill. 1943, *Bull. crim.* n° 76, S. 1943. 1. 115, *Gaz. Pal.* 1943. 2. 109, J.C.P. 1944. II. 2641). En revanche, la cassation est encourue si les motifs de la condamnation n'expliquent pas avec suffisamment de précision en quoi l'intervenant lointain a pu être tenu lui-même pour un complice, bien que ne s'étant pas trouvé en rapport immédiat avec la femme avortée ou avec l'avorteur (crim. 17 nov. 1944, *Gaz. Pal.* 1945. 1. 43, cette *Revue*, 1946.67, obs. L. Hugueney, et commenté par M. Puech, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, I, p. 351 et s. ; 29 nov. 1946, *Gaz. Pal.* 1947. 1. 25, cette *Revue*, 1947.87, obs. L. Hugueney ; 4 janv. 1975, *Gaz. Pal.* 1975. 1. 343, note P. J. D., cette *Revue*, 1976.707, obs. J. Larguier).

Les arrêts de 1944 et 1946 ont été souvent présentés, par la doctrine, comme ayant refusé de réprimer la complicité de complicité, ce qui, par rapprochement avec les décisions rendues en 1943, a conduit nombre d'auteurs à écrire que la jurisprudence est incertaine. En réalité, une interprétation plus exacte de ces arrêts montre que la Chambre criminelle n'écartait nullement la possibilité de réprimer la complicité de complicité : ses décisions de cassation se fondaient uniquement, en 1944, 1946 et aussi en 1975, sur l'insuffisance des motifs de condamnation.

Est-ce à dire que la Cour de cassation se retranche toujours derrière les constatations de fait retenues par les juridictions inférieures pour approuver ou censurer les décisions soumises à son examen ? Un arrêt récent (Crim. 30 mai 1989, *Bull. crim.* n° 222) révèle qu'au-delà de l'examen des circonstances de fait et de la pertinence des motifs qui s'appuient sur elles la Haute juridiction ne répugne pas à poser une affirmation plus théorique et à renouer avec la position qu'elle avait adoptée, en ce domaine, dans son vieil arrêt de 1844.

Voici les éléments de l'espèce qui lui a donné l'occasion de prendre parti. A la suite des relations devenues difficiles avec des gens dont il avait décidé de se débarrasser, un Sieur Horvath donne des instructions à un nommé Ardanny, qui recrute trois tueurs auxquels il transmet les indications reçues ; les trois hommes exécutent les victimes désignées et mettent le feu au bâtiment où elles vivaient. Au vu des énonciations détaillées décrivant le comportement de Horvath tout au long de la genèse des faits, la Chambre criminelle approuve la chambre d'accusation d'avoir décidé le renvoi de l'intéressé devant la cour d'assises des chefs de complicité des crimes commis par les tueurs. Mais, en outre, pour répondre plus directement au pourvoi du demandeur qui soutenait que la complicité de complicité n'est pas punissable, la cour ajoute : « *l'article 60 du code pénal n'exige pas que les instructions soient données directement par leur auteur* pour que la complicité de celui-ci soit légalement constituée ». Cette formule générale rejoint la position doctrinale majoritaire,

qui interprète de façon non limitative l'article 60 et accepte, comme constitutive de complicité, la participation indirecte tout autant que la complicité la plus immédiate.

Arrivé à ce point des explications, deux précisions s'imposent.

1) L'assimilation de la complicité indirecte à la complicité directe ne doit pas être limitée à la seule hypothèse de la fourniture d'instructions, comme on pourrait le soutenir à la lecture de l'arrêt de 1989. Les raisons de décider sont les mêmes pour la provocation, la fourniture de moyens propres à l'action, l'aide ou l'assistance : un provocateur doit être poursuivi même si, moyennant finances, il charge un intermédiaire de recruter l'homme de main qui agira au nom du mandant ; la présence d'un tel intermédiaire ne change rien à la criminalité des agissements du provocateur. Il ne faudrait donc pas tirer de l'arrêt *Horvath* le principe d'une limitation propre à réduire l'ampleur de l'article 60 du code pénal.

2) On dit ordinairement de la provocation, telle qu'elle est définie par l'article 60 en son alinéa 1er, qu'elle doit être « directe ». Le mot prend ici un autre sens que celui qui a été envisagé jusqu'à présent. Quand on affirme que la provocation doit être, non seulement qualifiée (c'est-à-dire résulter de dons, promesses, menaces...), individuelle (autrement dit, adressée personnellement à celui qu'on veut amener à agir), mais aussi directe, on entend par là que cette provocation doit tendre à la commission d'une infraction précise, indiquée avec une suffisante netteté à celui qui agira : le mot « directe » vise alors le point d'application de la provocation, le but final auquel il tend.

Dans la complicité de complicité, le mot « directe » désigne au contraire le lien qui unit l'activité du complice lointain avec l'infraction à commettre.

Les réflexions qui précèdent permettent de ramener à sa juste mesure un autre arrêt récent (Crim. 1er sept. 1987, *Bull. crim.* n° 308), dont il serait erroné de prétendre qu'à l'inverse de la décision de 1989 il écarte la répression de la complicité de complicité. Dans cette autre espèce, la commanditaire d'un assassinat voulait distinguer, dans l'activité des deux tueurs qui avaient exécuté la victime, le rôle du fournisseur de l'arme, le seul avec lequel lui, le commanditaire, aurait été en rapport, et celui du tireur, auteur véritable et unique du crime : d'où il déduisait l'impossibilité d'être poursuivi pour complicité de complicité. Mais l'argumentation a été écartée par la Chambre criminelle : celle-ci se retranche derrière les appréciations souveraines de la chambre d'accusation, pour qui les faits démontraient que les deux exécutants étaient co-auteurs de l'assassinat, et le commanditaire leur complice direct. La Cour de cassation ajoute — le point est important — qu'est vain le grief « d'avoir retenu contre le demandeur des faits qui constitueraient une *complicité au second degré non punissable légalement* ». Entendue dans son sens obvie, la formule ne signifie nullement que la complicité de complicité serait impunissable, mais bien qu'il est inutile d'en discuter en l'espèce, puisque les faits constatés sont tels que le demandeur est bel et bien un complice direct, et non un complice médiat, au second degré, comme il le soutenait. Les mots soulignés n'ont donc pas la valeur d'une affirmation de principe.

Il n'existe donc point de contradiction entre l'arrêt du 1er septembre 1987 et celui du 30 mai 1989. Le premier se contente de juger suffisamment motivées les affirmations de la chambre d'accusation, tandis que le second, outre une constatation semblable, s'élève à une affirmation théorique qui méritait d'être soulignée, et qui est de nature à écarter définitivement l'affirmation, trop répandue dans la doctrine, que la jurisprudence de la Cour de cassation demeure incertaine.

2. *Un fait justificatif spécial : la permission légale instituée par l'article 73 du code de procédure pénale.*

Constatant qu'un nommé B tente de voler une voiture, le Sieur A, sous-officier de carrière, se précipite et, après avoir essuyé un coup de feu tiré par B, le plaque au

sol en vue de l'arrêter et de permettre son arrestation ultérieure par la police. C'est alors que surgit un tiers personnage que nous appellerons C ; croyant qu'il vient prêter main-forte à B et qu'il est peut-être armé, lui aussi, le Sieur A se retourne vers celui qu'il pense donc être un nouvel adversaire et il exerce sur lui des violences qui entraînent une incapacité de travail supérieure à huit jours. Or C n'était qu'un curieux, qui s'était approché pour voir ce qui se passait.

Tels étaient les faits soumis à la cour d'appel de Douai qui, par un arrêt du 9 juin 1988 aimablement communiqué par M. le Conseiller R. Lévy, relaxe le Sieur A et déboute C de sa constitution de partie civile comme l'avait fait, déjà, le tribunal correctionnel, mais en substituant de nouveaux motifs à ceux du jugement attaqué. A l'égard du Sieur B, l'affaire s'était soldée également par la relaxe du Sieur A, prononcée en première instance, mais sur ce point le jugement correctionnel n'avait pas été frappé d'appel, en sorte que, devant la cour de Douai, tout s'était centré sur les rapports entre A et C.

Pour justifier la relaxe de A du chef des violences exercées sur C, la cour d'appel combine, nous allons le voir, deux dispositions légales : l'article 73 du code de procédure pénale, qui autorise toute personne, témoin d'un crime flagrant ou d'un délit flagrant puni d'emprisonnement, à en appréhender l'auteur, à charge de le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche, — et l'article 327 du code pénal qui déclare justifiés l'homicide, les blessures et les coups qui étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime.

a) L'article 73 du code de procédure pénale, dont la jurisprudence tend à faire un bel usage (Civ. 2e, 10 juin 1970, D. 1970. 691, *Gaz. Pal.* 1970. 2. 220, cette *Revue*, 1971.420, obs. Levasseur ; Crim. 1er oct. 1979, *Bull. crim.* n° 263 , D. 1980. I.R. 334, obs. M. Puech, *Gaz. Pal.* 1980. 1. 306, note P. L. G. ; Crim. 16 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 75 ; Toulouse 15 nov. 1979, J.C.P. 1981. II. 19608, note P. Bouzat ; Montpellier 19 nov. 1979, D. 1981. I.R. 153, obs. M. Puech), n'est pas seulement une disposition procédurale qui fait potentiellement, de chaque citoyen, un collaborateur occasionnel de la justice et l'autorise à se substituer aux autorités de police judiciaire dans leur mission de protection de l'ordre public. Cette disposition institue un véritable fait justificatif spécial, qui donne à chaque personne la permission légale de porter atteinte, dans certains cas et sous certaines conditions, à la liberté d'aller et de venir d'autrui ; permission, et non pas obligation, à la différence de la position plutôt irréaliste de l'ancien article 106 du code d'instruction criminelle qui imposait, au témoin d'une infraction, d'agir et de se saisir du coupable (sur cet ancien texte, cf. Crim. 8 août 1900, S. 1902. 1. 79, D. 1902. 1. 267).

Mais, comme il en va pour les faits justificatifs généraux, la cause de justification établie par l'article 73 ne se comprend qu'enserrée en de certaines limites, tenant à l'infraction qui motive l'intervention spontanée, à la personne habilitée à mettre la main sur le coupable, à l'individu sur qui peut peser cette main-mise et, enfin, aux actes par lesquels l'appréhension se manifeste (M. Puech, obs. au D. 1980. I.R. 334, sous Crim. 1er oct. 1979).

Pour mieux faire ressortir la personnalité de celui à qui l'article 73 donnait la permission d'agir (le Sieur A) et souligner en même temps le bien-fondé de ses gestes à l'égard du Sieur C, la cour d'appel de Douai le présente comme un « sous-officier bien noté », qui « a reçu en cette qualité une instruction civique et militaire encourageant l'initiative dans le sens d'une intervention spontanée et énergique, au cas où il serait témoin d'une atteinte à la chose publique qu'il a mission de défendre ». Alors qu'on tolérerait que le simple citoyen, n'ayant le plus souvent ni la même préparation psychologique ni les mêmes possibilités physiques, n'intervienne pas ou ne le fasse que d'une façon désordonnée et peu efficace, la permission d'agir contenue dans l'article 73 se muait presque, pour le Sieur A, en une obligation d'intervenir, et d'intervenir rapidement et utilement.

Propres à la deuxième condition d'application de l'article 73, ces conditions expliquent le climat dans lequel se sont trouvées réalisées, dans l'espèce soumise à la cour d'appel, le première et la troisième exigences établies par la loi. Celles-ci sont d'ailleurs liées, dans les faits, d'une façon tellement étroite qu'il est difficile de les dissocier l'une de l'autre, et il est nécessaire de les examiner ensemble.

Dans la réalité des faits, envisagés *a posteriori* en leur vérité profonde, ni l'une ni l'autre de ces conditions n'était effectivement satisfaite. Quel délit flagrant avait donc commis le Sieur C en arrivant sur les lieux ? Aucun. Quel rôle celui-ci avait-il donc joué dans la tentative de vol dont B était l'auteur ? Aucun. Ces deux conditions, la cour d'appel les affirme pourtant réalisées, en faisant ici usage d'une notion dont le droit pénal et la procédure pénale connaissent bien d'autres applications, la notion d'apparence, qui peut être génératrice d'une erreur de fait (P. Conte, *L'apparence en droit pénal*, thèse Grenoble 1984). Sans doute, nulle part dans l'arrêt commenté, les magistrats n'emploient ce terme d'apparence, mais ils admettent implicitement l'idée qu'il recouvre puisqu'ils en tirent des conclusions pour l'espèce qu'ils jugent : A « pouvait croire de bonne foi » que C venait prêter main-forte à B ; A « s'est mépris de bonne foi sur la portée de sa mission » ; venant d'intercepter l'auteur d'une tentative de vol, A « croyait appréhender, en la personne de C, un complice ». L'erreur de fait commise par le Sieur A portait donc à la fois sur l'existence d'un fait correctionnel flagrant (la complicité d'une tentative de vol) et sur la qualité de la personne soupçonnée (l'état de complice chez le Sieur C). Ayant mesuré la situation le temps d'un éclair, et avec la rapidité que sa formation personnelle lui avait donnée, A avait alors empoigné C et l'avait frappé sans plus attendre.

Pour apprécier l'apparence, la cour de Douai se fonde donc, non pas tellement sur des éléments objectifs mais essentiellement sur une analyse subjective de la situation en examinant l'état d'esprit de A. Il en va ici comme en matière de légitime défense ; « on ne doit pas considérer la situation telle qu'elle se présentait en réalité, mais aussi telle qu'elle apparaissait au prévenu au moment où il agissait, en tenant compte à la fois de ce qu'il en connaissait et de ce qu'il pouvait imaginer... » (A. Légal, cette *Revue*, 1965.414). Dans cette conception des choses, que la cour d'appel de Douai a faite sienne, l'erreur de fait commise par A allait suffire pour légitimer son intervention rapide et ferme.

Mais on pourrait objecter qu'une telle optique risque de conduire à un subjectivisme abusif, générateur de décisions arbitraires (R. Bernardini, note sous Nancy 9 mars 1979, D. 1981. 462) : alors que les magistrats de Douai ont pensé tout à fait légitime la réaction de A, tels autres, plus positivement, auraient peut-être abouti à une conclusion totalement différente et affirmé que A avait réagi trop rapidement, et sans avoir eu le temps de se faire, raisonnablement, une idée exacte du danger, ou de l'absence de danger, que constituait l'arrivée inopinée de C : les coups portés par A auraient alors été jugés punissables. Tout se passerait alors comme en matière de légitime défense putative, où l'on refuse de retenir le fait justificatif parce que tout prouvait qu'il n'y avait pas à craindre la moindre agression et que la personne prétendument agressée s'est laissée guider par son imagination. On voit combien, dans l'espèce jugée à Douai, les magistrats se trouvaient à l'extrême limite de la justification : tout dépendait donc de signes objectifs, s'ajoutant à l'impression faite sur l'esprit de A. Le nouveau venu C accourait-il ou s'approchait-il calmement ? Son attitude extérieure, ses gestes, voire ses paroles, plaidaient-ils dans un sens plutôt que dans l'autre ? Ces points ont sans doute été examinés devant la cour ; en l'espèce, l'a emporté le caractère légitime des coups portés.

Et voici qu'apparaît la quatrième condition d'application de l'article 73 : ce texte autorise-t-il l'usage de coups et de violences afin d'appréhender l'auteur du crime ou du délit flagrant ? L'article 73 est muet sur ce point ; il impose seulement de conduire l'individu appréhendé devant l'officier de police judiciaire le plus proche, exigence que la jurisprudence a transposée en admettant que l'on peut se contenter de retenir cet individu en attendant l'arrivée de l'officier de police, mais sous réserve d'avertir

celui-ci dans les meilleurs délais (Crim. 1er oct. 1979 et 16 févr. 1988, préc.). Or il arrive que le coupable résiste, lorsqu'on veut se saisir de lui, et il faut briser sa résistance pour permettre sa présentation à la police judiciaire ; ou encore il s'enfuit et l'on ne voit pas d'autre moyen pour s'assurer de lui que de se servir de l'arme dont on s'était muni en tirant sur le véhicule qu'il utilise, ou même sur sa personne. Ces violences sur la personne ou sur les choses sont-elles justifiées ?

La réponse affirmative peut s'appuyer sur l'argument suivant. Si l'on admet que le simple particulier intervenant en cas de crime ou de délit flagrant est un collaborateur occasionnel du service public de la justice, si l'on admet par conséquent que, pour un temps très bref, il est admis à suppléer la force publique, il faut aller jusqu'au bout de l'assimilation : de même que les représentants de l'autorité peuvent exercer légitimement des violences dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (art. 186 c. pén. ; P. Decheix, *A côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage des violences par les agents publics*, D. 1980, chr. p. 89 et s.), de même faut-il accorder au simple particulier le droit d'user de la violence pour rendre efficace la prérogative qu'il tient de l'article 73.

L'affirmation, cependant, doit être nuancée. La violence n'est légitime que si elle est rendue nécessaire par les circonstances (l'article 328 du code pénal en dit autant pour la légitime défense : « ... coups... *commandés* par la *nécessité* actuelle... ») ; elle doit d'autre part être proportionnée au but à atteindre, c'est-à-dire, en clair, être mesurée (exigence absente de l'article 328, mais qu'imposent à la fois la raison, la prudence et ... la jurisprudence ; V. pour la légitimité des dommages causés à la voiture du délinquant qui s'enfuit : Civ. 2e, 10 juin 1970, préc. ; pour la légitimité de blessures infligées par arme à feu, Nancy 9 mars 1979, D. 1981. 462, note R. Bernardini ; pour l'emploi d'une arme à feu, reconnu légitime par les juges, mais assez discutable, Montpellier 19 nov. 1979, D. 1981. I.R. 153, obs. M. Puech ; pour un abus flagrant dans l'emploi de violences, rendant inefficace la justification tirée de l'article 73 : Crim. 16 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 75). Dans l'espèce qui lui était soumise, la cour d'appel de Douai a jugé que les brutalités exercées sur C, bien qu'elles eussent entraîné une incapacité de travail supérieure à huit jours, n'excédaient pas ce que l'article 73 du code de procédure pénale tolérait. On ne peut que s'incliner devant cette appréciation souveraine des faits.

b) Instituant un fait justificatif particulier aux conditions qui viennent d'être rappelées, l'article 73 pourrait et devrait suffire pour asseoir une relaxe au bénéfice du témoin d'une infraction qui a dû employer la force pour maîtriser le délinquant qu'il essaie d'arrêter. Or, comme si elles hésitaient à reconnaître la solidité de l'argumentation tirée de ce texte, certaines juridictions répressives se tournent en même temps vers l'article 328 du code pénal pour expliquer que, menacé par celui qu'il cherchait à appréhender, l'auteur de l'arrestation s'était senti en état de légitime défense et avait riposté dans des conditions proportionnées au danger encouru. L'originalité de l'arrêt commenté est qu'il s'est référé, lui, non pas à l'article 328 (à aucun moment le Sieur A n'a été agressé par C), mais à l'article 327 qui justifie les violences « ordonnées par la loi et commandées par l'autorité légitime ». Mais il fallait établir qu'en l'espèce étaient satisfaits ces deux impératifs légaux qui sont l'ordre de la loi et le commandement émané d'une autorité légitime.

Sur le premier point, la démonstration s'est trouvée facilitée par l'assimilation, qui est ordinairement faite, de la permission de la loi à l'ordre exprès contenu dans une disposition légale. La permission de la loi, elle résultait précisément de l'article 73 du code de procédure pénale, qui autorise tout citoyen à se saisir de l'auteur d'une infraction flagrante. A cet égard, tant la chose lui paraissait évidente, la cour de Douai se contente de ces quelques mots : « A agi pour "l'exécution des lois" et avait qualité pour le faire en application de l'article 73 du code de procédure pénale ».

La démonstration est plus simple encore sur la seconde exigence posée par l'article 327. Il est assez généralement admis en doctrine que, des deux conditions posées par

ce texte, la première seule (l'ordre ou la permission de la loi) est indispensable ; mais le commandement donné par l'autorité s'impose uniquement lorsque l'intéressé se trouve intégré dans une hiérarchie, administrative, judiciaire ou militaire ; s'il est lui-même, soit à la tête de cette hiérarchie, soit placé en dehors de toute formation de ce type, l'ordre (ou la permission) de la loi suffit à légitimer les actes accomplis. Or, c'est ce qui se passe dans le cas du simple particulier qui, spontanément, appréhende l'auteur d'une infraction flagrante : il n'est tenu d'attendre l'injonction d'aucune autorité supérieure, car il ne dépend que de sa propre conscience, et il trouve en lui-même l'autorité à laquelle il obéit quasi instinctivement. L'arrêt de relaxe prononcé par la cour d'appel de Douai l'affirme, lui aussi, en des termes à peine différents, puisqu'il tire de l'article 327 cette constatation que l'autorité légitime dont parle ce texte le Sieur A « la détenait lui-même momentanément en application de l'article 73 susvisé ».

Par cette dernière indication, le lecteur de l'arrêt de Douai est invinciblement ramené à cet article 73 du code de procédure pénale. En l'espèce, c'est à lui que renvoie le fait justificatif plus général écrit dans l'article 327 du code pénal. On est alors conduit à se demander si, finalement, il n'était pas plus simple et aussi convaincant de ne se référer qu'à cet article 73, sans passer par le biais superflu de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime. Cette démarche aurait permis de proclamer la totale autonomie du fait justificatif spécial établi par ce texte du code de procédure pénale, qui suffit, à lui seul, lorsque les conditions en sont réunies, pour motiver une relaxe et débouter la partie civile de sa demande de dommages-intérêts.

II. – INFRACTIONS CONTRE LA CHOSE PUBLIQUE

Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE

Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques de l'Université Bordeaux I
Directeur de l'Institut de sciences criminelles

1. *Infraction au code de la route : délit de conduite d'un véhicule malgré une suspension du permis de conduire (art. 19 c. route). Liberté de la preuve : recours possible au témoignage.*

Circulation routière. Preuve. Témoignage.

Par son arrêt en date du 7 mars 1989 (*Bull. crim.* n° 112), la Chambre criminelle confirme sa jurisprudence antérieure : la preuve des infractions au code de la route obéit au principe général de liberté édicté par le code de procédure pénale.

On rappellera qu'en la matière une controverse a pu naître des termes de l'article R. 226 du code de la route ainsi conçu : « les contraventions aux dispositions du présent code sont constatées par procès-verbaux... » (sur cette controverse, P. Couvrat et M. Massé, *Circulation routière : infractions et sanctions*, Sirey, 1989, n° 416-418).

Certains de soutenir que ce texte apportait une dérogation aux principes généraux régissant la matière de la preuve : un seul mode de preuve, à l'exclusion de tous autres — notamment du simple témoignage — serait admissible : la preuve au moyen d'un procès-verbal dressé par les personnes habilitées à cet effet et visées par les articles L. 24, R. 248 et suivants du code de la route. Mais la doctrine dominante et la Chambre criminelle ont très tôt condamné cette solution et affirmé que le code de la route n'apportait aucune dérogation aux règles édictées par le code de procédure pénale qui, s'agissant précisément des contraventions de police, rappelle dans son article 537 le principe de liberté : « les contraventions sont prouvées soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux... ». Comment un texte réglementaire — et l'article R. 226 du code de la route en est un — pourrait-il déroger à des dispositions législatives, catégories dont relève l'article 537 du code de procédure pénale ? (Crim. 8 juill. 1969, J.C.P. 1970. II. 16251, note R. Gassin ; *Gaz. Pal.* 1969. 2. 155, note Petit ; Crim. 24 juill. 1979, *Bull. crim.* n° 248 ; Crim. 18 août 1979, *Bull. crim.* n° 255 ; Crim. 24 juill. 1980, *Bull. crim.* n° 248 ; Crim. 1er oct. 1980, obs. A. Vitu, cette *Revue*, 1981.377).

La question des contraventions de police étant réglée, restait celle des délits. Le problème paraissait plus simple puisque le texte présenté comme dérogatoire au droit commun de la preuve et qui avait été mis en avant ne visait que les contraventions au code de la route. Cependant des prévenus astucieux ont relancé le débat en soutenant que le terme de *contravention* utilisé aux articles R. 226 et suivants du code de la route devait être pris, non dans son sens technique étroit et qui conduit à opposer cette infraction aux délits et aux crimes, mais dans son sens pénal et général, c'est-à-dire celui *d'infraction* : les textes visés ne font-ils pas d'ailleurs état de « contraventions » (sans apporter la précision qui pourrait être seule significative : contraventions *de police* ?). Dans ces conditions c'est la preuve de toutes les infractions au code de la route (contraventions de police et délit) qui exigerait la constatation par procès-verbal et exclurait le simple témoignage.

Telle était précisément dans l'espèce commentée l'argumentation développée par le prévenu qui avait été condamné du chef de délit de l'article L. 19 du code de la route (conduite d'un véhicule en méconnaissance d'une suspension du permis de conduire) : la preuve du délit résultait seulement des témoignages de deux personnes qui avaient vu l'intéressé circulant au volant d'une voiture dans la période où celui-ci était frappé par l'interdiction de conduire.

La cour de Rennes avait refusé la thèse du prévenu et était entrée en condamnation : elle faisait valoir que les articles R. 226 et suivants du code de la route dont celui-ci se prévalait n'étaient applicables qu'à la seule matière des contraventions, qu'ils ne concernaient pas les délits. Formule imprudente et critiquable car elle semblait laisser entendre que si la poursuite avait concerné une simple contravention de police, la solution aurait été toute autre : une relaxe serait intervenue faute du procès-verbal exigé par les textes invoqués — relaxe qui aurait consommé l'erreur d'interprétation que condamne depuis longtemps la Chambre criminelle (cf. les arrêts préc.).

La bonne réponse à l'argumentation développée par le prévenu devait consister à dire qu'en réalité il n'y a pas lieu de distinguer, en la matière, entre contravention de police et délit ; que même si l'on donne au terme « contravention » utilisé à l'article R. 226 le sens général d'infraction, on ne saurait admettre qu'un texte réglementaire déroge aux dispositions explicites du code de procédure pénale qui, pour la constatation des contraventions de police (art. 537) — on l'a vu précédemment — comme pour celle des délits (art. 427), proclament le principe de liberté quant aux modes de preuve : étant observé que cette dernière disposition, quoique prise dans le cadre de la matière correctionnelle, vise non pas seulement des délits mais « *les infractions* » en général.

C'est cette réponse simple que fera la Chambre criminelle : « attendu que les dispositions de l'article R. 226 du code de la route n'apportent pas de dérogations à celles de l'article 427 du code de procédure pénale selon lesquelles *les infractions* sont établies par tout mode de preuve ».

2. *Infraction à la législation sur les stupéfiants commise par un étranger : l'interdiction définitive du territoire français (art. L. 627 et 630-1 c. santé publ.) est une mesure compatible avec les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des annexes de celle-ci.*

Etranger. Droits de l'homme. Interdiction du territoire. Non-rétroactivité. Relèvement. Stupéfiants.

L'arrêt de la Chambre criminelle du 2 mai 1989 (affaire *Ali Diab*, *Bull. crim.* n° 173 ; *Gaz. Pal.* 8-9 sept. 1989, p. 15) ajoute une nouvelle décision à la jurisprudence révélant, de la part de la Cour de cassation, le souci de motiver de manière explicite le rejet des pourvois quasi systématiquement dirigés contre les condamnations à la peine complémentaire de l'interdiction définitive du territoire français (art. L. 630-1 c. santé publ.) auxquelles les étrangers coupables d'infractions à la législation sur les stupéfiants essaient d'échapper (cf. Crim. 10 févr. 1985, affaire *Azhum*, *Bull. crim.* n° 76 ; Crim. 1er oct. 1987, affaire *Shariati*, *Bull. crim.* n° 322 et nos obs. cette *Revue*, 1988.294 ; François Caballero, *Droit de la drogue*, Dalloz, 1989, n° 496-II).

Il fut un temps en effet, il convient de le rappeler, où la Chambre criminelle se contentait, pour justifier la sanction et couper court à toute discussion, de dire qu'il s'agissait là d'une mesure prise par les juges du fait « *en vertu d'une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte* » (en ce sens : Crim. 21 avr. 1986, affaire *Radulovic*, *Bull. crim.* n° 130 ; Crim. 17 juill. 1986, affaire *Bouflim*, *Bull. crim.* n° 238, obs. A. Vitu, cette *Revue*, 1986.190 et nos obs. préc.. Et pour une manifestation de cette jurisprudence que l'on croyait abandonnée : Crim. 5 sept. 1989, affaire

Rhimi [arrêt non encore publié]). L'argument se voulait péremptoire mais, comme nous l'avions souligné (cf. nos obs. préc.), il était irritant et dangereux : *irritant* à cause de son déplaisant relent d'arbitraire dont il est de plus en plus difficile de s'accommoder dans un Etat de droit moderne ; *dangereux* parce qu'il ne pouvait que rendre le juge du fait de moins en moins soucieux d'expliquer au justiciable le pourquoi de sa décision et se révéler ainsi contraire à une bonne administration de la justice.

Dans la présente affaire commentée, la Chambre criminelle, en s'en expliquant, rejette successivement les *trois* moyens soulevés par le prévenu.

Quant aux deux premiers, la Cour de cassation n'a fait que reprendre les formules explicites déjà utilisées.

S'agissant du *premier moyen* dénonçant l'incompatibilité de l'interdiction définitive du territoire qui ne peut frapper qu'un étranger (ainsi placé en position d'infériorité par rapport au délinquant de nationalité française) avec *l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* qui prohibe les discriminations entre justiciables, il est répondu : « *l'exclusion de toute discrimination raciale*, fondée notamment sur l'origine nationale, telle qu'elle résulte de l'article 14 de la Convention européenne *ne concerne que la jouissance des droits et libertés reconnues dans ladite Convention* et dont, à l'évidence, est exorbitante la perpétration d'actes illicites tels que le trafic de stupéfiant... ».

Cette argumentation mise en avant pour justifier des différences de traitement pénal entre Français et étrangers paraît sans doute décisive. Toutefois n'encourt-elle pas le reproche de méconnaître le souci, affirmé par ailleurs par des instances européennes, de veiller à ce que nationaux et étrangers soient placés, au plan pénal, sur un pied d'égalité ? Qu'on se reporte, à ce sujet, à la Résolution 75/3 § 1 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, recommandant aux gouvernements « de faire en sorte que le travailleur migrant, prévenu ou condamné, ne se trouve pas, dans le système pénal, dans une position inférieure à celle d'un autre prévenu ou condamné ».

Cette observation mérite d'autant plus réflexion que ce même argument — qui selon nous appelle des réserves — est utilisé par la Chambre criminelle pour justifier les différences de traitement qui peuvent apparaître, au plan pénal, non plus *entre Français et étrangers*, mais *entre étrangers* de nationalités différentes : il en va ainsi des inégalités susceptibles d'apparaître entre les immigrés selon qu'ils appartiennent ou non à la Communauté économique européenne (CEE) : les premiers sont traités, à de nombreux égards, au plan pénal, moins sévèrement que les seconds : en situation irrégulière sur le territoire français ils n'encourent que des peines d'amende contraventionnelle (art. 19 D. 28 avr. 1981), alors que les autres sont exposés à des peines d'emprisonnement correctionnel (art. 19, ord. 2 nov. 1945) ; et le risque d'expulsion qui pèse sur ces derniers est plus grand que le leur (cf. Nicole Guimezanes, *Le droit des étrangers*, Armand Colin, Coll. U, 1987, p. 165 et s. ; J. Biancarelli et D. Maidani, « L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres », cette *Revue*, 1984.458. Et sur cette inégalité jugée non contraire à la Convention européenne : Crim. 24 févr. 1988, affaire *Dieye*, *Bull. crim.* n° 94).

Quant au *second moyen* tiré de la violation de *l'article 2 du Protocole n° 4 annexé à la Convention européenne* qui dispose, dans son alinéa 1er, que « quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence », il est écarté en se fondant sur l'alinéa 3 du texte évoqué qui prévoit des dérogations possibles au rang desquelles prend expressément place la situation du délinquant étranger : « que la nécessité de la prévention des infractions pénales et du maintien de l'ordre public, à laquelle répond cette interdiction, figure parmi les conditions auxquelles le Protocole n° 4 annexé à la Convention soumet en son article 2 alinéa 3 les restrictions dont on peut faire l'objet, de la part du législateur d'un Etat démocratique, l'accès de son territoire national pour un étranger ».

Le *troisième moyen* invoqué présentait, quant à lui, une certaine nouveauté par rapport aux affaires antérieures similaires : il dénonçait l'aggravation de la mesure résultant, depuis la loi du 31 décembre 1987, de ce que le condamné ne pouvait plus voir modifier l'interdiction définitive du territoire prononcée contre lui puisqu'il était maintenant interdit de recourir à la procédure de relèvement organisée par l'article 55-1 du code pénal (art. L. 630-1, al. 4, c. santé publ.). Il soulignait le fait qu'ainsi aucun aménagement de la mesure n'était plus désormais possible, notamment pas lors de la prise d'effet de celle-ci, c'est-à-dire à l'expiration de la peine principale, alors qu'au moins à ce moment-là un nouvel examen de la situation personnelle et familiale du condamné s'imposerait pour que soient respectées les exigences de *l'article 8-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, disposition qui concerne le respect de la vie privée et familiale des personnes (cf. sur ce point : R. Koering-Joulin, « Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention... », cette *Revue*, 1986.726 *c)*). Et le pourvoi faisait valoir que l'absence de voie de recours effective ouverte contre la décision d'interdiction définitive du territoire rendait notre législation incompatible avec les dispositions des articles 6 et 13 de cette même Convention et définissant les garanties de bonne justice dues à toute personne.

A cette argumentation la Cour de cassation répond ainsi : « il n'importe, à cet égard, que ladite mesure ne soit susceptible d'aucun relèvement *dès lors que la décision qui l'ordonne peut faire l'objet d'un recours* ». Ainsi, pour la Chambre criminelle la possibilité de faire appel du jugement de condamnation prononçant l'interdiction définitive du territoire est, pour le condamné, une garantie jugée suffisante et respectueuse des droits de la défense au sens où l'entend la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Ajoutons qu'un *autre moyen* aurait pu être soulevé à l'appui du pourvoi : la condamnation à la peine complémentaire de l'interdiction définitive du territoire avait été prononcée, en l'espèce, en 1988 pour des faits commis en 1986, c'est-à-dire antérieurement à la loi du 31 décembre 1987 qui, incontestablement, en supprimant la possibilité de relèvement avait *aggravé* la sévérité de la mesure. Ne pouvait-on soutenir alors que la décision intervenue avait méconnu la règle fondamentale de la non-rétroactivité de la loi pénale et que réaffirme *l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme* qui dispose : « il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise » ?

La Chambre criminelle aurait certainement répondu négativement comme elle l'a fait à l'occasion de l'affaire *Berazzal* (Crim. 27 juin 1989, *Bull. crim.* n° 278 et nos obs. cette *Revue*, 1990.66, et *infra*, cette chron. n° 3) qui, très précisément et dans les mêmes conditions, posait le problème évoqué. Mais cette réponse, comme nous l'avons souligné dans le commentaire précité, est au plus haut point contestable : elle méconnaît les principes qui doivent régir le droit transitoire et que commande la règle « *nulla poena sine lege* » qui a valeur de loi ordinaire, de loi constitutionnelle et de loi internationale (rapprocher nos obs. cette *Revue*, 1989.732).

3. *Infraction à la législation sur les stupéfiants commise par un étranger : application dans le temps de la loi du 31 décembre 1987 excluant la possibilité d'un relèvement de l'interdiction définitive du territoire (art. L. 630-1 dernier al. c. santé publ.).*

Etranger. Interdiction du territoire. Non-rétroactivité. Relèvement. Stupéfiants.

Un nouvel arrêt (Crim. 24 oct. 1989, affaire *Dib*, non encore publié, n° C-1989-80334) réaffirme que la loi du 31 décembre 1987, qui a supprimé la possibilité de relèvement de l'interdiction définitive du territoire qui peut être ordonnée contre

l'étranger condamné du chef de trafic de stupéfiant, est applicable aux faits commis et jugés antérieurement à sa promulgation.

En l'espèce le prévenu, condamné le 18 novembre 1987, avait présenté une requête en relèvement le 14 août 1988. La cour de Paris, estimant que la loi nouvelle n'était pas applicable à cette condamnation prononcée sous l'empire de la loi ancienne, avait déclaré recevable et examiné la requête (mais rejeté celle-ci). Son arrêt est cassé par la Chambre criminelle qui déclare que la loi nouvelle devait être appliquée aux faits de l'espèce : « attendu qu'en examinant cette requête, alors qu'elle aurait dû la déclarer irrecevable, la cour d'appel a violé le texte susvisé (art. L. 630-1 dernier alinéa) ».

Ainsi se confirme, en la matière, la jurisprudence de la Cour de cassation qui s'est manifestée par divers arrêts que nous avons commentés (cf. nos obs. cette *Revue*, 1990.66, concernant les arrêts *Yenigun* du 24 oct. 1988 ; *Messaoudene* du 6 juin 1989, *Berazzal* et *Charif* du 27 juin 1989 et obs. A. Vitu, *ibid* 62. Et dans le même sens, Crim. 26 juin 1989, affaire *Khsiba* rapportée *in* la récente *Rev. dr. pén.* n° 34).

Cette décision, comme les précédentes, consacre à nouveau, en ce domaine du droit pénal transitoire, une solution qui est en contradiction manifeste non seulement avec les enseignements de la *doctrine « orthodoxe » classique*, mais aussi avec ceux qui se dégagent d'une *nouvelle doctrine*, simplificatrice, qui semble être en voie d'élaboration (cf. nos obs. préc. et, sur la remise en question de la doctrine « orthodoxe » ajouter : M. L. Rassat, *Droit pénal*, PUF, *Droit fondamental*, 1987, n° 146, 150, 158 et G. Levasseur, « Le domaine d'application dans le temps des lois relatives à l'exécution des sanctions répressives », *Mélanges A. Vitu*, Cujas, 1989, p. 349 et s.).

Toutes les critiques que nous adressions à cette jurisprudence dans nos observations précédentes peuvent être reprises à l'occasion de cet arrêt *Dib* qui fait rétroagir une loi nouvelle aggravant le sort du délinquant. Une *supplémentaire* toutefois s'y ajoutera : à la différence des autres arrêts commentés où une justification de la solution consacrée était avancée — une justification sans doute fragile mais qui avait au moins le mérite d'être tentée — dans la présente affaire aucun fondement n'est donné à sa décision par la Chambre criminelle. Celle-ci n'a pas jugé bon de nous dire pourquoi la loi nouvelle, *quoique plus sévère*, devait être appliquée à des faits commis et jugés sous l'empire de la loi ancienne. Elle s'est contentée, par la formule lapidaire rapportée plus haut (irrecevabilité de la requête en relèvement), d'affirmer la solution qu'elle a décidé de faire sienne.

Son silence sur ce point ne nous suggérerait-il pas alors ... une explication ? On n'a pas à expliquer une solution inexplicable.

III. – INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

Georges LEVASSEUR

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

1. *Homicide volontaire*

I. – *Parricide*

L'arrêt rendu le 19 décembre 1989 (N. 89-85743) ne porte pas sur les éléments constitutifs de cette infraction, sur sa spécificité, ni sur les questions à poser à la cour d'assises (sur ces sujets, V. nos récentes chroniques cette *Revue*, 1987.425 n° 1 et 1989.318 n° 1-I) mais sur un cas de complicité de parricide par instructions. Le pourvoi était dirigé contre l'arrêt de la chambre d'accusation renvoyant le demandeur devant la cour d'assises.

L'arrêt attaqué concernait la mère d'un jeune parricide. Il précisait que cette femme « avait sur ses enfants un empire total et aurait facilité le crime en restituant aux gendarmes les armes de son mari ou celles relativement inoffensives de ses enfants mais non le fusil à répétition, arme du crime, qui est resté dans la chambre des enfants et dont elle n'aurait pu ignorer l'existence ». La Chambre criminelle a estimé que ces énonciations, à supposer les faits établis, caractériseraient la complicité du crime de parricide, et elle a rejeté le pourvoi.

La demanderesse au pourvoi insistait sur le fait que seules des omissions pouvaient lui être reprochées, alors qu'il est généralement admis que la complicité exige un comportement actif (Garçon, *Code pénal annoté*, 2e éd. par Rousselet, Patin et Ancel, art. 60 nos 264 et s. ; Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de science criminelle et de législation pénale comparée*, 3e éd. n° 436 ; Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9e éd., I nos 421 et s. ; Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2e éd. I n° 780 ; Decocq, *Droit pénal général*, p. 251 [V. aussi note J.C.P. 1983. I. 3124] ; Chavanne, *Rép. pén. v° Complicité* n° 75 et s. ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 13e éd. n° 260 ; J. Borricand, *Droit pénal*, p. 147 ; Mme M.-L. Rassat, *Droit pénal*, n° 299, p. 434 ; J. H. Robert, *Droit pénal général*, p. 349-350 ; Puech, *Droit pénal général*, n° 1026 et s. ; W. Jeandidier, *Droit pénal général*, n° 294 ; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel* I, 6e éd. n° 520, p. 665 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, 7e éd. n° 392).

Cependant, depuis une vingtaine d'années, les auteurs mettent en relief les tempéraments que la jurisprudence apporte de plus en plus souvent à ce principe, et beaucoup ne sont pas loin de les approuver, ce qui n'est pas notre cas. Mais il ne nous appartient pas d'empiéter sur la chronique de droit pénal général, et notre collègue et ami A. Vitu ne manquera pas de mettre en relief la portée du présent arrêt, lequel nous paraît apporter une pièce décisive à une construction en cours d'élaboration (une autre pièce importante peut résider dans un arrêt du 11 décembre 1989, J.C.P. 1980. IV. 102, dans une affaire de complicité dans l'organisation de l'insolvabilité).

II. – *Meurtre, animus necandi.*

Le meurtre comporte un élément intentionnel particulier, un *dolus specialis*, l'intention de provoquer la mort de la victime, *animus necandi* : (Garçon, *op. cit.*, 2e éd. art. 295, n° 34 et s. ; Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3e éd. V, n° 1850 ; Goyet, *Droit pénal spécial*, 8e éd. par Rousselet, Arpaillange et J. Patin, n° 599 ; Faustin Hélie et Brouchot, *Pratique criminelle ; Droit pénal*, 5e éd. n° 369 ;

Vouin, *Droit pénal spécial*, 6e éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 146 ; G. Levasseur, *Rép. pén. v° Homicide*, nos 21 à 28 ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3e éd., p. 106 ; Vitu, *Droit pénal spécial*, II n° 1706, p. 1369).

Les auteurs admettent que cette preuve incombe au ministère public, mais comment ce dernier l'administrera-t-il ? S'il n'y parvient pas, tout au plus le crime de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner (actuel art. 311) peut-il, depuis 1832, être constitué.

Statuant le 9 janvier 1990 (n° W. 89-85889) sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la chambre d'accusation de Paris renvoyant le Sieur O. devant la cour d'assises du chef de meurtre, la Chambre criminelle a rejeté ce recours. En effet, tout en constatant qu'avant la querelle qui l'opposa à sa victime, O. n'avait pas l'intention de lui donner la mort, l'arrêt attaqué avait déduit l'*animus necandi* d'une part de la force avec laquelle le coup de couteau avait été donné, et, d'autre part, de la région du corps où la victime avait été frappée ; dans ces conditions, il existait bien des charges suffisantes que l'auteur ait eu, au moment de la commission de l'acte, une intention homicide.

O. avait réagi d'autant plus à cette qualification que l'information ouverte contre lui l'avait été du chef de coups mortels ; il s'étonnait que la chambre d'accusation ait pu changer la qualification initiale sans ordonner au moins supplément d'information. La Chambre criminelle lui a répondu sur ce point que « les chambres d'accusation sont investies du pouvoir de modifier et de compléter les qualifications données aux faits incriminés soit par le ministère public, soit par le juge d'instruction » et que « l'article 202 alinéa 2 du code de procédure pénale leur reconnaît le pouvoir de statuer sans ordonner une nouvelle information si les chefs de poursuite résultant du dossier de la procédure ont été, comme en l'espèce, compris dans les inculpations faites par le juge d'instruction ».

Sur la preuve de l'*animus necandi*, cette décision est conforme à la jurisprudence, ainsi que le dit M. Véron (*op. cit.*) : « Comme la preuve directe de cette intention apparaît presque impossible, la Chambre criminelle la cherche dans les circonstances du meurtre, utilisant ainsi un système de présomptions de fait. Elle estime, en effet, que celui qui utilise des armes dangereuses ou qui frappe la victime sur une partie vitale du corps est nécessairement animé d'une intention homicide car, à tout le moins, il aurait dû prévoir ou penser que les coups pourraient être mortels ». Cet auteur estime qu'une telle assimilation des coups portés en pensant qu'ils pouvaient donner la mort, à ceux portés en voulant obtenir ce résultat, est « d'une assez grande sévérité ». Ce régime de présomption de fait était pourtant déjà admis sous l'ancien droit (Jousse III, p. 531, cité par Garraud, *loc. cit.*, note 18).

Sur la présomption tirée de l'emploi d'une arme meurtrière (V. Crim. 9 juill. 1987, *Bull. crim.* n° 237 [revolver] ; Crim. 27 mars 1902, *Bull. crim.* n° 125 [arme blanche] ; Crim. 20 oct. 1955, *Bull. crim.* n° 415 [arme à feu] ; Crim. 5 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 110 ; Crim. 24 juill. 1974, *Gaz. Pal.* 1974. 2. Somm. 289 [arme à feu]). Les trois derniers de ces arrêts utilisent également la présomption tirée de la partie du corps atteinte.

Il faut d'ailleurs ajouter qu'un arrêt de la Chambre criminelle du 22 mai 1989 (*Droit pénal* n° 2, arrêt n° 56, obs. Véron, non publié au *Bulletin*) a estimé de son côté que l'*animus necandi* pouvait résulter du fait que l'inculpé avait tiré cinq coups de carabine sur les occupants d'un fourgon en visant le pare-brise du véhicule, causant ainsi quatre blessures à la victime, ce qui cumule, là aussi, les deux présomptions précitées.

2. *Violences volontaires.*

I. — *Coups mortels. Lien de causalité.*

L'incrimination de coups mortels, en cas de décès de la victime, ne peut être retenue qu'autant qu'est établie une relation de cause à effet entre la mort de la victime

et les violences exercées à son encontre (Vouin, *op. cit.* 6e éd. par Mme M.-L. Rassat n° 178-c ; A. Vitu, *op. cit.* II n° 1750-3 ; G. Levasseur, *Rép. pén. v° Coups et blessures* n° 35 et 90). Si ce lien de causalité n'est pas établi avec certitude, il ne peut s'agir que de violences correctionnelles ; il appartient à la chambre d'accusation statuant sur un éventuel renvoi devant la cour d'assises de décider souverainement si ce lien de causalité est établi ou non (Crim. 3 mai 1989, *Droit pénal* n° 2, arrêt n° 58, non publié au *Bulletin*).

II. — *Violences avec arme.*

La jurisprudence la plus récente a admis que l'arme utilisée pour infliger des violences volontaires pouvait être une voiture automobile (Crim. 14 mars 1989, *Bull. crim.* n° 126 et nos obs. cette *Revue*, 1989.738 n° 2 II *a)*) ; au contraire, elle n'a pas admis que le fait d'avoir fait attaquer une personne par un chien put constituer une violence avec arme (Crim. 1er mars 1989, *Bull. crim.* n° 99 et nos obs. cette *Revue*, 1989.738 n° 2 II *b)*). C'est qu'un animal n'est pas un « objet quelconque ».

L'affaire réglée par l'arrêt de la Chambre criminelle rendu le 11 mai 1989 (*Droit pénal* n° 2, arrêt n° 57, obs. Véron, non publié au *Bulletin*) admet la qualification d'arme pour un objet assez insolite (un drapeau de juge de touche). Au cours d'un match de football le sieur J. avait frappé de la hampe de son drapeau de juge de touche une victime qui, au surplus, n'était pas celle qu'il voulait atteindre. Bien entendu, l'*aberratio ictus* n'empêchait pas les violences d'être volontaires (Crim. 13 janv. 1960, *Bull. crim.* n° 15 ; Crim. 21 nov. 1984, *Bull. crim.* n° 362 et nos obs. cette *Revue*, 1985.809 ; *adde* : Levasseur, *Rép. pén. v° Coups et blessures* n° 33). C'est donc à bon droit que la cour d'Amiens avait considéré le drapeau comme une arme, ainsi qu'elle l'eût fait pour un vulgaire bâton (Paris, 10 juill. 1981, D. 1982. 266, note M.-L. Rassat). On lira avec intérêt les observations de notre collègue Véron citant plusieurs exemples, parfois surprenants, de la jurisprudence de la dernière décennie (*adde* Levasseur, *loc. cit.* n° 70).

On notera, au surplus, que le délit de violence avec arme ne nécessite pas que la victime ait été atteinte ; il est réalisé alors même que celle-ci a été simplement effrayée, comme le montre la décision ci-dessous.

III. — *Violences sans atteinte à la personne. Voie de fait.*

L'arrêt du 6 novembre 1989 (n° A. 89.81477) consacre une jurisprudence déjà bien établie, considérant comme une voie de fait les agissements ayant pour but et pour effet de provoquer chez une personne une vive frayeur (Comp. Crim. 21 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 392 et nos obs. cette *Revue*, 1989.320 n° 3). Ce résultat peut être produit au moyen d'une arme et, plus encore, de coups de feu tirés avec celle-ci.

Le sieur F. vivait, depuis plusieurs années, en mauvaise intelligence avec les nommés K. et L.. Il reprochait notamment à ces derniers de sectionner les fils électriques de la clôture de la ferme où il habitait. A la suite d'un renouvellement de ces faits, F. attendit le surlendemain le passage de la voiture de K. et tira deux coups de feu dans sa direction avec du plomb de chasse, sans atteindre les passagers mais causant des dommages au véhicule. Retenant le délit de voies de fait n'ayant pas entraîné d'incapacité de travail personnelle supérieure à huit jours, mais commis avec arme, la cours de Rennes l'avait condamné à dix-huit mois de prison avec sursis, à 10 000 F d'amende et à des réparations civiles. F. forma un pourvoi en cassation.

C'est en vain qu'il excipait de la légitime défense, tirée de la destruction de sa clôture pendant la nuit ; cet argument n'avait pas été invoqué devant les juges du fond mais seulement l'excuse de provocation. Sur ce dernier point, il lui avait été justement répondu que les différends qui l'opposaient à K. depuis plusieurs années ne pouvaient être assimilés à des coups ou violences graves contre les personnes.

Il n'a pas été plus heureux lorsqu'il a prétendu que des violences volontaires avec arme n'étaient constituées qu'autant que la victime ait été physiquement atteinte dans son intégrité physique ou psychique, alors que ni K. ni L. n'avaient été touchés et qu'aucune émotion particulière n'avait été médicalement constatée chez eux. Sa thèse était qu'il avait simplement voulu faire peur, et que le seul texte applicable était l'article R. 40-1° (Comp. Lyon 9 juill. 1985, D. 1985. 569, note Mlle D. Mayer, et nos obs cette *Revue*, 1986.369, n° 1).

La Chambre criminelle a fait sienne l'appréciation de l'arrêt attaqué ; ce dernier avait constaté que le comportement du prévenu avait été « d'une extrême gravité et dangerosité, car s'il avait simplement voulu impressionner K. il aurait pu se limiter à tirer en l'air ». L'usage d'une arme est de nature en soi à créer une frayeur, il en est de même en cas de coups de feu tirés en l'air ; mais est-il nécessaire d'exiger un certificat médical de traumatisme psychique lorsque le voiture où l'on se trouvait a été criblée de plomb de chasse ? Au surplus, l'intention du législateur lorsqu'il a remanié par la loi du 2 février 1981 les textes sur les atteintes volontaires à l'intégrité corporelle ne fait guère de doute. L'article 309 alinéa 2 fait jouer les circonstances aggravantes qu'il prévoit (le 6e est ainsi conçu « à l'aide ou sous la menace d'une arme ») que les faits aient ou non entraîné une incapacité totale de travail personnelle pendant plus de huit jours. D'autre part, le texte de l'alinéa 1 mentionne bien les « voies de fait » parmi les agissements incriminés (sur les voies de fait et leur place dans la hiérarchie des atteintes à l'intégrité corporelle, V. nos développements au *Rép. pén. v° Voie de fait* nos 12 à 24, 34 et 35, *v° Coups et blessures* nos 17 à 22).

3. *Homicide involontaire.*

I. — *Faute d'un médecin ayant opéré en milieu hospitalier. Compétence judiciaire.*

Nous avons présenté (cette *Revue*, 1989.109 n° 4 *a)*) de longues observations sous l'arrêt du 7 juin 1988 de la Chambre criminelle. Cet arrêt a été examiné par le docteur Penneau, maître de conférences à l'Université de Paris II dans sa chronique de droit médical (D. 1989 Somm. commentés 312). Cette décision est rapprochée de deux arrêts de la 1re chambre civile du 20 juillet 1988, dont l'un prend la même position que la Chambre criminelle au sujet d'un malade admis en clientèle privée dans l'hôpital où opérait son chirurgien.

II. — *Accidents de chantier.*

En dépit de la réserve que nous avons cru devoir nous imposer en ce domaine (cette *Revue*, 1989.505 n° 3-I), nous signalons encore deux décisions de la Chambre criminelle.

a) Le 2 mai 1989 (*Bull. crim.* n° 175) sous la présidence de M. Le Gunehec, a été rejeté le pourvoi d'un employeur condamné pour homicide involontaire. Le salarié P., après avoir effectué une livraison de béton sur un chantier, avait nettoyé au jet le tapis roulant de son camion à proximité d'une ligne aérienne de 20 000 volts ; il fut électrocuté par l'intermédiaire du jet d'eau qu'il utilisait.

Il a été reproché à l'employeur d'avoir employé un salarié qui n'avait jamais reçu de formation à la sécurité relative à l'exécution de son travail, alors que cette formation est obligatoire aux termes des articles L. 231-3-1 et R. 231-36 du code du travail et, que le chef d'entreprise est tenu de s'en assurer à l'embauchage. En second lieu, l'entreprise aurait dû informer l'Electricité de France que des travaux devaient être effectués à proximité de la ligne électrique aérienne. Les deux fautes étant en relation de cause à effet avec l'accident, le pourvoi a été rejeté.

b) Le lendemain 3 mai 1989 (*Droit pénal* n° 2, arrêt n° 61, obs. Véron) un autre arrêt de rejet avait affirmé « Attendu d'une part que le chef d'entreprise est tenu de veiller personnellement à la sécurité des travailleurs ». Il est difficile de considérer cette décision comme un arrêt de principe, car elle n'a pas été publiée au *Bulletin*. L'ouvrier avait été écrasé par le camion qu'il utilisait sur le chantier, et il semble qu'il avait commis à cette occasion certaines fautes ; mais l'arrêt a rappelé que « l'article 319 n'exige pas, pour son application, que les fautes retenues à l'encontre du prévenu aient été la cause exclusive de l'accident ».

4. *Blessures involontaires.*

a) Un hélicoptère effectuait une opération de treuillage au-dessus de la terrasse d'un hôtel. Le déplacement d'air déséquilibra un parasol dont la pique vint blesser un consommateur. L'arrêt de la Chambre criminelle du 18 avril 1989 (*Droit pénal* n° 2, arrêt n° 59) a reproché au pilote de ne pas avoir reconnu préalablement les lieux et fait enlever les parasols. M. Véron remarque, dans ses observations, que l'arrêté du 1er février 1979 impose aux pilotes d'hélicoptère l'identification préalable des hélisurfaces qu'ils vont utiliser hors aérodrome, et qu'il y avait donc, en l'espèce, inobservation d'un règlement.

b) Indemnisation du dommage moral des proches de la victime ; dommage par ricochet.

Nous avons présenté (cette *Revue*, 1989.742 n° 5-I-*c*)) de brèves observations sur l'arrêt du 9 février 1989 que nous avons essayé de situer dans l'évolution de la jurisprudence répressive sur cette délicate question (V. les deux autres décis. commentées avec celle-là, ainsi que nos précédentes obs. cette *Revue*, 1989.504 n° 2-II). Ce même arrêt a fait l'objet d'une note de Mme Bruneau au D. 1989. 614, à laquelle les lecteurs se reporteront pour trouver une analyse documentée de ce problème juridique, mais aussi d'utiles réflexions sur la généralisation de cette jurisprudence à d'autres infractions.

5. *Viol.*

a) D'après l'article 306 alinéa 3 du code de procédure pénale, modifié par la loi du 23 décembre 1980, il appartient à la victime partie civile d'exiger que les débats se déroulent à huis clos ou au contraire de s'y opposer. Mais l'application de ce texte continue à soulever des difficultés. Le 30 octobre 1989 (J.C.P. 1990. IV. 53), la Cour de cassation a estimé que, lorsque le directeur départemental de l'Education surveillée s'est régulièrement porté partie civile en tant que tuteur *ad hoc* de la victime d'un viol par ascendant sur un mineur de moins de quinze ans, il a bien qualité pour prendre cette décision.

Le même droit a été reconnu à la mère représentant légal de la victime mineure (Crim. 22 mars 1989, *Bull. crim.* n° 145 et nos obs. cette *Revue*, 1989.744 n° 6), mais il a été dénié au contraire à la mère de la victime décédée (Crim. 30 oct. 1985, *Bull. crim.* n° 337, J.C.P. 1987. II. 20727, note Ph. Conte) ; il l'a été d'ailleurs à la victime elle-même si elle ne s'est pas portée partie civile (Crim. 26 juin 1985, *Bull. crim.* n° 251). Il a été jugé, enfin, que le huis clos exigé pouvait n'être que partiel (Crim. 7 déc. 1988, *Bull. crim.* n° 414, et nos obs. cette *Revue*, 1989.507 n° 4).

b) L'article 332 alinéa 3 du code pénal prévoit un certain nombre de circonstances aggravantes du viol, notamment le fait que la victime en ait été une personne particulièrement vulnérable par suite de diverses circonstances parmi lesquelles figure « une

déficience physique ou mentale ». La Chambre criminelle a estimé, le 4 janvier 1990 (n° K. 89-82636) que de tels agissements devaient être appréciés sans indulgence.

Le sieur B. avait exercé des violences sur Léa K., « jeune femme de 23 ans, *atteinte de troubles mentaux* et dénuée de capacité de résistance », puis l'avait emmenée avec lui dans une chambre d'hôtel et lui avait imposé à plusieurs reprises des rapports sexuels.

Avant même la réforme du 23 décembre 1980, il était généralement admis que le défaut de résistance d'une malade mentale n'empêchait pas de qualifier « viol » les rapports sexuels auxquels son état ne lui permettait pas de consentir en connaissance de cause (en ce sens : Garçon, *op. cit.* art. 331-333 n° 35, qui affirme : « ce point ne peut faire de doute », et cite en ce sens Blanche ainsi que Chauveau et Hélie ; Garraud, *op. cit.* V n° 2085 ; Goyet, 8e éd. n° 704-*b* ; Hugueney, obs. cette *Revue*, 1962.98 qui assure que « cette opinion, depuis longtemps déjà, prévaut en jurisprudence comme en doctrine » ; Levasseur, *Droit pénal spécial*, Les cours de droit 1964, p. 470 ; *contra* : Vouin, *Droit pénal spécial*, 1re éd. n° 296). La jurisprudence paraissait, à vrai dire, fournir peu d'exemples (il s'agit le plus souvent de femmes ayant perdu conscience ; certaines décisions sont même nettement hostiles : Paris, 1er août 1835, S. 1835. 2. 450 ; Orléans, 18 déc. 1886, *Journal des Parquets*, 1887. 2. 119) ; le plus net est un arrêt de la Chambre civile du 6 novembre 1961 (D. 1961. 733, note Holleaux, obs. Hugueney cette *Revue*, 1962.98) qui, pour admettre la recevabilité d'une action en recherche de paternité naturelle, considéra que la conception résultait d'un viol alors que le père prétendu (qui avait abusé d'une débile profonde sortant d'un établissement psychiatrique) n'avait été condamné que pour outrage public à la pudeur.

La définition du viol donnée désormais dans l'article 332 consacre la solution admise par la doctrine et lève toute difficulté. Aussi, la Chambre criminelle, relevant d'office le moyen tiré de la violation des articles 332 et 333, a-t-elle cassé l'arrêt de la cour de Versailles qui avait condamné B. pour attentat à la pudeur avec violence sur une personne particulièrement vulnérable à sept ans d'emprisonnement ; elle a estimé que, d'après les constatations mêmes des juges du fond, les faits reprochés à B. constituaient, s'ils étaient établis, le crime de viol aggravé, et non de délit d'attentat à la pudeur avec violence assorti de la même circonstance aggravante.

c) Récidive de viol

Il y a longtemps que l'on a observé que les auteurs de viols étaient portés à renouveler leurs agissements. Le nommé B. avait été condamné en 1981 à sept ans d'emprisonnement dont deux ans avec sursis pour viol et tentative de viol. En 1984, il commettait la même infraction, et la cour d'assises de l'Eure-et-Loire le condamnait à vingt ans de réclusion criminelle, estimant qu'il se trouvait en état de récidive. C'était oublier que, si le second terme de la récidive est une infraction, le premier est au contraire une condamnation, et que, si l'article 57 du code pénal assimile une condamnation à plus d'un an d'emprisonnement pour crime à une condamnation criminelle lorsque le second terme est un délit, aucune disposition de ce genre n'existe dans l'article 56 lorsque le second terme est un crime.

L'article 56 prévoit, en effet, le cas d'un condamné « à une peine afflictive et infamante ou seulement infamante » qui commet ensuite un second crime. Tel n'était pas le cas de B. condamné à sept ans d'emprisonnement. La Chambre criminelle a donc rappelé qu'une peine entrant dans les prévisions des articles 9 et 40 du code pénal « demeure une peine correctionnelle même si elle a été prononcée pour crime par une cour d'assises par le jeu des circonstances atténuantes ». La peine prononcée ayant dépassé le maximum légal, l'arrêt attaqué a été cassé. Tout commentaire plus approfondi relèverait de la chronique de droit pénal général, mais il ne semble pas que la solution adoptée s'écarte du droit positif (sur ce point les nombreux auteurs de manuels récents de droit pénal général paraissent d'accord).

6. *Attentat à la pudeur. Limites à la disqualification.*

En matière de viol ou d'attentat à la pudeur (surtout avant la réforme de l'art. 333) il n'est pas rare de voir le parquet procéder à une correctionnalisation des faits commis. L'arrêt de la Chambre civile du 6 novembre 1961 visé ci-dessus au n° 5-*b)* en est un exemple (un viol avait été correctionnalisé en outrage public à la pudeur). Il est certainement préférable que la rectification soit apportée par une juridiction répressive. Un récent arrêt de la Chambre criminelle (21 juin 1989, *Bull. crim.* n° 267) n'a pas hésité à le faire encore, bien qu'il se soit agi de qualification et non de correctionnalisation, puisque la loi du 23 décembre 1980 a opéré la correctionnalisation légale des attentats à la pudeur avec violence, même compliqués d'une circonstance aggravante.

Le sieur X. s'était livré à des agissements sexuels odieux, à l'encontre d'une jeune fille. Les faits avaient eu lieu dans une voiture automobile en stationnement. Poursuivi pour attentat aux moeurs avec violence, X. avait été condamné pour outrage public à la pudeur. Il forma un pourvoi en cassation en faisant valoir : d'une part, que l'outrage public à la pudeur comporte un élément constitutif (la publicité) que l'attentat à la pudeur ne contient pas, d'autre part que, n'ayant pas été informé par la citation de la publicité finalement retenue, il n'avait pas été en mesure de se défendre sur ce point.

La Chambre criminelle lui a donné raison.Elle a rappelé que « s'il appartient aux cours d'appel de changer la qualification des faits, et de substituer une qualification nouvelle à celle qui leur est déférée, c'est à la condition qu'il ne soit rien changé aux faits de la prévention, et qu'ils restent tels qu'ils ont été retenus dans l'acte saisissant la juridiction ». Or, en substituant à l'objet de la prévention l'incrimination d'un fait contenant des éléments différents, et en ne constatant pas que X. *ait été en mesure de se défendre sur les faits étrangers à la prévention retenue à son encontre*, la cour avait violé l'article 388 du code de procédure pénale.

Cette décision s'appuie sur une jurisprudence remontant à 1961 et précisant bien ces deux points (Crim. 20 déc. 1961, *Bull. crim.* n° 541 ; Crim. 12 mai 1970, *Bull. crim.* n° 161 ; Crim. 6 mai 1971, *Bull. crim.* n° 140 ; Crim. 18 juin 1980, *Bull. crim.* n° 196 ; Crim. 26 janvier 1982, *Bull. crim.* n° 32). La jurisprudence précédente, qui se contentait d'exiger qu'il s'agisse des « mêmes faits », avait abouti à de nombreux arrêts de rejet (Crim. 13 janv. 1960, *Bull. crim.* n° 17 ; Crim. 20 janv. 1960, *Bull. crim.* n° 32 ; Crim. 1er mars 1960, *Bull. crim.* n° 121) ; l'évolution est peut-être due au fameux arrêt du 3 mars 1960 (*Bull. crim.* n° 138) sur le cumul réel, lequel avait dû déterminer précisément ce qu'il faut entendre par « mêmes faits ».

7. *Non-représentation d'enfant.*

Fin 1985, nous avions émis l'opinion que la jurisprudence paraissait se relâcher quelque peu de sa sévérité en cette matière (nos obs. cette *Revue*, 1985.811 n° 5). La jurisprudence ultérieure avait paru confirmer cette impression (Agen, 22 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985. 2. 587, note J.-P. Doucet et nos obs. cette *Revue*, 1986.102 n° 3-*a* [mère refusant d'amener son enfant voir son père incarcéré] ; Aix-en-Provence, 7 janv. 1987, J.C.P. 1987. II. 20786, note W. Jeandidier, [mère ayant refusé le droit de visite à un père dispensé de peine lors d'une poursuite pour abandon de famille]). Ajoutons qu'entre-temps s'était affirmée une jurisprudence refusant au père condamné pour abandon de famille le droit de se prévaloir d'un droit de visite ou d'hébergement (Crim. 4 déc. 1984, *Bull. crim.* n° 385, D. 1985. 414, note Massip, et nos obs. cette *Revue*, 1985.299 n° 3-I). Notre impression n'était d'ailleurs pas isolée (Vouin, *op. cit.* 6e éd. par Mme M.-L. Rassat n° 280-2-*b)*).

Or, la Chambre criminelle a rendu le 13 avril 1988 (D. 1989. 461, note Renucci, non publié au *Bulletin*) un arrêt manifestant son souci d'un strict respect des décisions

judiciaires. La Dame F. avait été condamnée pour non-représentation de son fils (dont l'âge n'est malheureusement pas précisé) ; elle avait pourtant produit quatre exploits d'huissier pour montrer l'obstination de l'enfant à ne pas descendre de la voiture qui l'avait conduit chez son père, et des attestations des efforts qu'elle avait faits pour enjoindre à son fils de se prêter au droit de visite. La cour de Besançon avait estimé que l'opposition de l'enfant était « orchestrée par sa mère » laquelle avait « fait en sorte, pendant des années, d'empêcher son mari de rencontrer et d'héberger l'enfant » ; elle s'était, en outre, étonnée que l'enfant ait consenti à prendre place dans l'automobile, sachant où on allait le conduire ; enfin, elle avait affirmé que le détenteur du droit de garde devait non seulement user de son autorité sur l'enfant pour vaincre sa résistance, mais encore « se livrer à toute une préparation psychologique pour faire accepter par l'enfant l'exercice de son droit par l'autre parent ». Ce dernier argument représente sans doute les « motifs surabondants » dont la Chambre criminelle a fait abstraction pour rejeter le pourvoi.

L'arrêt de rejet admet que la preuve de l'intention délictueuse était réalisée par les constatations de la décision attaquée qui voit dans les pièces produites « une sorte de mise en scène ». Il réitère solennellement que « la résistance du mineur ou son aversion à l'égard de celui qui est en droit de le réclamer ne saurait constituer, pour celui qui a l'obligation de le représenter, ni une excuse légale ni un fait justificatif, à moins de circonstances exceptionnelles qui n'ont pas été constatées en l'espèce ».

On se reportera utilement au commentaire de l'annotateur qui cite une jurisprudence très complète, notamment (note 7) de nombreuses décisions de la Cour de cassation inédites ou publiées dans la Revue *Droit de l'enfance et de la famille*. On y trouvera aussi d'intéressantes considérations sur la conciliation nécessaire du respect de la personnalité de l'enfant et de la recherche de son véritable intérêt (sur les « circonstances exceptionnelles », V. aussi : Vouin, *op. cit.* 6e éd. par Mme M.-L. Rassat n° 280-2°-*b*, p. 411 ; Véron, *op. cit.* 3e éd. p. 277 ; Vitu, *op. cit.* II n° 2165).

8. *Secret professionnel. Violation par un juré du secret des délibérations.*

L'article 378 du code pénal, qui vise « toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie », est applicable aux jurés ; ce point est d'autant moins douteux que l'article 304 du code de procédure pénale les oblige, par la formule du serment qu'ils doivent prêter, à « conserver le secret des délibérations même après la cessation de [leurs] fonctions ».

Le sieur A. avait été juré dans une affaire où l'accusé fut condamné à quinze ans de réclusion pour homicide volontaire. Peu de temps après, choqué par le déroulement et l'issue du procès, il rédigea un document de quarante-deux pages qu'il remit à un journaliste en vue d'une éventuelle publication. Dans ce document il rendait compte du délibéré, dans des conditions qui permettaient d'identifier l'opinion des trois membres de la Cour et celle de plusieurs des jurés ; il affirmait au surplus qu'il n'y avait eu de vote ni sur la culpabilité ni sur les circonstances atténuantes.

Pour sa défense, il invoquait l'ordre de la loi, en l'espèce l'article 62 du code pénal qui punit ceux qui, ayant connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé, ne l'auront pas dénoncé alors qu'il était encore possible d'en limiter les effets. A vrai dire, on ne voit pas très bien quelle est l'infraction criminelle que les personnes ayant participé au délibéré avaient pu commettre ; au surplus le tribunal correctionnel de Paris, dans son jugement du 31 mars 1989 (J.C.P. 1989. II. 21356, note Edith Dubreuil) a fait remarquer au prévenu que l'article 62 oblige à dénoncer les faits aux « autorités administratives ou judiciaires », et non aux journalistes des médias ; le tribunal a également souligné que A. avait reconnu n'avoir formulé aucune réserve, au cours du délibéré, au sujet des irrégularités prétendument constatées.

On rappellera que la même sévérité avait été appliquée à l'encontre de certains jurés du procès du maréchal Pétain qui, eux, pouvaient se croire autorisés par le temps écoulé et par l'utilité de fournir des matériaux aux historiens (Paris, 9 janv. 1966, J.C.P. 1968. II. 15368, note de Lestang et nos obs. cette *Revue*, 1967.454 n° 2-II ; Crim. 25 janv. 1968, D. 1968. 153, rapp. Costa et nos obs. cette *Revue*, 1968.344 n° 4-III).

Si des poursuites ont été intentées dans la présente espèce, c'est que de telles fuites surviennent de temps à autre, et qu'elles pourraient conduire, si elles devenaient trop spectaculaires, à remettre en cause l'institution même du jury populaire (comme l'ont souligné à la fois le tribunal correctionnel et l'annotatrice). La cour d'assises sans jury de la loi du 21 juillet 1982 (art. 698-6 c. proc. pén.) statuant en matière militaire alors qu'il y a un risque de divulgation d'un secret de la défense nationale, déjà étendue par la loi du 9 septembre 1986 (art. 706-16 et 706-25 c. proc. pén.) aux infractions terroristes, pourrait bien gagner sournoisement d'autres secteurs de la criminalité.

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 de documents.*

Dans une affaire qui a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre criminelle du 1er mars 1989 (J.C.P. 1989. IV. 186, *Gaz. Pal.* 1er et 2 nov. 1989, Somm. p. 17, note J.-P. Doucet), un nommé A. détenait, du fait de ses activités professionnelles au sein de l'entreprise E., des documents comptables qu'il avait utilisés pour établir des tableaux et des graphiques relatifs à ces activités. Il les avait ensuite sciemment communiqués à M., à l'insu de son employeur, lors de rencontres à son domicile personnel, sachant que M. effectuait une mission d'étude et de prospection en vue de la création d'une entreprise concurrente. La cour de Pau, dans un arrêt du 30 mars 1988 (inédit), le condamna pour vol, en déclarant qu'il avait « usurpé la possession de ces documents, et avait bien commis la soustraction frauduleuse visée à la prévention, les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers constituant des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise E. ».

La défense présenta des moyens d'une extrême faiblesse, en déclarant que : « l'arrêt attaqué n'avait retenu, comme élément matériel du délit de vol, que le fait d'avoir communiqué des renseignements que la cour qualifiait elle-même de biens incorporels, sans caractériser la soustraction frauduleuse entraînant l'interversion de possession d'une chose matérielle, seule constitutive du délit ; d'autre part, l'arrêt attaqué n'aurait pas caractérisé l'intention frauduleuse, élément intentionnel indispensable à la caractérisation du délit de vol ».

Il y a longtemps que jurisprudence et doctrine déclaraient possible le vol de biens incorporels (V. notamment, Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 2214, p. 1802). Quant à l'intention frauduleuse, on sait que la jurisprudence a décidé depuis longtemps que, pour qu'elle soit constituée, il suffit que le délinquant ait voulu agir en maître de la chose d'autrui. Aussi, la Cour suprême a-t-elle déclaré très justement : « que pour déclarer A. coupable de vol, la cour d'appel relève qu'il détenait du fait de ses activités professionnelles au sein de l'entreprise des documents comptables qu'il a utilisés pour établir des tableaux graphiques qu'il a ensuite sciemment communiqués à un tiers, à l'insu de son employeur » ; que les juges énoncent « qu'ainsi A. a usurpé la possession de ces documents et a bien commis la soustraction frauduleuse visée à la prévention, les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers constituant des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise ».

2. *Vol de disquettes et du contenu informationnel de certaines d'entre elles.*

On sait que la loi du 5 janvier 1988 (V. notre chron. dans la *Rev. trim. dr. com.*, 1988, p. 314) incrimine le fait d'accéder frauduleusement à un système informatique, d'entraver intentionnellement son fonctionnement, d'introduire, de supprimer ou de modifier des données qu'il contient, ou de falsifier un document informatisé. Mais elle n'a pas spécialement incriminé le fait de reproduire les informations contenues dans

une disquette (V. F. Chamoux, « La loi sur la fraude informatique : de nouvelles incriminations », J.C.P. 1988. I. 3321, sect. III). L'article 379 du code pénal permet de faire face à ce vide juridique.

Comme nous l'avons dit bien souvent (V. dans cette même chron. n° 1), il y a longtemps que jurisprudence et doctrine déclarent possible le vol de biens incorporels (V. notamment Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 2214, p. 1802). Quant à l'intention frauduleuse, on sait que la jurisprudence a décidé depuis longtemps que, pour qu'elle soit constituée, il suffit que le délinquant ait voulu agir en maître de la chose d'autrui, en dépossède le légitime détenteur, et ce quelle que soit la durée de la dépossession. C'est ainsi qu'a été condamné pour vol celui qui soustrait des plans puis en prend frauduleusement copie et les remet en place ; il n'importe que le temps de la détention frauduleuse ait été très court (V. notre chron. dans cette *Revue*, 1964.142 et 1987.701) ; ainsi qu'un comptable qui détenait, du fait de ses activités professionnelles au sein de l'entreprise E. des documents comptables qu'il avait utilisés pour établir des tableaux et des graphiques relatifs à ces activités et les avait ensuite sciemment communiqués à M., à l'insu de son employeur, lors de rencontres à son domicile personnel, sachant que M. effectuait une mission d'étude et de prospection en vue de la création d'une entreprise concurrente (V. dans cette même chron. n° 1).

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 12 janvier 1989 (*Gaz. Pal.* 14-15 juill. 1989, jurispr. p. 23) continuant cette heureuse jurisprudence, a décidé que : commet un vol celui qui soustrait des disquettes puis les reproduit illégitimement. Le vol du « support » suffit en soi à justifier la condamnation. La condamnation a été d'autant plus justifiée qu'une disquette contenait un fichier clientèle de grande valeur.

3. *Escroquerie ou vol.*

Bien qu'il traite avant tout une question de procédure, nous signalerons l'arrêt de la Chambre criminelle du 13 mars 1989 (J.C.P. 1989. IV. 209 ; *Gaz. Pal.*, 14-15 juin 1989, jurispr. p. 12, note J.-P. D.) cassant l'arrêt de la cour de Paris, du 21 janvier 1988, qui montre, comme nous l'avons rapporté, hélas !, plusieurs fois, que les cours d'appel commettent des erreurs fort évidentes.

Les prévenus H. et B., se prétendant victimes du vol de leurs bagages, avaient présenté à l'appui d'une déclaration de sinistre auprès de la compagnie d'assurances, partie civile, des attestations d'achats de vêtements et d'objets divers, inexactes quant à la date ou à la réalité desdits achats. Puis, ils reconnurent eux-mêmes devant le magistrat instructeur n'avoir eu en leur possession qu'une seule valise de marque depuis 1981, après avoir déclaré faussement auprès de leur assureur qu'ils en possédaient deux et que celles-ci avaient été acquises en juin 1984 au prix de 21 000 F chacune. pour infirmer le jugement correctionnel qui avait reconnu les deux prévenus coupables de tentative d'escroquerie, la cour d'appel confirma que la réalité du vol était établie, mais que les manoeuvres frauduleuses n'étaient pas démontrées.

La Chambre criminelle a très justement jugé « que la cour d'appel ne pouvait affirmer, sans se contredire ou mieux s'en expliquer, d'une part, en adoptant l'exposé des premiers juges, que les prévenus avaient fait à leur assureur de fausses déclarations assorties de documents inexacts et, d'autre part, par des motifs propres, que les manoeuvres frauduleuses n'étaient pas démontrées ». La contradiction des motifs était évidente.

4. *Escroquerie.*

Un arrêt de la Chambre criminelle du 9 février 1989 (inédit) a trait à ces innombrables escroqueries qui ont lieu en matière de sécurité sociale.

La cour de Toulouse, le 29 octobre 1987, avait prononcé une condamnation pour escroquerie à l'encontre des époux P.. Il ressortait de l'exposé des faits présentés par

la cour de Toulouse que P. et son épouse avaient « occulté partiellement certaines vignettes sur cinq facturations au nom du même client pour ne faire apparaître que le prix public et non pas le prix TIPS inférieur servant de base au remboursement de la sécurité sociale ; que si l'organisme de sécurité sociale pouvait rétablir le véritable prix, il ne demeure pas moins qu'ils aient eu la volonté de le tromper et que, du fait de cette occultation, les organismes sociaux ont effectué des remboursements indus ; que les époux P. fabriquaient de fausses vignettes par décollement de vignettes annulées ou par photocopie ; que l'argument selon lequel il s'agissait de remplacer des vignettes conservées par erreur par le client n'est étayé par aucun élément objectif de l'information, le fait que l'oubli invoqué pouvait être aisément réparé permet de qualifier ces irrégularités de manoeuvres frauduleuses ; que les époux P. ont, par ce moyen, obtenu des remboursements de médicaments dont ils ne peuvent pas justifier la sortie ; qu'à la suite de la perte du bénéfice du conventionnement (tiers payant) les époux P. ont mis en place un système permettant aux clients de ne payer qu'une fois obtenu le remboursement de la sécurité sociale ; qu'ils attestaient au bas de la feuille de maladie la réalité d'un paiement comptant inexistant ; qu'ils contraignaient ainsi leurs clients à obtenir un remboursement indu à ce moment quand bien même la situation était régularisée ultérieurement par le paiement effectif des médicaments ».

Les époux P. présentaient en droit, un argument juridique bien connu, à savoir « que la présentation de faux documents est assimilable à un simple mensonge écrit et ne constitue pas une manoeuvre frauduleuse dès lors qu'elle n'est pas associée à l'intervention d'un tiers de nature à lui donner force et crédit ; qu'en retenant à l'encontre de P., à titre de manoeuvre frauduleuse, l'occultation partielle de vignettes de médicaments et la fabrication de fausses vignettes sans constater l'existence d'un élément extérieur permettant de qualifier le mensonge écrit de manoeuvre frauduleuse, la cour d'appel n'avait pas légalement justifié sa décision ». La Cour suprême a justement répondu : « que pour déclarer les époux P. coupables d'escroqueries la juridiction du second degré retient que ceux-ci ont soit fabriqué de fausses vignettes à l'aide de photocopies ou en utilisant des vignettes annulées, soit altéré les vignettes qu'ils utilisaient en occultant le prix devant servir de base eu remboursement des médicaments pour ne laisser apparaître que le "prix public" plus élevé et ont, par ces moyens, obtenu de la sécurité sociale des paiements indus en vertu de la convention dont bénéficiait P. ».

Décision un peu brève peut-être. En tout cas, il est certain, d'après la jurisprudence et la doctrine contemporaines, que les manoeuvres frauduleuses étaient bien constituées, sans qu'il y ait besoin de l'intervention d'un tiers. Comme le dit très justement notre collègue Vitu (V. Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 1330, p. 1902), n'oublions pas que « Conformément à l'étymologie, la manoeuvre est une "oeuvre des mains", un stratagème, un véritable truquage ».

5. *Escroquerie à l'assurance.*

Les escroqueries à l'assurance par le moyen d'une déclaration d'un vol fictif sont très nombreuses. Nous en avons souvent commenté dans nos chroniques (V. récemment, à propos de Crim. 13 mars 1989, cette *Revue*, 1990.80 n° 1).

I. — On savait (V. en particulier, *Code pénal annoté*, F. Garçon, éd. Sirey, 1959, art. 405, n° 138 et s., p. 31) que le législateur, par la loi du 13 mai 1963, en ajoutant, au texte de l'article 405, les mots : « ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer », a formellement indiqué sa volonté de punir la tentative d'escroquerie, dès qu'elle s'est manifestée par des manoeuvres caractérisées, alors même que l'escroc n'a obtenu ni remise, ni délivrance de fonds ou de valeurs, par une circonstance indépendante de sa volonté. Cela étant, la jurisprudence a tout naturellement décidé par la suite que la tentative d'escroquerie exigeait un commencement d'exécution.

Ce principe posé, il faut distinguer l'acte préparatoire du commencement d'exécution, ce qui n'est pas toujours facile. La règle qui s'est dégagée dans la jurisprudence est que la tentative n'est caractérisée que lorsque l'auteur des manoeuvres a agi pour obtenir la remise de fonds ou valeurs, lorsque, par un acte positif, il a manifesté l'intention de se faire délivrer l'objet qu'il convoite. Aux manoeuvres doit se joindre un élément distinctif qui commence l'exécution, parce qu'il a pour but direct de dépouiller la victime (V. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 2350, p. 1920).

Un arrêt de la Chambre criminelle du 19 avril 1989 (*Gaz. Pal.* 1er et 2 nov. 1989, Somm. jurispr. p. 14, note J.-P. Doucet), consacre cette règle en déclarant : « La déclaration à la compagnie d'assurances d'un vol fictif, corroborée par le récépissé d'une plainte qui constitue le fait extérieur donnant force et crédit à son mensonge écrit, suffit à caractériser le commencement d'exécution d'une tentative d'escroquerie ».

Depuis longtemps, la jurisprudence est fixée dans ce sens (V. Cass. crim., 14 juin 1931, *Gaz. Pal.* 1931. 2. 304 ; 14 janv. 1933, *Gaz. Pal.* 1933. 1. 499 et D. 1934. 1. 23 et Trib. corr. Seine, 10 juin 1955 *in* notre chron. dans cette *Revue*, 1955.687).

II. — Lorsque le remboursement demandé frauduleusement a été fait, les choses sont plus simples. Il suffit qu'existe la manoeuvre frauduleuse exigée par la loi et l'infraction est constituée.

C'est ce que décide un arrêt de la Chambre criminelle du 11 octobre 1989 (D. 1989. I.R. 323, J.C.P. 1990. IV. 33), en déclarant : « Caractérisent la manoeuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie les juges du fond qui énoncent que le prévenu, après avoir immergé volontairement son véhicule automobile dans une gravière, a déclaré le vol de celui-ci au commissariat de police et a, par ce moyen, obtenu le remboursement de sa valeur par sa compagnie d'assurances ».

Des esprits restrictifs pourraient faire remarquer que l'arrêt que nous venons de relever, comme bien d'autres d'ailleurs, interprète d'une manière très large la formule de l'article 405 relative au but que doivent avoir les manoeuvres frauduleuses, pour être retenues : « pour persuader l'existence de fausses entreprises ... événement chimérique ». Il faut convenir que l'expression « tout autre événement chimérique » est très large ; comme le disent si bien nos collègues Merle et Vitu (*eodem* réf. n° 2344, p. 1916), « l'événement chimérique se retrouve, sous une forme ou sous une autre, dans toutes les hypothèses de manoeuvres frauduleuses, puisqu'il est de la nature de l'escroquerie de créer une illusion dans l'esprit de la victime ».

6. *Abus de biens sociaux. Groupe de sociétés.*

Nous avons exposé plusieurs fois dans cette chronique (V. cette *Revue*, 1984.86 et 1985.821) qu'il y a longtemps que des agissements délictueux, nous dirions volontiers « des tripatouillages », ont lieu au sein de sociétés liées par des rapports d'affaires. Ces agissements, lorsqu'ils peuvent être sanctionnés, le sont, le plus souvent, sous la qualification d'abus de biens sociaux. Naturellement, les prévenus usent de tous les moyens possibles pour échapper à la condamnation. Le moyen de défense, qu'ils soulèvent le plus souvent, est que les avances entre sociétés à l'intérieur d'un groupe, dès l'instant qu'elles sont normalement rétribuées et faites dans le cadre de la politique du groupe, ne sauraient être critiquées. Et toute la discussion porte sur le caractère complémentaire et structuré des différentes sociétés en règlement judiciaire. Y avait-il vraiment un groupe ? La jurisprudence est maintenant bien fixée en la matière, notamment par un arrêt du 4 février 1985 (V. notre chron. préc. dans cette *Revue*, 1985.821).

a) Un arrêt de la Chambre criminelle du 13 février 1989 (J.C.P. 1989. IV. 165) confirme cette jurisprudence en droit, dans un attendu qui reproduit mot pour mot

l'attendu décisif du 4 février 1985 : « En effet, pour échapper aux prévisions de l'article 437 (3e et 4e) de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté, par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit 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 doit ni être dépourvu 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 ; que tel n'était pas le cas en l'espèce ».

b) En ce qui concerne les faits, la défense avait soulevé beaucoup d'éléments qui n'étaient d'ailleurs pas sans présenter un semblant de pertinence. Mais la cour d'appel a répondu justement, dans un attendu très intéressant, que de son côté elle relevait « divers éléments de fait de nature à contredire la réalité du groupe, notamment les dysfonctionnements engendrés par le cloisonnement des diverses sociétés, l'absence de concrétisation des intérêts économiques communs ainsi que l'absence de coordination des activités ; que la société « CIM » finançait depuis plusieurs années le déficit de la société « SOTRACO » dans des conditions disproportionnées qui lui étaient préjudiciables, que les avances de fonds consenties sans contrepartie par la même « CIM » à la « Société nouvelle de peinture et de revêtement » (SNPR) ne recevaient aucune justification économique et que ces opérations ont obéré de façon irréversible la situation de la société « CIM ».

V. – INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE FINANCIER

Jean COSSON

Conseiller honoraire à la Cour de cassation

Douane. Infractions à la réglementation des relations financières avec l'étranger. Poursuite. Plainte du ministre du Budget nécessaire. Représentant habilité par le ministre.

1. *L'adjoint d'un fonctionnaire habilité ne l'est pas lui-même ipso facto (Crim. 8 janv. 1990)*

Aux termes de l'article 458 du code des douanes, la poursuite des infractions à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger ne peut être exercée que sur la plainte du ministre du Budget ou de l'un de ses représentants habilités à cet effet.

Pour avoir méconnu le sens et la portée de ce texte, a été cassé l'arrêt de la cour d'appel de Nancy, du 21 septembre 1988, qui avait prononcé condamnation de deux personnes des chefs de constitution irrégulière d'avoirs à l'étranger et de refus de communication de documents à l'administration des douanes.

Les prévenus avaient soulevé (*in limine litis*, comme l'exige l'art. 385 c. proc. pén.) une exception de nullité de la procédure prise du défaut de qualité du signataire de la plainte au procureur de la République, laquelle est une condition nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique.

Ce signataire était le directeur adjoint du Service national des enquêtes douanières. Le directeur en titre avait bien reçu pour lui-même délégation du ministre ; pas l'adjoint. Les juges avaient fait droit aux conclusions de l'administration qui soutenait qu'en droit administratif « l'adjoint dispose, du seul fait de sa nomination, des mêmes pouvoirs que le chef de service qu'il assiste » et qu'en particulier il le supplée en son absence sans qu'une habilitation spécifique soit nécessaire ; qu'ainsi, en l'espèce, l'habilitation donnée au chef habilitait automatiquement l'adjoint à signer l'acte introductif d'instance fiscale, la preuve, qui incombe aux prévenus, n'étant pas rapportée que « le chef de la DNED se trouvait présent pour prendre la décision et apposer sa signature sans que son adjoint ait à le suppléer ».

Ce faisant, l'administration, après s'être prévalue des règles du droit administratif relatives aux attributions et pouvoirs de ses agents, invoquait en sa faveur les principes généraux du droit. Ceux-ci sont applicables essentiellement en droit privé. Ils prennent leur source dans le droit romain.

Le principe est que c'est au demandeur (qui, au pénal, est une partie poursuivante) qu'incombe la charge de la preuve (*actori incumbit probatio*). Un corollaire énonce que le défendeur (au pénal, le prévenu ou l'accusé) qui invoque une exception a cette charge (*reus in excipiendo fit actor*), parce qu'il devient demandeur.

Ainsi, selon la douane, les prévenus, pour pouvoir invoquer la règle du droit administratif sur les pouvoirs d'un adjoint, auraient dû démontrer que les conditions de la suppléance n'étaient pas remplies, le chef de service étant présent et à même de signer. Ceci conduit à admettre aussi que le seul fait de l'intervention d'un adjoint ferait présumer que le chef ne pouvait pas agir lui-même, observation faite que cette

thèse aboutirait à faire imposer aux administrés la recherche d'éléments de preuve, internes à l'administration, qui leur sont inaccessibles. Elle imposerait d'ailleurs la même obligation aux autorités judiciaires, juges et ministère public, à savoir, rechercher, avant de poursuivre ou de juger, si le signataire, non personnellement titulaire de l'habilitation, avait bien qualité pour agir. Est-il concevable qu'un procureur de la République ou un juge d'instruction ou de jugement doive ou puisse entreprendre des recherches à ce sujet ?

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation s'en est tenue aux textes de la loi dont l'application était en cause, l'article 458 du code des douanes, qui dispose que la plainte est portée par le ministre « *ou un de ses représentants habilités à cet effet* ». Elle précise que « l'adjoint d'un fonctionnaire ne saurait exercer que les pouvoirs que celui-ci tient de la loi, ou des règlements pris pour son application, et non s'attribuer ceux qui résultent d'une délégation ministérielle donnée à titre personnel ».

Cette décision revêt une grande importance. Sa portée devrait s'étendre bien au-delà du domaine des relations financières avec l'étranger et du droit douanier, car elle fixe un point délicat des rapports entre le droit privé et le droit public. Il est toutefois curieux qu'elle intervienne au sujet d'une infraction bientôt abolie par suite de la suppression du contrôle des changes.

Douane. Délit de fausse déclaration. Elément constitutif intentionnel (Non). Exception de bonne foi admissible. Application rétroactive d'une loi pénale plus douce.

2. *Les délits douaniers ne comportent pas d'élément constitutif intentionnel mais, par la loi du 8 juillet 1987, la preuve de la bonne foi des prévenus est admissible (Crim. 13 nov. 1989)*

La loi du 8 juillet 1987 a mis fin à un régime pénal exceptionnel, qui avait donné lieu à beaucoup de critiques parmi les juristes et que certains ont pu même qualifier de contraire aux droits de l'homme.

Le nouveau texte a, par son article 23, abrogé le paragraphe 2 de l'article 369 du code des douanes qui stipulait : « Les tribunaux ne peuvent relaxer les contrevenants pour défaut d'intention ». C'était cette disposition qui donnait à la législation et la réglementation douanières un caractère rigoureux, incompatible avec les tendances du droit pénal moderne. Elle conduisait à des solutions excessives et critiquables, dans le cas, par exemple, du transporteur de bonne foi de marchandises de fraude.

La loi nouvelle n'a cependant pas institué un élément intentionnel du délit douanier. Les juges n'ont pas à constater l'intention frauduleuse du prévenu. Mais celui-ci est désormais admis à se prévaloir de sa bonne foi, qui tient généralement à l'ignorance dans laquelle il se trouvait de l'existence des irrégularités constatées. Le législateur a seulement institué une exception de bonne foi. Le prévenu qui la soulève a la charge d'en rapporter la preuve conformément aux règles rapportées pour le cas précédent.

Le sieur N., gérant de la Société E. (retenue dans les liens de la prévention comme solidairement responsable) avait importé d'Afghanistan des raisins secs. Or, le règlement n° 2742/82 de la Commission des Communautés européennes édictait que seuls les raisins ayant droit à l'appellation « Corinthe » bénéficiaient d'un régime spécial, ceux d'autres sortes étant soumis à une taxe compensatoire. Les fruits secs importés par la Société E. étaient de la qualité « Sultana », qui posait un problème de classification. Le gérant N. avait fourni à l'Administration des douanes des échantillons des raisins pour en faire déterminer la catégorie et il lui avait été répondu, le 18 janvier 1983, que les produits présentés relevaient de la position tarifaire : « raisins secs, dits de Corinthe ».

Cependant, par procès-verbaux des 16 juin, 6 juillet et 3 novembre 1983, l'Administration des douanes a relevé l'infraction, prévue par l'article 412 du code des douanes, d'importation sous fausse déclaration, les marchandises en cause étant à déclarer, disait-elle, comme « petits raisins secs », lesquels ne pouvaient bénéficier du régime accordé aux raisins de Corinthe.

Les prévenus, condamnés par arrêt de la cour d'appel de Rouen du 24 mars 1987, ont soutenu devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation que l'arrêt attaqué devait être cassé pour violation de la loi du 8 juillet 1987 et de l'article 412 du code des douanes, en ce qu'il avait omis de constater l'intention frauduleuse des prévenus.

La Chambre criminelle y a répondu que « la loi nouvelle n'a pas introduit un quelconque élément intentionnel dans les incriminations douanières relevant de la compétence du juge pénal mais qu'il n'est désormais plus interdit au contrevenant de rapporter la preuve de sa bonne foi ». Cette modification, précise la Cour, s'analyse en une disposition favorable, ce qui permet de faire application de la loi de 1987 à des faits commis antérieurement à sa promulgation.

Cette réforme apporte un progrès considérable au droit douanier. Il n'en reste pas moins que, contrairement aux principes généraux du droit pénal, c'est sur le prévenu que pèse le fardeau de la preuve.

VI. – INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE ÉCONOMIQUE (concurrence et consommation)

Jean-Claude FOURGOUX
Avocat à la Cour d'appel de Paris

Publicité mensongère. Publicité comparative.

Autrefois la publicité comparative c'était l'enfer, pavé ou non de bonnes intentions à partir du moment où le grand principe de la concurrence déloyale, ressortant d'une jurisprudence prétorienne, interdisait à un commerçant de se situer par rapport à ses concurrents pris pour référence concrète. L'idée simple était que comparer c'est dénigrer.

La publicité comparative, sous l'influence du consumérisme, ne pouvait pas être systématiquement écartée. Même si la pratique de la comparaison agressive, sauvage, s'était banalisée aux Etats-Unis, les tribunaux français s'en offusquaient, tout en constatant qu'aucun texte n'interdisait cette forme de publicité, dans l'ensemble ils avaient tendance à la condamner (notre étude : « La publicité comparative, tout à fait licite, contorsionnellement licite ou manifestement illicite ? », *Gaz. Pal.* 1985. 1, Doct. 135 ; S. Guinchard, J.C.L. Contrats Distribution, fasc. 1580, n° 15).

L'année 1986 allait marquer un tournant décisif, dont les adversaires de l'introduction en France de la publicité comparative tenteront artificiellement d'atténuer l'importance (G. Cas, note sous Com. 22 juill. 1986, D. 1986. 436, Cl. Gavalda et Lucas de Leyssac, J.C.P. 1987. *Ed. E.*, II. 14901). La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 juillet 1986, présenté à juste titre comme « extrêmement important, innovateur » (S. Guinchard, *op. cit.*, n° 26), non seulement refusait de considérer comme illicite la publicité comparative des prix, mais encore justifiait son choix en soulignant qu'elle peut contribuer « à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence ».

Ainsi déjà au moins en ce qui concerne la comparaison portant sur les prix, et non pas sur les caractéristiques et les qualités des produits, il ne s'agit plus que d'une forme de publicité qui n'a pas de raison d'être plus maltraitée que d'autres.

L'exactitude de la comparaison des prix n'est même pas remise en cause si l'annonceur a baissé ses prix au moment où il lançait sa campagne de publicité comparative, ce qui en soi n'est pas une pratique commerciale déloyale et ce qui favorise le consommateur. Seule serait condamnable la remontée des prix dans un délai excessivement bref après le passage de l'annonce (Cass. com., 29 mars 1989, D. 1989. I.R. 133).

Mais la publicité comparative exige évidemment de la part de l'annonceur une attention encore plus grande quant à l'exactitude des éléments comparés comme au choix de ces éléments, qui doivent être contrôlables objectivement et suffisamment significatifs, de manière que la comparaison ne soit pas truquée.

Dans un arrêt du 25 octobre 1988, la Chambre criminelle a tenu à prévenir les opérateurs économiques que dans ce domaine l'erreur était impardonnable. Il s'agissait d'un hypermarché qui avait fait diffuser une publicité dans laquelle étaient

comparés les prix de ses 226 articles avec ceux de cinq autres concurrents, sur lesquels 116 articles étaient communs.

Le dirigeant de l'hypermarché, auteur de la publicité, qui reconnaissait que certaines énonciations étaient matériellement inexactes, a vainement tenté d'imputer les erreurs à des tiers chargés des opérations de relevé ou de transcription des prix. La loi n'exigeant pas que soit constituée la preuve d'une intention de nuire, il appartenait aux prévenus de ne pas autoriser la publicité litigieuse avant d'avoir pris toutes les précautions propres à éviter de telles erreurs, et par conséquent c'était à bon droit que la cour d'appel avait retenu le délit de publicité de nature à induire en erreur le consommateur.

Publicité mensongère. Droit communautaire.

Le secteur automobile est soumis en France à une pression protectionniste de l'industrie nationale qui se manifeste sous tous les gouvernements par des entraves administratives à la libre circulation des véhicules pris en tant que produits au sens de l'article 30 du Traité.

Michel Leclerc, le frère et non le fils d'Edouard, constatant les disparités de prix des automobiles françaises sur le territoire national et sur celui d'autres Etats membres de la Communauté, décidait de créer un « Réseau Michel Leclerc Auto » destiné à réimporter en France des véhicules qui se trouvaient précédemment importés sur le territoire d'un autre Etat membre tel que la Belgique.

Michel Leclerc lançait une publicité annonçant qu'il importait et vendait des véhicules neufs en provenance de Belgique « avec rabais de 10 à 15 % ». Un client, peut-être téléguidé, n'ayant pu obtenir livraison de sa voiture, déposait une plainte pour publicité mensongère, qui entraînait en première instance une condamnation de Michel Leclerc à 100 000 F d'amende, avec publication dans la presse. Finalement un arrêt de relaxe était prononcé par la 13e Chambre de la Cour de Paris le 19 octobre 1988.

La Cour va démontrer que si Michel Leclerc n'a pu tenir sa promesse c'est en raison de l'exigence, pour immatriculer les véhicules, d'un contrôle technique émanant des constructeurs (peu disposés à l'effectuer), faisant double emploi puisque les véhicules fabriqués en France étaient munis d'un certificat de conformité au procès-verbal d'agréation.

La Cour part du principe, repris d'un arrêt *Schloh* du 12 juin 1986 de la Cour de justice des Communautés européennes, selon lequel, « si les articles 30 et 36 ne s'opposent pas à un contrôle technique avant immatriculation d'un véhicule d'occasion importé, afin de protéger la santé et la vie des personnes, cette justification disparaît lorsque le contrôle concerne un véhicule neuf muni d'un certificat de conformité au type de véhicule agréé dans l'Etat membre d'importation, ce contrôle technique constituant alors une restriction quantitative à l'importation ».

Par conséquent il y a bien infraction à l'article 30 à exiger un tel contrôle, qui empêche l'annonceur d'exécuter son obligation. A partir de là, la Cour considère que l'élément moral de la prévention n'est pas caractérisé, puisqu'il ne peut être reproché au prévenu de ne s'être pas assuré, avant la parution de la publicité, de l'existence et de l'impact financier sur les prix annoncés d'une pratique nationale, en l'espèce un contrôle technique en définitive contraire au droit communautaire. Si l'élément moral du délit de publicité mensongère n'exige pas la mauvaise foi, et se trouve constitué dès lors que l'annonceur ne s'est pas assuré de vérifier le contenu de la publicité, il n'y avait, dans l'espèce soumise à la Cour, pareille faute d'imprudence et de négligence imputable au prévenu.

Cette décision, au-delà de l'analyse d'une publicité, est une péripétie d'un contentieux lourd, qui implique à l'heure actuelle le Conseil de la concurrence, la Commission des Communautés européennes et la Cour de justice des Communautés européen-

nes, relatif aux pratiques du gouvernement français en matière d'importation parallèle de véhicules admis en libre pratique dans d'autres Etats membres de la Communauté.

Concurrence. Champ d'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Quelques opérateurs, nous l'avons signalé, essaient de faire admettre par les juridictions ou le Conseil de la concurrence que leur activité n'entre pas dans celles visées à l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (V. sur la controverse notre étude dans cette *Revue*, 1989.757).

La Chambre criminelle vient de rendre plusieurs arrêts le 12 février 1990 décidant que l'article 53 a une portée générale et que l'ordonnance s'applique aux prestations offertes par les mutuelles d'assurances, qui le contestaient.

La Chambre criminelle va avoir incessamment à statuer sur l'application de l'ordonnance à la S.A.C.E.M. Par arrêt du 17 janvier 1990, la 1re Chambre de la Cour de Paris, statuant sur le recours contre une décision du Conseil de la concurrence du 4 juillet 1989, a déjà tranché dans le sens de l'application, dans le cas d'une autre société de gestion collective de droits d'auteurs, la S.D.R.M., filiale de la S.A.C.E.M.

VII. – INFRACTIONS CONTRE LA QUALITE DE LA VIE : ENVIRONNEMENT

Jacques-Henri ROBERT

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

1. *Pêche maritime*[1]

En dépit de l'empire que le principe de territorialité fait peser sur le droit pénal, celui-ci s'ouvre de plus en plus aux sources internationales. Le droit pénal de l'environnement est un instrument de cette évolution parce que les dangers de la pollution ne sont plus locaux, comme dans les temps anciens, mais internationaux : l'opinion populaire est à présent très inquiète devant les dangers de réchauffement de l'atmosphère et même troublée par les fenêtres ouvertes dans l'ozone. L'ONU veut inviter tous les Etats à respecter l'environnement, et donc à faire usage de la sanction pénale pour y contraindre leurs citoyens.

La France s'est déjà soumise à de telles disciplines internationales en acceptant que des incriminations, mais non des sanctions pénales, soient formulées dans des actes internationaux : déjà la loi du 26 décembre 1964 réprimait les infractions à la Convention de Londres du 12 mai 1954, avant d'être abrogée par la loi du 5 juillet 1983, qui sanctionne à son tour la nouvelle Convention signée en la même ville le 2 novembre 1973. En rédigeant de tels textes le législateur sait ce qu'il punit, et les éventuelles modifications des traités n'entreront en vigueur que s'il veut bien autoriser leur ratification. Mais il s'engage plus lourdement quand il consent d'avance à prêter l'autorité du droit pénal à des actes internationaux sans en contrôler au préalable le contenu, et c'est de cette façon que sont sanctionnés les règlements communautaires relatifs à la pêche maritime, qui constituent « l'Europe bleue ». Depuis la loi du 22 mai 1985, qui modifie le décret-loi du 9 janvier 1852, l'article 3 de ce dernier texte dispose en effet : « La pêche maritime s'exerce conformément aux règlements de la Communauté économique européenne, et notamment ceux relatifs au régime de conservation et de gestion des ressources » ; et ses articles 6, 10 2° et 11 prévoient les peines attachées à divers comportements contraires à ces règlements. Ceux-ci prennent donc une force incriminatrice sans même qu'un décret français constate qu'ils relèvent bien de la pêche maritime, précaution qu'on rencontre dans l'article 13-1 de la loi du 1er août 1905 relative aux fraudes, telle qu'elle a été modifiée le 10 janvier 1978. La loi de 1985 ne réserve plus aux autorités françaises qu'un rôle subalterne ainsi défini dans les articles 3, alinéa 2, et 4 du décret-loi : « Toutefois, lorsque la mise en application effective de ces règlements [européens] l'exige ou le permet, ou lorsque la pêche s'exerce dans des eaux ou par des activités ne relevant pas du champ d'application de ces règlements, des décrets en Conseil d'Etat fixent les conditions dans lesquelles peuvent être prises les mesures suivantes... ».

Ce nouveau système juridique constitue un abandon de prérogatives de souveraineté et sa création a soulevé un bien sérieux problème juridique qui s'énonce ainsi : quel sort réserver aux règlements internes français publiés avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 1985 (soit le 1er nov. 1985), en vertu des dispositions antérieures du décret-loi de 1852 ? Les plus anciens furent pris sous forme de cinq décrets simples correspondant aux cinq arrondissements maritimes du temps (quatre Décr. du 4 juill.

1. L'auteur remercie Me Blancpsin et M. Maron qui l'ont aidé de leurs conseils dans la préparation de ce commentaire.

1853, et un du 19 nov. 1859, cette *Revue*, 1986.878), et ils furent complétés depuis lors par un très grand nombre d'autres décrets ou arrêtés. Toute cette masse est-elle devenue caduque le 1er novembre 1985 pour laisser place aux seuls règlements européens et aux décrets français pris en Conseil d'Etat, publiés en application des articles 3 et 4 nouveaux du décret-loi modifié ?

La cour d'appel de Pau a cru à cette caducité générale des textes français anciens et a en conséquence relaxé, par cinq arrêts du 19 octobre 1988, des marins-pêcheurs qui avaient traîné leur chalut à moins de trois milles de la côte française, en contravention au décret du 1er septembre 1936 : « Ce décret, dit la cour, qui n'a pas été pris en Conseil d'Etat, ne peut plus être sanctionné par le décret-loi du 9 janvier 1852 ; aucun texte (européen ou français) n'ayant édicté de restrictions identiques, l'interdiction de pêche en deçà de trois milles ne comporte plus de sanction ». Une considération pratique et locale avait facilité la tâche des avocats de la défense : les rapports entre les pêcheurs de la région de Bayonne et leurs voisins espagnols sont médiocres, car on rencontre souvent ces derniers au large de la France, tandis que dans leurs eaux territoriales ils pêchent plus librement que les Français ne le peuvent dans nos propres eaux. La cour de Pau a donc prononcé une solution qui rétablissait un peu d'équilibre entre les marins-pêcheurs des deux pays, en les soumettant aux règles uniformes européennes (règlements n° 2807/83 du 22 sept. 1983, 3094/86 du 7 oct. 1986, 2241/87 du 23 juill. 1987, etc.).

Sans avoir à se soucier de ces contingences locales, la cour d'appel de Rennes avait rendu, de son côté, deux arrêts des 14 septembre et 20 octobre 1988 pour prononcer la relaxe de plongeurs qui, équipés d'appareils respiratoires, avaient ramassé des ormeaux et des oursins : c'était là une infraction à un arrêté que le directeur de l'Inscription maritime avait pris le 12 juin 1961, en application de dispositions anciennes du décret-loi de 1852. La cour de Rennes affirma, au moins dans son arrêt du 20 octobre 1988, que la loi de 1985 « emportait nécessairement l'abrogation des textes antérieurs ... pris en la matière, et ce par application des règles générales d'interprétation stricte du droit pénal ».

Les procureurs généraux près les cours de Pau et de Rennes attaquèrent ces arrêts et formulèrent contre eux des griefs semblables, probablement inspirés par la Chancellerie, elle-même alertée par le ministre chargé de la Mer, inquiet de voir s'effondrer le vieil édifice réglementaire.

La Chambre criminelle, par sept arrêts du même jour, le 7 novembre 1989, cassa toutes les décisions de relaxe, mais sans adopter complètement l'argumentation des procureurs généraux : ceux-ci induisaient la cour en une tentation qu'elle a su repousser et qui consistait à négliger l'aspect européen de l'affaire pour n'y voir qu'un assez banal problème de conflit de lois dans le temps, soulevé par la modification d'une loi qui institue une police spéciale et sanctionne d'avance l'inobservation des règlements à prendre. En pareil cas, les décrets et arrêtés passés restent en vigueur même s'ils ont été rédigés par d'autres autorités et selon d'autres formes que celles que désigne et décrit la loi modificatrice. La règle de conflit fut mise en forme lorsque l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 (aujourd'hui l'art. L. 131-2 c. communes) abrogea et remplaça l'article 3 du titre XI de la loi des 16 et 24 août 1790 : les règlements anciens « revêtent, lorsqu'ils ont été légalement pris par l'autorité compétente, un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois et aux institutions dont ils procèdent, tant qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles tracées par la législation nouvelle » (Crim. 20 mai 1887, *Bull. crim.* n° 202 ; 21 janv. 1944, *Bull. crim.* n° 27 ; 7 avr. et 4 mai 1976, *Bull. crim.* nos 105 et 140). Dans les affaires ici commentées, les procureurs généraux ne manquèrent pas de rappeler cette tradition jurisprudentielle, observant qu'après comme avant 1985 le décret-loi sanctionnait pénalement les règlements prohibant les mêmes comportements (depuis 1985, par les nos 3°, 5° et 6° de son art. 6 et, auparavant, par ses art. 7, 3°, et 8, 1° et 2°).

Mais la Chambre criminelle ne s'est pas contentée d'invoquer cette logique de pur droit interne et n'a pas reproduit tel quel son vieil *attendu*. D'ailleurs son application mécanique aurait bien pu conduire au rejet des pourvois, car les cours d'appel avaient aperçu, elles, dans les règlements anciens, des dispositions « inconciliables avec les règles tracées par la législation nouvelle », c'est-à-dire la loi du 22 mai 1985, pétrie d'esprit européen.

Les magistrats de la Cour de cassation n'ont donc pas cherché dans cette seule loi la solution de la question à résoudre, mais ils ont voulu percer aussi l'intention de la nouvelle autorité compétente, la CEE. Et ils ont découvert une décision de la Commission datée du 20 novembre 1984, non publiée il est vrai, et selon laquelle le décret du 1er septembre 1936, applicable aux affaires de Pau, était conforme à la réglementation européenne. Cette trouvaille, exploitée pour casser les arrêts de la cour de cette ville, présentait tout de même une faiblesse : la décision dont il s'agit avait été rendue sur le fondement d'un règlement CEE n° 171/83 du 25 janvier 1983 qui avait depuis lors été abrogé par le règlement n° 3094/96 du 7 octobre 1986 (*J.O.*, C.E. n° L. 288/1 du 11 oct. 1986), celui-là même sur lequel les poursuites étaient, en l'espèce, engagées ; et puis l'argument était sans effet sur les affaires de Rennes, puisque le texte dont il s'agissait d'apprécier la survie, l'arrêté du 12 juin 1961, n'avait pas mérité l'examen des autorités européennes : les décisions bretonnes n'en furent pas moins cassées, elles aussi, au motif que le règlement de 1961 était « conforme au droit communautaire et compatible avec la politique commune de la pêche ».

La solution était probablement exacte : on trouve de quoi la défendre dans l'exposé des motifs et les dispositions du règlement n° 3094/86, ou encore dans un arrêt que rendit, le 14 juillet 1976, la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E., 14 juill. 1976, *Kramer et autres*, affaires nos 3, 4 et 6, *Rec. C.J.C.E.* 1976, p. 1279) ; mais la Cour de cassation n'expose pas comment ces textes l'ont amenée à la conclusion qu'elle adopte. Son laconisme est d'autant plus frustrant que, devant les cours d'appel, cet aspect de la comparaison des textes européens et nationaux n'avait pas été conduit.

La cour de Poitiers, désignée comme juridiction unique de renvoi pour toutes les affaires, devra s'y livrer.

Il reste que le gouvernement français lui-même n'était pas très sûr de la survie de ses règlements antérieurs à 1985, puisque, dès le 25 janvier 1990, furent pris deux décrets nos 90-94 et 90-95 (*J.O.* 27 janv. 1990, p. 1152 et 1155) conformes aux dispositions de la loi du 22 mai 1985 et précédés du visa des règlements européens : ces deux textes abrogent de nombreux articles des « décrets d'arrondissement » de 1853 et 1859, et beaucoup d'autres règlements plus récents, dont celui du 1er septembre 1936 ; mais l'interdiction de pêcher au chalut à moins de trois milles des côtes est maintenue dans l'article 4 du décret n° 90-94.

2. *Chasse et pêche fluviale.*

L'ancien Livre III du code rural intitulé *La chasse et la pêche* devient un nouveau Livre II dans la recodification de ce code, et reçoit le titre plus ambitieux de *Protection de la nature*. C'est le résultat de deux décrets nos 89-904 et 89-905 du 27 octobre 1989 (*J.O.* 4 nov. 1989 et son annexe) qui, selon leur nature législative ou réglementaire, répartissent les anciennes dispositions entre les articles L. et les articles R. Ils y joignent des textes jusque-là non recueillis dans le code.

On notera que l'ancien article 407, qui réprimait la pollution des eaux de surface, prend le numéro L. 232-2, et que l'ancien article 373, alinéa 4, 1°, abondamment commenté dans de précédentes chroniques (cette *Revue*, 1989.337 et 1989.760), siège désormais sous le numéro L. 224 ; la sanction contraventionnelle des règlements pris en vertu de ce dernier texte est prévue à l'article R. 228-5.

Les auteurs de la codification prennent parti sur un problème qui relève de la matière législative : il s'agit du montant de l'amende prévue aux anciens articles 432, 438, 441 et 464, devenus respectivement les articles L. 231-6, L. 236-6, L. 236-14 et L. 238-8, qui incriminent et répriment diverses infractions de pêche. Le décret de codification les publie en y inscrivant la peine uniforme de 1 000 F à 15 000 F, mais cette solution n'est pas sûre et voici pourquoi.

Tous ces textes étaient primitivement contenus dans l'article 4 de la loi du 29 juin 1984, et ils prévoyaient alors une amende de 1 000 F à 8 000 F (1 000 F à 10 000 F pour l'art. 441) qui, en ce temps, était correctionnelle puisque la frontière séparant les délits et les contraventions était fixée à 6 000 F (loi du 28 déc. 1979). Or ils n'entrèrent en vigueur que le 1er janvier 1986 (art. 13 de la loi de 1984, modifié par celle du 22 mai 1985), soit après que la loi du 7 août 1985 eut disposé dans son article 8 : « Lorsque les dispositions législatives en vigueur à la date de publication de la présente loi fixent le maximum de l'amende correctionnelle à un montant inférieur ou égal à 10 000 F, ce maximum est porté à 15 000 F ». Les articles précités du code rural n'ont pas pu bénéficier de ce relèvement, quoique leur amende fût correctionnelle puisqu'ils n'étaient pas en vigueur au jour de la publication de la loi de 1985. Lorsque ils furent applicables, le 1er janvier 1986, la peine qu'ils portaient, demeurée inchangée, était devenue contraventionnelle à cause de la modification de l'article 521 du code de procédure pénale par la même loi du 7 août 1985 : « Sont des contraventions les infractions que la loi punit d'une peine de ... 10 000 F d'amende ou au-dessous ». Les articles étudiés n'instituaient donc plus que des contraventions de cinquième classe, que l'article 2, 5°, du décret du 11 septembre 1985 punissait, même en première infraction, d'une amende de 5 000 F à 10 000 F ; elle est à présent de 6 000 à 12 000 F par l'effet de l'article 7 *in fine* de la loi du 10 juillet 1989, ce qui correspond à une clandestine sixième classe de contraventions, puisque l'article R. 25, 5°, réserve de tels taux aux récidivistes (cf. sur un problème très voisin, B. Bouloc, « L'article 24 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 : délit ou contravention ? », A.L.D. 1989. 1).

Le moyen de redonner aux infractions dont il s'agit leur nature délictuelle serait une loi de validation de la codification, tout erronée qu'elle soit. Un tel acte a déjà été voté pour valider les nombreuses codifications de 1955, notamment le code rural, et c'était la loi du 3 avril 1958 (*J.O.* 5 avr.).

VIII. – INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT SOCIAL

Antoine LYON-CAEN

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

1. *Comité d'entreprise. Fonctionnement. Budgets. Subvention de fonctionnement et contribution aux activités sociales. Article L. 434-8 du code du travail.*

Il a fallu attendre la loi du 28 octobre 1982 pour que le comité d'entreprise dispose, à côté des ressources nécessaires à la création et au fonctionnement de ses activités sociales et culturelles, les anciennes oeuvres sociales, d'une subvention de fonctionnement qui lui permette de financer non seulement les activités qu'exigent ses attributions économiques, mais encore son administration. La subvention de fonctionnement, fixée par l'article L. 434-8 du code du travail, représente 0,2 % de la masse salariale brute. Et la loi de préciser que « ce montant s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles », avec cependant une exception lorsque l'employeur « fait déjà bénéficier le comité d'entreprise d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2 % de la masse salariale brute ». Entre les deux subventions, une séparation est consacrée (V. G. Couturier, « Les budgets du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 371 ; Y. Chalaron, « Les ressources du comité d'entreprise », *Dr. ouvrier*, 1986. 317), et ce n'est pas parce que l'employeur verse, au titre des activités sociales et culturelles, une subvention supérieure à celle que la loi impose (V. art. L. 432-9 c. trav.) qu'il est dispensé de régler une subvention de fonctionnement. Une seule adaptation est permise par la loi : la subvention de fonctionnement de 0,2 % peut être réduite à due concurrence des sommes et moyens que l'employeur affecte déjà aux fins pour lesquelles ladite subvention a été instituée (V. Soc. 26 sept. 1989, *Dr. soc.* 1990. 212, et la chron. de M. J. Savatier, *ibid.* p. 205).

Qu'en est-il, dans ces conditions, lorsqu'en vertu d'un accord d'entreprise la contribution de l'entreprise au « budget du comité d'entreprise » a été fixée à un montant plus élevé que celui prévu par la loi ou la convention collective pour la contribution patronale aux activités sociales et culturelles ? Telle était la question soumise à la Chambre criminelle. Dans un arrêt du 4 octobre 1989 (*Jurispr. soc. UIMM* n° 523, p. 4 et 22, *Dr. soc.* 1990. 212 et la chron. de M. J. Savatier, *ibid.* p. 209), important à un autre égard (V. *infra*, n° 4), elle s'inspire à juste titre du principe de l'autonomie des deux budgets pour décider que l'employeur ne peut déduire de la subvention de fonctionnement les sommes ou la valeur des moyens en personnel mis par lui à la disposition du comité d'entreprise qu'« à la condition ... [d'établir] que cette somme et ces moyens ne sont alloués que pour les besoins de fonctionnement dudit comité autres que ceux qui sont nécessités par les activités sociales et culturelles ». Cette solution peut sembler rigoureuse. Elle est, on l'a dit, strictement conforme à la séparation consacrée par la loi entre les deux budgets. Et elle constitue, à sa manière, une revanche de l'histoire, car, même si l'explication n'a qu'une valeur limitée, force est de rappeler que l'instauration en 1982 d'un budget de fonctionnement autonome a été rendue nécessaire par la farouche opposition de certaines entreprises à l'utilisation par leur comité de la subvention en faveur des institutions sociales hors de ce strict domaine. Cette opposition avait reçu un accueil favorable de la Cour de cassation (V. Soc. 16 déc. 1980, *Bull. civ.* V, n° 900 ; plus nuancé, Crim. 7 mai 1975, *Bull. crim.* n° 121). La rigueur légale et judiciaire d'aujourd'hui est en quelque sorte une réponse à l'obstination patronale d'hier.

2. *Délégués du personnel. Réunion mensuelle. Articles L. 424-4 et L. 482-1 du code du travail.*

« Les délégués du personnel sont reçus collectivement par le chef d'établissement ou son représentant au moins une fois par mois ». Cette disposition, qui prend place dans l'article L. 424-4 du code du travail, et dont la méconnaissance constitue le délit d'entrave à l'exercice régulier des fonctions des délégués du personnel, prévu par l'article L. 482-1 du code du travail, alimente toujours un abondant contentieux répressif (V. *Liaisons soc.* n° 6342, du 19 févr. 1990). Deux arrêts de la Chambre criminelle, l'un du 27 septembre 1989 (*Liaisons soc.* n° 6342, p. 3), l'autre du 11 octobre 1989 (*Liaisons soc.* n° 6342, p. 3 ; *Jurispr. soc. UIMM* n° 524, p. 59), viennent, dans la continuité de sa jurisprudence, rappeler quelques leçons de droit pénal du travail appliqué.

L'arrêt du 11 octobre souligne l'originalité que la loi française a entendu donner, depuis 1946, à ce moyen d'action essentiel des délégués du personnel que constitue leur droit de réception par l'employeur : celui-ci est tenu de les recevoir *collectivement*. Il ne saurait donc, de sa propre initiative, ou sur la demande, réelle ou prétendue, d'un délégué, organiser ou admettre des réceptions séparées. Une collégialité minimum est imposée par la loi pour éviter le déséquilibre patent que permettraient des réunions où la délégation salariale aurait une géométrie laissée à l'appréciation de l'employeur (V. G. Borenfreund, *L'action revendicative au niveau de l'entreprise : le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, thèse doctorat d'Etat, Paris X-Nanterre, 1987, t. I, p. 947 et s., qui relève le choix délibéré du législateur de 1946, désireux de rompre avec les pratiques suivies sous l'empire de la loi du 24 juin 1936).

Les deux arrêts insistent sur l'impérativité de l'obligation imposée au chef d'entreprise (ou d'établissement). Celui-ci ne saurait justifier sa carence ni par l'organisation de réunions informelles, ni par l'absence de revendications des salariés. Hormis le cas de force majeure, seul « le refus ou la défection des délégués eux-mêmes » pourrait être une cause légitime d'inobservation de l'article L. 424-4 (arrêt 11 oct. 1989, V. Crim. 12 janv. 1982, *Dr. ouvrier*, 1983. 151). Enfin l'arrêt du 27 septembre 1989 signale, à nouveau (V. Crim. 20 mars 1984, D. 1984. I.R. 388), que le défaut de tenue de la réunion mensuelle n'est punissable que si l'omission a été volontaire. Cette formule est une invitation adressée aux juges de refuser à l'entrave un caractère purement formel. Mais elle ne veut nullement dire que le délit suppose, pour être constitué, que le chef d'entreprise ait fait l'objet d'une mise en demeure préalable.

3. *Hygiène et sécurité. Champ d'application de la réglementation. Travailleurs salariés. Personnes participant à la restauration d'une abbaye.*

Il serait sans doute opportun de revoir aujourd'hui le champ d'application de la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité. En effet, bien que le code du travail ne fasse que suggérer cette solution sans explication sans l'imposer, cette réglementation n'est réputée applicable qu'aux rapports entre employeurs et travailleurs salariés. Cette solution a, au moins, comme conséquence d'obliger la Chambre criminelle, gardienne de cette réglementation assortie de sanctions pénales, à prendre parti sur ce qu'est un rapport de travail salarié. C'est notamment ce qu'elle a été invitée à faire, dans un arrêt du 27 septembre 1989, promis à être cité comme l'arrêt de l'abbé M. Un abbé avait, en effet, entrepris la restauration d'une abbaye des Hautes-Pyrénées, sans le souci de respecter les prescriptions du décret du 8 janvier 1965 qui concerne les mesures de protection et de salubrité applicables aux établissements dont le personnel exécute des travaux de bâtiment. Poursuivi sur le fondement des articles 107, 115 et 148 dudit décret, il arguait pour sa défense qu'agissant dans un but charitable il utilisait les services de personnes bénévoles et non de salariés. Cette thèse n'a pas

été accueillie par les juges du second degré qui, relevant que les travailleurs utilisaient l'outillage et les matériaux fournis par l'abbé M., étaient occupés selon des horaires précis, travaillant sous le contrôle du personnel d'encadrement de l'abbaye, et recevaient du prévenu, en contrepartie, un logement, de la nourriture et quelques subsides, en avaient déduit qu'ils « se trouvaient dans un état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence de contrats de travail ». La Chambre criminelle a considéré cette décision comme suffisamment motivée et justifiée au regard des textes applicables.

L'arrêt du 27 septembre 1989 appelle trois remarques simples. D'abord il montre une Chambre criminelle peu encline à exercer un contrôle approfondi de la qualification des rapports de travail. D'autre part, elle admet, sans les corriger, les formules utilisées par les juges du second degré pour caractériser un contrat de travail : la subordination juridique importe autant que la dépendance économique. Archaïsme ? Non point, car si on cherchait derrière les expressions courantes des décisions de justice ce qui aujourd'hui retient l'attention des juges, on s'apercevrait vite que la dépendance économique, qu'une doctrine écoutée avait critiquée et condamnée, les intéresse au premier chef (V. G.H. Camerlynck et M.A. Moreau-Bourlès, *Le contrat de travail, Mise à jour 1988*, Dalloz, nos 48 à 51). Enfin l'arrêt apporte une contribution, modeste certes mais utile, à la conception de l'entraide, supposée exclusive d'un contrat de travail. Selon la cour d'appel, dont le motif n'est pas contesté par la Chambre criminelle, il n'y a pas d'entraide lorsque le travail a pour contrepartie logement, nourriture et quelques subsides.

Alors, pensera-t-on, la Chambre criminelle s'est montrée bien peu charitable pour cet abbé. Mais la grandeur d'âme justifie-t-elle que l'on puisse oublier les exigences de sécurité des corps ? La question n'aurait plus de sens si l'on révisait notre conception de la réglementation de l'hygiène et de la sécurité pour en faire un droit applicable au travail sous toutes ses formes.

4. *Négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise. Article L. 153-2 du code du travail.*

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 4 octobre 1989 (*Jurispr. soc. UIMM*, n° 523, p. 4 ; *Dr. soc.* 1990. 212, et la chron. de M. J. Savatier, *ibid.* p. 154) propose la première interprétation de l'article L. 153-2 du code du travail, texte qui prévoit la sanction pénale de l'obligation annuelle de négocier dans l'entreprise, sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail (obligation instituée par la loi du 13 novembre 1982 ; V. art. L. 132-27 et L. 132-28 c. trav.). Cette disposition offre-t-elle à la négociation collective le même appui que celui que les incriminations d'entrave ont apporté à la représentation du personnel dans l'entreprise ? En d'autres termes, la Chambre criminelle allait-elle chercher à en retenir une interprétation constructive ou, au contraire, sous couvert d'interprétation stricte, allait-elle s'arrêter à une lecture restrictive du texte ? La question, vite posée (V. M.A. Rotschild-Souriac, « Le droit à la négociation et sa sanction », *Dr. soc.* 1982.733); reçoit une réponse avec l'arrêt du 4 octobre 1989.

Précisons en quoi le texte ouvre la voie à plusieurs lectures. L'infraction consiste, pour l'employeur, à se soustraire à l'obligation prévue aux articles L. 132-27, 1er alinéa, et L. 132-28. Et les dispositions qu'ils contiennent ont trait à l'engagement de la négociation. Aussi bien la Chambre criminelle est-elle fidèle à la loi lorsqu'elle commence par énoncer que « l'article 153-2 ... ne réprime que les manquements aux obligations ... relatives à l'ouverture de la négociation annuelle... » et « que le comportement de l'employeur au cours des réunions consacrées à cette négociation n'entre pas dans les prévisions de ces textes ». Mais la discussion commence lorsqu'on s'efforce de déterminer ce qu'il faut entendre par ouverture de la négociation, ou plutôt, dans le respect de la terminologie législative, par *engagement* de la négociation. C'est ici que s'opposent deux façons de comprendre la loi. L'une avait

été adoptée par la juridiction du second degré, dont l'arrêt est cassé. Elle avait, en effet, relevé trois éléments : les représentants de la direction, absents d'ailleurs à la première réunion prévue, n'avaient aucun pouvoir de décision, la direction s'en était tenue avant toute discussion à un préalable tendant à la dénonciation des accords antérieurs, et, si des réunions s'étaient tenues, l'attitude passive, voire systématiquement opposante de la direction, n'avait permis aucune discussion de fond. De ces éléments elle avait déduit la volonté de la direction de se soustraire à l'application loyale du texte. Autre compréhension de la Chambre criminelle : de ces éléments il ne résulte pas « que l'employeur se soit soustrait aux obligations limitativement énumérées par les articles L. 132-27 et L. 132-28, alinéa 1er, relatives à la procédure d'ouverture de la négociation annuelle dans les entreprises... ». Le désaccord est de taille entre les deux juridictions et il porte, au moins, sur deux points. Le premier concerne les pouvoirs dont sont investis les représentants de l'employeur : celui-ci se soustrait-il à l'obligation d'engager une négociation s'il est représenté par des personnes qui n'ont pas pouvoir de l'engager ? Le second concerne l'attitude de la partie patronale : l'obligation d'engager une négociation suppose-t-elle un comportement positif, qui aille au-delà de la simple confrontation ou coexistence physique des parties lors d'une réunion ? Sur ces deux points, la position de la juridiction du second degré ne manquait pas de bon sens. Car peut-on parler d'engagement — le terme légal est plus riche que le terme d'ouverture utilisé par la Chambre criminelle — lorsque l'employeur choisit d'être présent par *nuntius* et non par représentant interposé ? Signalons que les gouvernements des Etats membres de l'O.C.D.E. demandent, depuis 1976, que, lors des négociations, les représentants patronaux soient « habilités à prendre des décisions sur les questions qui font l'objet de la négociation » (V. *Les principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales*, O.C.D.E., 1986, p. 1689).

Peut-on parler d'engagement de la négociation lorsque l'employeur n'entend pas discuter ? La Chambre criminelle nous avait habitués à plus de subtilité, notamment dans la définition du terme de consultation, réputé pourtant moins exigeant que celui de négociation, pour qu'on ne regrette pas la sécheresse avec laquelle elle a commencé à établir le lexique judiciaire du droit de la négociation collective.

5. Repos hebdomadaire. Repos dominical. Articles L. 221-5 et R. 262-1 du code du travail. Application sans distinction à tout le personnel. Consentement des salariés indifférent.

La règle du repos hebdomadaire donné le dimanche survivra-t-elle à l'offensive dont elle est l'objet de la part de certaines entreprises de distribution ? Elles font, en tout cas, flèche de tout bois.

L'une d'elles avait cru pouvoir s'y soustraire en recourant aux services d'une stagiaire et d'une salariée recrutée pour travailler seulement le dimanche. Cette stratégie a échoué, car, après que la cour d'appel a relevé l'irrégularité du recours à un stagiaire, constaté que les deux salariées faisaient partie du personnel de l'entreprise, et conclu à la culpabilité du dirigeant de l'établissement concerné, la Chambre criminelle considère sa décision comme justifiée. Son arrêt en date du 14 novembre 1989 (*Cah. soc. Barreau de Paris*, n° 16, p. 13), contient une formule générale qui vaut d'être citée : « L'article L. 221-5 du code du travail s'applique à l'ensemble du personnel d'un établissement, aucune distinction ne devant être faite, au regard des règles régissant le repos dominical, entre les travailleurs occupés habituellement dans ledit établissement, selon qu'ils y sont employés pendant un seul jour de la semaine ou pendant les autres jours ». Si elle mérite d'être citée, c'est d'abord parce qu'elle traduit une continuité de la Chambre criminelle (V. Crim. 19 janv. 1907, S. 1907. 1. 104, note Rouast ; 8 janv. 1915, S. 1915. 1. 144 ; 24 mai 1976, *Bull. crim.* n° 177 ; 20 oct. 1984, *Bull. crim.* n° 281). C'est aussi parce que la référence faite aux « travailleurs occupés habituellement dans l'établissement » semble autoriser le recours à des salariés occasionnels, ceux qui, selon une tournure répandue, sont appe-

lés de vrais « extras » (V. Crim. 14 nov. 1908, S. 1909. 1. 176 ; 16 déc. 1981, D. 1982. I.R. 323, 2e espèce, obs. G. Vachet). Bien sûr, cette distinction entre l'habitude et l'occasion génère une incertitude, mais il est sans doute utile de noter qu'en l'espèce la salariée appelée à travailler le dimanche avait été recrutée par un contrat à durée limitée de deux mois et qu'elle a été considérée comme travaillant habituellement dans l'établissement.

Une autre entreprise avait obtenu le consentement d'une douzaine de ses salariés pour travailler le dimanche. Ecarter la règle par accord individuel : l'effort n'est pas nouveau (V. Crim. 31 janv. 1920, D.P. 1921. 1. 64). Il est plus subtil que ne l'est la précédente stratégie, puisque les autorités publiques, de l'inspection du travail aux juges répressifs, découvrent alors un front uni — plus ou moins spontané — de l'employeur et de ses salariés et s'exposent au reproche d'être plus royalistes que le roi, de vouloir protéger des travailleurs qui n'aspirent pas à leur protection. Pourtant la réaction de la Chambre criminelle est rigoureuse et saine : « Le consentement donné en pareille hypothèse par les salariés, qui ne figure pas au nombre des dérogations à la règle du repos dominical énumérées par le code du travail, ne saurait constituer un fait justificatif de nature à permettre à l'employeur poursuivi pour infraction à l'article L. 221-5 du code du travail d'échapper à sa responsabilité pénale » (Crim. 5 déc. 1989, *Cah. soc. Barreau de Paris*, n° 17, p. 39). La règle, en effet, n'est pas une institution de tutelle individuelle. Elle a une rationalité religieuse, et aujourd'hui sociale, qui ne la rend pas disponible au jeu des volontés individuelles, au demeurant toujours suspect dans les rapports de travail.

IX. – PROCÉDURE PÉNALE

André BRAUNSCHWEIG
Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

1. *Chambre d'accusation*

a) Détention provisoire. Prolongation du délai imparti pour statuer

Les dispositions de l'article 194 du code de procédure pénale doivent être, dans l'esprit et dans la lettre, rigoureusement observées, et la Cour de cassation veille à ce que le délai de quinze jours imparti à la chambre d'accusation pour statuer en matière de détention provisoire ne soit prolongé que par une application très stricte des notions de « vérifications » ou de « circonstances imprévisibles et insurmontables » prévues par le texte.

Un arrêt prononcé le 20 juin 1989 (*Bull crim.* n° 263) par la Chambre criminelle vient de démontrer ce souci. Un inculpé, ayant fait appel d'une ordonnance du juge d'instruction prolongeant la durée de sa détention de quatre mois, avait fait valoir devant la chambre d'accusation que le magistrat qui avait rendu cette ordonnance n'était pas celui qui avait été désigné pour suivre l'information et qu'il y avait donc nullité devant entraîner sa mise en liberté.

Par un premier arrêt la juridiction d'appel a cru devoir ordonner un complément d'information pour effectuer une vérification, et celle-ci ayant établi que le juge d'instruction initialement désigné avait été régulièrement remplacé, elle a, par un second arrêt, ordonné le dépôt au greffe de l'ordonnance du président du tribunal prescrivant ce remplacement.

Lorsque la cause est venue à l'audience, l'inculpé a soutenu que le délai de quinze jours prévu à l'article 194, alinéa 2, du code de procédure pénale était expiré et qu'il devait être mis en liberté, mais la chambre d'accusation a écarté cette argumentation et confirmé l'ordonnance entreprise, en considérant que les recherches auxquelles il avait été procédé pour vérifier la valeur du moyen invoqué par l'inculpé constituaient une des vérifications prévues par ledit article.

Tel n'est pas l'avis de la Cour de cassation, qui relève que l'ordonnance dont la chambre d'accusation a prescrit la production aurait dû, en application de l'article 186, alinéa 5, du code de procédure pénale, se trouver dans le dossier de l'information, et que le complément d'information ordonné ne constituait pas une vérification concernant la demande de l'inculpé. Estimant qu'il y a eu ainsi méconnaissance de l'article 194 précité, la Chambre criminelle casse l'arrêt de la chambre d'accusation rendu le 3 mars 1989, et dit que l'inculpé, dont l'appel avait été formé le 1er février 1989, « est détenu sans titre depuis le 17 février 1989 à 0 heures ».

b) Détention provisoire. Motivation de la décision.

Par un arrêt du 26 septembre 1989 (*Bull. crim.* n° 329) la Chambre criminelle rappelle une fois encore que la décision d'une juridiction d'instruction statuant sur la détention provisoire doit être spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce par référence aux dispositions de l'article 144 du code de procédure pénale.

Pour infirmer l'ordonnance du juge d'instruction mettant en liberté un mineur âgé de dix-sept ans, et pour maintenir celui-ci en détention sur le fondement du mandat de dépôt criminel initial, la chambre d'accusation, après avoir exposé les faits, se borne à énoncer qu'aucun élément nouveau n'est intervenu depuis son dernier arrêt, qui avait notamment relevé que les faits reprochés avaient troublé l'ordre public.

La Chambre criminelle casse l'arrêt attaqué après avoir déclaré « qu'en omettant de préciser si, d'après les éléments de l'espèce, la détention était toujours nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble actuellement causé par l'infraction, voire si d'autres circonstances justifiaient, au regard de l'article 144 du code précité, le maintien d'une telle mesure, la chambre d'accusation n'a pas justifié sa décision »[1].

c) Détention provisoire. Mandat de dépôt initial. Validité.

Un autre cas de mise en liberté de l'inculpé par le juge d'instruction, alors que sur appel du procureur de la République l'ordonnance a été réformée par la chambre d'accusation, a permis à la Cour de cassation de répondre à un moyen qui soutenait que la juridiction d'instruction du second degré ne pouvait infirmer une telle ordonnance qu'en décernant elle-même un nouveau mandat de dépôt créant un titre légal de détention.

Ayant à juste raison approuvé la chambre d'accusation d'avoir dit que la détention provisoire du demandeur serait maintenue en exécution du mandat de dépôt décerné par le juge d'instruction, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 7 novembre 1989 (*Bull. crim.*, sera publié, déclare que « l'infirmation de l'ordonnance de mise en liberté rend son plein effet au titre de détention initial, sans qu'il soit nécessaire de décerner un nouveau mandat de dépôt », et rejette le pourvoi formé par l'inculpé.

2. *Cour d'assises*

a) Huis clos. Poursuites fondées sur l'article 332 du code pénal. Tuteur *ad hoc* de la victime.

Aux termes de l'article 306, alinéa 3, du code de procédure pénale, rappelons-le, lorsque les poursuites sont fondées sur les articles 332 ou 333-1 du code pénal, le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande ; dans les autres cas, le huis clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas.

La Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de bien préciser que ce droit exceptionnel est exclusivement réservé à la personne qui réunit les qualités de victime et de partie civile. C'est ainsi que la mère de la victime d'un viol qui s'est constituée partie civile en tant que représentante légale de sa fille mineure a qualité pour demander au nom de celle-ci le huis clos de droit (Crim. 22 mars 1989, *Bull. crim.* n° 145). En revanche, bien qu'elle soit constituée partie civile, la mère de la victime décédée d'un viol ne peut s'opposer à ce que le huis clos soit ordonné (Crim. 30 oct. 1985, *Bull. crim.* n° 337).

La Chambre criminelle a récemment confirmé cette jurisprudence en statuant sur le cas d'un directeur départemental de l'Education surveillée qui, dans une affaire de viol par ascendant sur une mineure de quinze ans, s'était régulièrement constitué partie civile devant la cour d'assises en tant que tuteur *ad hoc* de la victime. A l'appui de son pourvoi contre l'arrêt de condamnation, l'accusé soutenait que ledit directeur n'avait pas la qualité de victime, et qu'en ordonnant le huis clos sur sa seule demande la cour d'assises n'avait pas donné de base légale à sa décision. La Cour de cassation

1. Il y a lieu de noter, que selon la nouvelle rédaction de l'article 145 (loi du 6 juill. 1989), l'ordonnance « doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement » de la décision par référence aux dispositions de l'article 144.

a rejeté ce pourvoi le 30 octobre 1989 (*Bull. crim.* n° 384), après avoir déclaré que ce fonctionnaire, en tant que tuteur *ad hoc* de la victime, avait qualité pour demander au nom de celle-ci l'application de l'article 306, alinéa 3, du code de procédure pénale.

b) Président. Pouvoir discrétionnaire. Pouvoirs concurrents de la cour.

Une question souvent délicate de la procédure devant la cour d'assises se pose à propos des mesures d'instruction que peuvent prendre concurremment le président et la cour proprement dite. Si le président, en effet, peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, prescrire certains actes tels, par exemple, un complément d'information ou une expertise, la cour n'en demeure pas moins compétente pour ordonner les mêmes actes, si elle le juge nécessaire, d'office ou sur demande d'une partie (V. H. Angevin, *La pratique de la cour d'assises*, p. 48, Litec, 1989). Toutefois, en aucun cas, la cour ne peut empiéter sur les pouvoirs que le président tient de l'article 310 du code de procédure pénale, et toute mesure prise par lui sans le concours de ses assesseurs continue à relever de sa compétence exclusive, sauf s'il estime lui-même opportun de saisir la cour.

Un arrêt de la Chambre criminelle rendu le 13 décembre 1989 (*Bull. crim.*, sera publié) s'inscrit dans cette jurisprudence. Au cours d'une audience d'une affaire criminelle prévue pour plusieurs journées, le président a, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, rendu deux ordonnances, dont l'une prescrivait une expertise psychiatrique de l'accusé confiée à un médecin inscrit sur la liste des experts de la cour d'appel. Lors de la reprise de l'audience, le lendemain, les conseils de l'accusé ont régulièrement déposé des conclusions sur le bureau de la cour lui demandant de réexaminer la régularité de cette désignation, d'en constater éventuellement la nullité, et de désigner deux experts psychiatres pour l'examen de l'accusé. Par arrêt incident, inséré au procès-verbal, la cour, après avoir visé les articles 159 et 316 du code de procédure pénale, a déclaré que la désignation de ce médecin était régulière et qu'il n'y avait pas lieu de nommer deux experts psychiatres.

La Chambre criminelle, après avoir relevé « que la cour est sans compétence pour statuer sur des conclusions tendant à réformer une décision prise par le président dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et qu'il en est ainsi alors même que la mesure ordonnée constituait un acte ordinaire d'instruction que la cour aurait eu, comme le président, le pouvoir de prendre », estime qu'en ne se déclarant pas incompétente la cour a excédé ses pouvoirs, et, pour violation des articles 310 et 316 du code de procédure pénale, prononce la cassation de l'arrêt ayant condamné l'accusé à dix ans de réclusion criminelle.

Il est intéressant de noter, à un autre point de vue, que la Haute juridiction limite l'étendue de la cassation. La cour et le jury en effet, ayant répondu négativement à une question concernant un homicide volontaire ainsi qu'à une question relative à la détention d'une arme, la Chambre criminelle déclare que ces réponses négatives, portant sur des faits sans lien de connexité avec ceux objet des autres questions, doivent demeurer acquises à l'accusé. Celui-ci, en conséquence, ne comparaîtra devant la cour d'assises de renvoi que pour la tentative d'homicide volontaire et une autre infraction sur les armes pour lesquelles la cour et le jury ont répondu de manière affirmative.

c) Débats. Manifestation d'opinion par le président.

Tout président de cour d'assises est conscient de la menace permanente que fait peser sur lui l'article 328 du code de procédure pénale en lui imposant le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité de l'accusé, et il y a lieu de reconnaître que, dans le feu d'un interrogatoire, il n'est pas toujours facile d'éviter la formulation maladroite ou imprudente d'une question. Lorsque la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi invoquant la violation dudit article, il lui faut peser chaque mot de la

phrase incriminée et la solution parfois n'est guère évidente. Aussi est-il intéressant de citer une espèce récente pour laquelle la réponse apportée par la Haute juridiction a valeur exemplaire.

Le procès-verbal des débats d'une affaire de viol aggravé constate en effet que le président a demandé à l'accusé : « Ne pensez-vous pas que vous niez l'évidence et que vous avez une position insoutenable ? ». Estimant que le magistrat a ainsi manifesté son opinion sur la culpabilité de l'accusé et porté atteinte aux droits de la défense, la Chambre criminelle, par décision du 14 juin 1989 (*Bull. crim.* n° 259), casse cet arrêt de cour d'assises.

3. Juridictions correctionnelles. Disqualification. Identité de faits matériels.

La Cour de cassation a toujours estimé que, s'il appartient aux juges du fond de modifier la qualification des faits qui leur sont soumis par les ordonnances de renvoi ou les citations et de substituer un délit nouveau à celui qui leur est déféré, c'est à la condition qu'il ne soit rien changé ni ajouté à ces faits et qu'ils restent tels qu'ils ont été dénoncés dans les actes de procédure, à moins que le prévenu n'ait formellement accepté le débat sur les faits nouveaux (Crim. 18 juin 1980, *Bull. crim.* n° 196 ; Crim. 26 janv. 1982, *Bull. crim.* n° 32 ; Crim. 22 avr. 1986, *Bull. crim.* n° 136). Cette jurisprudence vient d'être encore confirmée par un arrêt du 21 juin 1989 (*Bull. crim.* n° 267).

Inculpé d'attentat à la pudeur avec violence, contrainte ou surprise, X. a été renvoyé devant le tribunal correctionnel, lequel a estimé que le délit poursuivi n'était pas établi. La cour d'appel a partagé cette analyse, mais a relevé que les faits reprochés au prévenu constituaient un outrage public à la pudeur et l'a, après disqualification, condamné de ce chef.

Ayant souligné que les éléments constitutifs de cette nouvelle infraction, en particulier celui de publicité, n'étaient pas compris dans les faits poursuivis, la Chambre criminelle considère cependant qu'en substituant ainsi à l'objet de la prévention l'incrimination d'un fait contenant des éléments différents la cour d'appel, qui ne constate pas que X. ait été en mesure de se défendre sur les faits étrangers à la prévention, a violé les dispositions de l'article 388 du code de procédure pénale. Elle prononce, en conséquence, la cassation de l'arrêt de condamnation.

4. Crimes et délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires.

a) Désignation de la juridiction chargée de l'instruction. Effets. Cessation.

Par deux arrêts rendus l'un en 1988, l'autre en 1989, la Chambre criminelle a eu l'occasion de bien préciser que, lorsqu'elle a désigné une juridiction conformément aux dispositions soit de l'article 681, soit de l'article 687 du code de procédure pénale, cette désignation n'a d'effet que jusqu'à l'issue de la procédure ayant donné lieu à l'application de l'un de ces textes.

A la suite d'une plainte avec constitution de partie civile contre deux officiers de police judiciaire, la Cour de cassation avait désigné, pour connaître des faits de la poursuite, le juge d'instruction d'un tribunal appartenant à une autre cour d'appel. Le plaignant n'ayant cependant pas versé dans le délai de deux mois qui lui avait été imparti la consignation fixée par le magistrat, celui-ci a rendu une ordonnance constatant l'irrecevabilité de la plainte « faute de consignation » et disant n'y avoir lieu à informer. Or, trois mois plus tard, ledit plaignant a manifesté son intention de se constituer à nouveau partie civile à raison des mêmes faits, en offrant de consigner la somme qui lui serait imposée. Par une seconde ordonnance le juge d'instruction a déclaré cette dernière plainte irrecevable, au motif que par sa précédente décision il avait épuisé sa saisine.

La chambre d'accusation a confirmé l'ordonnance entreprise, après avoir observé que la nouvelle plainte n'avait pas été formulée devant le juge d'instruction normalement compétent pour en connaître, et le 3 mai 1988 (*Bull. crim.* n° 189) la Chambre criminelle a approuvé cette décision, l'estimant justifiée au regard de l'article 687 précité.

Dans le second cas, il s'agissait de groupements syndicaux qui avaient déposé une plainte avec une constitution de partie civile contre un préfet et un commissaire de police, et pour l'instruction de laquelle la Cour de cassation avait désigné une chambre d'accusation. Cette juridiction, dans des conditions semblables à celles de l'espèce précédente, avait déclaré, par un premier arrêt, la plainte irrecevable faute de versement de la consignation, mais, saisie ultérieurement d'une nouvelle plainte visant les mêmes faits, l'avait déclarée recevable par un second arrêt.

Sur le pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel, la Chambre criminelle a, le 9 août 1989 (*Bull. crim.* n° 304), cassé sans renvoi cette décision, après avoir constaté que par son premier arrêt la chambre d'accusation avait épuisé sa saisine, et que, n'étant plus compétente en l'absence d'une nouvelle désignation, elle avait méconnu le sens et la portée de l'article 681 du code de procédure pénale.

b) Instruction terminée. Renvoi devant une juridiction de jugement.

Saisie d'une requête visant un maire susceptible d'être inculpé d'une soustraction commise par un dépositaire public dans la circonscription où il était compétent et dans l'exercice de ses fonctions, la Chambre criminelle avait désigné la chambre d'accusation pour connaître des faits de la poursuite en application de l'article 681 du code de procédure pénale. Or cette juridiction, à l'issue de l'information, estimant qu'il y avait charges suffisantes contre l'intéressé d'avoir commis un abus de confiance, l'a renvoyé devant le tribunal correctionnel dans le ressort duquel est située la commune dont l'inculpé était le maire.

C'était méconnaître les dispositions pourtant formelles de l'article 683 du code de procédure pénale aux termes duquel, si l'infraction retenue à la charge de l'inculpé constitue un délit, la chambre d'accusation ne peut le renvoyer que devant « une juridiction correctionnelle du premier degré autre que celle dans le ressort de laquelle l'inculpé exerçait ses fonctions ».

La Chambre criminelle a par conséquent, le 4 janvier 1990 (*Bull. crim.*, sera publié), cassé cet arrêt et renvoyé la cause et les parties devant la chambre d'accusation d'une autre cour d'appel.

B. – CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

Professeur agrégé de droit privé à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1er octobre au 31 décembre 1989)

I. – DROIT PENAL GENERAL

1. *Peines en matière de contraventions.*

Complétant la loi n° 89-469 du 10 juillet 1989 (cette *Revue*, 1990.117, n° 1), un *décret n° 89-989 du 29 décembre 1989* (*J.O.* 31 déc. 1989, p. 16663) fixe le tarif des peines d'amende applicables à certaines contraventions de police. Selon l'article 1er du décret, les nouveaux tarifs sont applicables aux textes législatifs antérieurs à l'entrée en vigueur de la Constitution et aux règlements en vigueur, dès lors que ces textes fixent des amendes pénales en matière de contraventions de police. Les contraventions punies d'une amende dont le taux maximum n'excède pas 250 F sont punies de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 1re classe et relèvent du 1° de l'article R. 25 du code pénal.

Comprises entre 250 F et 600 F, les amendes entrent dans la rubrique des contraventions de la 2e classe et relèvent du 2° de l'article R. 25 du code pénal. Si le taux était compris entre 600 et 1 300 F, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la 3e classe, relevant de l'article R. 25-3° du code pénal, tandis que le taux compris entre 1 300 F et 2 500 F entraîne l'amende des contraventions de la 4e classe (art. R. 25-4 c. pén.) et celui compris entre 2 500 et 5 000 F entraîne l'amende des contraventions de la 5e classe, relevant pour le taux de l'article R. 25-5-1re phrase.

Le décret du 29 décembre 1989 indique aussi que les contraventions punies d'une amende dont le taux maximum actuel en cas de récidive est supérieur à 5 000 F sans excéder 10 000 F sont punies des peines d'amende prévues pour les contraventions de la 5e classe en récidive, et que les contraventions commises en première infraction punies d'une amende dont le taux maximum actuel excède 5 000 F ont un taux maximum fixé à 6 000 F, et relèvent de la première phrase de l'article R. 25-5 du code pénal. Par là même, le décret opère un certain reclassement, étant entendu qu'il ne concerne que les règlements et les lois antérieurs au 4 octobre 1958.

L'article 2 du décret du 29 décembre modifie les taux des amendes de 4e classe (1 300 F à 3 000 F au lieu de 1 300 à 2 500) et de 5e classe (3 000 à 6 000 F au lieu de 2 500 à 5 000 F et, en cas de récidive, amende de 6 000 à 12 000 F au lieu de 5 000 à 10 000 F). Le décret précise qu'il n'est apporté aucune modification au taux des amendes fixées proportionnellement au montant ou à la valeur exprimée en numéraire du préjudice, des réparations ou de l'objet de l'infraction. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1990.

II. – DROIT PENAL SPECIAL

2. *Fraudes et tromperies.*

a) Un *arrêté du 5 septembre 1989* (*J.O.* 1er oct. 1989, p. 12345) concerne l'emploi de préparations enzymatiques dans la fabrication de certaines denrées et boissons destinées à l'alimentation humaine.

b) Un *arrêté du 2 octobre 1989* (*J.O.* 31 oct. 1989, p. 13577) concerne l'emploi de certaines substances de synthèse dans les arômes alimentaires et les huiles essentielles.

c) Un arrêté du 31 août 1989 (*J.O.* 28 oct. 1989, p. 13497) complète un arrêté du 10 juillet 1986 sur l'entrée en France de viandes fraîches d'animaux de boucherie destinées à la consommation, tandis que des *arrêtés du 26 septembre 1989* (*J.O.* 29 oct. 1989, p. 13545 et 13546) modifient des arrêtés sur les semences de plantes fourragères et sur les semences oléagineuses et à fibres.

d) Une *circulaire du 2 octobre 1989* (*J.O.* 14 nov. 1989, p. 14130) porte sur l'application du décret du 14 mars 1986 concernant les objets d'ameublement.

3. *Automobile et circulation routière*

a) Un *arrêté du 5 octobre 1989* (*J.O.* 18 oct. 1989, p. 12994) a trait à la réception C.E.E. pour certains éléments et caractéristiques des tracteurs agricoles ou forestiers à roues.

b) Un *arrêté du 13 novembre 1989* (*J.O.* 29 nov. 1989, p. 14783) modifie un précédent arrêté sur l'homologation C.E.E. des projecteurs pour véhicules à moteur assurant la fonction de feux de route et/ou de feux de croisement et des lampes électriques à incandescence pour ces projecteurs, tandis qu'un autre *arrêté du 15 novembre 1989* (*J.O.* 29 nov. 1989, p. 14783) modifie l'arrêté sur l'homologation C.E.E. des feux de brouillard arrière des véhicules à moteur.

c) Un *décret n° 89-879 du 4 décembre 1989* (*J.O.* 8 déc. 1989, p. 15216) modifie l'article R. 53-1 du code de la route. Ce texte précise que le port de la ceinture de sécurité est obligatoire en circulation pour les conducteurs et passagers des places avant des véhicules automobiles d'un poids autorisé n'excédant pas 3,5 tonnes, et que cette obligation peut être étendue aux autres passagers de ces véhicules par voie d'arrêté du ministre chargé des Transports et du ministre de l'Intérieur. Par ailleurs, le même décret prévoit que les véhicules mis en circulation après le 1er octobre 1990 devront comporter un ou deux feux de brouillard arrière émettant de la lumière rouge.

d) Un *arrêté du 27 novembre 1989* (*J.O.* 9 déc. 1989, p. 15267) modifie un arrêté relatif à l'homologation des feux spéciaux des véhicules à progression lente.

e) Un *arrêté du 5 décembre 1989* (*J.O.* 27 déc. 1989, p. 16164) modifie un arrêté du 16 juillet 1954 sur l'éclairage et la signalisation des véhicules.

f) Un *arrêté du 14 décembre 1989* (*J.O.* 30 déc. 1989, p. 16425) porte application de l'article R. 53-1 du code de la route modifié par le décret du 4 décembre 1989. On notera que la ceinture n'est pas obligatoire pour les personnes justifiant d'une contre-indication médicale et munies d'un certificat médical à cet effet, délivré par la commission médicale départementale chargée d'apprécier l'aptitude physique des candidats au permis de conduire.

On se permettra une observation. Actuellement l'article R. 233, dernier alinéa, du code de la route punit d'une amende de la 2e classe de contraventions la contraven-

tion à l'article R. 53-1 du code de la route prévoyant l'obligation d'attacher la ceinture aux places avant : est-il légal que cette obligation puisse être étendue, par voie d'un *simple arrêté*, aux passagers des places arrière ? N'y a-t-il pas méconnaissance de l'article 37 de la Constitution ?

4. *Crédit et usure*

a) Un *avis du 10 octobre* 1989 (*J.O.* 10 oct. 1989, p. 12699) a trait aux taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit au cours du troisième trimestre 1989. La mobilisation des créances commerciales a été effectuée à des taux compris entre 10,10 et 16,25 % ; les crédits financiers à court terme ont été octroyés à des taux compris entre 10,10 et 14,50 % et les crédits à moyen terme entre 10,35 et 13,90 %. Les crédits immobiliers sont demeurés à des taux inchangés, tandis que les financements des ventes à tempérament variaient entre 14,10 et 17,96 %.

b) Un *avis du 30 décembre 1989* (*J.O.* 30 déc. 1989, p. 16529) concerne les taux effectifs moyens pratiqués au cours du quatrième trimestre de 1989. Globalement on constate une remontée des taux d'intérêt d'environ 1 %, sauf bien évidemment des taux avoisinant le taux maximum de 17,96 %.

5. *Usage de documents imitant ceux de l'administration des P.T.T.*

Un *décret n° 89-738 du 12 octobre 1989* (*J.O.* 14 oct. 1989, p. 12875) complète la partie réglementaire du code des postes et télécommunications. L'article R. 10 reçoit une nouvelle rédaction : la publication de listes d'abonnés ou d'utilisateurs est soumise à autorisation préalable du ministre chargé des Télécommunications.

Cette autorisation peut être refusée si la publication est de nature à nuire au bon fonctionnement du service de télécommunications : elle peut être assortie de conditions visant à éviter toute confusion entre ces publications et les annuaires de l'administration. Le non-respect de ces dispositions est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 1re classe pour chaque exemplaire mis en circulation.

Le nouvel article R. 11 prévoit la peine d'amende des contraventions de la 3e classe à l'encontre de ceux qui méconnaissent l'interdiction de l'usage de documents imitant ceux de l'administration des télécommunications avec ses usagers, et notamment les factures, comme de ceux qui feraient usage de documents imitant ceux utilisés par les concessionnaires de publicité dans les annuaires de l'administration pour recueillir des souscriptions de publicité à insérer dans les annuaires.

6. *Prévention de l'introduction en France de maladies transmissibles*

Un *décret n° 89-791 du 25 octobre 1989* (*J.O.* 27 oct. 1989, p. 13453) fixe les peines applicables en cas d'infraction à la législation sanitaire visant à prévenir l'introduction en France des maladies transmissibles. En fait, celui qui contrevient aux dispositions du décret du 24 janvier 1989 — portant publication du règlement sanitaire international adopté par la 22e Assemblée de l'Organisation mondiale de la santé et modifié par les 26e et 34e assemblées — est puni de la peine d'amende prévue pour les contraventions de police de la 5e classe.

La même peine est applicable en cas de non-respect des dispositions du décret du 18 octobre 1950 concernant l'utilisation des gaz toxiques non interdits pour la dératisation et la désinsectisation des navires.

7. *Actes illicites de violence dans les aéroports*

Le *décret n° 89-815 du 2 novembre 1989* (*J.O.* 9 nov. 1989, p. 13944) publie le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à

l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites de Montréal du 23 septembre 1971.

La Convention complète celle de Montréal : elle considère comme infraction pénale le fait par une personne d'accomplir à l'encontre d'une personne dans un aéroport un acte de violence qui cause ou est de nature à causer des blessures graves ou la mort, ou de détruire ou endommager gravement les installations d'un aéroport servant à l'aviation civile internationale ou des aéronefs qui ne sont pas en service et qui se trouvent dans l'aéroport, ou d'interrompre les services de l'aéroport, si cet acte compromet ou est de nature à compromettre la sécurité dans cet aéroport.

On sait que la loi du 10 juillet 1989 (cf., cette *Revue*, *supra*, p. 120 n° 5 b) a, conformément à l'article 2 *bis* nouveau de la Convention, introduit dans notre législation les modifications qui s'imposaient afin de faciliter la poursuite des auteurs de ces agissements.

8. *Chèques volés ou perdus*

Un *arrêté du 26 octobre 1989* (*J.O.* 17 nov. 1989, p. 14329) modifie un précédent arrêté autorisant la participation des services de police à la gestion d'un traitement automatisé des chèques volés ou perdus, mis en oeuvre par la Chambre de commerce et d'industrie de Toulouse.

9. *Réglementation des fouilles archéologiques*

a) La *loi n° 89-874 du 1er décembre 1989* (*J.O.* 5 déc. 1989, p. 15033) procède à une modification de la loi du 27 septembre 1941 sur la réglementation des fouilles archéologiques. L'article 1er de la loi indique que constituent des biens culturels maritimes les gisements, épaves, vestiges et tout bien présentant un intérêt préhistorique, archéologique ou historique situé dans le domaine public maritime ou au fond de la mer dans la zone contiguë.

Ceux de ces biens situés dans le domaine public, et dont le propriétaire n'est pas susceptible d'être retrouvé, appartiennent à l'Etat (si le propriétaire n'a pas pu être retrouvé dans un délai de trois ans à compter de la découverte, les biens appartiennent aussi à l'Etat).

Le fait d'enfreindre les obligations de déclaration prévues aux articles 3, alinéa 2 (cas de découverte d'un bien culturel), et 4 de la loi (enlèvement fortuit d'un bien culturel à la suite de travaux ou de toute autre activité publique ou privée) est puni d'une amende de 500 à 15 000 F (art. 14 de la loi). La même peine s'applique à quiconque aura fait auprès d'une autorité publique une fausse déclaration quant au lieu et à la composition du gisement sur lequel l'objet déclaré a été découvert.

L'article 15 de la loi punit d'une amende de 1 000 à 50 000 F quiconque aura fait des prospections, sondages, prélèvements, fouilles sur des biens culturels maritimes, ou aura procédé à un déplacement de ces biens ou à un prélèvement, en infraction aux dispositions des articles 3, alinéa 1 (obligation de laisser les objets en place), 7 et 8 de la loi (nécessité de demander une autorisation avant de procéder à des prospections, fouilles ou sondages...).

Est punissable, selon l'article 16 de la loi, d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 30 000 F quiconque aura sciemment aliéné ou acquis un bien culturel maritime enlevé du domaine public maritime ou du fond de la mer dans la zone contiguë, en infraction aux dispositions des articles, 3, 4, 7 et 8 de la loi. Le montant de l'amende pourra être porté au double du prix de vente du bien. Le juge pourra, en outre, ordonner la publication, par voie de presse, de sa décision aux frais du condamné, sans que le coût total de la publication puisse excéder le montant de l'amende encourue.

b) Du point de vue du droit procédural, l'article 17 de la loi prévoit que les infractions sont recherchées et constatées par les officiers et agents de police judiciaire, agents de police judiciaire adjoints, administrateurs des affaires maritimes, officiers du corps technique et administratif des affaires maritimes, agents des douanes, agents du ministère de la Culture spécialement assermentés et commissionnés à cet effet dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les officiers et officiers mariniers commandant les bâtiments de la Marine nationale, les contrôleurs des affaires maritimes, les techniciens du contrôle des établissements de pêche, les guetteurs sémaphoriques, les syndics des gens de mer et, dans les ports, les officiers de port et les officiers de port adjoints.

Les procès-verbaux dressés par ces différents agents font foi jusqu'à *preuve contraire*. Ils sont transmis immédiatement au procureur de la République (art. 18).

Enfin l'article 19 de la loi prévoit que les infractions commises dans la mer territoriale ou dans la zone contiguë sont jugées soit par le tribunal compétent du lieu de l'infraction, soit par celui de la résidence de l'auteur de l'infraction, soit par celui du lieu d'arrestation, soit, à défaut, par le tribunal de grande instance de Paris.

c) Les articles 20 à 22 de la loi modifient les articles 19, 20 et 21 de la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques. Le défaut de déclaration ou la fausse déclaration est punissable d'une amende de 500 à 15 000 F. Le fait de procéder à des fouilles en infraction aux dispositions des articles 1, 3, 8 et 15 est puni d'une amende de 1 000 à 50 000 F, et l'aliénation comme l'acquisition d'objets découverts en violation des articles 1, 6 et 15, ou dissimulés en violation des articles 3 et 14, est puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 500 à 30 000 F, l'amende pouvant être portée au double du prix de la vente du bien, et le tribunal pouvant ordonner la publication de sa décision aux frais du condamné, sans que le coût de la publication puisse excéder celui de l'amende encourue.

10. *Protection de la santé de la famille et de l'enfance*

La *loi n° 89-899 du 18 décembre 1989* (*J.O.* 19 déc. 1989, p. 15735) a trait à la protection et à la promotion de la santé de la famille et de l'enfance. Parmi de nombreuses autres dispositions, on notera que les personnes appelées à prendre connaissance des renseignements inscrits sur le carnet de grossesse d'une femme enceinte sont soumises au secret professionnel (art. L. 155 al. 2 c. santé publ.). Egalement doit respecter le secret professionnel la transmission de l'attestation de passation du premier examen médical prénatal, effectuée par les organismes chargés du versement des prestations familiales au médecin responsable du service départemental de la protection maternelle et infantile.

La création, l'extension ou la transformation des établissements ou services gérés par une personne physique ou morale accueillant des enfants de moins de six ans sont subordonnées à une autorisation délivrée par le président du conseil général après avis du maire de la commune d'implantation.

Le non-respect de cette autorisation préalable expose aux peines de l'article 99 du code de la famille et de l'aide sociale, le tribunal pouvant en outre ordonner la fermeture des établissements ou services ou prononcer contre le condamné l'interdiction, temporaire ou définitive, de diriger tout établissement ou service relevant des articles L. 180 et suivants du code de la santé publique (art. L. 183 nouveau c. santé publ.).

11. *Utilisation de détecteurs de métaux*

Une *loi n° 89-900 du 18 décembre 1989* (*J.O.* 19 déc. 1989, p. 15739) interdit l'utilisation du matériel permettant la détection d'objets métalliques à l'effet de rechercher des monuments et objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéo-

logie, sans qu'ait été obtenue une autorisation administrative délivrée en fonction de la qualification du demandeur comme de la nature et des modalités de la recherche.

Toute publicité ou notice d'utilisation concernant les détecteurs de métaux doit comporter le rappel de cette interdiction et des sanctions pénales encourues comme des motifs de cette réglementation.

Les infractions à cette loi, ainsi qu'aux textes pris pour son application, sont constatées par les officiers, agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints, ainsi que par les fonctionnaires, agents et gardiens visés à l'article 3 de la loi du 15 juillet 1980 sur la protection des collectivités publiques contre les actes de malveillance. Les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire et sont remis ou envoyés sans délai au procureur de la République dans le ressort duquel l'infraction a été commise.

Un nouvel article 4 *bis* est introduit dans la loi du 15 juillet 1980 ; il autorise toute association agréée déclarée depuis au moins trois ans, ayant pour but l'étude et la protection du patrimoine archéologique, à exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits prévus et réprimés par les articles 257-1 et 257-2 du code pénal et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elle a pour objet de défendre.

12. *Changes*

Un *décret n° 89-938 du 29 décembre 1989* (*J.O.* 30 déc. 1989, p. 16411) modifie le régime des mouvements physiques de sommes, titres ou valeurs, et des obligations de déclaration. Les importations ou exportations de sommes sont soumises à déclaration lorsqu'elles excèdent 50 000 F ; les mouvements de fonds entre la France et l'étranger ne donnent plus lieu à déclaration s'ils n'excèdent pas mensuellement 100 000 F. Le décret du 9 mars 1989 est abrogé, à l'exception de son article 13 (V. aussi *arrêté du 29 déc. 1989*, *J.O.* 30 déc. 1989, p. 16416). A noter que l'article 98 de la *loi de finances pour 1990* (*J.O.* 30 déc. 1989, p. 16337) soumet à certaines obligations d'ordre fiscal l'ouverture ou l'utilisation de comptes à l'étranger.

III. – REGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SURETE

13. *Fichier national des personnes incarcérées*

Un *arrêté du 19 octobre 1989* (*J.O.* 27 oct. 1989, p. 13448) modifie l'arrêté du 7 juillet 1986 créant le fichier national automatisé des personnes incarcérées.

Les personnes habilitées à recevoir des informations sont le directeur de l'Administration pénitentiaire, les directeurs régionaux, le personnel habilité des services extérieurs de l'Administration pénitentiaire, les chefs des établissements pénitentiaires, les magistrats et personnels habilités de la direction de l'Administration pénitentiaire, le directeur, les magistrats et personnels habilités de la Direction des affaires criminelles, les magistrats et greffiers habilités des cours et tribunaux ; les officiers de police judiciaire de la police nationale et de la gendarmerie nationale sont aussi autorisés à consulter à des fins de police judiciaire les informations relatives à l'identité des personnes incarcérées et à l'incarcération.

Les informations concernant les personnes libérées sont communiquées uniquement sur support papier à la Direction de la police judiciaire du ministère de l'Intérieur.

14. *Pécule de libération*

Un *arrêté du 7 novembre 1989* (*J.O.* 29 nov. 1989, p. 14777) modifie l'article A 41-1 du code de procédure pénale. Il fixe à 1 500 F la somme à partir de laquelle les dépôts sur livrets de caisse d'épargne doivent être effectués.

Un autre *arrêté du 29 novembre 1989* (*J.O.* 9 déc. 1989, p. 15266) fixe à 1 200 F le plafond des subsides pouvant être reçus chaque mois par les condamnés, en application de l'article D. 422 du code de procédure pénale. Dans cette limite, les sommes reçues ont un caractère alimentaire. A l'occasion des fêtes de fin d'année, cette somme de 1 200 F est doublée (art. A. 42 nouveau).

15. *Liste des établissements classés centres de détention*

Un *arrêté du 21 novembre 1989* (*J.O.* 6 déc. 1989, p. 15083) complète la liste des centres de détention (art. D. 70 et D. 70-2 c. pr. pén.). A compter du 15 décembre 1989, il est créé un centre de détention à Tarascon, à Bapaume, Maubeuge, Neuvic-sur-l'Isle et à Uzerche.

IV. – DROIT PENAL DES MINEURS

.....

V. – PROCEDURE PENALE

16. *Indemnisation des victimes d'actes de terrorisme*

Un *décret n° 89-800 du 27 octobre 1989* (*J.O.* 1er nov. 1989, p. 13618) modifie les articles R. 422-1, R. 422-6 et R. 422-8 du code des assurances. Le texte nouveau fixe la composition du conseil d'administration du Fonds de garantie. Il précise que dès la survenance d'un acte de terrorisme le procureur de la République informe sans délai le Fonds de garantie des circonstances de l'événement et de l'identité des victimes. Toute victime peut saisir directement le Fonds de garantie, qui l'assiste dans la constitution de son dossier d'indemnisation.

Un *arrêté du 31 octobre 1989* (*J.O.* 1er nov. 1989, p. 13619) fixe à 1 F par contrat le montant de la contribution destinée à alimenter le Fonds de garantie.

17. *Perquisitions et visites domiciliaires en matière fiscale et douanière*

La *loi de finances pour 1990 du 29 décembre 1989* (*J.O.* 30 déc. 1989, p. 16337) apporte quelques modifications aux articles 16 B et 38 du Livre des procédures fiscales, et à l'article 64-2 du code des douanes, autorisant des perquisitions en matière fiscale et douanière sur décision judiciaire.

Le paragraphe II de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales est complété ainsi qu'il suit : l'ordonnance doit comporter la mention de la délégation du président s'il y a lieu, l'adresse des lieux à visiter, le nom et la qualité du fonctionnaire habilité qui a sollicité et obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite. Le juge doit aussi motiver sa décision par l'indication des éléments de fait de droit qu'il retient et qui laissent présumer l'existence des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée. Si, à l'occasion de la visite, les agents découvrent l'existence d'un coffre en banque, où des pièces et documents pourraient se trouver, ils peuvent, sur autorisation du juge délivrée par tout moyen, procéder immédiatement à la visite.

Du point de vue formel, la loi nouvelle précise que l'ordonnance est notifiée verbalement et sur place, au moment de la visite, à l'occupant des lieux, qui reçoit une copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal (en l'absence de l'occupant, l'ordonnance est notifiée après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception, la notification étant réputée faite à la date de réception sur l'avis ; à défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance aux conditions

prévues par les articles 550 et suivants du code de procédure pénale). Elle impose sur les actes de notification ou de signification la mention du délai et des modalités de la voie de recours. Elle autorise enfin l'assistance des inspecteurs habilités par des agents des impôts, également habilités.

Des dispositions comparables sont insérées dans les articles L. 38 du Livre des procédures fiscales et L. 64-2 du code des douanes. Il est regrettable que le législateur n'ait pas songé à apporter des modifications semblables dans les articles 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et 5B de l'ordonnance du 28 septembre 1967 (modifiée par la loi du 2 août 1989). Car un certain nombre de difficultés posées par ces « perquisitions » antérieures à toute phase policière ou judiciaire de procédure pénale, et révélées par le contentieux développé devant la Cour de cassation à la suite des arrêts du 15 décembre 1988 (*Bull. Ch. mixte*, 1 à 5), proviennent du non-respect de ces formes élémentaires.

18. *Constatation des infractions à la réglementation des fouilles archéologiques*

La *loi n° 89-874 du 1er décembre 1989* (*J.O.* 5 déc. 1989, p. 15033) comporte des dispositions particulières quant à la constatation des infractions à la réglementation des fouilles archéologiques (V. *supra* n° 9-b).

19. *Constatation et poursuite des infractions à la législation sur les détecteurs de métaux*

La *loi n° 89-900 du 18 décembre 1989* (*J.O.* 19 déc. 1989, p. 15739), interdisant, sans autorisation, l'utilisation de matériel de détection de métaux pour la recherche d'objets préhistoriques, prévoit des dispositions concernant la constatation de ces infractions. Par ailleurs, elle autorise des associations agréées à exercer les droits reconnus à la partie civile pour les délits définis aux articles 257-1 et 257-2 du code pénal (V. *supra* n° 11).

VI. – DROIT PENAL INTERNATIONAL

20. *Actes illicites de violence dans les aéroports*

Le *décret n° 89-815 du 2 novembre 1989* (*J.O.* 9 nov. 1989, p. 13944) publie le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention de Montréal du 23 septembre 1971 (V. *supra* n° 7).

C. – CHRONIQUE PENITENTIAIRE ET DE L'EXECUTION DES PEINES

LA MESURE DU TEMPS CARCERAL

Marie-Danièle BARRÉ

Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP)

Pierre TOURNIER

Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP)

La recherche présentée dans cet article s'inscrit dans un ensemble de travaux que le groupe de démographie carcérale du CESDIP a réalisés depuis 1982 sur les mécanismes de renouvellement de la population des personnes incarcérées en France[1].

La population carcérale est, on le sait, très hétérogène du point de vue des durées de détention. Elle regroupe une majorité de détenus qui effectuent des temps de détention courts, voire très courts, et une minorité qui purgent des peines plus longues.

Cette grande diversité des détentions suggère tout l'intérêt d'une approche longitudinale. Seul, en effet, le suivi d'une cohorte d'incarcérations peut réellement rendre compte de ces histoires individuelles. Il est clair, cependant, que l'observation de cette cohorte d'incarcérations sera nécessairement amputée des détentions les plus longues. Pour celles-ci une autre méthode d'observation a, par ailleurs, déjà été utilisée, portant sur des « sortants » condamnés à une peine de trois ans et plus[2].

Cette recherche porte sur la cohorte des personnes incarcérées en février 1983 (n = 6 745). Après avoir constitué un échantillon représentatif de cette population[3], nous avons effectué un suivi des personnes concernées sur une période de plus de deux ans, au moyen des fichiers informatiques constitués dans le cadre de la statistique informatisée de la population pénale (SIPP). Sur les 1 326 dossiers examinés, on compte 95 % de libérés au 30 avril 1985 — soit dans un délai de 26 à 27 mois —, 4 % de condamnés dont la fin de peine prévue était postérieure à cette date et 1 % de détenus dont le sort n'était pas encore fixé.

On voit que la procédure choisie permet bien de suivre la très grande majorité des entrants jusqu'à leur libération.

Un entrant sur deux est libéré dans les deux mois et demi

Les temps de détention analysés correspondent aux durées qui s'écoulent entre l'écrou initial et la libération, on les appelle « détentions homogènes ». Ces détentions

1. M.-D. Barré et P. Tournier, coll. B. Leconte, « La mesure du temps carcéral, observation suivie d'une cohorte d'entrants », CESDIP, *Déviance et contrôle social*, n° 48, 1988, p. 198.
2. D. Meurs et P. Tournier, « L'érosion des peines, analyse statistique de cohortes de détenus libérés, condamnés à une peine de trois ans ou plus », cette *Revue*, 1985.3.533-540.
3. Cet échantillon représentatif des entrées en détention de février 1983 l'est aussi de celles de l'ensemble de l'année 1983 (85 333 en métropole) : V. annexe.

peuvent être interrompues par une évasion, une suspension ou un fractionnement de peine, périodes qui sont alors déduites de la période globale. Cette définition résulte par nécessité du mode de gestion des documents des greffes pénitentiaires (en particulier la fiche pénale) sur lesquels repose le système SIPP. Elle engendre aussi des limites à l'analyse qui pourra être conduite, du fait de la dissociation qui existe entre le temps de détention lié à une affaire et le temps de détention homogène, dissociation qui revêt un double aspect :

— à une affaire unique, peuvent correspondre, du fait de la procédure, plusieurs temps de détention homogène. Ainsi voit-on s'imputer sur des *quantum* de condamnation des durées de détention provisoire, antérieure au temps de détention homogène considéré, et cela pour 4 % des dossiers de libérés. Mais la détention provisoire échappe à toute mémoire lorsqu'elle n'est pas suivie de condamnation, de sorte qu'on pourrait imaginer plusieurs incarcérations de la même personne, dans le cadre de la même affaire sans qu'il y ait jamais condamnation : ce cas, on le conçoit bien, est plus théorique que réel, en tout cas, marginal ;

— la deuxième limite tient à l'existence d'affaires multiples pour le même temps de détention. Là encore il faut souligner la relative rareté des affaires multiples (11 % des dossiers de libérés). La portée de l'analyse n'en est donc pas affectée ; par ailleurs, dans un deuxième temps, nous raisonnerons sur les seules affaires uniques, lorsque la finesse de l'analyse suppose d'éliminer tout effet perturbateur.

La distribution de l'échantillon selon la durée de détention homogène est la suivante :

Détention homogène	Effectifs	%	% Cumulés
1 jour à moins de 15 jours	230	17,3	17,3
15 jours à moins de 1 mois	157	11,8	29,2
1 mois à moins de 2 mois	185	14,0	43,2
2 mois à moins de 3 mois	211	15,9	59,1
3 mois à moins de 6 mois	256	19,3	78,4
6 mois à moins de 1 an	128	9,7	88,0
1 an et plus	159	12,0	100,0
Ensemble	1 326	100,0	

Par interpolation on peut calculer que 25 % des entrants ont été libérés dans un délai de 3 semaines, 50 % dans un délai de 2 mois et demi, 75 % dans un délai de 5 mois, et 90 % dans un délai de 14 mois.

Ces calculs ont été effectués également sur des échantillons spécifiques de mineurs et de femmes. Ainsi, si dans l'ensemble, une personne sur deux sort de prison après y avoir séjourné moins de deux mois et demi, un mineur sur deux y séjourne moins de 17 jours et une femme sur deux moins de un mois et demi.

59 % des détentions (moins de 3 mois) représentent seulement 11 % du nombre moyen annuel de détenus...

On connaît la durée exacte de chacune des détentions ayant pris fin pendant la période d'observation. Pour les autres détentions — 5 % de l'échantillon — on peut estimer le temps qui s'écoulera au delà de la période d'observation. Cette estimation se fonde, lorsque la date de fin de peine est connue, sur cette date, corrigée pour tenir compte de l'érosion des peines. Le facteur correctif utilisé (25 % d'érosion de la peine) est purement indicatif ; il résulte des éléments de référence issus des recherches concernant les sortants de 1973 et ceux de 1982. La durée moyenne de chaque détention est ainsi estimée à 1 495 jours.

A défaut d'autres informations, on a attribué cette même durée moyenne aux 13 détenus non libérés et non encore condamnés.

Ainsi sur l'ensemble du temps de détention qui sera finalement vécu par la cohorte, 19 % résulte d'une estimation. Cette approximation nous conduit à une valeur estimée de la durée moyenne de détention de la cohorte de 5,84 mois, ce qui n'est pas très éloigné de la valeur de l'indicateur de durée moyenne de détention habituellement calculée qui est pour 1983 de 5,31 mois[4].

Compte tenu de l'estimation que nous venons d'évoquer, le tableau de distribution des durées peut être complété de la façon suivante :

DURÉE	DÉTENTIONS			JOURNÉES DE DÉTENTION		
	Eff.	%	% cumul.	Eff.	%	% cumul.
1 à -15 jours	230	17,3	17,3	1 780	0,8	0,8
15 jours à -1 mois	157	11,8	29,1	3 116	1,3	2,1
1 à -2 mois	185	14,0	43,2	6 789	2,9	5,0
2 à -3 mois	211	15,9	59,1	14 236	6,1	11,2
3 à -6 mois	256	19,3	78,4	31 845	13,7	24,9
6 à -12 mois	128	9,7	88,0	30 760	13,2	38,1
12 à -27 mois	95	7,2	95,2	47 974	20,7	58,8
27 mois et plus	64	4,8	100,0	95 664	41,2	100,0
Ensemble	1 326	100,0		232 164	100,0	

Ce tableau peut se lire ainsi : toutes les détentions inférieures à 15 jours, soit 17 % du total ne représentent que 0,8 % du temps de détention vécu par la cohorte.

Si l'histoire des détentions une année donnée reproduisait fidèlement l'histoire de cette cohorte, on pourrait dire que les détentions de ...

Moins d'1 mois	représentent	2,1 %	des journées de détention
Moins de 3 mois	représentent	11,2 %	des journées de détention
Moins de 6 mois	représentent	24,9 %	des journées de détention
Moins de 12 mois	représentent	38,1 %	des journées de détention
Moins de 27 mois	représentent	58,8 %	des journées de détention

Le nombre de journées vécues dans un intervalle de temps peut être converti en un effectif de personnes ayant vécu en moyenne dans cet intervalle : par exemple 30 000 jours de détention pendant un mois équivalent à un effectif moyen mensuel de 1 000 détenus. Pour cette raison le tableau ci-dessus peut finalement se lire ainsi : les détentions de moins de trois mois, soit 59 % des détentions représentent une année donnée 11 % des effectifs de détenus.

A la lecture de ces chiffres, on voit clairement que les courtes détentions — qui sont les plus fréquentes — ont peu d'influence sur l'occupation des établissements.

Ce type d'information, nouvelle et essentielle, doit cependant être considéré comme un ordre de grandeur, étant donné les hypothèses évidemment très simplificatrices que nous avons été tenus de faire tout au long de ce raisonnement.

4. Rappelons que cet indicateur (d) s'obtient en effectuant le quotient de l'effectif moyen d'une année (Pm) par le flux d'entrées de cette période (e) : d=12 x Pm/e (durée exprimée en mois) ; la meilleure estimation de Pm est calculée en rapportant le nombre de journées de détention de l'année au nombre de jours de l'année.

Trois détentions homogènes sur quatre comptent du temps de détention provisoire

Les temps de détention peuvent être décomposés en détention en tant que prévenu, détention en tant que condamné et en tant que dettier. Cette décomposition fait nécessairement appel à des choix hiérarchisés lorsque plusieurs motifs d'écrou justifient un temps de détention. Ainsi avons-nous fait primer le statut de « condamné » sur celui de « prévenu » conformément à l'article D. 52 du code de procédure pénale.

Une telle décomposition selon le statut pénal ne peut évidemment être faite que sur des temps de détention achevés. Les données qui suivent portent donc sur les 1 262 libérés de l'échantillon (soit 95 % des détentions).

L'ensemble des journées de détention effectuées par la population des libérés est de 136 500 jours qui se répartissent de la façon suivante :

- journées de détention en tant que prévenu	68 412 jours	50,1 %
- journées de détention en tant que condamné	66 154 jours	48,5 %
- journées de détention en tant que dettier	1 934 jours	1,4 %
Ensemble	136 500 jours	100,0 %

Ainsi donc, 50 % du temps se déroule en détention provisoire. Par ailleurs, on a pu constater que sur 1 262 détentions, 963 comptent une part de détention provisoire, soit 76 %, 50 % ont une détention provisoire inférieure à 1,5 mois et la durée moyenne de détention provisoire est de 2,4 mois[5].

Comment s'inscrivent ces durées de détention provisoire par rapport à l'ensemble de la détention ? En d'autres termes, la détention provisoire couvre-t-elle la totalité de la détention ou, au contraire, n'en est-elle qu'une partie et dans quelle proportion ?

Nous avons déjà vu qu'au total 50 % des journées de détention étaient des journées de détention provisoire. Cette proportion est d'autant plus forte que la détention totale est brève. Il faut en effet souligner que plus le temps de détention est court, plus il a de chances d'être constitué uniquement de détention provisoire.

Sur l'ensemble des détentions, on constate que 42 % ont été constituées uniquement de détention provisoire. Mais 75 % des détentions inférieures à 15 jours et 59 % des détentions de 15 jours à moins d'un mois ne sont que de la détention provisoire. Pour l'ensemble des détentions supérieures à un an (et inférieures à 27 mois), on peut souligner que 8 % d'entre elles se sont déroulées entièrement en détention provisoire.

Enfin, nous avons décomposé le temps de détention provisoire, en fonction de deux critères, nature juridique et imputation sur un temps d'exécution de peine. Là encore des choix hiérarchiques ont dû être faits en cas d'affaires multiples. Nous n'avons pas envisagé l'ensemble des combinaisons théoriquement possibles mais avons adopté, au coup par coup, les règles suivantes en fonction des cas qui se présentaient :

— la détention liée à une instruction criminelle prime sur la détention liée à une instruction correctionnelle ;

— la détention en attente de jugement correctionnel prime sur la détention liée à l'instruction correctionnelle ;

— la détention liée à une procédure d'appel et de pourvoi prime sur la détention liée à l'instruction correctionnelle.

5. Rappelons que l'indicateur de durée moyenne de détention provisoire est de 3,1 mois pour 1983 (B. Leconte et P. Tournier, *Contribution à la connaissance de la population des personnes incarcérées en France, « 1968-1980 », actualisation des données sur la période 1981-1988*, Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, Travaux et documents n° 37, 1988, p. 82). Cet indicateur est évidemment très sensible aux longues durées de détention provisoire qui dans le cas présent concernent les 5 % de non-libérés et sont exclus du calcul.

L'essentiel de la détention provisoire étudiée tient au temps de l'instruction correctionnelle — 62 % —, vient ensuite l'attente de jugement correctionnel qui compte pour 15 % :

	Journées de détention provisoire en %
Saisine	5,4
Opposition	0,4
Instruction correctionnelle	62,1
Attente de jugement correctionnel	15,4
Instruction criminelle et attente de jugement	9,4
Appel, pourvoi	7,3
Ensemble	100,0

Le temps de détention provisoire acquiert *a posteriori* un caractère différent selon qu'une condamnation viendra en partie ou totalement lui donner valeur d'exécution de peine. Si cette condamnation n'intervient pas pendant le temps de détention homogène, le caractère de la détention provisoire nous reste inconnu, c'est ce qu'on a appelé la détention à « imputation inconnue ». Si par contre la fiche pénale fait état de la condamnation on peut savoir si, et dans quelle mesure, la durée de détention provisoire est imputée sur une durée de peine prononcée :

— 49 % des détentions provisoires, soit pratiquement une sur deux comporte du temps de détention à imputation inconnue, du fait d'une ordonnance de mise en liberté. Ce temps représente 38 % du total de la détention provisoire ;

— 7 % des détentions provisoires ont eu du temps non imputé, ce qui représente un peu moins de 3 % du temps de détention provisoire.

La mise en détention provisoire suivie d'une ordonnance de mise en liberté est la trajectoire la plus fréquente

Arrivés à ce stade de l'analyse, on se limitera nécessairement aux détentions liées à une seule affaire. Nous avons pris en compte toutes les affaires qui apparaissent sur la fiche pénale, même si elles sont confondues avec une autre affaire. Par ailleurs, la contrainte par corps est aussi considérée comme une affaire.

Ces choix étaient rendus nécessaires par la reconstruction cohérente des trajectoires dans l'analyse des affaires uniques. Ces conventions étant admises, on constate d'ailleurs que, parmi les libérés, 9 dossiers sur 10 ne comportent qu'une affaire.

On définit comme appartenant à la même « trajectoire de détention » des détentions caractérisées par le même titre de détention et la même modalité de libération.

Le tableau ci-dessous permet de connaître la répartition des « libérés-affaire unique » selon les modalités de sortie et la nature du titre de détention. Malgré la grande diversité des trajectoires possibles, on constate que les quatre trajectoires les plus fréquentes rendent compte de 90 % des détentions à affaire unique.

TRAJECTOIRES	DÉTENTIONS	%
- mise en détention provisoire suivie de : ordonnance de mise en liberté	420	37,2
- saisine directe suivie de : fin de peine ou libération conditionnelle	247	21,9
- mise en détention provisoire suivie de : fin de peine ou libération conditionnelle	191	16,9
- exécution d'une condamnation suivie de : fin de peine ou libération conditionnelle	152	13,5
- autres	118	10,5
- Ensemble des libérés/affaire unique	1 128	100,0

On peut également mesurer en termes de journées de détention ce que représentent les unes par rapport aux autres ces différents types de trajectoires.

TRAJECTOIRES	JOURNÉES DE DÉTENTIONS	%
- mise en détention provisoire suivie de : ordonnance de mise en liberté	22 921	22,8
- saisine directe suivie de : fin de peine ou libération conditionnelle	18 381	18,3
- mise en détention provisoire suivie de : fin de peine ou libération conditionnelle	43 813	43,4
- exécution d'une condamnation suivie de : fin de peine ou libération conditionnelle	9 150	9,1
- autres	6 425	6,4
- Ensemble des libérés/affaire unique	100 690	100,0

Ainsi 94 % du temps de détention des libérés n'ayant eu qu'une seule affaire tient à quatre types de trajectoires.

La trajectoire « mise en détention provisoire suivie d'une ordonnance de mise en liberté » correspond à l'histoire la plus fréquente (37 % des cas) et représente 23 % des journées de détention des libérés à affaire unique.

Si l'on veut connaître le devenir de cette détention et savoir en particulier si ce temps viendra éventuellement s'imputer sur un temps de condamnation à l'emprisonnement, il est nécessaire de poursuivre le suivi au delà de la libération en ayant recours au casier judiciaire des personnes concernées ; cette phase de la recherche est à l'heure actuelle en cours.

Le groupe spécifique des détentions se terminant par une ordonnance de mise en liberté a fait l'objet d'une analyse plus poussée : en particulier leur fréquence relative a été étudiée en tenant compte de la nature de l'écrou, de l'infraction et de la catégorie sociale.

Il apparaît alors que la catégorie sociale tient une place discriminante dans l'analyse de la détention provisoire : les personnes les plus « favorisées » sortent, à infraction égale, beaucoup plus fréquemment que les autres du fait d'une ordonnance de mise en liberté. Ceci ne saurait surprendre puisque les « garanties de représentation » qu'offre l'insertion professionnelle font disparaître l'un des motifs de la détention provisoire. Mais la conséquence en est que, lorsque l'affaire vient en jugement, ces per-

sonnes comparaissent libres à l'audience, ce qui ne peut que jouer en leur faveur ; l'avantage est cumulatif.

Si l'ancienneté de la cohorte étudiée (entrants de 1983) permet de prolonger le suivi au delà de la libération dans des conditions satisfaisantes que nous ne retrouverons pas avant plusieurs années — période d'observation de plus de cinq ans sans amnistie —, elle oblige à se poser le problème de l'actualité des données produites par cette recherche.

La situation carcérale, examinée sous l'angle des durées de détention, a connu une évolution nettement marquée au cours des dernières années. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la série des indicateurs de durée moyenne de détention : 1983 = 5,1 mois ; 1984 = 5,5 mois ; 1985 = 6,2 mois ; 1986 = 6,2 mois ; 1987 = 6,4 mois ; 1988 = 6,8 mois[6].

Aussi serait-il utile de connaître l'évolution des principaux paramètres mesurés dans cette recherche. Cette mise en perspective devrait pouvoir être réalisée à partir d'une analyse seconde des productions à venir de la Statistique informatisée de la population pénale, programmées par la Division de la statistique du ministère de la Justice pour 1989.

Cet accroissement continu des durées de détention est un phénomène majeur que l'on retrouve d'ailleurs dans bon nombre de pays européens[7] :

Indicateur de la durée moyenne de détention en mois						
	1982	1983	1984	1985	1986	1987
Belgique	3,0	3,5	3,7	3,8	3,7	4,3
R.F.A.	6,2	6,4	6,7	6,8	6,9	7,0
Irlande	2,4	2,8	3,0	—	3,0	3,2
Italie	3,4	4,8	5,0	5,7	5,5	5,9
Luxembourg	3,2	2,4	3,7	5,2	7,2	6,7
Portugal	8,0	5,3	8,5	10,5	9,0	10,2
Royaume-Uni	—	3,2	3,0	3,1	3,3	3,3

Une telle situation justifie que ce « facteur durée » soit correctement intégré dans toute réflexion visant à freiner la croissance de la population carcérale voire à inverser la tendance. Ainsi par exemple, on ne peut espérer résoudre le problème de la surpopulation des prisons[8] en se limitant — si l'on peut dire — à la réduction du recours aux courtes détentions (les courtes détentions provisoires et les courtes peines posent d'autres problèmes, de nature différente). En effet, comme nous l'avons vu précédemment, la suppression des détentions de moins de trois mois — 6 détentions sur 10 — ne ferait diminuer le nombre de détenus que de 10 % environ.

A la lecture de cette analyse, la question des longues peines, de leur prononcé et de la gestion de leur exécution apparaît comme centrale par rapport à l'évolution du nombre de détenus.

6. Indicateurs calculés en utilisant comme effectif moyen des présents la moyenne arithmétique des présents aux premiers janvier des années a et a+1 (Leconte, Tournier, 1988 *op. cit.*).

7. P. Tournier, « Statistiques sur les populations carcérales dans les Etats membres du Conseil de l'Europe », Conseil de l'Europe, *Bulletin d'information pénitentiaire*, n° 12, s. p.

8. Au 1er juill. 1989, le taux d'occupation des établissements pénitentiaires de la métropole est de 132 détenus pour 100 places (148 % dans les maisons d'arrêt).

Annexe : représentativité de l'échantillon.

Comme il a été exposé plus haut, un échantillon utile de 1 326 incarcérations parmi les 6 745 du mois de février 1983 a été constitué. Cet échantillon représentatif des entrées en détention de février 1983 l'est aussi, nous allons le voir, de celles de l'ensemble de l'année 1983. Nous disposons pour cette année de la statistique des incarcérations produite par le système SIPP.

Bien qu'il s'agisse là de données concernant la métropole, la comparaison avec la structure socio-démographique et pénale de l'échantillon reste légitime, la part des incarcérations en provenance des départements d'outre-mer y étant de l'ordre de 1 %.

VARIABLES SOCIO-DÉMOGRAPHIQUES		
	Structure des incarcérations	
	1983-SIPP	février 1983 échantillon
Effectif	85 333	1 326
Sexe :		
masculin	95 %	94 %
Age :		
moins de 21 ans	27 %	24 %
21 moins de 25 ans	25 %	25 %
25 moins de 30 ans	19 %	22 %
30 ans et plus	29 %	29 %
Nationalité :		
française	72 %	71 %
Etat matrimonial :		
célibataire	66 %	63 %
marié	17 %	20 %
concubin	8 %	7 %
divorcé	7 %	8 %
veuf, séparé	2 %	2 %
Niveau d'instruction :		
illettré	13 %	14 %
niveau primaire	55 %	53 %
niveau second. et sup.	32 %	33 %
Catégorie socio-prof. :		
ouvrier	35 %	37 %
sans prof. ou chôm. déclaré	39 %	39 %
autre	26 %	24 %

Variables pénales

	1983-SIPP	février 1983 échantillon
infraction connue	93 %	98 %
dont délit	92 %	93 %
crime	8 %	7 %

Le plus fort pourcentage d'infractions inconnues dans la statistique SIPP est dû à la présence de certains dossiers incomplets au moment du traitement (absence de fiche pénale).

Ce type de dossier, par définition « non obtenu » dans le cadre de notre enquête, ne figure donc pas dans l'échantillon. Les infractions inconnues de l'échantillon concernent uniquement les contraintes par corps sauf un cas d'incarcération provisoire par le JAP, pour un sursis avec mise à l'épreuve.

Les 10 délits les plus fréquents	1983-SIPP	février 1983 échantillon
vol	54 %	53 %
entrée et séjour des étrangers	7 %	8 %
trafic de stupéfiants	7 %	7 %
coups et blessures volontaires	6 %	6 %
recel	4 %	4 %
abandon de famille	2 %	2 %
destruction	2 %	2 %
escroquerie	2 %	1 %
conduite en état d'ivresse	1 %	1 %
proxénétisme	1 %	1 %
Ensemble	86 %	85 %

Motif d'écrou	1983-SIPP	février 1983 échantillon
Mise en détention provisoire	**83 %**	**83 %**
du juge d'instruction	56 %	56 %
du juge pour enfants	2 %	2 %
de la chambre d'accusation	1 %	1 %
par une juridiction	0 %	0 %
dans le cadre d'une saisine directe	24 %	24 %
Mise à exécution d'une condamnation	**13 %**	**13 %**
Autre (contrainte)	**4 %**	**4 %**
Ensemble	100 %	100 %

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

Arrêt Kostovski c/ Pays-Bas du 20 novembre 1989

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 20 novembre 1989 l'arrêt *Kostovski c/ Pays-Bas* (10/1988/154/208). Cette affaire posait le problème de l'audition de témoins pour laquelle les autorités judiciaires permettaient l'anonymat des personnes entendues. La Cour européenne avait déjà, notamment dans l'affaire *Barbera c/ Espagne*, marqué l'importance qu'elle attachait à l'audition des témoins pour assurer un procès équitable dans le respect des droits de la défense.

« La Cour note que le juge central d'instruction de Madrid n'entendit jamais personnellement les accusés, malgré les contradictions manifestes entre leurs déclarations successives et même après le transfert temporaire de l'un d'eux dans la capitale (§ 21-22) ; il procéda par commission rogatoire. L'*Audiencia Nacional* ne disposait que du texte écrit ».

Les faits

Les faits étaient les suivants, tels qu'énoncés dans le rapport de la Commission après mémoires des parties.

Le requérant condamné déjà pour divers délits fut condamné le 24 septembre 1982 à Utrecht pour vol à main armée à une peine de six ans de prison. Le tribunal estima le requérant coupable d'avoir participé, le 20 janvier 1982, à l'attaque à main armée d'une banque à Baarn, commise par plusieurs individus masqués. Il fonda sa décision sur les déclarations de deux témoins anonymes recueillies par la police et, pour l'un d'entre eux, également par le juge d'instruction et son adjoint. Les témoins ne furent pas entendus au procès car ils désiraient conserver l'anonymat par crainte de représailles. En raison de ses consultations avec la police, le parquet connaissait l'identité des deux témoins anonymes. La défense eut dès lors la possibilité de soumettre par écrit, *via* le juge d'instruction, des questions à poser à l'un des témoins. Sur quatorze questions, seules deux reçurent une réponse.

Le tribunal régional d'Utrecht a admis comme preuves les procès-verbaux établis par la police et par le juge d'instruction concernant l'audition des témoins anonymes.

Ces procès verbaux et les rapports y afférents de la police et du juge d'instruction ont été en résumés ces termes dans le jugement :

Substance du récit fait par le policier : « Le 25 janvier 1982, un appel téléphonique anonyme parvint au Central de la Police d'Amsterdam. Une voix d'homme déclara : "Il y a quelques jours, un hold-up a eu lieu dans une banque à Baarn. Les responsables en sont Stanley Hillis, Paul Molhoek et un Yougoslave. Stanley Hillis et le Yougoslave s'étaient évadés de la prison de La Haye en août de l'année dernière" ». Deux autres rapports de police mentionnent la déposition restée anonyme confirmée dans les mêmes conditions chez le juge d'instruction.

Le requérant contestait les faits qui lui étaient reprochés.

La procédure suivie fut la suivante : le tribunal (tribunal régional d'Utrecht) a relevé que les sources des renseignements communiqués par les témoins ne pouvaient pas être vérifiées ; que le tribunal ne pouvait pas se forger une opinion indépendante sur le crédit à accorder aux témoins et que l'accusé n'avait pas la possibilité d'être confronté avec les témoins, mais il a cependant décidé d'accepter les déclarations précitées comme des preuves décisives et dignes de foi. Ces témoignages l'ont convaincu de la culpabilité du requérant car il a estimé que les déclarations se renforçaient et se complétaient parfois l'une l'autre. Par ailleurs, l'auteur du rapport, l'agent C. Weijman, et les juges d'instruction Nuboer et Weijsenfeld ont donné au procès, en ce qui concerne l'un des deux témoins anonymes, les appréciations suivantes : « entièrement digne de foi », « digne de foi » et « pas sujet à caution ». De plus, le tribunal a relevé que le requérant avait déjà été condamné pour des délits analogues. Le tribunal régional d'Utrecht a reconnu le requérant coupable et l'a condamné à six ans de prison le 14 septembre 1982.

Le requérant s'est pourvu devant la cour d'appel d'Amsterdam (*Gerechtshof*), qui annula le jugement attaqué en raison des divergences constatées entre les motifs indiqués dans ce jugement et les faits considérés comme établis. Cependant, après un nouveau procès, la cour d'appel d'Amsterdam reconnut elle aussi le requérant coupable, le 27 mai 1983, de participation à une attaque de banque à main armée et le condamna à six ans de prison.

A l'instar du tribunal régional d'Utrecht, la cour d'appel d'Amsterdam estima que les comptes rendus ci-dessus des déclarations faites devant la police et, le cas échéant, devant les juges d'instruction, par les deux témoins anonymes, étaient des preuves recevables. Elle estima plausible que, selon les déclarations faites devant la cour d'appel par un inspecteur de police et par un juge d'instruction, les deux témoins anonymes aient des raisons fondées de redouter des représailles de l'accusé et de ses complices. La cour estima dès lors établie la culpabilité du requérant, en relevant que les témoins anonymes avaient offert de leur propre initiative de témoigner et qu'ils avaient donné à l'inspecteur de police et au juge d'instruction l'impression d'être dignes de foi ou raisonnablement fiables. La cour considéra que contribuait à cette conclusion le fait qu'il y avait complémentarité et cohérence entre les dépositions faites anonymement. En décidant de la peine, la cour d'appel tint compte du casier judiciaire du requérant.

Par la suite, le requérant se pourvut devant la Cour suprême (*Hoge Raad*) qui le débouta le 25 septembre 1984. La Cour estima que la cour d'appel avait examiné le point de savoir si les dépositions des témoins anonymes étaient ou non recevables et qu'elle avait suffisamment motivé sa décision. Elle déclara en outre que si le juge estimait nécessaire, pour une bonne administration de la justice, de restreindre l'obligation de répondre aux questions, et notamment d'autoriser un témoin à ne pas répondre à des questions d'identité, les dispositions pertinentes de la Convention ne l'en empêchaient pas. Le requérant saisit la Commission européenne que l'usage des déclarations anonymes limitait le droit fondamental de l'accusé à un procès équitable.

Le droit interne

Les textes applicables aux Pays-Bas à l'époque des faits étaient les suivants : le code néerlandais de procédure pénale ne contient pas, dans sa version actuelle, de dispositions traitant expressément des dépositions par des témoins anonymes.

L'article 339 du code de procédure pénale énumère les éléments constitutifs de la preuve :

1. observations personnelles du juge ;
2. déclarations de l'accusé ;
3. déclarations d'un témoin lors du procès ;
4. déclarations d'un expert ;
5. documents écrits.

a) Déposition du témoin

Il découle de l'article 342 du code de procédure pénale qu'en principe les dépositions de témoins doivent être recueillies à l'audience devant le tribunal.

(Traduction de l'art. 342 c. pr. pén.) :

« 1. La déposition d'un témoin s'analyse en sa déclaration, faite pendant l'interrogatoire au procès et concernant des faits ou des situations qu'il a vus ou vécus.

2. Le juge ne peut pas admettre comme établi que le défendeur a commis l'acte dont il est accusé s'il ne dispose que de la déposition d'un seul témoin ».

L'article 295 du code de procédure pénale prévoit une exception à cette règle. Il autorise à utiliser comme preuve la déposition faite sous serment devant le juge d'instruction si le témoin est empêché de comparaître au procès par des circonstances indépendantes de sa volonté.

(Traduction de l'art. 295 c. pr. pén.) :

« La déposition faite antérieurement par un témoin qui est décédé après avoir prêté serment ou reçu des instructions, conformément à l'article 216 § 2 ou qui, de l'avis du tribunal, ne peut pas comparaître au procès ou qui, conformément à l'article 280 § 7, a été dispensé d'audience [au procès], sera considérée comme faite au procès à condition qu'il en soit donné lecture à haute voix. »

Suivant l'article 187 du code de procédure pénale, le juge s'il estime qu'il y a danger pour la comparution du témoin devant le tribunal doit inviter le ministère public, l'accusé et son avocat, à assister à l'audition du témoin sauf urgence.

b) Preuve littérale

Les preuves écrites, au sens de l'article 339 du code de procédure pénale, sont définies à l'article 344, ainsi libellé dans sa partie pertinente :

(Traduction des dispositions pertinentes de l'art. 344 c. pr. pén.)

« 1. Par documents écrits, on entend :

1) ... ;

2) les rapports et autres écrits établis en la forme légale par des organismes ou individus investis de l'autorité nécessaire et contenant leur exposé de faits ou de situations qu'ils ont vus ou vécus ;

3) ... ;

4) ... ;

5) tous autres écrits, mais valables seulement en liaison avec d'autres moyens de preuve.

2. Le juge peut accepter le compte rendu d'un agent instructeur comme constituant la preuve que le suspect a commis l'acte dont il est accusé ».

c) Jurisprudence concernant la preuve par ouï-dire

Dans un arrêt du 20 décembre 1926, la Cour suprême a déclaré notamment que ni l'interprétation littérale, ni l'interprétation systématique de la loi ne conduisent à exclure la preuve par ouï-dire (*de auditu*). S'agissant de témoins qui désirent conserver l'anonymat par crainte justifiée de représailles, l'usage s'est développé de la considérer comme des témoins qui ne sont pas en mesure de comparaître devant le tribunal et qui peuvent dès lors déposer sous serment devant le juge d'instruction, conformément à l'article 216 du code de procédure pénale. Dans ce cas, l'article 187 du code de procédure pénale n'est pas applicable et la Cour suprême a sanctionné cet usage en décidant dans un arrêt du 4 mai 1981 que la non-application de la règle énoncée à l'article 187 n'entachait pas le témoignage d'irrecevabilité. La Cour suprême a donné à entendre dans diverses décisions qu'il fallait se montrer extrêmement prudent dans l'appréciation de la valeur probante des dépositions obtenues de témoins anonymes.

La Cour a ainsi statué dans son arrêt du 20 novembre 1989 :

« En droit néerlandais, un seul des auteurs des déclarations en cause — celui dont la déposition fut lue à haute voix en première instance — était considéré comme « témoin ». Toutefois, le sens autonome à donner à ce terme (arrêt *Bönisch* du 6 mai 1985, série A n° 92, p. 15, §§ 31-32) amène à les regarder tous deux comme tels aux fins de l'art. 6 § 3 *d*) de la Convention, car leurs affirmations, lues ou non à l'audience, se trouvaient en fait devant les juges, lesquels les prirent en compte.

Les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire (arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo*, série A n° 146, p. 34, § 78). Il n'en résulte pourtant pas que la déclaration d'un témoin doive toujours se faire dans le prétoire et en public pour pouvoir servir de preuve : utiliser de la sorte des 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.

En règle générale, ces droits commandent d'accorder à l'accusé 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 (v. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Unterpertinger*, 24 nov. 1986, série A n° 110, p. 14-15, § 31).

Or le requérant ne bénéficia pas d'une telle occasion, bien que l'on ne pût douter de son désir de contester le témoignage des personnes anonymes dont il s'agit et de les questionner. Non seulement elles ne furent pas entendues pendant le procès, mais leurs déclarations avaient été recueillies, par la police ou le juge d'instruction, en l'absence de M. Kostovski et de son conseil, lesquels ne purent donc les interroger eux-mêmes à aucun stade des poursuites.

Devant le tribunal d'arrondissement d'Utrecht, puis devant la cour d'appel d'Amsterdam, la défense put certes interroger l'un des policiers et les deux juges d'instruction qui avaient enregistré les déclarations. Elle put aussi, mais pour une seule des personnes anonymes, présenter des questions écrites par l'intermédiaire du juge d'instruction. La nature et l'étendue des questions qu'elle put poser de l'une ou l'autre manière se trouvèrent toutefois considérablement limitées par la décision de préserver l'anonymat desdites personnes.

Ce dernier aspect de l'affaire aggrava les difficultés rencontrées par le requérant. Si la défense ignore l'identité d'un individu qu'elle essaie d'interroger, elle peut se voir privée des précisions lui permettant justement d'établir qu'il est partial, hostile ou indigne de foi. Un témoignage ou d'autres déclarations chargeant un accusé peuvent fort bien constituer un mensonge ou résulter d'une simple erreur ; la défense ne peut

guère le démontrer si elle ne possède pas les informations qui lui fourniraient le moyen de contrôler la crédibilité de l'auteur ou de jeter le doute sur celle-ci. Les dangers inhérents à pareille situation tombent sous le sens.

En outre, l'absence desdites personnes anonymes empêcha les juges du fond d'étudier leur comportement pendant un interrogatoire, donc de se former eux-mêmes une opinion sur leur crédibilité. Assurément, ils recueillirent des preuves sur ce dernier point et ils apprécièrent les déclarations en cause avec prudence, comme le veut le droit néerlandais mais cela ne saurait guère passer pour remplacer une observation directe.

A la vérité, des juges d'instruction avaient ouï l'un des intéressés. Il échet pourtant de relever — en sus de l'absence du requérant et de son conseil lors des interrogatoires — qu'ils ignoraient eux-mêmes son identité ; cela ne put manquer d'influer sur le contrôle de sa crédibilité. Quant à l'autre personne anonyme, seule l'entendit la police. Dès lors, on ne saurait dire que la procédure suivie devant les autorités judiciaires ait compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense.

Le gouvernement souligne qu'aux Pays-Bas la jurisprudence et la pratique en matière de dépositions anonymes découlent de l'intimidation croissante des témoins et recherchent un équilibre entre les intérêts de la société, des accusés et des témoins. En l'espèce, il appert selon lui que les auteurs des déclarations en cause avaient de bonnes raisons de craindre des représailles. Ici non plus (V. par exemple l'arrêt *Ciulla* du 22 févr. 1989, série A n° 148, p. 18, § 41), la Cour ne sous-estime pas l'importance de la lutte contre la délinquance organisée, mais bien que non dépourvu de poids le raisonnement du gouvernement ne la convainc pas.

Si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, la thèse du gouvernement semble à la Cour attacher trop peu de prix à ce que le conseil du requérant appelle "l'intérêt de chacun, dans une société civilisée, à une procédure judiciaire contrôlable et équitable". Dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (arrêt *Delcourt* du 17 janv. 1970, série A n° 11, p. 15, § 25) qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. La Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais l'emploi ultérieur de déclarations anonymes comme des preuves suffisantes pour justifier une condamnation soulève un problème différent. En l'espèce, il a conduit à restreindre les droits de la défense d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6. De fait, le gouvernement reconnaît que la condamnation du requérant se fondait « à un degré déterminant » sur les dépositions anonymes.

La Cour conclut donc que, dans les circonstances de la cause, les droits de la défense subirent de telles limitations que M. Kostovski ne saurait passer pour avoir joui d'un procès équitable. Partant, il y a eu violation du paragraphe 3 *d*) de l'article 6, combiné avec le paragraphe 1. »

Les menaces contre les témoins peuvent expliquer les préoccupations des législateurs et des magistrats d'assurer la sécurité de ceux-ci. Les affaires de terrorisme et de grande criminalité ont donné souvent lieu à de telles difficultés notamment en Italie et en République fédérale d'Allemagne, sans même citer les multiples cas survenus aux Etats-Unis.

Néanmoins les autorités judiciaires ont surmonté ces obstacles en refusant des témoignages anonymes et en prévoyant suivant certaines techniques ou modalités l'audition de témoins susceptibles de représailles même à visage non découvert. Ainsi suivant les circonstances on peut prévoir le huis clos, la non-publication des identités à condition que la défense en ait eu connaissance. Il est possible d'entendre les témoins derrière un rideau et même dans ce cas d'utiliser les procédés techniques qui permettent de moduler la voix.

Il n'est pas possible de respecter les droits de la défense si celle-ci ne peut contre-interroger le témoin à l'audience en *cross examination* comme en procédure pénale de type continental. La Cour européenne a déjà statué sur la nécessité de l'audition des témoins et l'insuffisance au titre du régime des preuves de témoignages recueillis seulement par la police et n'ayant fait l'objet que d'un procès-verbal. L'audition du témoin à l'audience a un caractère solennel qui lui confère plus de valeur. La prestation de serment peut conduire le témoin à être sincère, alors qu'il ne l'aurait pas été devant la police. L'audience peut lever aussi le danger de pressions qui auraient pu s'exercer auparavant.

Le refus général de l'audition de témoins gardant l'anonymat s'est vérifié même dans les situations de crises et de terrorisme qui ont entraîné l'application de dispositifs de procédure pénale concernant les repentis. En effet les repentis qui étaient particulièrement exposés aux représailles de leurs complices dans les affaires de mafia et de « brigades » ont déposé à visage découvert.

La rigueur s'impose d'autant plus pour l'exigence de la confrontation témoin-accusé que la pratique contraire entraînerait des risques de délation systématique.

L'exigence d'audition de témoins sous leur identité est compatible avec les nécessités du maintien de l'ordre et de la sécurité. Il ne s'agit pas de méconnaître les pratiques des polices utilisant des indicateurs en leur gardant l'anonymat. Le renseignement permet d'orienter des recherches, des filatures, des perquisitions. Mais le contenu du renseignement n'est pas dans la procédure utilisée comme charge et encore moins comme preuve ou présomption.

C'est aussi pour cette norme du régime des preuves que l'audition d'un tiers par écoute téléphonique illégale ou illicite ne pourrait être utilisée comme preuve. Si le tiers devait être retenu comme témoin à charge, il devait alors être identifié et comparaître à l'audience. On sait trop les risques d'identification par la voix ou de truquage des voix. Dans l'affaire *Schenck c/ Suisse*, il s'agissait d'un auto-enregistrement et non d'une interception (cf. opinion Louis Pettiti à la suite de l'arrêt *Schenck*).

Une nouvelle affaire portée par la Commission devant la Cour et qui concerne le code de procédure pénale italien pose à nouveau le problème de la nécessité de l'audition du témoin. La Commission indique que des circonstances particulières peuvent justifier que lecture soit donnée à l'audience des déclarations faites au stade de l'instruction par un témoin. Il en est ainsi lorsque l'audition de ce témoin, sollicitée par l'accusé et considérée nécessaire par le juge, s'avère en fait impossible. La Convention exige néanmoins que les droits de la défense ne se trouvent par là restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 (cf. *mutatis mutandis*, arrêt *Kostovski*).

Cette exigence n'est pas respectée lorsque les dépositions d'un témoin, qui n'a pas été entendu publiquement au cours des débats contradictoires, constituent le principal — sinon le seul — élément de preuve retenu par les juridictions dans leur jugement de condamnation et lorsque l'accusé n'a eu, à aucun stade de la procédure antérieure, ni la possibilité de questionner (ou faire questionner) ce témoin ni l'occasion de contester sous tous ses aspects la véracité du témoignage dans des conditions offrant les garanties indispensables à l'exercice des droits de la défense.

En l'espèce, la Commission constate que le témoignage de M.D. ne constituait pas le seul élément fourni aux juges du fond et que les déclarations de M.O. et de M.T. en avaient étayé la crédibilité, alors que hormis les affirmations de son épouse aucune preuve n'était venue corroborer les allégations du requérant. Il n'en demeure pas moins que la condamnation du requérant repose essentiellement sur les déclarations de M.D. et que les autres éléments retenus par les juges du fond ne paraissent avoir eu de valeur que pour autant qu'ils se rapportent aux déclarations faites par M.D.

La Commission souligne, d'abord, que M.D. n'a été entendu ni par le tribunal de première instance ni par la cour d'appel. Il est vrai que les juges du fond ordonnèrent la citation du témoin. Mais les recherches effectuées — dont le sérieux ne prête ici à

aucune discussion — restèrent sans résultat. Ainsi, les déclarations faites par M.D. durant l'instruction furent lues à l'audience devant le tribunal de Monza, en application de la disposition concernant la lecture des dépositions d'un témoin introuvable.

Elle souligne, ensuite, que tant la police que le ministère public et le juge d'instruction entendirent M.D. hors la présence du requérant ou de son conseil. La Commission estime, dès lors, que la possibilité qu'a eue le requérant de contredire les affirmations de M.D., telles que relatées par les procès-verbaux de l'instruction, n'a pas assuré, à tout le moins lors des débats, l'équilibre voulu entre la défense et l'accusation. Dans ce cas italien il ne s'agissait pas de garder l'anonymat, mais le principe est similaire : le respect du contradictoire.

La Cour européenne dans les mois de mars, avril et mai 1990 devrait rendre ses arrêts dans les affaires d'écoutes téléphoniques (France) et de télé-communication (Suisse). Quelques nouvelles affaires concernant la France viennent d'être transmises par la Commission à la Cour et n'étaient pas encore audiencées en février.

La visite de la délégation de la Cour de cassation à la Cour européenne les 19 et 20 février 1990 permis un large échange de vues sur la jurisprudence de la Cour de cassation d'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

La jurisprudence de la Cour européenne est particulièrement évoquée dans les rapports entre le Conseil de l'Europe et les pays de l'Est qui souhaitent adhérer aux conventions européennes, comme apportant les mécanismes appropriés pour assurer la protection des droits fondamentaux parallèlement au retour à la démocratie parlementaire.

II. – DROIT PENAL INTERNATIONAL

LE DROIT PENAL INTERNATIONAL DANS LES TRAVAUX PREPARATOIRES DU FUTUR CODE PENAL

Michel MASSÉ

Professeur à la Faculté de droit de Poitiers

1. On a trop regretté l'absence de travaux préparatoires publiés des articles 689 à 696 du code de procédure pénale pour ne pas s'intéresser de très près à ceux du futur code pénal dans la mesure où ils traitent — pour la première fois en droit de fond — de la dimension internationale des problèmes.

2. Ainsi que C. Lombois l'a déjà noté dans un commentaire de la seconde version de l'avant-projet, ces questions n'ont guère été discutées (V. Premières journées françaises de droit pénal, *Rev. internat. dr. pén.* 1980. 55 et s.). On ajoutera qu'elles n'ont pratiquement jamais été présentées comme une des données essentielles d'un droit pénal moderne, ni dans les différentes versions (1976, 1978, 1983) du texte préparé par la commission, ni dans le projet de loi déposé au Sénat le 20 février 1986 (document n° 300, scindé par lettre parvenue à la présidence du Sénat le 15 février 1989 en trois documents distincts : n°s 213, 214 et 215). Dans l'exposé des motifs de ce dernier texte, on trouve uniquement (p. 16) une allusion au terrorisme mentionné parmi les formes de la criminalité moderne dont la personne humaine doit être aujourd'hui protégée.

Il aura fallu attendre treize ans de travaux pour rencontrer la seule affirmation de principe méritant d'être ici reproduite. Elle se trouve sous la plume du rapporteur de la Commission des lois du Sénat, M. M. Rudloff : « Les problèmes soulevés par le chapitre III du projet revêtant un caractère particulièrement actuel à l'heure où la criminalité la plus grave s'épanouit souvent par le jeu de réseaux internationaux (...) la grande criminalité est une criminalité internationale qui tire son efficacité de l'existence des frontières. A la limite, un droit pénal qui ignorerait cette donnée ne serait qu'un droit fait d'illusions. Depuis la dernière guerre, on ne compte pas une seule affaire importante au plan pénal qui n'ait impliqué des criminels établis à l'étranger, si l'on excepte certaines affaires spécifiquement françaises dont la dimension a tenu davantage à l'horreur du crime qu'à sa portée ». (Rapport n° 271 annexé au P.V. de la séance du 27 avr. 1989, p. 49 et 53).

3. Ces observations sont relatives au chapitre consacré à « l'application de la loi pénale dans l'espace », du Livre I dont les travaux sont en voie d'achèvement. La partie spéciale, apparue en juillet 1980, ne contenait initialement qu'une seule mention de la dimension internationale fréquente de certaines infractions (V. art. 12 232-2° consacré au proxénétisme). Mais en 1986 le projet de loi place en tête des crimes et délits contre les personnes (Livre II) « les crimes contre l'humanité » (titre I) dont l'exposé des motifs indique (p. 18) que « de tous les crimes contre la personne humaine, ils sont les plus graves puisqu'ils nient jusqu'au droit à la vie d'êtres humains, à raison de leur appartenance à un peuple, une race, une ethnie, une communauté ».

La définition au code pénal de ces crimes, que la loi du 26 décembre 1964 « tendant à en constater l'imprescriptibilité » avait déjà introduits en droit français,

est une innovation considérable. La phrase précitée en est cependant le seul commentaire existant puisque la discussion du livre II n'a pas encore été inscrite à l'ordre du jour des travaux du Sénat. Nul doute cependant que ce titre du futur code pénal sera au centre des préoccupations du XXVIe Congrès de l'Association française de criminologie qui se tiendra à Lyon les 12 et 13 octobre 1990 sur le thème du crime contre l'humanité (au singulier).

4. En attendant, nous commenterons ici non point le détail des solutions retenues, qui sont encore susceptibles de modifications, mais quelques constantes relevées dans les travaux préparatoires au sujet de la compétence de la loi pénale française dans l'espace, ses sources et ses titres d'application.

I. — LES SOURCES DE LA COMPETENCE FRANÇAISE

5. Quant au fond il ne peut y avoir le moindre doute ; la source est dans la volonté de l'Etat, sous ses deux formes d'expression que sont le droit interne et la signature de conventions internationales. Mais quant aux modalités une doctrine serait aujourd'hui nécessaire, dans l'une et l'autre hypothèse, là où la commission de révision du code pénal n'a manifesté que des hésitations.

A. — *La loi nationale*

6. La loi qui exprime l'étendue de la compétence (les juristes anglo-saxons diraient : de la *jurisdiction*) française est-elle une loi de fond ou de procédure ?

Bien connue, la question n'est toujours pas vraiment résolue. Au XIXe siècle, les textes de référence furent tenus à l'écart du code pénal, d'ailleurs fort mal conçu pour l'ensemble des dispositions générales, alors même que le principe de la territorialité des « lois de police et de sûreté » venait d'être inscrit à l'article 3 du code civil. C'est au début du code d'instruction criminelle (art. 5, 6 et 7) qu'ils furent logés, avant d'être relégués, en 1958, dans le titre X (« Des infractions commises à l'étranger ») du livre IV (« De quelques procédures particulières ») du code de procédure pénale. Ce sont les articles 689 à 696 encore en vigueur. Malgré cela, la quasi-totalité des auteurs traitent de cette question en droit pénal général. Seuls MM. Stefani, Levasseur et Bouloc respectent la répartition actuelle des codes (V. encore la 14e éd. 1990 du *Précis Dalloz de procédure pénale*).

7. La Commission de révision du code pénal choisit d'inscrire ces règles dans le futur code et en bonne place, solution unanimement approuvée. La raison en est probablement de « présenter ensemble toutes les questions qui résultent du principe de la légalité des délits et des peines » (J. Robert, « Commentaire de l'Avant-projet », *S.J.* 76. I. 2813). Mais elle n'a jamais été vraiment explicitée, et la poursuite des travaux devait montrer qu'elle ne l'était guère, en effet, dans l'esprit des rédacteurs.

En voici la démonstration :

— Les premières versions (1976 et 1978) traitaient de la compétence des « tribunaux » ou des « juridictions françaises ». Mais depuis 1983 (conséquences des observations formulées par C. Lombois ?) la formulation a changé. On trouve désormais : « la loi pénale française est applicable » ou « s'applique ».

— Alors que les premières versions envisageaient les « effets en France des décisions étrangères » — intéressante consécration et généralisation de dispositions jusqu'ici fragmentaires — la section figurant sous ce titre dans le texte de 1978 disparut en 1983. Exposé des motifs (p. 3) : « Le chapitre consacré à la loi pénale dans l'espace est maintenu dans le code pénal. Les textes qui précisent le domaine d'application de la législation française s'analysent comme des règles de fond ; en

ÉCOLE NATIONALE ... BIBLIOTHÈQUE ... PENITENTIAIRE

revanche, le principe *non bis in idem* demeure dans le code de procédure pénale où il a naturellement sa place ». Contradiction flagrante entre le motif et le dispositif : le dit principe figure encore dans le code pénal (art. 113-10 réintroduit, sans explication, en 1986) ; seuls les effets positifs des décisions étrangères (art. 1315 en 1976 et 29 en 1978) en ont été retirés. Or les textes disparus constituaient la véritable innovation puisqu'il n'existe actuellement aucune disposition équivalente dans le code de procédure pénale...

— Postérieurement aux premiers travaux de la Commission, les lois du 30 décembre 1985 et 16 juillet 1987 ont traduit aux articles 689-2 et 689-3 du code de procédure pénale les engagements résultant pour la France de la Convention des Nations-Unies sur la torture ainsi que des Conventions de Strasbourg et de Dublin sur le terrorisme mettant en oeuvre le système dit de la compétence universelle. Lors de la discussion publique au Sénat (V. *J.O.* 10 mai 1989, p. 615) le rapporteur de la Commission des lois proposa de suivre cette démarche et obtint la création de deux articles additionnels, 113-7-1 et 113-7-2. Le Garde des Sceaux s'y était cependant opposé en ces termes : « la règle de la compétence universelle doit, nous semble-t-il, figurer plutôt dans le code de procédure pénale que dans le code pénal » (V. réf. précédente). Ce fut également l'avis de M. P. Marchand dans son rapport au nom de la Commission des lois à l'Assemblée nationale : « le fait que la finalité première de ces dispositions soit de donner compétence aux juridictions françaises milite plutôt en faveur de leur regroupement dans le code de procédure pénale » (document n° 896 annexé au P.V. de la séance du 20 oct. 1989, p. 112). C'est pourquoi les deux articles furent supprimés et seront soumis à l'examen de la Commission paritaire.

Du ministre et du rapporteur, cependant, les arguments sont loin d'être convaincants. Pourquoi faudrait-il, en effet, que certaines compétences (territoriale, personnelle...) soient prévues dans le code pénal et la compétence universelle dans le code de procédure pénale ? Ne peut-on pas dire, en outre, que l'ensemble du chapitre 3 a pour objectif premier sinon unique de donner compétence aux juridictions françaises ? On souscrira en revanche à cette autre remarque du rapporteur selon laquelle la matière est certainement trop mouvante pour être codifiée. Elle avait d'ailleurs déjà évolué depuis la discussion au Sénat, par une loi du 30 juin 1989, introduisant un article 689-4 dans le code de procédure pénale en application de la Convention du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires, et une loi du 10 juillet 1989, modifiant le code de l'aviation civile après ratification du protocole signé à Montréal le 24 février 1988 pour compléter la Convention sur la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile.

— Le même sort a été fait, par l'Assemblée nationale, au dernier article du chapitre (art. 113-12) déterminant, parmi les juridictions nationales, celles qui auraient à connaître des infractions commises à l'étranger soumises à la compétence française. Ce texte fut lui aussi victime, selon les explications de M. P. Marchand, de la « série d'amendements profitant de cette réforme pour bien séparer ce qui est procédure pénale et loi de fond » (séance du 11 octobre 1989, *J.O.* p. 3381). En l'occurrence, « s'agissant ici de la juridiction française territorialement compétente, il s'agit vraiment d'une loi de procédure... » (même référence).

8. Nous serons, sur ce dernier point seulement, en accord avec les travaux préparatoires. Encore qu'il n'y aurait point de mal à ce qu'une telle disposition vienne clore le chapitre, la compétence dont il s'agit ici est purement interne et purement juridictionnelle. Mais, dans tous les autres cas, il est impossible de distinguer. S'il est naturel de traiter plutôt de la compétence législative lorsque l'on a choisi le code pénal comme siège de la matière et de celle des juridictions si l'on se trouve dans le code de procédure pénale, la vérité est que ces deux compétences sont toujours l'une et l'autre indissociablement en cause. Où qu'ils se trouvent placés, ces textes déterminent « la compétence française », celle de notre droit pénal, de fond et de forme ; c'est toute la différence avec le droit international privé. Et il est vain, dans ces

conditions, de chercher à répartir la matière entre les deux codes. On ne fait que la disperser inutilement.

B. — *Les conventions internationales*

9. « La "loi pénale", ce n'est plus seulement la loi interne, ce sont les traités internationaux, une part du droit communautaire. Ce profond changement de nos sources, il n'aurait pas été inattendu d'en rencontrer l'onde de choc dans une nouvelle théorie normative de la règle pénale » (C. Lombois, commentaire préc. *Rev. internat. dr. pén.* 1980. 65). Et cela d'autant plus que, parallèlement aux travaux de révision du code pénal, la Chambre criminelle conduisait d'audacieuses expériences pour mener à bien les affaires *Touvier* et *Barbie*. Parallèles, les deux démarches ne devaient point se rencontrer. Si l'onde de choc guettée par le commentateur des premières versions de l'avant-projet s'est quelquefois manifestée par la suite au cours des débats parlementaires, ses effets ne furent que de courte durée. Il n'en reste rien dans le dernier état du texte où les mots conventions internationales n'apparaissent même plus. Seule y figure (art. 113-2) l'expression « accords internationaux », à propos des conséquences de ces accords sur la délimitation des espaces maritime et aérien français.

10. Dans le code de procédure pénale, en 1959, la seule mention de cette source du droit pénal international se trouvait dans l'article 695 relatif à la compétence applicable à certaines contraventions commises dans les régions frontalières. « Jamais utilisée dans la pratique, le maintien de cette disposition dans le projet de nouveau code pénal a paru sans utilité » (Exposé des motifs de la toute première version, en 1976).

11. Par la suite, des lois du 11 juillet 1975, 30 décembre 1985, 16 juillet 1987 et 30 juin 1989 vinrent traiter dans ce code de crimes et délits relevant de la compétence — universelle — des juridictions françaises « en application d'une convention internationale » (V. les art. 689-1 à 4 et 696 actuels). Et nous avons vu » (V. les art. 689-1 à 4 et 696 actuels). Et nous avons vu (*supra* n° 7) qu'à l'initiative du Sénat des textes identiques avaient été introduits dans le projet de nouveau code pénal. Selon M. P. Marchand (Rapport n° 896, au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, p. 111), ce sont des cas dans lesquels « les auteurs peuvent être jugés en quelque endroit qu'ils se trouvent, l'Etat dans lequel ils sont pris n'ayant le choix qu'entre les extrader ou les juger, aujourd'hui selon sa propre loi, un jour peut-être — dans le cadre d'une évolution possible du droit international — selon les prescriptions des conventions elles-mêmes ». La remarque est des plus intéressantes, mais nous savons déjà qu'elle n'a pas empêché la suppression des articles 113-7-1, 113-7-2 et 113-12 par l'Assemblée, pour cause de meilleur logement dans le code de procédure pénale.

Il n'y a pas vraiment lieu de le regretter, car de tels textes sont inopportuns parmi les dispositions générales régissant le domaine d'application de la loi pénale dans l'espace. Mais encore faudrait-il qu'y figurât, comme dans les premières versions, un article introductif réservant l'hypothèse : « le domaine d'application de la loi pénale française est déterminé par les dispositions du présent chapitre, sous réserve des lois particulières et des traités internationaux » (art. 113-2 du projet de loi déposé en 1986, les versions antérieures, 83 et 78, ajoutant : « et de la coutume internationale »). Mais ce texte disparut tout entier lors de la discussion au Sénat, « quitte à ce qu'il soit repris au cours de la navette », emporté par la discussion née d'un amendement déposé par M. J. Thyraud (V. séance du 10 mai 1989, *J.O.* p. 611 et 612).

12. L'amendement en question se voulait « l'occasion d'une réflexion sur l'application des traités internationaux à l'intérieur du droit pénal » (p. 611). Il proposait à l'article 113-1 un alinéa 2 ainsi rédigé : « Après leur publication les traités ou accords internationaux sont présumés être appliqués par la ou les autres parties. La non-application résulte d'une déclaration du ministre des Affaires étrangères exprimée selon des

modalités qui seront précisées par décret en Conseil d'Etat ». Mais la réflexion souhaitée n'a pas eu lieu, au motif que l'amendement — ce qui est vrai — contenait des dispositions de nature constitutionnelle (p. 612).

13. Réflexion à peine amorcée, discussion au fond renvoyée en d'autres lieux : on voit que les travaux préparatoires du nouveau code pénal ont fui les questions modernes nées de l'ouverture du droit français sur de « nouveaux horizons du droit pénal international » (V. sous ce titre mais en anglais, les *Actes* de la Conférence internationale de Noto en mai 1984, publiés par l'A.I.D.P. et l'I.S.I.S.C. dans la collection *Nouvelles études pénales*, édités chez Erès en 1985, p. 35 et s.). Non point que ces question aient été ignorées, ni même leur importance sous-estimée ; mais le législateur a refusé d'en formuler les principes, laissant du même coup — car il faudra bien le faire — cette responsabilité à la jurisprudence.

Le parti pris n'est d'ailleurs pas indéfendable. Il est seulement un peu frileux pour un législateur qui se montre par ailleurs, comme nous allons le montrer ci-dessous, plutôt expansionniste. Exception toutefois à cette frilosité toute hexagonale : le fait que la Commission française de révision invoque l'autorité de la Commission des Communautés européennes pour maintenir, contre les critiques formulées, la nouvelle rédaction donnée aux actuelles dispositions de l'article 693 du code de procédure pénale (V. exposé des motifs du texte de 1978, p. 30).

II. – LES TITRES DE LA COMPETENCE FRANÇAISE

14. Nous désignons ainsi les fondements retenus, les critères mis en oeuvre de rattachement des infractions à la compétence nationale. Selon que l'on s'attache au lieu de commission de l'infraction, à la nationalité des personnes en cause ou seulement à la nature des infractions commises, on parle habituellement de compétence territoriale, personnelle ou réelle. La compétence est encore dite universelle lorsque seul entre en compte le lieu de l'arrestation et que joue la règle *aut dedere aut punire*.

Une première observation est que ces propres termes ne sont pas utilisés par le futur code pénal. « Le texte se borne à énoncer des cas de compétence, chacun avec ses conditions et son régime. A la doctrine d'y découvrir des catégories. On dira que c'est sa mission propre » (C. Lombois, commentaire préc. p. 69). Cette observation peut d'ailleurs être étendue au rejet de la distinction aujourd'hui faite par les auteurs entre les conditions préalables et les éléments à proprement parler constitutifs d'une infraction (V. exposé des motifs de 1978). On sait de même que, dans d'autres domaines, la Commission de révision n'a pas non plus retenu l'opposition doctrinale entre les causes (subjectives) de non-imputabilité et les faits (objectifs) justificatifs, ni celle des peines et des mesures de sûreté. Il s'agit donc bien à nouveau d'un parti pris méthodologique, non sans inconvénients : « C'est oublier que la mise en catégories n'est pas seulement explicative, mais normative souvent. Et non sans besoin » (C. Lombois, p. 70). La démonstration a déjà été faite. Nous n'y reviendrons pas.

15. Notre propos sera seulement ici de replacer les actuels travaux dans l'évolution d'ensemble du droit français et de montrer qu'une tendance déjà assez marquée pour l'extension de compétence s'est à nouveau manifestée. Formellement, il n'y avait en 1808 que trois articles du code d'instruction criminelle consacrés aux questions ici évoquées. Puis il y en eut huit (en 1959), neuf (en 1975), douze ... dans le code de procédure pénale. Et l'Avant-projet de code pénal en comportait quinze dans sa version initiale de 1976. Quant au fond, il n'est encore jamais arrivé que l'on renonce à une compétence précédemment conquise. Pourtant, comme l'a dit — sans être entendu — le Garde des Sceaux à l'Assemblée nationale : « Il faut savoir où s'arrêter dans l'application de la loi française à des faits commis à l'étranger (...) supprimer

tout seuil serait manifester un impérialisme difficilement justifiable (séance du 11 oct., *J.O.* p. 3381).

Cette remarque, relative à la compétence personnelle passive, pourrait être étendue. Chaque Etat adoptant la même attitude expansionniste se pose aujourd'hui le problème sinon de l'harmonisation des compétences nationales du moins de la coordination de leur exercice. Cet objectif peut être atteint par convention ; mais on a vu que les travaux préparatoires n'avaient pas retenu cette hypothèse. Il peut également l'être par autodiscipline, l'Etat n'appliquant sa loi pénale aux infractions commises à l'étranger qu'à titre subsidiaire. Telle est la portée du recours à la règle *non bis in idem* actuellement énoncée à l'article 113-10 du projet de loi : « Dans les mêmes cas (N.D.L.R. : compétence personnelle active et passive) aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ». Mais on remarquera : 1) que le nouveau texte est plus restrictif que l'actuel article 692 du code de procédure pénale (dont on a retiré la grâce accordée à l'étranger) ; 2) que son application dans les cas où la France exerce sa compétence territoriale, initialement envisagée (art. 1314 en 1976 et art. 28 en 1978) a été par la suite abandonnée ; 3) que le respect du principe n'est même pas prévu dans les cas de compétence universelle puisque, faute d'avoir été isolée en une catégorie distincte, cette compétence nouvelle est aujourd'hui soumise, de ce point de vue, au même régime que la compétence réelle (V. les obs. de C. Lombois, *Rev. internat. dr. pén.* 1980. 68-69).

16. Portons cependant au crédit de la Commission d'avoir, sur proposition de la Faculté de droit d'Aix-Marseille entre autres (V. *Rev. internat. dr. pén.* préc. rapport de R. Gassin, 121 et s. et p. 139), distingué en deux sections « les infractions commises (« ou réputées commises » a-t-il été précisé en 1986) sur le territoire de la République » et « les infractions commises hors du territoire de la République ».

A. — *Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République : la compétence territoriale*

17. Il y avait une grave lacune à combler, puisque le principe même de cette compétence n'était jusqu'ici formulé que dans le code civil. Ce sera chose faite si l'actuel article 113-2 du projet de code pénal n'est plus modifié : « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République... ».

Pour le reste, c'est-à-dire le domaine d'application de cette compétence, tous les exposés des motifs ont insisté sur la permanence des solutions, indiquant que cette section était « sans grand changement » ou qu'il n'y avait « pas lieu de s'y attarder ». Débusquons tout de même, dans les travaux préparatoires, quelques mouvements.

18. Subrepticement, disparut en 1983 une innovation que la Commission avait justifiée par le développement de la navigation de plaisance (V. l'exposé des motifs publiés en 1976) mais qui s'étendait également aux navires de commerce. En effet, selon les premiers textes (art. 1306 en 1976 puis art. 20 en 1978) la loi pénale française devait s'appliquer à tous navires étrangers autres que militaires dès lors qu'ils se trouvaient dans les eaux territoriales ou ports français. La solution était nouvelle, puisque la loi pénale française s'efface actuellement devant la loi du pavillon pour ne s'appliquer elle-même qu'en certaines circonstances (trouble à la tranquillité du port, demande des autorités du navire ou victime n'appartenant pas à l'équipage). Mais cette extension de compétence a mystérieusement disparu de la version publiée en 1983.

19. Laborieusement, par touches successives, les textes consacrés aux navires (art. 113-4) et aux aéronefs (art. 113-5) ont été harmonisés. A l'origine, le projet ne traitait

vraiment que des navires, renvoyant pour les aéronefs « aux conventions internationales et lois particulières ». Il s'agissait bien sûr des Conventions de La Haye et de Montréal ainsi que du code de l'aviation civile. Si ces renvois avaient été maintenus pour les aéronefs — mais ils ont été supprimés — il aurait également fallu mentionner, pour les navires, les textes internationaux relatifs à la piraterie maritime ainsi que la récente Convention de Rome du 10 mars 1988 « sur la répression d'actes illicites contre la sécurité de l'aviation maritime ». Au départ, les textes s'appliquaient aux infractions commises « à bord » des navires ou des aéronefs, mais aussi « à l'encontre » de ces derniers et « à l'occasion de leur circulation ». A l'arrivée, sont visées, dans les deux cas, « les infractions commises à bord ou à l'encontre » de ces moyens de transport.

20. Sourdement, certains propos de la doctrine ont trouvé écho dans les travaux préparatoires :

— propos suivis lorsque M. Lombois a montré (commentaire préc. p. 61 et 62) que la règle actuelle permettant de réprimer la complicité en France d'un fait principal « commis à l'étranger » (art. 690 c. pr. pén.) se trouvait profondément altérée si l'on exigeait que le fait principal soit commis « à l'étranger par un étranger ». Présente en 1976, 1978 et 1983, cette adjonction disparut en effet de l'article 113-6 du projet de loi déposé en 1986 ;

— propos beaucoup trop sommairement évoqués (tant il y a eu de pages écrites à ce sujet) lorsque le texte de l'actuel article 693 du code de procédure pénale devient, dans un premier temps : « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors que l'un de ses éléments constitutifs a été en tout ou en partie accompli en France », puis renoue avec la formule originelle : « lorsqu'un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France », pour être à nouveau transformé lors de la discussion au Sénat : « dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur le territoire ». Qu'un sénateur estime que « le mot *fait* paraît plus objectif que le mot *acte* » (J. Thyraud, séance du 10 mai 1980, *J.O.* p. 614), que le Garde des Sceaux « avoue avoir une préférence pour la formulation habituellement utilisée dans le vocabulaire juridique » (même réf.), ou que le rapporteur à l'Assemblée nationale cite un arrêt, un seul..., de la Cour de cassation (rapport P. Marchand, n° 896, p. 106), cela est loin, très loin, d'épuiser le débat... que nous n'entamerons même pas ici.

B. — *Infractions commises hors du territoire de la République : compétences personnelle et réelle*

21. En 1808 la compétence personnelle ne s'appliquait qu'aux crimes commis par un Français à l'étranger contre un Français. (Elle était simultanément active et passive : auteur et victime de nationalité française). La compétence réelle s'appliquait déjà aux étrangers commettant à l'étranger des atteintes à la sûreté de l'Etat ainsi que des contrefaçons du sceau de l'Etat ou de la monnaie nationale.

Deux dates marquèrent ensuite l'évolution des solutions françaises. Une loi de 1866, modifiant le code d'instruction criminelle, étendit la compétence à l'égard des Français commettant des infractions à l'étranger à tous les crimes punis par la loi française (quelle qu'en soit la victime) et aux délits qui étaient également punis par la loi du territoire de commission (condition de double incrimination). Une loi de 1975, modifiant la code de procédure pénale, étendit la compétence à l'égard des étrangers commettant des infractions à l'étranger. D'une part elle ajouta dans l'article 694 de nouveaux cas de compétence réelle : crime contre des agents ou des locaux diplomatiques ou consulaires français. D'autre part elle introduisit à l'article 689-1 un premier

cas de compétence personnelle exclusivement passive : crime (commis à l'étranger par un étranger) dont la victime est de nationalité française[1].

22. Dans les actuels travaux de révision, c'est essentiellement la compétence personnelle, sous ses deux formes : active et passive, qui se trouve modifiée.

1. La compétence personnelle

23. Une volonté manifeste d'en étendre le domaine d'application est apparue dès 1976, qui a tourné court en ce qui concerne la compétence personnelle active, mais s'est développée chemin faisant pour la toute jeune compétence personnelle passive. Les premiers textes déplaçaient en effet la frontière qui sépare actuellement les crimes (seuls visés à l'art. 689 al. 1 et à l'art. 689-I c. pr. pén.) et les délits (mentionnés seulement dans l'art. 689 al. 2), l'idée générale étant d'étendre une compétence jusqu'ici criminelle aux délits des première et deuxième catégories, selon la distinction faite à l'époque (V. les art. 1309 et 1312 de la version 1976 ainsi que les art. identiques 23 et 26 de la version 1978).

Mais cette extension fut abandonnée, en ce qui concerne la compétence active, dès 1983, nouvelle version dont l'article 20, alinéas 1 et 2, revient aux solutions de l'actuel article 689.

Il n'en fut pas de même pour la compétence personnelle passive. Apparue en 1975 pour les seuls crimes contre des Français à l'étranger, elle est étendue par le projet de 1976 (art. 1312) aux délits de la première et de la deuxième catégories, expression remplacée en 1986 (art. 113-8) par celle de délits punissables de cinq ans d'emprisonnement au moins. Puis il se trouve à l'Assemblée nationale un député (M. J. Rossi) pour déposer un amendement, accepté par la Commission des lois, qui étend la compétence passive à tous les délits, extension adoptée par l'Assemblée malgré la vive opposition, déjà signalée, du Garde des Sceaux... (V. séance du 11 oct. 1989, *J.O.* p. 3380 et 3381).

24. Une autre évolution est apparue, mais sournoisement, au sujet de l'une des deux conditions d'exercice de la compétence réelle (la seconde : respect de la règle *non bis in idem* n'ayant à aucun moment été modifiée). Les données sont extrêmement complexes. Au départ : l'actuel article 691 du code de procédure pénale applicable aux délits contre les particuliers (première condition) commis par un Français à l'étranger (deuxième condition : compétence active). Le texte prévoit que, dans une telle hypothèse, si « la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public », elle « doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le fait a été commis ». Sans modification de fond dans les premières versions de l'avant-projet de code pénal (V. art. 1310 en 1976 et 24 en 1978), le texte (devenu art. 23) change de place en 1983 et s'applique désormais non seulement aux délits commis par un Français (compé-

1. Il faut relire les travaux préparatoires de cette loi du 11 juillet 1975 pour s'apercevoir que l'introduction en droit français de la compétence personnelle passive n'était pas mûrement réfléchie. En effet, le gouvernement déposa un projet de loi après que des terroristes japonais eurent pris des otages dans l'ambassade de France à La Haye, pour le jugement desquels nous n'aurions pas été compétents, même s'ils avaient été arrêtés en France. Ce projet contenait deux dispositions bien distinctes et complémentaires : l'extension de la compétence réelle aux infractions commises contre les biens ; la création de la compétence personnelle passive pour les crimes commis contre des victimes de nationalité française. Lors de la discussion à l'Assemblée nationale, on fit cependant remarquer que certains agents consulaires n'avaient pas la qualité de citoyens français. On releva surtout que, les conditions d'exercice de la compétence réelle étant moins strictes que celles de la compétence personnelle (pas d'application de la règle *non bis in idem* dans le premier cas), la répression en France des infractions commises contre les biens diplomatiques ou consulaires serait paradoxalement plus facile que celle des crimes commis contre les personnes représentant la France à l'étranger.

C'est pourquoi on introduisit la protection des personnes dans l'article 694 du code de procédure pénale... sans s'apercevoir que l'article 689-1 devenait du même coup inutile au regard de l'objectif initial et spécifique du projet de loi !

tence active) mais également à ceux qui le seraient par un étranger (contre un Français : compétence passive). Encore reste-t-il limité aux délits contre les particuliers. Mais une nouvelle extension se produit en 1986, sans aucune justification dans l'exposé des motifs : l'article 113-9 s'applique dans toutes les hypothèses de compétence personnelle, active ou passive, exercée à l'égard de crimes ou de délits, commis contre des particuliers ou non. Du même coup, et sans qu'on l'ait voulu semble-t-il, en matière criminelle :

— la liberté d'action du parquet se trouvait bridée par des conditions de mise en oeuvre de l'action publique initialement imposées pour les seuls délits contre les particuliers. C'est ce que M. M. Rudlof a remarqué dans son rapport et fait corriger par le Sénat avec les remerciements du Garde des Sceaux (séance du 10 mai 1989, *J.O.* p. 616) ;

— les victimes se voyaient retirer la possibilité de déclencher l'action publique en se constituant partie civile. C'est ce que M. P. Marchand a remarqué et fait corriger par l'Assemblée nationale (séance du 11 oct. 1989, *J.O.* p. 3381).

A l'arrivée : un article 113-9 ainsi rédigé : « Dans les cas prévus aux articles 113-7 et 113-8 (N.D.L.R. : compétence personnelle active et passive) la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit (N.D.L.R. : extension) ou d'une dénonciation officielle... » Partant de conditions propres aux délits contre les particuliers pour l'exercice de la compétence personnelle active, faisant un détour par les crimes, on aboutit donc à une condition d'exercice applicable à tous les délits et à tous les cas de compétence personnelle. Comprendra qui pourra. Nous y renonçons, pour l'instant.

2. La compétence réelle

25. Le premier exposé des motifs (1976) annonçait que l'on avait rassemblé en un article unique, l'article 1311, les règles des articles 689-1 (compétence personnelle passive précédemment examinée) et 694 (compétence réelle), « qui s'inspirent d'un même souci de protection des intérêts de l'Etat français ». Fausse annonce ! L'idée était intéressante : ces deux compétences ont en effet en commun de permettre la poursuite en France d'étrangers ayant commis certaines infractions à l'étranger ; il serait donc tout à fait concevable qu'elles soient rapprochées l'une de l'autre pour être soumises aux mêmes conditions d'exercice. Mais les rédacteurs l'avaient perdue en route...

26. Dans l'article 1311, traitant donc exclusivement de la compétence réelle, quelques modifications apparaissent cependant. Aux monnaies nationales ayant cours s'ajoutent « les effets publics nationaux et billets de banque autorisés par la loi ». Aux crimes contre les agents ou locaux diplomatiques ou consulaires français s'ajoutent les délits, nouvelle manifestation d'une tendance déjà soulignée.

Les infractions relevant de la compétence réelle peuvent désormais être poursuivies « comme si elles avaient été commises sur le territoire ». Bien que l'expression ait été retirée des textes publiés depuis 1983, la solution demeure puisque n'ont jamais été introduites dans l'Avant-projet de code pénal les conditions mentionnées *in fine* par l'actuel article 694 du code de procédure pénale : que la personne recherchée soit arrêtée en France ou que le gouvernement obtienne son extradition. Ainsi se renforce la tendance déjà signalée (V. C. Lombois, commentaire préc. p. 59) à l'alignement de la compétence réelle sur la compétence territoriale. Et d'autant plus que, depuis 1978 (textes commentés par M. Lombois), le projet d'appliquer la règle *non bis in idem* lorsque la France exerce sa compétence territoriale a été abandonné (V. *supra* n° 15).

E. – CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

LE PROGRAMME ERASMUS ET LA CRIMINOLOGIE

Reynald OTTENHOF

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur du Centre de sciences criminelles

Robert CARIO

Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Parmi les raisons d'espérer un redressement souhaitable de l'enseignement de la criminologie, comme préalable au développement harmonieux de cette discipline (au sens universitaire du terme), nous signalions dans notre précédente chronique (cette *Revue*, 1990.168 et s.) l'importance que revêtaient, à notre point de vue, les enseignements dispensés dans le cadre des diplômes ERASMUS. L'occasion nous est fournie, aujourd'hui, d'illustrer ce propos à partir d'un exemple concret, dont nous avons pu apprécier la valeur au travers du bilan qui vient d'en être dressé par les promoteurs, à l'issue de cette première expérience.

Après deux années de démarches opiniâtres réalisées dans le cadre de « visites préparatoires », les universités du Pays Basque (Espagne), de Tilburg (Pays-Bas), de Leuven, de Louvain (Belgique) et de Pau (France) ont institué un Programme interuniversitaire de coopération, qui entre dans le cadre plus global de l'action communautaire développée en faveur de la mobilité des étudiants[1]. Communément appelé « Programme Erasmus » (*European Community Action Scheme for the Mobility of University Students*), ce programme pose la pierre angulaire de la construction de l'Europe des citoyens. Il offre la possibilité aux étudiants intéressés d'effectuer une partie de leurs études dans une ou plusieurs universités d'un autre pays membre.

Le Programme Erasmus, adopté le 15 juin 1987, a reçu une dotation modeste de 85 millions d'Ecus pour les trois premières années (de juillet 1987 à juin 1990). Il est mis en oeuvre par la Commission européenne, assistée d'un Comité consultatif composé de deux représentants par Etat membre. Il poursuit quatre objectifs principaux : l'accroissement du nombre d'étudiants effectuant une période d'études intégrée dans un autre pays de la Communauté ; la production d'une large et intensive coopération entre universités ; la valorisation du potentiel intellectuel des universités ; la consolidation du concept de l'Europe des citoyens.

Pour stimuler la mobilité estudiantine, des bourses sont octroyées aux intéressés, modulées selon la durée de la période d'études (de trois mois minimum) dans un autre

1. Le Programme, introduit par l'Espagne (I.C.P. 88-B-181), était placé sous la responsabilité des professeurs A. Beristain, J.-L. de la Cuesta (UPV/EIIU), T. Peters, J. Goethals, L. Dupont (KUL), F. Tulkens, H. Bosly (UCL), A. van Kalmthout (KUB), R. Cario et R. Ottenhof (UPPA). L'université de Catania (Italie) (professeurs Grasso et Zappala) rejoint le programme en 1989-90 (ICP 89-E-0025). En 1990-91, les universités allemandes (Tübingen et Fribourg) et portugaise (Coïmbra) devraient également y être associées.

pays membre. Dans le même esprit, les périodes et les diplômes passés à l'étranger sont validés au plan académique par les universités participantes.

Chaque programme est centré sur un thème spécifique. Celui dont il est question dans cette chronique paraîtra à d'aucuns quelque peu ambitieux : « Les nouvelles politiques pénales en Europe ». Entrant dans le large champ des sciences criminelles, au sens le plus général, il entretient néanmoins des liens très étroits, dans l'esprit de ses promoteurs et dans les faits, avec la criminologie. En effet, la plupart des cours théoriques et des séminaires proposés aux étudiants sont soit directement d'ordre criminologique (criminologie générale, clinique, sociale, spéciale, victimologie...), soit en prise profonde avec la criminologie (Délinquance et inadaptation juvéniles, Science pénitentiaire, Droit pénal et sociologie criminelle, Toxicomanies...).

Le premier bilan dressé en mai 1989 par le corps professoral des cinq universités engagées s'est révélé positif, aussi bien du point de vue pédagogique que scientifique et, surtout, humain. La remarque est d'importance car ce type de programme participe bien à la promotion, pour ce qui nous concerne, de l'enseignement de la criminologie (comme en Belgique notamment) dont la place demeure, à de rares exceptions près, encore trop insuffisante au sein des cursus universitaires développés dans les différents Etats membres de la Communauté européenne. Certes, les ambitions actuelles sont encore modestes, comme en témoigne le choix délibéré de la courte durée de la mobilité des étudiants, limitée à quatre mois. A terme, il ne fait aucun doute qu'il parviendra à couvrir une année complète d'enseignement (voire plus...), sanctionnée par la délivrance d'un diplôme européen, au plein sens du terme.

Il s'agit seulement, dans le cadre de cette chronique, de souligner très succinctement les caractéristiques de ce Programme inter-universitaire de coopération (PIC) et de dégager ses implications actuelles et potentielles dans le champ particulier de la criminologie.

I. – LES ASPECTS PEDAGOGIQUES DU PROGRAMME ERASMUS[2]

Ces aspects pédagogiques peuvent être regroupés sous la double dimension structurelle et organisationnelle.

1. *Du point de vue structurel*, il suffit de souligner tout d'abord que, durant quatre mois (de février à mai), vingt étudiants, appartenant à l'une ou l'autre des cinq universités précitées, se sont répartis sur les deux pôles autour desquels s'est construit le programme de cette année. Il a été convenu que dans l'avenir les étudiants auront également la possibilité de se rendre dans les autres universités participant au PIC.

Il importe ensuite de situer le cadre pédagogique dans lequel s'inscrit le programme sur chacun des pôles. Les étudiants sont astreints à une double activité. Ils doivent, en premier lieu, suivre des cours magistraux (en commun avec les étudiants concernés de l'université d'accueil). Le choix de ces cours théoriques s'effectue en accord avec les professeurs de l'université d'origine, en fonction des opportunités offertes par l'université d'accueil. Un compromis est recherché entre les exigences de la validation et les sensibilités intellectuelles et culturelles des étudiants. Des examens individuels (sous forme d'interrogations orales dans la langue du pays d'accueil) sanctionnent les connaissances ainsi acquises par les étudiants.

En second lieu, un rapport de recherche doit être réalisé sur l'un des thèmes de séminaire suivants : la détention provisoire ou la prévention situationnelle (à Pau) ; la victimologie ou les réformes pénales (à Saint-Sébastien). Ce rapport, préparé et sou-

2. Dans les développements qui vont suivre, il convient d'accorder à cette expression « Programme Erasmus » non pas une valeur générale mais une acception étroite : il s'agit du Programme développé à Saint-Sébastien et Pau au cours de l'année universitaire 1988-1989.

tenu collectivement, est évalué par un jury composé par l'ensemble des professeurs associés au Programme.

Les résultats obtenus par chacun des étudiants sont formellement consignés dans un « Certificat d'études » destiné à permettre la validation officielle des cours théoriques suivis dans l'université d'accueil et dans un « Diplôme Erasmus » attestant de la participation effective des étudiants au PIC.

2. *Du point de vue organisationnel*, le déroulement des quatre mois d'études s'est effectué de façon dynamique. La première semaine a permis de regrouper, à la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne (UPPS), l'ensemble des étudiants sélectionnés pour le Programme. Les aspects généraux des différents systèmes de procédure pénale ont été présentés aux étudiants, au même titre que les lignes directrices des séminaires retenus. Les étudiants se sont ensuite dirigés respectivement vers leur université d'accueil pour une durée d'environ quatorze semaines. La dernière semaine du mois de mai a été consacrée à l'évaluation, aussi bien académique que scientifique du PIC, à nouveau dans les locaux de la Faculté de droit de Bayonne. Au cours d'une cérémonie de clôture, les « Diplômes Erasmus » précités ont été solennellement remis aux participants.

II. – LES ASPECTS SCIENTIFIQUES DU PROGRAMME ERASMUS

Deux aspects scientifiques principaux ont été privilégiés sur chacun des pôles palois et basque. Le premier, organisé de manière académique classique, a permis de favoriser l'acquisition passive de connaissances théoriques diverses, intéressant aussi bien le droit pénal que la criminologie. Le second a, au contraire, encouragé l'investissement personnel des étudiants dans l'acquisition active de connaissances très globalement centrées sur la criminologie.

1. *Les enseignements théoriques magistraux*

Ainsi qu'il a été souligné plus haut, le Programme Erasmus a débuté par une présentation académique des différents systèmes de procédure pénale appliqués dans chacun des pays représentés. Les différentes phases du procès pénal, telles qu'elles sont organisées en France, (poursuite, instruction et jugement) ont été analysées sous le double aspect théorique et pratique par des professeurs et magistrats locaux. L'ambition d'une telle démarche consistait à démarquer, à partir de l'exemple de la France, les particularismes de chacune des législations nationales dans une optique comparative. Au cours de la discussion qui a accompagné la présentation de chaque phase procédurale, les étudiants ont pu mesurer la nécessité d'une harmonisation régionale de règles de procédure, dans notre Europe en construction, au regard de la protection des droits fondamentaux de la personne inculpée.

A la suite de cette première approche de la matière pénale, en termes de droit pénal comparé mais encore de criminologie comparée, les étudiants ont suivi des enseignements magistraux dans les universités d'accueil. Naturellement, les cours théoriques communs dispensés aux étudiants du Programme concernaient essentiellement les sciences pénales et criminologiques. Il convient néanmoins de préciser qu'une relative souplesse a été observée dans le choix des cours à suivre, à cause de certains impératifs de validation imposés par la faculté d'origine.

2. *Les séminaires intégrés*

C'est en fonction du choix du thème de séminaire que les étudiants se répartissent sur l'un ou l'autre pôle géographique du Programme. Il importe de rappeler que ces différents séminaires ont fait l'objet d'une présentation théorique très générale, lors de la semaine initiale, par les professeurs des universités concernées. Le souci principal

qui a guidé l'équipe professorale était double : fournir aux étudiants un cadre théorique, une grille de lecture de nature à permettre l'intégration des différents systèmes et législations ; leur offrir les outils méthodologiques et formels indispensables à l'accomplissement d'une telle approche. Ces derniers, pour être essentiels, ne méritent guère d'être rapportés ici. Il suffira de souligner qu'une journée au moins de la semaine était consacrée, sous la responsabilité d'un professeur, à la préparation puis à la rédaction du rapport collectif, en raison des différences observées tant au plan linguistique que culturel.

Par contre, il apparaît utile de préciser que la réflexion des étudiants a dû se structurer autour de quatre axes principaux. Chaque thème de séminaire a ainsi été abordé du point de vue législatif (*de lege lata*), du point de vue de la pratique, du point de vue criminologique et du point de vue prospectif (*de lege ferenda*). En d'autres termes, les étudiants devaient poser les contours théoriques du thème sous analyse, en vérifier l'application et les modalités de contrôle dans un premier temps. Par une analyse critique des résultats obtenus, confrontés aux acquis des recherches criminologiques existantes, les étudiants devaient, dans un second temps, formuler des propositions d'aménagement, voire de réforme, de l'institution sous analyse.

Il va sans dire que l'approche s'est tout d'abord déroulée de manière éclatée, par un examen de la situation observable dans chacun des pays représentés. Mais ensuite, la rédaction du rapport collectif a privilégié, autant que faire se peut en un si court laps de temps, la synthèse des différents discours législatif, praxéologique et criminologique relativement à chacun des thèmes de séminaire. On se bornera, dans le cadre de cette chronique, à illustrer ces principes à partir du séminaire consacré à la détention provisoire.

3. Application à la détention provisoire

Lors des premières séances de travail, il a été surtout question de repérer l'institution du point de vue législatif, de celui de sa mise en oeuvre et de celui de son application concrète. Les étudiants avaient à leur disposition un schéma général de recherche (accompagné de références bibliographiques et de documents scientifiques divers) dont le contenu peut être résumé de la manière suivante.

Le placement en détention provisoire des auteurs présumés d'une infraction — et qu'il s'agisse plus encore des auteurs d'un délit que d'un crime — suscite traditionnellement de vives critiques de la part de la doctrine. Personne ne songerait à contester que, hormis le cas de flagrant délit, la présomption d'innocence doive profiter à tout délinquant. Cependant, il apparaît évident que l'ordonnance de mise en détention provisoire et la délivrance d'un mandat de dépôt constituent des mesures devant très probablement conduire à la condamnation de l'individu concerné. D'aucuns soulignent même que la peine privative de liberté prononcée par la juridiction de jugement a vocation à « couvrir » très exactement le temps subi à titre préventif.

Gravement attentatoire aux libertés individuelles, toute décision de placement en détention provisoire doit demeurer exceptionnelle et être entourée de garanties judiciaires optimales et précises. Dans le même sens et avec encore plus d'acuité, les « détentions » administratives (avant expulsion ; assignation à résidence...) ou policières (rétention dans les locaux de la police ; garde à vue..) sont susceptibles de favoriser des violations substantielles aux droits fondamentaux des individus. Parallèlement, afin d'organiser au mieux la réaction sociale, des mesures alternatives de nature à s'assurer de la personne sur laquelle pèsent des charges méritent d'être néanmoins développées. Ces réflexions sommaires et abusivement simplificatrices devaient conduire à regrouper les recherches communes autour de deux principaux axes : la limitation drastique du placement en détention provisoire et le recours accru aux solutions favorisant le maintien en liberté des auteurs présumés d'une infraction.

A ces fins, il importait, en premier lieu et avant même la présentation des institutions, de développer une approche statistique : nombre de prévenus placés en détention provisoire ; pourcentage par rapport à la population carcérale globale ; sexe, âge des intéressés ; nature de l'infraction poursuivie ; durée moyenne de la détention provisoire, etc.

En second lieu, il convenait de s'interroger sur la légitimité et les justifications de la mise en détention provisoire, notamment à l'égard des mineurs, ainsi que sur l'évolution législative qu'une telle mesure a subie. D'autres questions devaient être résolues au regard de la conformité de la mesure avec les principes constitutionnels reconnus dans nos différents pays et avec les conventions régionales ou internationales (comme par exemple la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme). Dans le même sens et plus concrètement, quelles sont les conditions de fond et de forme nécessaires à son prononcé ? Quel est l'organe compétent pour prononcer la mise en détention provisoire ? De quels recours, internes et/ou internationaux, bénéficie l'intéressé ? Quels sont les éléments qui permettent de mesurer la variabilité de la mesure (durée, renouvellement, interruption, fin) ? Quelles sont les conditions matérielles d'exécution de la détention provisoire (lieux, régime d'incarcération) ? De quelle manière est-il tenu compte du temps passé en détention provisoire lors du prononcé de la condamnation définitive (« couverture », réduction éventuelle de peine) ? De la même manière, il est éminemment utile de connaître les modalités de la réparation au cas d'erreur judiciaire et/ou de détention arbitraire. A quelles conditions de fond et de forme doit répondre la demande en réparation ? Existe-t-il des délais pour introduire la demande ? Devant quelle institution est diligenté l'ensemble de la procédure ? Quelles sont les règles applicables à la détermination du montant de l'allocation ?

Il appartenait aux étudiants d'analyser, en dernier lieu, après avoir souligné les inconvénients du placement en détention provisoire, les possibilités d'alternatives, *de lege lata* et *de lege ferenda*. De telles alternatives doivent naturellement permettre le maintien des auteurs présumés en liberté tout en les soumettant à une ou plusieurs mesures de nature à assurer leur surveillance, leur relèvement et le dédommagement des victimes. Cependant, la question peut se poser de savoir si de telles alternatives sont compatibles avec le système pénal de chacun des pays concernés ? Doivent-elles demeurer dans le champ d'intervention du judiciaire ? Présentent-elles une réelle utilité pour la justice, pour la victime ?... Parallèlement à cette réflexion menée à partir des données caractéristiques du pays d'origine, des apports théoriques et pratiques sur le système français étaient proposés aux étudiants. Des visites de maison d'arrêt ont encore été organisées, permettant aux intéressés de vérifier, *in concreto*, les conditions dans lesquelles s'effectue la détention provisoire (fréquente en France puisqu'elle concerne un détenu sur deux), d'interroger les responsables des établissements et certaines catégories de personnel. Dans le même but, des entretiens ont eu lieu avec des représentants des services locaux de police ainsi qu'avec le personnel des services sociaux du tribunal. La rencontre avec un juge d'instruction, président d'une association locale de contrôle judiciaire (mesure alternative à la détention provisoire) a encore alimentée la recherche en cours en la portant sur le terrain du sujet d'analyse, à savoir le prévenu placé en détention provisoire. Cette approche, plus directement axée sur la criminologie clinique, a constitué pour certains une véritable « découverte » de cette branche.

*

* *

Telles sont, dans leurs grandes lignes, les orientations de ce programme, élaboré par une équipe d'enseignants convaincus de l'intérêt de promouvoir un enseignement intégré de la criminologie au plan européen.

Certes, on pourra objecter que l'enseignement concernait plus exactement les sciences criminelles au sens large, que la criminologie au sens étroit du terme. La remarque est fondée : elle révèle l'état actuel de l'enseignement de cette discipline,

principalement axé sur l'analyse des institutions pénales et la politique criminelle, habituellement envisagé sous un angle critique. Là se trouvait le dénominateur commun permettant de développer un enseignement adapté à cet auditoire spécifique, provenant d'horizons divers. Car, comme le soulignait avec clairvoyance notre collègue G. Kellens, dans son rapport présenté au Cours international de criminologie de Saint-Sébastien[3], dont nous rendions compte dans notre précédente chronique : « Comment réaliser, par ailleurs, le meilleur équilibre entre l'ancrage dans une culture locale et les apports multiples de l'internationalité ? Les programmes ERASMUS des Communautés européennes, qui touchent déjà à la criminologie, tracent certaines voies, favorisant les échanges et les reconnaissances mutuelles d'enseignement ; ils ne peuvent qu'aller dans le sens du voeu de M. Pinatel que se constitue un savoir qui réponde à des interrogations standardisées en transgressant les frontières étroites des disciplines scientifiques et des régions géographiques. Le criminologue de l'avenir devrait-il avoir la tête dans l'univers, les pieds dans son terroir et les mains dans la souffrance et la difficulté d'être en société ? »

Faute d'un accord « au sommet », entre des courants antagonistes artificiellement divisés, la criminologie se développera par la base, grâce à cette dimension humaniste, que veut précisément évoquer le sigle ERASMUS, en faisant voyager, hors de leur chapelle, ces pèlerins de l'Europe de demain.

3. G. Kellens, « L'enseignement de la criminologie dans les universités », *R.D.P.C.* 1989. 1074.

F. – CHRONIQUE DE POLICE

LE NOUVEAU PARADIGME DE LA POLICE (Police écologique – informatique et thématique)

Jean SUSINI

Président honoraire de l'Association française de criminologie

I. — Au début du XVIIIe siècle, bien que le pouvoir bénéficiât de la théorie du Corps mystique du Roi, la monarchie s'était prudemment dotée d'une forte police, que les souverains d'Europe lui enviaient. La conviction théocratique du Roi ne l'avait pas empêché de s'entourer d'un réseau complexe et bien articulé de moyens de tout voir, tout entendre ou écouter, tout pouvoir s'imaginer ou interpréter ... Ces moyens étaient notamment la Police, c'est-à-dire un ensemble de *prothèses* visant à compenser les limites du corps privé du Roi dans l'exercice de sa souveraineté. Le rôle prothésique de la police dans les coulisses du pouvoir est fondamental.

En 1705 débuta la parution à Paris des quatre substantiels volumes du *Traité de police* du commissaire (de la lieutenance générale de Paris) Nicolas de La Mare. L'avertissement soulignait qu'on y « trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et prérogatives de ses magistrats (dont les commissaires), toutes les lois et règlements qui la concernent et un recueil de tous les statuts et règlements des six corps des marchands et de toutes les communautés des arts et métiers et de la voirie... ».

Après avoir rappelé les fondements transcendantaux de la légitimité du souverain en exercice le *Traité* décrivait les « matières » soumises à la compétence des *lois de police*. Elles définissaient un ensemble que nous pouvons nommer le noyau *écologique* des raisons d'être de la police.

Bien que l'on fut à l'apogée du théocratisme monarchique, de La Mare établissait la *légitimité* de la police en faisant remonter sa naissance à une lointaine époque « où les hommes ont dû se résoudre à recourir à l'établissement des lois ». Ces législations (les lois écologiques de police) « qui ont pour objet le bien général et commun de la société ont formé dans la suite des temps le droit public. A ce dernier les Grecs ont donné le nom de police ». Et l'auteur évoquait, pour fonder cette indispensable légitimité, l'héritage des Grecs et des Romains ... (qui en matière de sociologie urbaine étaient en avance, depuis des millénaires). Les *lois de police* (inventoriées dans l'énorme ouvrage) compilaient tous les efforts des prévôts de Paris.

En 1776 le commissaire Jean-Baptiste Le Maire (de la même lieutenance) achevait la composition d'un *Mémoire sur la police de Paris en 1770* (que le Roi destinait à son beau-frère l'Empereur germanique Joseph II). Le document comportait deux parties :

1) *Police judiciaire* (Quels sont dans l'ordre judiciaire les objets qui sont du ressort de la police. Ils concernaient les matières suivantes : religion, discipline des moeurs, santé, vivres, voirie, *sûreté et tranquillité publiques*, sciences et arts libéraux, com-

merce, manufactures et arts mécaniques, serviteurs, domestiques et manoeuvriers, les pauvres.)

2) *Police d'inspection ou exercice général de la police*

Laissons de côté les matières qui constituent l'écologie policière traditionnelle. Prêtons attention à la notion *d'inspection* (identifiée à *exercice général*). Ne fait-elle pas allusion aux moyens de « surveiller » la réalité humaine et sociale enclose dans le territoire urbain ! Et cette surveillance n'évoque-t-elle pas la fonction prothésique dont le corps du Roi a tant besoin pour justifier et consolider sa légitimité (vécue dans la sensibilité collective de ses sujets). Cette partie du *Mémoire*, somme toute, décrit le système (artisanal) de collecte d'informations tel qu'il était possible de l'imaginer à l'époque. La police officielle devait employer toutes sortes de personnes pour réaliser cette fonction informatique. Pour réaliser « l'espionnage civil ou de société » il faut (selon Le Maire) disposer d'un réseau plus ou moins informel d'agents plus ou moins permanents qui sont infiltrés dans toutes les parties vives et articulations du « *corps administré* » ... (espions civils, basses-mouches, et toute la phénoménologie de la dénonciation depuis les témoignages jusqu'aux aveux pourvoyeurs de dénonciations...).

La Révolution et l'Empire n'eurent guère le loisir d'élaborer un paradigme policier politiquement détendu. Les *Bulletins de police* qu'exigeait quotidiennement Napoléon reflétaient la même soif d'informations que celle du monarque de droit divin. Les prothèses inquisitoriales nécessaires à l'existence d'un centralisme totalitaire, mises en place par le lieutenant général du Roi, furent la base de la conception de Fouché.

Ce qu'à la prothèse policière demandait l'Empereur concernait surtout la police informatique (la police écologique était confiée aux autorités locales). Le *Bulletin* insistait sur les « conspirations, les renseignements approfondis sur des personnes précises, les troubles, rébellions, faits divers, crimes, brigandage, réunions publiques et privées, opinions des salons, journaux, librairie, littérature, bruits courant à droite et à gauche ».

Revenons à *l'inspection* (exercice général de la police du Roi) décrite par Le Maire. Il y précise que 1) les circonstances doivent déterminer le choix des moyens ; 2) les moyens qui méritent la préférence sont constamment ceux qui s'étendent et se rapportent en même temps à un plus grand nombre d'objets, dont la pratique est la plus simple et qui présentent le plus naturellement l'idée du « Bien qui doit en résulter ». Le choix de ces moyens est capital. C'est l'économie de la police ; 3) (les gens employés) dans les réseaux d'infiltration doivent « être propres à jouer toutes sortes de personnages, suivant les circonstances ... ». L'idée d'enquête sous-couverture serait-elle une donnée primitive de l'anthropologie policiologique ?

La lecture des contenus des *lois de police* et des *Bulletins impériaux* permet d'extraire des données qui, transcrites en termes modernes, sont relatives aux moyens de collecter des informations à partir d'un regard public braqué sur l'ensemble de la réalité sociale représentant les formes diverses du privé, de l'intime. Ces données ont de l'intérêt pour interpréter ce qui se passe dans la sphère privée. Non seulement cette problématique n'est pas dépassée, mais elle est plus que jamais au coeur même de l'évolution du paradigme de police. Car « la transformation des structures sociales de la sphère publique » engendre des interpénétrations de plus en plus troublantes du « domaine public et du domaine privé »[1]. Selon Habermas « la sphère publique politique tendrait à faire de l'opinion publique (ou soi-disant telle), un facteur politique déterminant » (1). Bien entendu, dans la vision paradigmatique monarchiste, cette notion était inconçue. Du moins repoussée parmi les mauvais objets...

Tout cela nous paraît imposer à l'étude de la police un préalable relatif aux sentiments qui s'associent dans la phénoménologie de la légitimité. Celle-ci devant s'attacher au fonctionnement immédiatement visible de l'action de police. Ce qui implique

1. *L'espace public. Archéologie de la publicité comme condition constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1978.

la production d'états vécus induits par la conduite fonctionnellement privée de l'acteur. Par privé nous évoquons l'éventuelle fusion d'une personne et de son rôle. Là encore la métaphore corporelle du pouvoir intervient et procure un meilleur éclairage de l'objet sociologique ou juridiquement représenté.

Faut-il se situer dans la rue (lieu symbolique de l'espace public) pour y sentir vibrer la phénoménologie concrète et anthropologique des conduites de maintien de l'ordre ! La légitimité peut prendre l'allure d'une phraséologie officielle, creuse et reflétant l'esprit des princes bureaucratiques. Cela permet de refouler, au profit d'un ordre apparent, toutes sortes de requêtes ou de besoins de rendre manifestes des états vécus dignes d'attention. Ce renvoi systématique de tant d'énergies individuelles du côté de la sphère dite privée est une grave erreur. Cela revient à les policer par autorité et non par raison. Et dans les intimités blessées ou frustrées d'inutiles oppositions se développent. Ignorer l'action d'une certaine intériorisation psychique de la représentation du pouvoir (où le corps mystique du Roi n'est plus iconographiquement présent, mais où le corps réel du policier se charge à chaud de multiples fantasmes), c'est agir maladroitement dans le contexte d'une sorte de physique sociale à courte vue. De tout cela les rapports sociaux vécus sortent déformés, dévalorisés et les besoins vitaux de certaines catégories d'humains (dont on nie l'identité et la dignité) sont méprisés (opérationnellement) dans le « face-à-face police-public ». Ce qui est dans la prétention d'un service qui se veut public la faute suprême. Cette pratique du refoulement des désirs (besoins) d'être publiquement visibles que réclament les formes plurielles et associatives de ceux que la froideur démographique transforme en objets d'administration contredit formellement le discours démocratique. Là encore s'affirme l'incompétence de la notion de prince qui n'est pas en mesure d'accepter le dialogue. D'où, de tous côtés, des réactions sociales, morales, philosophiques et de blocage dont l'importance inquiète les gens de police au travail.

Cette description phénoménologique avait pour but d'esquisser les réflexions sur le sentiment de légitimité (vécue) qui est à l'essence même de la crédibilité de la police. Dont le rôle est aussi important que le perfectionnement technique.

Il faut, toujours à partir du sol sur lequel repose l'architectronique socio-politique, redécouvrir la pertinence d'une police écologique en continuité anthropologique avec les intuitions urbanistes des ancêtres de la police ; celle-ci n'a jamais cessé d'être en même temps une idée et une pratique, jamais un arsenal d'instruments pour toutes sortes de candidats à l'autorité. Il se pourrait que de la police écologique on soit loin d'avoir compris tout le message.

La mort du Roi signifiait, entre bien d'autres choses, qu'il fallait faire sa place à une autre présence vécue du sentiment de légitimité. Mais où situer les fondements non charismatiques d'une légitimité en mesure d'opérer au niveau des rapports sociaux ! Le mythe d'une révolution finale, comme subversion radicale, n'est plus guère crédible. L'évolution actuelle du monde qui nous entoure se libère de l'ensemble historique lié à la seconde guerre mondiale. Les sociétés totalitaires montrent qu'elles peuvent s'écrouler d'elles-mêmes ! De même que la police du Roi, malgré sa perfection, n'a pu empêcher la Révolution, il est clair que les princes d'occasion ou de systèmes pourront de moins en moins compter sur la police pour lutter contre les populations. C'est là un thème nouveau de policiologie qui apparaît : les leçons des problèmes que vivent les gens qui travaillaient dans les polices des régimes totalitaires !

Les policiers doivent-ils, précisément, bénéficier d'une autre légitimité que celles des acteurs politiques ? Ils ne peuvent être associés aux projets millénaristes de quelque nature qu'ils soient. On pourrait presque dire qu'il leur revient d'instituer une véritable laïcité politique. Et la question de l'obéissance mystique à la *loi* sera peut-être un jour le thème d'une réorganisation du point de vue politiste sur la police ! Les ébauches de code de déontologie de la police ne font qu'indiquer une voie. Ils devront déboucher, précisément, sur une intégration paradigmatique dont nous cherchons à entrevoir les aspects rassurants, bénéfiques et aussi les périls.

Nous venons d'évoquer les conflits vécus, intériorisés, refoulés, différant donc leurs conséquences, qu'une mauvaise application du pouvoir de la police peut mettre en branle. Cela concerne évidemment le pouvoir exécutif qui n'a pas souvent une légitimité vécue, consensuellement ressentie, pour assurer aux policiers en action de quoi affronter les situations où n'opèrent plus les charismes d'antan ou théoriques.

De même la police écologique qui est généralement plus acceptée et paraît plus légitime, risque de rencontrer un jour des risques de mésentente sur son propre territoire. La notion de police prothésique est désormais dépassée.

Ce sera donc sur le thème de la modernisation de la police que nous insisterons au désir d'y voir se dévoiler les caractères du nouveau paradigme de police.

II. — Les repères de l'évolution paradigmatique (en cours ou hautement probable) peuvent, nous semble-t-il, concerner plus ou moins fondamentalement les points suivants :

1. Légitimité (vécue) de l'action de la police

Ce repère est tributaire d'une vision diachronique de la police comme idée d'une pratique. Quatre sortes d'indices y fusionnent ou convergent : certains sont directs ou historiques, d'autres sont liés à la fin actuelle d'une période historiquement bloquée mondialement et par contrecoup dans les détails de la vie quotidienne du pouvoir. D'autres, enfin, dessinent de nouvelles convergences dont la policiologie doit tenir compte : achèvement d'une révolution des cultures et des moeurs dont H. Mendras traite de façon pertinente, notamment à propos de l'individualisme face à l'autorité et des nouveaux chemins de l'identité[2].

La légitimité (vécue, la seule qui importe) ne s'impose pas. Elle ne se manipule pas non plus. Ni ne s'achète, même en monnaie d'élitisme. Elle se mérite. Mais elle doit reposer sur des évidences. Ces évidences peuvent être facilitées si la police, par exemple, n'exerce plus son emploi de la force et de la contrainte, selon un modèle militaire ou guerrier. La civilisation, comme donnée sémantique, devient un concept opératoire. La civilisation des actions de police doit précisément se fonder sur la notion de civil. Et le fondement de cette évolution paradigmatique peut être identifiée à travers bien des travaux récents sur la police en action ou en rôle. Bien qu'ils n'aient pas encore compris que certaines mystifications d'ordre médiatique et concernant l'insécurité vécue (qui prend parfois l'allure d'une opération de *marketing*) ne devraient pas servir de moyen mobilisateur pour les nouveaux engagements sociaux des polices. Dans un chapitre consacré à *La police au-delà de l'an 2000*[3], W. L. Tafoya reproduit les termes du futurologue Alvin Toffler, s'adressant en tant que tel, à une assemblée de chefs de police à l'Académie du F.B.I. La police doit s'adapter à un monde en changement. Elle doit tout particulièrement « *l'assister* ». D'où priorité aux *civil rights*, et au droit de contester ... La logique démocratique exige une telle transition d'un culturalisme légalistique à une orientation du type « services ». Et cela implique que la priorité des priorités concerne les implications à long terme des grandes questions sociales. Les recrues attirées par la propagande médiatique de la guerre au crime (et aux contestataires) seront déçues par l'entrée dans une nouvelle civilisation dédramatisée. Le service de la loi c'est bien autre chose qu'en être la seule force physique (qui parfois se croit réellement en état de guerre civile en pleine paix et à la moindre occasion).

Malgré eux, les travaux, plus ou moins profonds, sur la police abordent la question de la légitimité, bien qu'ils ne s'intéressent que trop idéologiquement aux éléments qui

2. *La seconde Révolution française*, 1965-1984, N.R.F. 1988.
3. *Police and Law Enforcement*, D. B. Kennedy et R. J. Homant, AMS Press New York, 1987.

la composent. Celle qui serait en mesure de résister aux troubles les plus aigus[4]. La révolution morale et culturelle (H. Mendras) nous incite à penser que la fin des charismes unilatéraux oblige à découvrir les formes nouvelles de légitimité qui se dessinent. Pour éclairer cette interrogation, en style concret, on peut se référer à une « vision cosmographique de la société » où joue un rôle de plus en plus légitimisant une vaste constellation centrale. La dichotomie guerrière se désagrège. Les légitimités de circonstance cessant de valoir. Il y a donc un vide à remplir. Les conditions, non pas d'une création technologique (ou du type campagne publicitaire) de légitimité (vécue) mais d'une reprise d'un rapport spontanément social entre la police et l'homme, sont sans doute en pleine auto-réanimation. Des mécanismes anthropologiques plus profonds sont à l'oeuvre. Mais le comportement du policier dans sa propre privatisation fonctionnelle, du fait qu'il lui revient d'être responsable de sa propre légitimité individuelle, doit être dépouillé de toute idéologie ou d'engagement frénétique dans l'opération de police. Les générations nouvelles, si le recrutement s'ouvre, s'élargit et s'actualise, imposeront rapidement l'évolution paradigmatique. On verra notamment apparaître par l'infiltration de nouveaux courants culturels d'autres interactions entre l'homme de police et l'homme privé. Une nouvelle façon de percevoir le public ne tardera pas à s'imposer. La nouvelle légitimité ne viendra pas précisément d'en haut. Elle naîtra de l'interaction permise et souhaitée entre l'homme de police et l'homme rencontré. La police monarchique ignorait l'homme. La police de la société industrielle faisait semblant de le connaître au nom de la loi. La mort du Roi a-t-elle également atteint, à la longue, le fondement de la légitimité vécue d'une contrainte, d'une force venant d'un centre monarchique... Pourtant la police du Roi esquissait une sorte de révolution culturelle en énonçant l'amour du bien commun. Après bien des avatars, l'homme individuel, désabusé de toute structure monarchique, centraliste, bureaucratique exige une police qui respecte l'être privé en toute circonstance. On peut réaliser une conduite de contrainte si précisément ce n'est pas au nom de la loi ou d'une entité que l'on parle, mais presque en vertu de l'appartenance à la même nature. Cette forme de légitimité doit être liée à la responsabilisation socio-morale de l'homme engagé dans l'action de police.

C'est donc autour de la problématique de la légitimité vécue de la police que l'évolution paradigmatique se joue. Depuis l'artisanat (la phase police prothésique pour prince personnalisé) de la lieutenance de police occupée à écouter, voir, surprendre les secrets, interpréter les paroles saisies, espionner la population sujette jusqu'à la période qui s'ouvre actuellement (l'écroulement des citadelles policières de l'Est) ce sont surtout les dogmes organisationnels qui ont défilé sur la scène policiologique. La substance charismatique tombait toujours d'en haut. La police ressemblait à une caserne d'hommes conditionnés à l'obéissance, soumis à l'assimilation à des instruments puisque ayant mis leur âme et leur sensibilité en suspens. Comme si l'état social était un état de guerre ! La police est même devenue sous l'occupation étrangère une police d'Etat généralisée. La police séculière a donc suivi la culture politicologique de l'époque, elle s'est faite prothèse d'un souverain anonyme mais construit subtilement à l'image d'un monarque de droit divin, bien corporelisé...

Le modèle de visibilité de la réalité sociale qui intéresse le prince centro-bureaucratiste, reflète[5] la même inquiétude que celle de Napoléon, tend à englober toute la vie nationale. Or la police, depuis l'aube des temps historiques, selon le porte-parole de la théocratie, est le produit d'une naissance démocratique ! Il y aurait eu confiscation de la police de nature sociale par un pouvoir toujours en quête d'absolutisme. La police écologique est évidemment la seule qui puisse subir avec succès le test de la légitimité vécue. Elle n'a pas dévié en faveur d'une croissance excessive de sa branche « informations ». Au point que la police a fini par devenir, du fait d'une persistance d'attitude dépassée, ayant atteint les limites de son utilité sinon de sa compétence, une sorte de vaste système de renseignements et d'espionnage de l'intérieur.

4. Y compris les changements de régime, avec crise de libérations...
5. De La Mare, *Traité*.

2. La légitimité technocratique comme héritière de la théocratie !

Les études sur la police affrontent rarement le point central de leur problématique. Mais l'idée de science de la police nous invite à évoquer les rapports de la science et de la technologie avec la police. Cas particulier du rapport entre la science et le pouvoir politique. L'idéologie technocratique a cru pouvoir s'emparer de la mystique de l'Etat. Il n'est pas certain que ce risque soit neutralisé. La modernisation de la police, axée surtout sur ses moyens, dans un esprit trop marqué par la guerre ou la lutte contre des ennemis ou des démons, ne va-t-elle pas éveiller dans la caste technocratique, certaines nostalgies...

À l'automaticité du schéma technocratique a riposté une sorte de théorie décisionniste qui n'arrangeait rien puisqu'elle pyramidisait les apports personnels des hommes dans l'interaction (qui ne pouvait être langagière donc communicationnelle). En sorte qu'on agissait toujours sous le contrôle opaque d'un « prince » juché ailleurs et prétendant savoir mieux faire que celui à qui il ordonnait d'agir. Ni l'un ni l'autre des schémas légitimateurs ne pouvait prétendre à la légitimité vécue, y compris chez les personnes de police.

3. La police informatique

La modernisation de la police peut en orienter l'esprit. Ceci d'une façon encore inimaginable. La soif d'informations, par les moyens de police, s'étanchera-t-elle dans un monde délivré des tensions manichéennes actuelles ?

Les moyens nouveaux « *d'espionner* » la population sont devenus tellement efficaces que la prothèse du « *prince* » est remplacée par une nouvelle candidature au pouvoir, celle des technocrates pragmatiques.

La police scientifique, de son côté, d'abord limitée au travail d'établissement de la preuve par des procédés ou expertises scientifico-techniques, tend à faire partie des moyens du candidat aux fonctions dites d'autorité. Il est incontestable que le besoin de recourir aux diverses rationalités de chacune des herméneutiques engagées dans l'action politique globale doit être encouragé. Mais, en ce qui concerne une problématique qui intéresse cette *Revue*, le concours des ressources et de l'esprit scientifico-technologique à l'exercice de la justice doit prendre conscience de ses limites. Là encore il est dangereux d'en appeler à l'assistance scientifico-technologique dans le cadre d'un paradigme dépassé.

La police informatique devrait voir son rôle progressivement évoluer :

1) en se limitant aux besoins nécessaires à l'intervention criminalistique ;

2) en extrayant de l'exercice de ce rôle des connaissances écologiques d'ordre criminologique au sens large du terme. Pouvant conduire à un renouvellement des équations composant la problématique de la sécurité et de la représentation opérationnelle du crime organisé (y compris les formes crimino-organisationnelles de la satisfaction du besoin d'auto-intoxication qu'éprouvent certaines personnes en certaines situations singulières ou conditions sociales) et les graves criminalités de la pollution (police écologique) ;

3) fusion ou contribution à l'oeuvre de connaissance (fondamentale ou engagée) qui font partie de l'action sociale d'un pouvoir capable d'innover une politique criminelle pluraliste et réaliste (donc continuellement évaluée, grâce aux moyens modernes de l'informatique...) notamment la planification préventive (police thématique) ;

4) en aidant au maintien raisonné de l'ordre public par une information scientifiquement et techniquement conduite sur les conflits de normes, de conduites et de cultures dont la connaissance dé-passionnée est la meilleure intervention de police (criminopolice) ;

Récemment le président de l'O.I.P.C.-Interpol observait que « les polices de type civil, respectueuse du droit, disposant de moyens pour agir, mais sachant aussi mesurer exactement leurs forces, sont indispensables à la consolidation de la démocratie »[6].

Notre optimisme eut été total si nous n'avions lu[7] un article relatif au « problème d'empêcher la C.I.A. d'entreprendre des opérations "sous-couverture" contre le peuple et le gouvernement des U.S.A. » (*American Journal of Criminal Law*, 1989). S'agirait-il d'une réaction contre la découverte d'un moyen moderne de réaliser le fameux espionnage civil préconisé par la lieutenance policière du Roi ![8].

Cet écho justifie l'idée selon laquelle la logique technocratique est dangereuse pour la démocratie, surtout lorsqu'elle s'approprie les ressources gigantesques que la science et la technologie proposent à tout pouvoir[9]...

Erratum

Dans la chronique de police du numéro 4-1989, il fallait lire :

1) p. 806, ligne 12 : - 2,78 % et non 2,78 ;

2) p. 807, « b) les recels : + 21,95 % » et non - 21,95 % ;

3) p. 809, « Remarques : ... supérieur à 100 % » et non 10 %.

6. *Revue internationale de police criminelle*, n° 421, déc. 1989, p. 4. Discours de M. Yvon Barbot, directeur général de la police nationale française. Le champ d'action d'Interpol privilégie une forme de police moderne que nous appelons : la police thématique.
7. *Police Science Abstracts*, mai-juin 1989, n° 690.
8. Chronique de police : « L'enquête sous couverture », cette *Revue*, 1989.387 et s.
9. « Automatisations libératrices et science du passage à l'acte », cette *Revue*, 1975.465 et s.

G. – CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

LA DÉTENTION DES MINEURS*

Didier THOMAS

Directeur de l'Institut de sciences criminelles de la Faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier

Le 9 novembre 1983, dans son intervention lors du VIe Congrès de l'Association française de droit pénal, organisé à la Faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, M. Martaguet, président de la Commission de réforme du droit des mineurs, constatait que l'ordonnance du 2 février 1945 avait bien vieilli et il dévoilait les premières propositions de sa réforme.

Qu'en est-il aujourd'hui ? On sait que les différents avant-projets et projets de code pénal ont préféré renvoyer à une loi particulière le statut du mineur délinquant[1]. Est-ce à dire que rien n'a été fait depuis six ans ? Pas tout à fait ! Les lois des 30 décembre 1987 et 6 juillet 1989 amorcent un incontestable recul de la détention provisoire. Il est d'autant plus intéressant de les analyser qu'un certain nombre de détentions provisoires prononcées récemment se trouvent confrontées à l'application de cette nouvelle législation.

Nous essayerons ensuite de formuler quelques observations plus générales qui pourraient constituer les bases de propositions pour améliorer et faire avancer le droit pénal des mineurs.

I. – DESCRIPTION DU SYSTEME

La comparaison des régimes procéduraux applicables aux mineurs avant et depuis 1989 montre la volonté du législateur de faire reculer la détention provisoire.

Avant 1989

La détention provisoire des mineurs est régie par l'ordonnance du 2 février 1945, modifiée par la loi du 17 juillet 1970. Elle peut être prononcée à l'égard de tout mineur même si son régime juridique précis est fonction à la fois de la tranche d'âge à laquelle appartient l'inculpé et de la gravité de l'infraction commise.

– Mineurs de moins de treize ans

La détention provisoire n'est possible qu'en cas de crime et par ordonnance motivée (art. 11 al. 2).

* Colloque la « Protection judiciaire de la jeunesse en Europe », organisé à la Faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, du 11 au 13 oct. 1989 par l'Education surveillée, l'U.N.I.O.P.S.S. et l'U.R.I.O.P.S.S.

1. G. Roujou de Boubée, « Le projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal : essai d'une analyse », D. 1989. chron. 205.

— Mineurs de treize à seize ans

En matière correctionnelle, la détention provisoire peut être prononcée pour une durée maximale de dix jours dans l'attente d'un placement éducatif.

En matière criminelle, la détention provisoire obéit au régime des majeurs et peut être utilisée sans limite.

— Mineurs de plus de seize ans

Le régime de la détention provisoire est identique à celui des majeurs. Notons cependant que, dans ces différents cas, depuis une loi du 30 décembre 1985, la détention provisoire d'un mineur ne peut être prononcée avant que le service de l'Education surveillée n'ait établi un rapport écrit contenant tous les renseignements utiles sur la situation du mineur ainsi qu'une proposition éducative.

Depuis 1989

Plus ou moins marqué selon l'âge des mineurs, le recul de la détention provisoire transforme fondamentalement la situation des moins de treize ans, affecte profondément le régime des treize à seize ans, mais modifie peu le sort des plus de seize ans.

— Mineurs de moins de treize ans

Ils ne peuvent être placés en détention provisoire, même en matière criminelle. Cette interdiction, applicable depuis le 1er mars 1989, résulte de l'article 22 de la loi du 30 décembre 1987.

— Mineurs de treize à seize ans

En matière correctionnelle, aucune mesure de placement en détention provisoire ne saurait être prononcée à leur encontre. Là encore cette interdiction est en vigueur depuis le 1er mars 1989 en application de l'article 22 de la loi du 30 décembre 1987.

En matière criminelle, la détention provisoire est, à compter du 1er décembre 1989, limitée en principe à six mois (art. 17 — loi du 6 juill. 1989). Elle peut, à titre exceptionnel, être prolongée, une seule fois, pour une durée de six mois par ordonnance du juge d'instruction, ordonnance rendue après avis du procureur de la République. L'ordonnance doit comporter par référence aux premier et deuxième alinéas de l'article 144 du code de procédure pénale « l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ». Comme en ce qui concerne le placement en détention provisoire des majeurs, le législateur a voulu renforcer l'obligation de motiver l'ordonnance en s'inspirant de la motivation des actes administratifs.

Les détentions provisoires en cours au 1er décembre ne peuvent excéder un an jusqu'à l'ordonnance de règlement. Pour les détentions provisoires qui, à cette date, n'ont pas atteint six mois (délai compté à partir du placement en détention), leur prolongation nécessite une ordonnance de renouvellement, conformément aux dispositions de la nouvelle loi. Cette mesure est, en revanche, inutile, si au 1er décembre, la détention provisoire subie excède six mois.

— Mineurs de plus de seize ans

En matière correctionnelle, il faut désormais distinguer selon que la peine encourue n'excède pas (cas le plus fréquent) ou excède sept ans d'emprisonnement.

La peine encourue n'excède pas sept ans d'emprisonnement : la détention provisoire ne peut (art. 17 — loi du 6 juill. 1989) dépasser un mois (depuis le 1er décembre 1989). Exceptionnellement, cette mesure est susceptible d'être renouvelée, une seule fois, pour un mois dans les mêmes conditions que précédemment (ordonnance motivée rendue après avis du procureur de la République). Les détentions provisoires en cours au 1er décembre 1989 ne sauraient excéder deux mois jusqu'à l'ordonnance de règlement.

La peine encourue excède sept ans d'emprisonnement : comme pour un majeur, la détention provisoire peut atteindre quatre mois, avec possibilité de prolongation par

ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE BIBLIOTHÈQUE

tranche de quatre mois, par ordonnance motivée rendue dans les mêmes conditions que précédemment. Cependant, contrairement au régime applicable aux majeurs, la détention provisoire est limitée à un an jusqu'à l'ordonnance de règlement. Ainsi les détentions provisoires en cours au 1er décembre 1989 ne peuvent excéder un an jusqu'à l'ordonnance de règlement.

En matière criminelle, le régime est très proche de celui applicable aux majeurs. En principe, la détention provisoire ne devra pas dépasser un an. Mais elle peut être prolongée par ordonnance motivée rendue après débat contradictoire. Une limite (qui n'existe pas pour les majeurs) : la durée totale ne doit pas dépasser deux ans. Les détentions provisoires actuellement en cours ne peuvent donc en matière criminelle excéder deux ans jusqu'à l'ordonnance de règlement.

Les détentions provisoires qui, au 1er décembre 1989, n'ont pas atteint un an, doivent pour continuer de produire leurs effets être prolongées par une ordonnance de renouvellement. Cette mesure n'a en revanche pas à être prise lorsque, au 1er décembre 1989, la détention provisoire subie excède un an. Les plus de dix-huit ans sont évidemment soumis au régime des majeurs.

Néanmoins, la loi du 6 juillet 1989 prévoit que, à compter du 1er décembre 1989, le placement en détention provisoire d'un jeune de dix-huit à vingt-et-un ans nécessite, lorsque la peine encourue ne dépasse pas cinq ans d'emprisonnement, une enquête de personnalité portant sur la situation matérielle, familiale et sociale de la personne poursuivie.

A l'occasion de ces vérifications, l'enquêteur doit proposer à l'autorité judiciaire les mesures propres à favoriser l'insertion sociale : possibilité d'hébergement, de stage de formation professionnelle, etc. Faut-il voir là l'embryon d'un droit pénal des jeunes majeurs ? Il ne le semble pas. Cette disposition doit ultérieurement être étendue aux plus de vingt-et-un ans « lorsque les juridictions disposeront d'un personnel qualifié en nombre suffisant pour procéder à ces vérifications ».

Quel regard critique peut-on porter sur ce qui a été fait et quelles propositions peut-on formuler pour faire avancer le droit pénal des mineurs ?

II. – OBSERVATIONS CRITIQUES

– *Première observation*

La réforme de la détention provisoire des mineurs est en retrait par rapport aux propositions faites antérieurement. Ainsi, le Comité d'étude sur la violence, la Commission Costa en 1975, la Commission de révision du code pénal en 1978, la Commission Martaguet en 1983 concluaient à la suppression de la détention provisoire pour les moins de seize ans, en toute matière, c'est-à-dire également en matière criminelle. Nous regrettons que ces propositions n'aient pas été suivies et que les lois des 30 décembre 1987 et 6 juillet 1989 aient maintenu la possibilité de placer en détention provisoire les mineurs de treize à seize ans poursuivis pour crime.

D'abord, une telle suppression aurait été conforme à la recommandation (R.[87]-20) adoptée le 17 septembre 1987 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

Ensuite parce qu'il est à craindre (comme le redoutait déjà la Commission Martaguet) qu'afin de placer un mineur de moins de seize ans en détention provisoire une pratique se développe consistant à criminaliser la prévention quitte à revenir à l'heure du règlement du dossier à une qualification correctionnelle.

— *Deuxième observation*

La deuxième observation concerne le classement des mineurs en trois tranches d'âge. Artificiel par la répartition automatique qu'il organise, ce classement est en outre contestable en raison de la signification qu'on lui reconnaît généralement.

Il est artificiel, surtout dans la distinction des moins de treize ans et des plus de dix-huit ans.

Les moins de treize ans : faut-il maintenir cet âge comme limite de ce qu'il convient d'appeler la présomption absolue d'irresponsabilité ?

Les solutions en ce domaine sont très variées en droit comparé : dix ans (Angleterre et Pays de Galle) ; douze ans (Pays-Bas) ; quatorze ans (Italie, R.F.A., Québec, Chine populaire...).

Le droit français se trouve dans une juste moyenne. Peut-être cependant, compte tenu de l'évolution des mentalités et de la prééminence du traitement sur la répression, pourrait-on étendre l'irresponsabilité absolue jusqu'à l'âge de quatorze ans.

Les plus de dix-huit ans : l'âge de la majorité pénale (dix-huit ans) est conforme à la plupart des pays européens (Italie, R.F.A., Pays-Bas, par exemple). Toutefois notre droit ne prévoit aucune mesure pour les jeunes majeurs (dix-huit à vingt-et-un ans), si ce n'est la possibilité de mettre sous protection judiciaire, pour une durée de cinq ans maximum, les mineurs de plus de seize ans (Ord. 2 févr. 1945, art. 16 *bis* ajouté par la loi du 11 juill. 1975).

A ce sujet, il faut remarquer que, lorsque la protection judiciaire prend la forme d'un placement, ce placement ne peut se poursuivre après la majorité de l'intéressé que si celui-ci le demande. Et surtout, cette mesure ne concerne que des individus mineurs au moment des faits ; elle ne saurait donc s'appliquer à ceux qui étaient déjà majeurs au moment de l'infraction.

Or il est souhaitable que dans certains cas (manque de maturité du prévenu, par exemple) le droit des mineurs puisse s'appliquer à l'égard des jeunes majeurs. Ainsi le droit hollandais prévoit-il cette possibilité pour les mineurs de dix-huit à vingt-et-un ans « compte tenu de la personnalité du prévenu ».

Le droit allemand permet d'appliquer le droit pénal des adolescents aux mineurs de dix-huit à vingt-et-un ans dans deux cas :

— lorsque l'examen général de personnalité indique qu'à l'époque des faits le développement moral et mental du délinquant était celui d'un adolescent ;

— lorsque l'acte lui-même démontre qu'il s'agit d'une infraction typique de l'adolescence.

La classification en tranches d'âge est également contestable dans sa signification même. On s'accorde généralement à reconnaître que cette classification établit une présomption d'irresponsabilité, absolue pour les moins de treize ans, relative pour les plus de treize ans. Cette distinction entre responsabilité et capacité pénale paraît avoir influencé le législateur du nouveau code pénal. Dans la version adoptée en seconde lecture par l'Assemblée nationale, le texte précise en effet que « le mineur de sept ans n'est pas responsable » et que le mineur de treize ans « n'est passible d'aucune peine ».

Or cette notion est confuse pour un mineur et cela d'autant plus que les traitements sociaux doivent avant tout consister (pour reprendre une expression chère à Marc Ancel) en une pédagogie de la responsabilité. Aussi le projet Martaguet, au grand dam de certains criminalistes, écartait-il ce terme d'irresponsabilité. En réalité la difficulté

(qui n'est pas seulement d'ordre terminologique) peut être surmontée en distinguant, comme le proposent les auteurs modernes[2], la responsabilité et la capacité pénale.

Le mineur est responsable dès lors que, sain d'esprit, l'acte lui est imputable et qu'il a eu conscience de commettre une faute.

En revanche, la capacité pénale, c'est-à-dire l'aptitude à profiter, à être transformé par la sanction pénale, exclut en principe pour les mineurs la peine au bénéfice de mesures de sûreté axées sur l'éducation et sur la réinsertion.

— *Troisième observation*

Ma dernière observation concerne l'emprisonnement des mineurs. En effet, si les lois des 30 décembre 1987 et 6 juillet 1989 ont fait reculer la détention provisoire, elles n'ont guère affecté la détention après jugement, c'est-à-dire la peine de l'emprisonnement.

Peu d'innovation en ce domaine à l'exception de la loi du 10 juin 1983 qui a créé le travail d'intérêt général et a prévu son application aux mineurs de seize à dix-huit ans.

Plus récemment, la loi du 6 juillet 1989 en abrogeant les articles 28 alinéa 3, 29 et 30 de l'ordonnance du 2 février 1945 interdit d'incarcérer le mineur de plus de seize ans qui, par sa mauvaise conduite opiniâtre, son indiscipline constante ou son comportement dangereux, a rendu inopérantes les mesures de protection et de surveillance prises à son égard. On sait que l'ordonnance du 2 février 1945 permettait de placer jusqu'à l'âge de sa majorité un tel mineur dans « une section appropriée d'un établissement créé en application de l'article 2 ».

Or, faute de moyens, ces établissements n'ont jamais été créés, si bien que les mineurs rebelles étaient placés en prison jusqu'à l'âge de leur majorité civile (soit vingt-et-un ans à l'époque et dix-huit ans depuis la réforme de 1974).

Par un curieux paradoxe, ces mineurs, initialement soumis à une mesure de sûreté, subissaient bien souvent une incarcération plus longue que les mineurs condamnés dès l'origine à une peine et considérés pourtant en principe comme plus dangereux et moins accessibles à une réinsertion[3].

Quel que soit l'intérêt de cette réforme, elle ne résout pas le problème plus large de l'emprisonnement des mineurs. Aussi, sans bouleverser la matière, ne pourrait-on pas cependant admettre la suppression de l'emprisonnement, tout au moins en matière correctionnelle pour les moins de seize ans ?

Une telle réforme serait conforme à la Recommandation adoptée le 17 septembre 1987 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Sans bouleverser nos institutions elle pourrait, le cas échéant, selon les résultats, constituer une étape vers une dépénalisation plus importante.

D'autres réflexions devront encore être consacrées à ce problème... et ce n'est certainement pas par hasard que le XIe Congrès de l'Association française de droit pénal qui se tiendra à Rennes à l'automne 1991 aura pour thème l'enfance délinquante.

Oui le droit pénal des mineurs est perfectible et il doit être amélioré. A cette fin, nous devons faire preuve d'imagination et de générosité. Mais l'enjeu en vaut la peine car comme l'affirme un proverbe chinois « toutes les fleurs de l'avenir sont les semences d'aujourd'hui ».

2. Ch. Lazerges, « Le concept d'imputabilité dans les doctrines de défense sociale », cette *Revue*, 1983.315 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, n° 578 et 591 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, p. 311 et s.
3. Crim. 20 mai 1967, J.C.P. 1968. II. 15620, note Ph. Robert.

INFORMATIONS

I. – CONGRES, COLLOQUES, SEMINAIRES

SEMINAIRE SUR « LA PROTECTION JURIDIQUE DES INTERETS FINANCIERS DE LA COMMUNAUTE »
(Bruxelles, 27-28-29 novembre 1989)

Ce séminaire a réuni pendant trois jours 150 participants venus de tous les Etats membres de la Communauté. Organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes, il s'adressait plus particulièrement aux magistrats et avocats spécialisés en droit pénal ainsi qu'aux représentants des administrations appelées à agir en liaison avec les magistrats dans la lutte contre la fraude dans le domaine des finances communautaires.

Le programme de cette rencontre comportait :

– des contributions de magistrats et de fonctionnaires nationaux appelés à faire part de leur expérience concrète et des difficultés rencontrées dans la protection des intérêts financiers communautaires ;

– des interventions de représentants des institutions européennes (Commission, Cour de justice, Cour des comptes et Parlement européen) ;

– des exposés d'universitaires destinés à éclairer les problèmes que pose le recours aux moyens de sanction des Etats membres pour assurer la sauvegarde des intérêts financiers communautaires et à mettre ainsi en lumière les rapports complexes du droit communautaire et de la matière pénale.

La publication des travaux du séminaire étant envisagée, il n'en sera fait ici qu'une brève présentation.

Placé sous le haut patronage de M. Peter Schmidhuber, membre de la Commission, qui souligna dans son allocution qu'un consensus politique existait au sein de la Communauté sur la nécessité d'accentuer la lutte contre la fraude au préjudice des finances communautaires*, le séminaire fut ouvert par M. de Moor, contrôleur financier de la Commission.

M. de Moor rappela que la Commission était depuis longtemps préoccupé par les difficultés d'application du droit financier de la Communauté dans les Etats membres, lesquelles proviennent autant d'une prise de conscience insuffisante des juridictions nationales et des administrations appelées à agir directement avec elles que de la complexité des mécanismes de financement instaurés par le législateur, notamment en matière agricole.

M. de Moor indiqua que la relance du projet de traité sur la protection pénale des finances communautaires, en instance depuis 1976 devant le Conseil des Communautés européennes, était à l'ordre du jour. Ce projet s'ordonne autour du principe de l'assimilation des fraudes commises au détriment des finances communautaires à celles perpétrées au préjudice des fonds publics nationaux ; il prévoit la transmission des

* Les fraudes aux finances communautaires représentent 0,1 à 0,2 % en moyenne du budget de la C.E.E. mais 10 à 20 % en matière agricole (cf. J. Vervaele, cette *Revue*, 1990, n° 1).

poursuites d'un Etat membre à l'autre et comporte une forme d'entraide judiciaire. S'il était adopté, ce texte serait le premier texte communautaire de nature pénale.

M. de Moor souligna également la portée d'un récent arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt 68/88 du 21 sept. 1989, *Commission c/ République hellénique*), aux termes duquel les instances nationales doivent, dans la mise en oeuvre du droit communautaire, « procéder à l'égard des violations du droit communautaire avec la même diligence dont elles usent dans la mise en oeuvre des législations nationales correspondantes ».

La sauvegarde des intérêts financiers de la Communauté doit-elle reposer sur le seul recours aux moyens de sanction des Etats membres ? Ces sanctions doivent-elles être progressivement harmonisées ? En écho à cette double question de M. de Moor, les contributions des magistrats nationaux devaient faire apparaître que le seul recours au droit pénal des Etats membres comportait le risque d'un degré de protection très différent d'un Etat à l'autre.

M. Jean-Louis Dewost, directeur général du Service juridique de la Commission des Communautés européennes, qui traça les traits fondamentaux du droit financier communautaire en souligna l'autonomie, la rigueur, la maturité ... et la schizophrénie.

M. Dewost justifia ce dernier trait par trois observations : malgré des règles précises, les grands principes budgétaires ne sont pas toujours respectés ; les ressources propres n'ont pas toujours, dans les faits, l'automaticité voulue par les textes ; le contrôle de la dépense repose sur des règles relativement embryonnaires. Les causes de cette schizophrénie sont à rechercher dans la dichotomie inhérente au droit communautaire et conforme à la vision que les Etats membres ont de la construction européenne : les auteurs de la règle de droit sont à la fois auteurs et assujettis. Les Etats membres, au sein de Conseil, sont réticents à imposer des règles contraignantes à leur administration pourtant en charge de la gestion, décentralisée, des intérêts financiers de la Communauté.

Les professeurs Klaus Tiedemann et Léonard H. Leig'h évaluèrent le degré de la protection des intérêts financiers communautaires établie par les droits nationaux.

Les solutions offertes et les difficultés rencontrées varient d'un Etat membre à l'autre (collaboration plus ou moins étroite entre l'administration et les autorités judiciaires ; sanctions pénales ou administratives ; absence d'incrimination de certains comportements ; niveaux différents des sanctions).

Ainsi, par exemple, en République fédérale d'Allemagne, à la différence de la plupart des autres Etats membres, l'article 264 du code pénal (*StGB*) incrimine la fraude aux subventions, notamment lorsqu'elle résulte de l'absence d'information de la disparition des conditions de la subvention.

Le professeur Tiedemann conclut à l'insuffisance d'une simple harmonisation, à la nécessité de compétences supranationales en matière de sanctions et d'une disposition de droit communautaire permettant la répression, dans l'ensemble de la Communauté, des fraudes à la loi (notamment dans l'hypothèse de transactions fictives).

Mme le professeur Delmas-Marty mesura l'influence du droit communautaire sur les systèmes de droit pénal interne en distinguant selon que le droit communautaire conduit à la neutralisation du droit pénal interne ou, à l'inverse — plus rarement en pratique — constitue une incitation à pénaliser dans le cadre du droit pénal interne.

Mme le professeur Delmas-Marty conclut que la nécessité d'éviter l'apparition de pays refuges, où la faiblesse et l'absence de sanctions pénales inciteraient les entreprises à exercer de préférence leurs activités, dès lors que l'ouverture des frontières prévue pour 1993 facilite une telle mobilité, devrait amener les autorités communautaires et les Etats membres eux-mêmes à entreprendre une tâche sinon d'unification, du moins d'harmonisation du droit pénal des affaires.

Le professeur Giovanni Grasso, qui devait précisément développer la thèse de « l'harmonisation et de la coordination des dispositions relatives aux sanctions natio-

nales », se déclara en faveur d'une initiative communautaire à cet égard. Il défendit par ailleurs l'idée de la création, au profit des institutions communautaires, d'un pouvoir autonome de sanction leur permettant de réprimer directement les fraudes concernant les aides de la politique agricole commune.

La suite des interventions fut consacrée aux questions de sensibilisation des praticiens du droit et de renforcement de la collaboration entre les juges nationaux ainsi qu'au rôle respectif de la Cour des comptes, de la Cour de justice et du Parlement européen dans la protection des finances communautaires.

Roger GRASS

SEMINAIRE MEDIATION*

Au cours de ces derniers mois, on assiste en France à une prise en compte plus grande du phénomène de la médiation comme en témoignent les différents articles, colloques, consacrés à ce thème, aidé en cela, il est vrai, par une actualité sociale favorable comme dans le cas des conflits du travail. C'est dans la perspective d'aller au-delà de ces événements ponctuels, que le Groupe lyonnais de sociologie industrielle (G.L.Y.S.I./C.N.R.S./Université Lyon II) et le Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université de Paris I, ont mis en place un séminaire consacré à l'analyse de ce phénomène de médiation dans notre pays en se référant notamment au développement de ce mode de résolution des conflits dans d'autres pays. Si en France, le renouveau de la médiation, comme technique de résolution des conflits est un phénomène récent, en revanche dans les pays anglo-saxons, notamment aux Etats Unis d'Amérique, la médiation a déjà une histoire plus ou moins longue selon les domaines considérés.

L'objet de ce séminaire est d'analyser les causes de ce renouveau de la médiation car s'il est vrai que la médiation, comme mode de règlement des litiges, a toujours existé, ce qui a changé c'est le contexte : la médiation se développe dans le cadre d'une crise sans précédent du système judiciaire de régulation des litiges. Il ne s'agit pas dans le cadre de ce séminaire d'analyser cette crise du système judiciaire mais plutôt d'étudier les raisons du développement de ces modes alternatifs de règlement des litiges, en faisant l'hypothèse que ces « alternatives » ne visent pas simplement à répondre à des dysfonctionnements de l'institution judiciaire, mais préfigurent une refonte des modes de régulation sociale dans le sens d'une plus grande décentralisation, une plus grande flexibilité, un moins grand formalisme, une plus grande adaptation aux réalités sociales.

Le développement de la médiation comme mode de règlement des litiges dans un nombre grandissant de domaines, comme celui de la famille, de la consommation, du quartier, de l'école, du travail, ... semble confirmer cette évolution vers des processus décentralisés de régulation des conflits se déroulant dans le cadre d'entités sociales restreintes et permettant une plus grande implication des acteurs dans la résolution de leurs conflits.

Les séances du séminaire 1989-1990

C'est à partir de ces hypothèses, que nous avons décidé dans un premier temps de consacrer les premières séances du séminaire à dresser une espèce d'« état des lieux » de la médiation en balisant les différents champs de la médiation. Nous n'avons pas la prétention de couvrir l'ensemble des champs, mais nous voulons montrer à partir de plusieurs angles d'approches que la médiation est un phénomène complexe et pluriel.

* Séminaire organisé sous la responsabilité scientifique de MM. J.-P. Bonafe-Schmitt et E. Le Roy.

C'est pour cette raison que nous avons voulu donner à ce séminaire une vocation interdisciplinaire en associant des chercheurs et des praticiens appartenant à différentes disciplines : sociologie, anthropologie, droit et psychologie. Chaque séance du séminaire donne lieu à un exposé de la part d'un chercheur et d'un praticien à partir des résultats d'une recherche et de l'analyse d'une pratique.

Deux séances de ce séminaire ont déjà eu lieu, la première était consacrée à la médiation dans le domaine pénal avec une présentation de la recherche de Mlle S. Rojare sur « les expériences de médiation au sein des associations d'aides aux victimes » et l'analyse d'une pratique de médiation par M. D. Jullion (de l'Association « Aide aux victimes » de Grenoble).

La deuxième séance a été centrée sur la conciliation dans le domaine civil avec la présentation par M. E. Le Roy (du Laboratoire d'anthropologie juridique) des résultats de sa recherche consacrée à la conciliation civile et par la présentation de l'activité des conciliateurs mis en place par le décret de 1978 par Mmes Bonnart-Pontay et Rousseau (de l'Association des conciliateurs de France).

Les cinq prochaines séances seront consacrées à l'analyse de la médiation :

— dans le domaine familial : la médiation familiale (B. Bastard, C.N.R.S.) et Mme Robinet, médiatrice familiale à l'Association pour l'enfant et le couple (APEC) ;

— dans les relations de quartier : les associations de médiation de quartier (J.-P. Bonafe-Schmitt (G.L.Y.S.I./C.N.R.S.) et un médiateur de quartier) ;

— dans le domaine de la consommation : les expériences de la BP 5000 (P. Porcher (G.L.Y.S.I.) et le représentant d'une association de consommateurs) ;

— dans les relations administration/administrés : le médiateur de la République (intervenants non déterminés) ;

— dans le domaine du travail (intervenants non déterminés).

La première année du séminaire sera suivie par la tenue d'un « atelier » dans le cadre de l'Institut international de sociologie internationale d'Onati (Pays Basque/Espagne) les 19-20-21 septembre 1990 avec la participation de chercheurs et praticiens européens et nord-américains. Ce séminaire permettra de confronter les différentes expériences de médiation en cours dans les différents pays et de préparer la deuxième année du séminaire.

Les séances du séminaire 1990-1991

La deuxième année de ce séminaire sera consacrée à une réflexion conceptuelle car il existe une certaine confusion dans la définition de ces modes alternatifs de justice que sont la médiation, la conciliation, l'arbitrage. Il n'est pas rare que l'on confonde ces différents modes non juridictionnels de règlement des litiges car il existe des formules hybrides comme la médiation-arbitrage ou encore des formules de médiation judiciaire, c'est-à-dire l'intervention d'un médiateur dans le cadre d'une procédure judiciaire. Dans le même sens, si l'on se réfère aux travaux publiés sur ce thème, on peut constater une certaine inflation de concepts liés à la multiplicité d'approches juridiques, sociologiques, ou anthropologiques de l'objet étudié avec les oppositions classiques entre modes juridictionnels et non juridictionnels, modes judiciaires et extra -judiciaires, modes formels et informels de règlements des litiges.

Cette interpénétration entre les différents modes de règlement, et les difficultés de recenser les différents lieux de régulation des litiges expliquent qu'en France, comme aux Etats Unis, pays où les modes alternatifs de règlement sont les plus développés, il soit relativement difficile de connaître sur le plan statistique la part réelle de ces modes non juridictionnels en matière de régulation sociale.

Ces observations n'ont pas pour autre objectif de souligner que la médiation constitue un véritable champ d'investigation, mais au-delà de ces préoccupations de recherche, la question fondamentale qui reste à ce jour sans réponse est celle de

savoir si la médiation peut s'apparenter à un mouvement social ou si elle ne représente qu'une simple technique de résolution des conflits. Dans le cadre de ce séminaire, nous n'avons pas la prétention de répondre à cette question, mais plutôt d'avancer des pistes de réflexion à partir d'une série de séances consacrées :

— à définir, sur le plan conceptuel, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et à réfléchir sur les outils statistiques permettant de cerner ce phénomène de la médiation ;

— à réfléchir sur l'évolution vers un pluralisme judiciaire avec le développement de ces modes non juridictionnels de règlement des litiges. Au cours de ces séances seront abordées l'analyse des logiques qui sont à la base de ces expériences de médiation (logique de professionnalisation et logique communautaire) ainsi que la question de la constitution de nouveaux acteurs : les médiateurs (organisation - formation - règles déontologiques...). ;

— à envisager l'évolution vers un pluralisme juridique car on ne peut ignorer l'influence des structures de médiation dans la construction d'un « droit spontané », basé sur l'équité et de catégories tirées plus du vécu que de la logique juridique, appelé à prendre une place effective dans l'édifice normatif ;

— enfin nous serons amenés à nous interroger sur la médiation, comme mode de socialisation, dans le cadre de la crise actuelle des mécanismes de régulation sociale et plus généralement sur la médiation comme mouvement social.

Le déroulement du séminaire

Les séances du séminaire ont lieu tous les deux mois alternativement à Paris (Maison des sciences de l'homme) et à Lyon (Maison Rhône-Alpes des sciences de l'homme). Il s'agit d'un séminaire limité à 25 personnes, composé de chercheurs et de praticiens à vocation interdisciplinaire : sociologie, anthropologie et droit. Il est prévu une publication des actes de ce séminaire.

La responsabilité scientifique de ce séminaire est assurée conjointement par :

— Jean-Pierre Bonafe-Schmitt
G.L.Y.S.I./C.N.R.S./Université Lyon II
MRASH — 14, avenue Berthelot — 69363 Lyon cedex 07
Tél. : 72.72.64.16

— Etienne Le Roy
Laboratoire d'Anthropologie juridique
Université Paris I Panthéon-Sorbonne
14, rue Cujas — 75231 Paris cedex 05
Tél. : 40.46.28.32

J.-P. BONAFE-SCHMITT

II. — CIRCULAIRES, RAPPORTS OFFICIELS, AVIS...

EMPREINTES GENETIQUES

AVIS DU COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE SUR LA DIFFUSION DES TECHNIQUES D'IDENTIFICATION PAR ANALYSE DE L'ADN

L'identification par analyse de l'ADN a été découverte par le docteur Alec Jeffreys en 1985. Dans le domaine médico-légal, les possibilités créées par cette invention sont évidentes ; aussi n'a-t-elle suscité à l'origine que des réactions favorables. Bénéficiant d'une réputation d'infaillibilité, les seules réticences concernaient le coût de

l'opération. C'est ainsi qu'en France, deux questions écrites de parlementaires en 1988 sont en fait de simples demandes d'affectation de crédit[1].

Pourtant aux Etats-Unis, où la technique était régulièrement utilisée, l'affaire *Castro* en 1987 avait mis en question sa fiabilité. Une analyse d'empreintes génétiques réalisées par le laboratoire Lifecodes avait désigné formellement José Castro comme meurtrier d'une jeune femme et de sa petite fille. Deux ans plus tard, un groupe d'experts en biologie moléculaire, après avoir longuement étudié les procédures utilisées, a estimé que les résultats n'étaient pas valides[2].

En France, cependant, les premiers signes d'inquiétude ne sont pas dus au risque d'erreur judiciaire, mais au danger de l'éventuelle mise à disposition des particuliers, en dehors de toute procédure judiciaire, de la technique des empreintes génétiques, pour mettre en cause une filiation. L'Ordre national des médecins et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris s'en sont inquiétés en mai 1989 dans un communiqué commun et ont suggéré que le Comité national d'éthique soit amené à donner son avis. Une question écrite d'un sénateur se fait l'écho de cette inquiétude et répète la suggestion[3].

Saisi, le Comité national d'éthique rend son avis le 15 décembre sur l'opportunité d'une diffusion de la technique tant au plan pénal qu'au plan civil.

Nous n'envisageons ci-dessous que l'aspect pénal.

I. — EMPREINTE GENETIQUE ET POLICE SCIENTIFIQUE[4]

La technique d'empreinte génétique est *a priori* séduisante. L'ADN (acide désoxyribonucléique) est présent dans toutes les cellules nucléées de l'organisme. Il est le support de l'hérédité, c'est-à-dire unique pour chaque individu, sauf pour les vrais jumeaux. Il se compose d'environ trois milliards d'unités de base, de quatre types différents représentés par les lettres A, C, G et T. (adénine, cytosine, guanine et thymine). En se regroupant en une double hélice, les bases constituent le chromosome.

Des techniques ont été mises au point pour étudier la séquence des bases, c'est-à-dire la disposition des lettres A, C, G et T, et par conséquent pour lire le code génétique lui-même, dont ils obtiennent une image de type « code à barres ». Cet examen est désormais possible à partir d'une très petite quantité d'ADN, ou d'ADN partiellement dégradé, grâce à la technique d'amplification (de clonage) de l'ADN.

On voit bien, en théorie, l'avantage que présente pour l'enquêteur, l'identification génétique par rapport aux autres techniques d'identification. Elle permet de comparer le code génétique contenu dans l'ADN des cellules d'un suspect avec des spécimens (sang, sperme, cheveux...) recueillis sur la scène d'un crime. Elle permet de procéder par rapprochement certain, et non par exclusion, car chacun de nous possède un code génétique propre.

Cependant, la fiabilité d'une technique aussi sophistiquée dépend du respect impératif de nombreuses conditions (de prélèvement, de conservation, de réalisation, de contrôle, etc.). Les micro-organismes possèdent leur propre ADN, proche dans sa composition chimique de l'ADN humain. Des interférences sont donc possibles si l'indice prélevé est contaminé. L'indice biologique à examiner doit contenir les cellules nucléées (ce qui exclut par exemple les chevaux ou poils tombés naturellement qui ne contiennent pas de bulbes). C'est par conséquent une technique lourde, onéreuse, nécessitant des structures adaptées sur le plan matériel et dont les résultats ne peuvent être interprétés que par des spécialistes expérimentés. On ne peut donc encore envisager une utilisation systématique.

1. Cf. Ass. nat. question n° 1727 du 22 août 1988, *J.O.* 24 oct. 1988 ; question n° 1794 du 29 août 1988, *J.O.* 17 oct. 1988.
2. Cf. « DNA typing on the witness stand », *News & Comment*, 2 juin 1989, p. 1033.
3. Cf. dépêche A.F.P. 231555 du 23 mai 1989 ; et Sénat quest. n° 5217 du 15 juin 1989, *J.O.* 27 juill. 1989.
4. Cf. *Revue de police technique et scientifique*, n° 4 sept. 1989, Dossier empreintes.

En effet, le contexte particulier d'une affaire criminelle, s'il justifie des investissements importants pour la recherche de la vérité, est celui où le résultat obtenu aura la fiabilité la moins grande : si l'échantillon de comparaison peut être prélevé dans des conditions optimales sur la personne à identifier, il n'en est pas de même de l'empreinte réalisée à partir d'un indice relevé sur la scène d'un crime. Les délinquants ne se donnent pas la peine de laisser des échantillons parfaits ; le temps écoulé entre l'infraction et sa découverte doit aussi être pris en compte ; or, l'efficacité de la technique dépend de la qualité de la trace à identifier.

On peut dire, bien sûr, qu'il en est de même de tous les indices, mais il importe de le souligner à nouveau pour cette technique, trop souvent présentée avec enthousiasme comme fiable à 100 %, alors que c'est une des plus exigeantes dans sa mise en oeuvre. La prudence s'impose d'autant plus que cette technique a vocation à intervenir dans l'instruction des dossiers les plus délicats, ceux où il existe un doute sur l'identité de l'auteur de l'infraction.

II. — EMPREINTE GENETIQUE ET PROCEDURE PENALE

1. *Liberté de la preuve*

Devant les juridictions répressives, tous les modes de preuve peuvent être utilisés. C'est le principe de la liberté de la preuve, consacré par l'article 427 du code de procédure pénale. La loi seule peut, pour des raisons particulières, exclure dans certains cas tel ou tel mode de preuve, ou interdire d'établir certains faits. En l'absence d'une quelconque disposition légale, rien ne s'oppose à l'utilisation de l'empreinte génétique comme mode de preuve.

Cependant la liberté de la preuve comporte des limites imposées par des principes généraux non écrits : loyauté, respect des droits de la défense... « Le droit français considère d'une nécessité impérieuse que la recherche des preuves soit conduite selon des procédés corrects, en harmonie avec les valeurs morales actuellement admises par notre civilisation »[5].

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi rappelé dans un arrêt du 19 juin 1989 que si délits ou crimes peuvent être prouvés par tous moyens, c'est « à 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 eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense ». Si aucun type de preuve n'est *a priori* interdit, il n'est pas permis pour autant de rechercher la vérité par n'importe quel procédé, même si la formule générale de l'article 81 du code de procédure pénale a parfois été interprétée en ce sens[6].

Les juridictions ne peuvent retenir des preuves obtenues par la brutalité ou la violence, ou par des procédés délictueux ou déloyaux. Les principes sont : liberté des modes de preuve ; légalité de la collecte des preuves. Examinons l'application de ce dernier principe à l'identification génétique pendant l'enquête et l'instruction.

2. *Légalité de la recherche*

L'utilisation de la technique d'identification génétique comporte trois phases : un prélèvement d'indice biologique (sur les lieux de l'infraction, sur la victime, chez le suspect, etc.) ; un prélèvement ultérieur sur le suspect ou la victime pour l'échantillon de comparaison ; puis l'analyse comparative des deux échantillons.

Quant au premier point, ce sont les services spécialisés de police scientifique qui interviennent pour la conservation des indices par la prise de photographies, d'empreintes, de prélèvements, etc.

5. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, 4e éd. p. 163.
6. Art. 81 al. 1 : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

Ce prélèvement de l'indice biologique n'est pas soumis à une réglementation juridique mais aux impératifs de technique criminalistique. Il n'aura d'intérêt que s'il existe un jour un échantillon de comparaison.

Le deuxième point est plus problématique. Le prélèvement (même minime) sur la personne à identifier constitue une atteinte à l'intégrité corporelle. Peut-il être pratiqué sur l'intéressé sans son consentement, autrement dit par la force ?[7]

Les principes traditionnels en procédure pénale s'y opposent : « certes, sur les choses qui appartiennent à l'inculpé ou dont il s'est servi, la justice a tous les droits. Elle peut perquisitionner dans sa maison, fracturer ses tiroirs, saisir les objets qu'elle y découvre, confier à des experts ses affaires les plus intimes. Mais sur la personne même de celui qu'elle soupçonne elle n'a plus de prise ... fût-il prisonnier, la justice ne peut rien sur son corps ... elle ne peut lui extraire par effraction les secrets que recèle sa constitution biologique »[8].

A cette conception, on peut objecter que l'atteinte au respect de l'intégrité corporelle est dérisoire alors que le progrès dans la recherche de la vérité est considérable ; « mais ce n'est pas l'affaire du juge : en régime de légalité, c'est au législateur de prendre ses responsabilités chaque fois que la liberté des individus est en cause »[9].

Cette conception du doyen Carbonnier rejoint les préoccupations actuelles de mise en conformité des règles de mise en état des affaires pénales au principe de légalité, au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le régime des preuves doit être prévu par une loi accessible, suffisamment claire et précise pour exclure l'arbitraire[10].

Le troisième point soulève d'autres questions : en particulier, quelle est la procédure adaptée à l'exécution de l'identification génétique proprement dite ? et qui est compétent pour l'ordonner ? La consultation de techniciens et spécialistes par le juge, confronté à des problèmes qu'il ne peut lui-même résoudre, se réalise au moyen de la procédure d'expertise réglementée par les articles 156 à 169-1 du code de procédure pénale.

En effet, doit être considérée comme une expertise toute mission portant sur des questions techniques comportant une appréciation. Seules des opérations purement matérielles, exclusives de toute interprétation ou discussion de la part de la personne chargée de les exécuter ne constituent pas des expertises[11].

Comme on va le voir, il n'est pas possible de considérer l'identification génétique comme exclusive de toute interprétation ou discussion. Actuellement, la pratique de l'identification génétique à des fins médico-légales est limitée à quelques rares laboratoires privés qui en ont acquis les brevets ; et il y a autant de méthodes que de brevets. « Ces laboratoires n'ont pas tous la même approche, la même technologie et probablement les mêmes compétences ni les mêmes buts »[12].

Il en découle une série de problèmes, d'importance variable.

Signalons tout d'abord que d'après l'instruction générale du code de procédure pénale : « ... les laboratoires (de police scientifique) procèdent à tous les examens, recherches et analyses d'ordre physique, chimique et biologique demandés notamment

7. Le cas sera vraisemblablement peu fréquent. On voit mal l'intérêt de la victime à refuser un prélèvement. Mais il n'en est pas de même de certains suspects. Si l'exécution forcée n'est pas admise, le résultat obtenu par la force est irrégulier et ne peut servir pour fonder la conviction du juge. Or, l'identification génétique, procédure difficile et coûteuse, sera surtout utilisée s'il n'y a pas d'autres preuves. Si l'exécution forcée invalide la preuve, le dossier risque d'être à peu près vide. D'où l'intérêt, pour un coupable, de ne pas s'y soumettre spontanément.

8. Cf. Roger Merle, « Le corps humain, la justice pénale et les experts », à propos de l'expertise alcoolique, J.C.P. 1955. I. 1219.

9. Jean Carbonnier, note D. 1947. 510.

10. Cf. Commission justice pénale et droits de l'homme. Rapport préliminaire, *La mise en état des affaires pénales*, nov. 1989.

11. Crim. 17 mars 1987, J.C.P. 1988. II. 20993, note Chambon.

12. Cf. note 4.

par les parquets... » (art. C349, al. 3) et « ... le recours à un expertise rémunérée dans les matières qui constituent la tâche normale des services de l'identité judiciaire n'est justifié que dans des cas exceptionnels » (art. C350). Le désintéressement lucratif des laboratoires de police scientifique en font des partenaires idéaux pour la justice, et indépendamment du problème du montant des frais de justice, l'intérêt commercial du laboratoire à valoriser sa technique peut être perçu par le justiciable comme un manque d'impartialité.

Un laboratoire peut être considéré comme un expert. Les exigences posées pour l'inscription des personnes morales sur les listes d'experts s'inspirent des mêmes principes que celles qui ont trait aux personnes physiques. Ce sont les mêmes conditions d'honorabilité et d'indépendance, d'expérience et de qualification. On y ajoute l'obligation de justifier que la personne morale dispose des moyens techniques et du personnel qualifié appropriés.

Un problème découle du petit nombre de laboratoires actuellement possesseur d'un brevet. En effet, aucune personne physique ou morale ne peut être inscrite sur plusieurs listes de cour d'appel. Nul ne peut figurer sur la liste nationale des experts s'il ne justifie de son inscription depuis au moins trois années consécutives sur une des listes de cour d'appel. A titre exceptionnel seulement, le bureau de la Cour de cassation peut inscrire sur la liste nationale un candidat qui ne remplit pas ces conditions, ce qui est le cas en l'espèce. Il faut bien comprendre que ces remarques ne sont pas faites dans un souci immodéré de formalisme. Ces règles ont été conçues pour une bonne administration de la justice, pour que l'expérience et la qualification soient les références des partenaires du juge, et il est toujours délicat d'y renoncer.

Qui est compétent pour ordonner une expertise ? Toutes les juridictions peuvent y recourir, (juridiction d'instruction et juridiction de jugement, à l'exception de la Cour de cassation qui n'est pas juge du fait). Ce qui exclut la police judiciaire, le ministère public et les parties. Les deux derniers cités peuvent demander au juge de faire procéder à une expertise, mais celui-ci peut toujours refuser. L'identification génétique ne peut donc être pratiquée que sur réquisition judiciaire.

La collaboration des magistrats et des experts a toujours été considérée comme souhaitable, et le code de procédure pénale précise que : « les experts procèdent à leur mission sous le contrôle du juge d'instruction ou du magistrat ».

Les conclusions du rapport d'expert doivent être motivées et, s'il s'agit de recherches scientifiques, il est souhaitable que les méthodes utilisées soient indiquées afin de permettre d'apprécier la valeur des conclusions formulées.

Dans une matière nouvelle et hautement technique comme l'empreinte génétique, on peut se demander ce que signifie encore la collaboration du magistrat et de l'expert, et quelles sont les possibilités critiques de celui-là, faute d'un modèle de référence. Que peut-il appréhender du rapport d'expert, aussi motivé soit-il, en plus de l'indication du résultat ? A cause de cela, les « batailles d'experts » sont à craindre en matière d'empreintes génétiques. La juridiction de jugement qui s'estime insuffisamment renseignée peut toujours demander un complément d'expertise, mais le renvoi à audience ultérieure pose un problème en cour d'assises, car si les investigations sont longues l'affaire ne peut revenir au cours de la même session ; elle sera renvoyée à une autre avec un jury différent, ce qui conduit à reprendre intégralement les débats.

3. *Intime conviction*

L'expertise ne déroge pas au principe essentiel de notre droit pénal, celui de l'intime conviction du juge, lequel apprécie souverainement les données fournies par les rapports d'expertise.

On peut constater une grande évolution des mentalités en matière de preuve ; l'aveu autrefois « reine des preuves » est considéré avec une suspicion de plus en plus grande ; d'où une préférence marquée pour les preuves extérieures à la personne de l'ac-

cusé, plus « objectives ». Le changement de mentalité s'explique par les grands progrès de la médecine légale et de la police scientifique. Mais on exagère l'objectivité de ces preuves. Même si la technique employée est rigoureuse, elles ont un aspect subjectif, dans la mesure où tout résultat doit être interprété. La logique ne suffit pas. Elles bénéficient pourtant d'une aura de vérité scientifique, qui leur donne un plus grand poids en fait, sinon en droit.

Par ailleurs, s'il est très difficile d'éviter que la présentation d'un résultat n'emporte systématiquement la conviction, il faut s'attendre également à ce que toute instruction criminelle dans laquelle la technique n'aura pas été utilisée, ou n'aura pas été concluante, soit présumée insuffisante.

On ne peut donc que regretter la présentation dithyrambique par la presse de l'identification génétique, qui, de toutes les techniques utilisées par la police, est sans conteste la plus médiatisée. L'idée que la science va fournir les clés pour une élucidation incontestable du phénomène criminel est un mythe compréhensible, qui réapparaît régulièrement. Les théories de Lombroso, qui souhaitait établir les caractères morphologiques de prédisposition au crime, relèvent de ce mythe. Plus récemment, la découverte de la trisomie XXY chez certains criminels a ressuscité cette théorie du criminel-né, et a conduit certains à réclamer la confection d'un fichier chromosomique de la population, avec dépistage automatique des déviants potentiels. De telles théories, et le danger qu'elles présentent pour les libertés, doivent rendre plus méfiants.

Si rien n'interdit le principe de l'utilisation de l'empreinte génétique dans le domaine pénal, l'impression que donne le dossier en l'état est que la méthode est trop récente pour avoir totalement fait ses preuves. Or, la justice n'a pas vocation à participer à la recherche expérimentale.

L'avis du Comité national d'éthique sur tous ces points est le suivant[13] :

« ... Tout en reconnaissant l'intérêt de ces techniques, le Comité consultatif national d'éthique estime que cette utilisation devrait être strictement limitée en raison du caractère récent de leur découverte et des difficultés lors de leur application dans le domaine judiciaire. Les garanties nécessaires de la qualité des tests s'imposent avec d'autant plus de force qu'à la différence d'experts classiques les laboratoires peuvent avoir intérêt à valoriser leurs techniques d'identification génétique en raison des monopoles d'exploitation que leur confèrent les brevets.

Le monopole commercial peut en outre rendre difficile la réalisation d'expertises contradictoires... En matière pénale, l'utilité des preuves par empreintes génétiques doit être mesurée aux difficultés liées à l'identification certaine du prélèvement initial, ou à l'interprétation des résultats. Elle n'est pas non plus sans danger pour les libertés publiques et les droits de la défense.

En conséquence, le Comité consultatif national d'éthique recommande :

1) que les techniques d'identification par analyse de l'ADN soient réservées à quelques laboratoires spécialement agréés en raison de leur compétence et d'une qualification reconnue à la suite de contrôle de qualité ;

2) que la réalisation des tests ne puisse intervenir qu'en exécution d'une décision de justice ;

3) que seuls les laboratoires agréés puissent être désignés comme experts par les juridictions.

Dans un souci de protection des libertés publiques, et en vue d'écarter toute espèce de discrimination, le Comité appelle l'attention sur les dangers de la conservation des résultats obtenus par les techniques d'identification par analyse de l'ADN ».

Brigitte PESQUIÉ

13. Avis du 15 déc. 1989.

III. – DROITS ETRANGERS

DEUX ARRETS DE LA COUR SUPREME DES ETATS-UNIS SUR LES DROITS DES DETENUS

La Cour suprême des Etats-Unis a rendu en 1989 deux arrêts qui limitent le droit des détenus de recevoir certaines publications périodiques et d'avoir des visites.

Thornburgh c/ Abbott

Dans *Thornburgh c/ Abbott* (109 S.Ct. 1874, 1989) un groupe de prisonniers a mis en cause les règlements régissant la réception de certaines publications périodiques. Les autorités avaient rejeté certaines publications qui discutaient ou qui décrivaient les conditions pénitentiaires, l'activité sexuelle, les arts martiaux et l'électronique, ainsi que certaines publications partisanes du néo-nazisme, de la politique de la gauche radicale, et des droits des homosexuels.

Bien qu'un détenu n'ait pas tous les droits à la liberté de la parole garantie par le Ier Amendement, il a le droit de s'abonner à des publications périodiques. Le Ier Amendement garantit également le droit des personnes à l'extérieur de communiquer avec les détenus. Selon les règlements en question, le directeur de la prison ne peut refuser accès à une telle publication que si celle-ci « est considérée comme nuisible à la sécurité, au bon ordre, ou à la discipline de l'institution, ou si elle est apte à faciliter l'activité criminelle ». Aucune publication ne peut être rejetée uniquement à cause de son contenu religieux, philosophique, politique, social, sexuel, impopulaire. Cette limite de l'autorité du directeur de la prison est appuyée par certaines garanties procédurales. Le directeur ne peut pas interdire une publication en général : il est obligé d'examiner chaque numéro. Il doit aviser le détenu par écrit de la raison du refus, et il doit envoyer une copie de cette communication à l'éditeur ou à l'expéditeur de la publication (celui-ci peut faire appel au directeur régional du Bureau des prisons). Le détenu lui-même a le droit de voir la publication afin de faire appel aux autorités pénitentiaires (à moins que ce ne soit dangereux pour lui de la voir).

La question devant la Cour suprême n'était pas tout simplement la validité des règlements eux-mêmes, mais également le degré du contrôle approprié. Dans le système de *judicial review* américain, l'analyse est généralement double : la première question est le degré du contrôle juridictionnel approprié, et la deuxième est la question au fond. Ici, la Cour commence par reconnaître « l'équilibre fragile que les autorités pénitentiaires doivent établir entre l'ordre et la sécurité de l'environnement interne de la prison, et les droits légitimes de ceux à l'extérieur qui cherchent à entrer dans cet environnement, physiquement ou par la parole ». La Cour reconnaît l'expérience et la compétence des autorités pénitentiaires, et déclare qu'il faut accorder une marge d'appréciation considérable à leurs décisions.

Pour cette raison, la Cour en conclut que le degré du contrôle juridictionnel approprié dans ce cas est le minimum, celui du *rational basis* : une loi ou un règlement est constitutionnel s'il est « rattaché d'une façon raisonnable à un but légitime ».

Cela dit, la Cour procède à l'analyse du fond. Elle pose quatre éléments de l'enquête sur le caractère « raisonnable » du règlement régissant la réception par un détenu des publications périodiques :

1) un but légitime et impartial, et un règlement rattaché d'une façon raisonnable à ce but.

Selon la Cour, la légitimité du but, c'est-à-dire la sécurité interne de la prison, n'est pas en question. Son impartialité est également évidente : la distinction entre les

publications acceptables et non acceptables est fondée uniquement sur la sécurité (elle n'a pas comme but de porter atteinte à la liberté de la parole). Les règlements sont rattachés d'une façon raisonnable à ce but, car une publication peut constituer une menace pour la sécurité, et un règlement qui donne aux autorités pénitentiaires une marge d'appréciation considérable est approprié ;

2) l'existence d'un moyen alternatif pour les détenus d'exercer leur droit.

Selon la Cour, les détenus ont d'autres voies d'accès aux publications périodiques, car les règlements leur permettent l'accès à une grande variété de ces publications ;

3) l'effet que l'accommodation du droit aurait sur les autres habitants de la prison (détenus et gardiens).

La Cour raisonne que le droit de recevoir les publications dangereuses ne peut être exercé qu'au prix de la sécurité et de la liberté des autres détenus et des gardiens (à cause du danger de perturbations). Elle en conclut que ce droit ne peut pas primer dans ces circonstances ;

4) l'existence des alternatives évidentes et pratiques pour garantir le droit.

La seule alternative proposée par les détenus était de couper les pages dangereuses et de permettre au détenu d'avoir le reste. Mais la Cour a trouvé raisonnable la peur des autorités pénitentiaires que ceci provoque plus de mécontentement que de rejeter le numéro entier.

Vu que les quatre éléments sont satisfaits, la Cour déclare que le règlement donnant aux autorités pénitentiaires le pouvoir discrétionnaire d'interdire l'entrée de certaines publications périodiques est rattaché d'une façon raisonnable aux intérêts pénitentiaires ; il est donc constitutionnel.

Selon l'opinion dissidente (trois voix contre six pour la majorité), un contrôle minimum ne suffirait pas pour protéger la liberté de la parole, non des détenus, mais de ceux à l'extérieur qui veulent communiquer avec les prisonniers. Les critères sont trop imprécis : ils permettraient le refus d'une publication qui serait « nuisible » à la sécurité interne, qui « pourrait » faciliter l'activité criminelle, ce qui risque de conduire à des refus arbitraires, fondés sur des préjugés personnels ou des suppositions catégoriques, plutôt que sur une appréciation individualisée des risques. En outre, le fait qu'une variété de publications peut être reçue est sans rapport avec la question, car certaines publications représenteraient la seule voie de communiquer un message peu conventionnel, et leur interdiction porterait atteinte à la liberté de la parole.

Kentucky Department of Corrections c/ Thompson

Dans *Kentucky Department of Corrections c/ Thompson* (109 S.Ct. 1904-1989), il s'agissait d'un règlement qui permettait aux autorités pénitentiaires d'exclure certaines catégories de visiteurs si leur présence représentait une menace pour la sécurité de la prison ou s'ils empiétaient sur le fonctionnement ordonné de la prison. Les autorités ont refusé certaines visites à deux détenus. La mère d'un des détenus a été exclue pendant six mois parce qu'elle avait amené à la prison quelqu'un qui avait lui-même été exclu pour avoir fait entrer des produits de contrebande. La mère et une amie de l'autre détenu ont été exclues pendant un certain temps quand le détenu avait des produits de contrebande après leur visite. Les détenus prétendaient que la suspension de ces visites sans audience préalable portait atteinte au droit à la procédure légale régulière et équitable (*due process of law*) garanti par le XIVe Amendement. Ce droit de valeur constitutionnelle interdit toute privation de la liberté par l'Etat sans « procédure », normalement une audience préalable, pour protéger l'individu contre l'arbitraire de l'Etat. Mais pour se prévaloir de la protection de ce droit, il faut avoir *droit* à la liberté en question (un simple espoir ou désir ne crée pas ce droit).

La question devant la Cour suprême était donc la suivante : un règlement qui énumère des catégories de visiteurs susceptibles d'être exclus donne-t-il aux détenus le *droit* d'avoir des visiteurs en dehors de ces catégories, selon le XIVe Amendement ?

Encore une fois, l'analyse de la Cour est double : 1) le droit des détenus d'avoir des visites est-il suffisamment fort pour mériter la protection du XIVe Amendement ? Et, si la réponse est affirmative ; 2) la procédure qui prive les détenus de ces visites est-elle suffisante selon le XIVe Amendement ?

Dans la première partie de son analyse, la Cour remarque que l'exclusion de certains visiteurs est acceptable dans le contexte de la privation de liberté que constitue une peine d'emprisonnement ; l'exclusion elle-même n'est donc pas interdite par le XIVe Amendement. Néanmoins, l'Etat peut *créer* un droit à des visites, en limitant le pouvoir discrétionnaire des autorités pénitentiaires par l'imposition des critères d'admissibilité pour les visiteurs. Mais il faut que ces critères soient obligatoires : si certaines conditions existent, un résultat particulier *doit* s'ensuivre.

Ici, il existe des critères d'admissibilité pour les visiteurs : un visiteur peut être exclu quand les autorités ont raison de croire que sa présence représenterait une menace évidente pour la sécurité de la prison, ou qu'elle empièterait sur le fonctionnement ordonné de la prison. Cependant, ces critères ne sont pas *obligatoires* : les visiteurs dans ces catégories *peuvent* être exclus, mais ils ne *doivent* pas être exclus. De plus, il n'est pas nécessaire qu'un visiteur se trouve dans une de ces catégories pour être exclu. La Cour en conclut qu'un détenu ne peut pas s'attendre objectivement à ce qu'il ait *droit* à tout visiteur en dehors de ces catégories. En outre, reconnaître un tel droit créerait un droit illimité à des visites, ce qui n'est pas justifié dans le contexte d'une peine d'emprisonnement. Par conséquent, le droit d'avoir des visites n'est pas suffisamment fort pour mériter la protection du XIVe Amendement. Les visites peuvent donc être supprimées sans procédure préalable, et il n'est pas nécessaire pour la Cour de procéder à la deuxième étape de l'analyse (la conformité du règlement en question au XIVe Amendement).

L'opinion dissidente (trois voix contre six pour la majorité) rejette l'analyse de la majorité : reconnaître une liberté selon le XIVe Amendement ne créerait pas un droit « illimité » à des visites, mais tout simplement le droit à des garanties procédurales contre l'exclusion arbitraire des visiteurs. Quand les conditions du détenu sont modifiées, il faut demander si la privation est suffisamment grave pour mériter la protection du XIVe Amendement. Ce critère est satisfait ici, car il est bien reconnu que les visites sont essentielles aux prisonniers ainsi qu'à la communauté : sans visites, les détenus seraient complètement isolés du monde extérieur, et leur réinsertion ultérieure dans la communauté serait beaucoup plus difficile. La privation des visites sans aucune procédure préalable n'est ni juste ni acceptable. En tout cas, le règlement en question est suffisamment « obligatoire » pour constituer une liberté dont la privation mérite la protection du XIVe Amendement, car les critères existent et ils sont suivis en pratique. Une attente légitime peut découler de la pratique ainsi que des lois ou des règlements : les détenus peuvent donc s'attendre légitimement à ce que les visiteurs en dehors des catégories d'exclusion soient admis.

Conclusion

Ces deux arrêts sont représentatifs de la jurisprudence de la Cour suprême américaine en matière pénitentiaire. L'accent est sur l'équilibre fragile qu'il faut maintenir entre les besoins de la sécurité interne de la prison et les droits légitimes de détenus. La Cour déclare à plusieurs reprises qu'il ne lui appartient pas de substituer son propre jugement à celui des autorités pénitentiaires, compte tenu de leur expérience et compétence dans ce domaine, et elle leur a traditionnellement accordé une marge de discrétion considérable.

Cynthia VROOM

LE DROIT PENAL GREC FACE AUX COURTES PEINES D'EMPRISONNEMENT : QUELS SUBSTITUTS ?*

S'il n'y avait pas eu la conversion, on aurait pu dire que le droit pénal grec ne s'était pas du tout préoccupé de trouver des substituts aux courtes peines d'emprisonnement. En effet, il n'y a qu'un seul substitut — au sens strict du terme — existant actuellement : il s'agit de la conversion des courtes peines d'emprisonnement en peine pécuniaire ou amende (une sorte de jour-amende) prévue par le code pénal (art. 82).

Depuis 1911, année où la conversion fait son apparition en droit grec, celle-ci a subi plusieurs modifications ; les dernières étant apportées par la loi 1419/1984 qui dispose ainsi : la conversion s'applique aux peines d'emprisonnement allant jusqu'à dix-huit mois. Pour celles des peines qui sont inférieures à six mois, la conversion constitue la règle, tandis que pour les peines se situant entre six et dix-huit mois, elle reste à la discrétion du juge (celui-ci pouvant renverser la règle de la conversion pour les peines jusqu'à six mois, s'il estime que la non-conversion est nécessaire pour la dissuasion du condamné à l'avenir).

La conversion est décidée d'office par le tribunal qui doit prendre en considération la personnalité de l'accusé, ainsi que l'acte commis. Le passé de l'accusé joue également, mais la récidive n'exclut pas la conversion.

L'application de la conversion dans la pratique est d'une grande ampleur. D'après les estimations des statistiques, les peines d'emprisonnement converties en peines pécuniaires ont passé de 90 % en 1964, à 97 % en 1985 (pour les cinq dernières années, V. tableau n° 1).

TABLEAU DES STATISTIQUES N° 1**

	CONDAMNES TOTAL	CONDAMNES A L'EMPRISONNEMENT	CONDAMNES A LA PEINE PECUNIAIRE	DETENUS TOTAL	LIBERES PAR CONVERSION	CONVERSION [1] SUR LE TOTAL DES CONDAMNES	
1980	118 086	106 354	11 732	5 846	1 955	102 463	(96,34 %)
1981	132 951	118 999	13 952	4 728	1 629	115 900	(97,40 %)
1982	133 551	120 275	13 276	4 156	1 194	117 313	(97,54 %)
1983	114 020	102 323	11 697	4 880	1 483	98 926	(96,68 %)
1984	106 174	93 864	12 310	4 559	1 858	91 163	(97,12 %)
1985	100 896	88 793	12 103	3 620	1 476	86 649	(97,59 %)

Il apparaît que les juges accordent de plus en plus la conversion, chose qui a suscité des critiques. Pour certains, les juges prononcent la conversion d'une façon quasi automatique et sans trop examiner le cas. En outre, on leur reproche d'appliquer

* Ce texte est la forme abrégée de la conférence qui a eu lieu le 14 février 1989 au Palais de justice dans le cadre des activités de la Société générale des prisons et qui a été publiée entièrement dans la *Revue pénitentiaire et de droit pénal* (n° 3, juill.-sept. 1989 et rect. n° 4 oct.-déc. 1989) sous le titre : « Les substituts à la peine d'emprisonnement en droit grec : application et problématique ».

** Les dernières statistiques publiées par le ministère de la Justice datent de 1985.

1. Les statistiques du ministère de la Justice ne mentionnent pas le nombre total des condamnés dont la peine d'emprisonnement a été convertie en peine pécuniaire. Il n'y a pas que le nombre de conversions concernant les détenus libérés par cette mesure. Nous avons réussi à trouver le chiffre des conversions correspondant au total des condamnations, suivant la méthode utilisée par le professeur D. Spinellis dans son article : « La conversion rachat ou peine pécuniaire ? », *Mélanges N. Chorafas, H. Gafos, K. Gardikas*, vol. 1, Athènes, 1986, p. 213.

rarement et d'une manière imparfaite les dispositions de la loi exigeant que le montant varie entre un minimum et un maximum, en tenant compte, en même temps, de la situation économique du condamné. Au contraire, le plus souvent, ils fixent le montant au minimum et très rarement à un montant plus élevé.

Ces critiques n'empêchent pas les juges d'accorder chaque année un nombre plus élevé de conversions. Cela justifierait peut-être l'argument selon lequel il n'y a pas grand besoin d'instituer d'autres substituts à l'emprisonnement, étant donné que presque toutes les peines d'emprisonnement n'excédant pas six mois et la plupart des peines inférieures à dix-huit mois peuvent être converties en peines pécuniaires ou amendes. D'ailleurs, la genre de criminalité existant en Grèce n'atteint pas encore un degré de gravité nécessitant l'emprisonnement ferme.

Il est vrai que la plupart des infractions commises sont des délits mineurs qui dans leur majorité sont passibles d'une peine pécuniaire. D'ailleurs, les statistiques montrent la tendance des juges à prononcer aussi des peines pécuniaires principales, dont le pourcentage a passé de 0,7 % en 1965, à 10 % en 1984 et à 10,7 % en 1985 (V. tableau n° 2). D'autre part, les juges se rendent très bien compte de la capacité des prisons grecques qui ne dépassent pas au total 8 500 places (à présent moins élevée après la fermeture de deux prisons dont la capacité était de 400 places environ).

Néanmoins, il ne faut pas négliger qu'il y a un taux très élevé de récidive. Ce taux s'élevait à 43,8 % en 1985, chose qui montre que le substitut de la conversion n'est pas totalement efficace (V. tableau n° 4).

Jusqu'à présent aucune loi ou réforme proposée du code pénal n'a envisagé d'introduire d'autres substituts à l'emprisonnement.

TABLEAU DES STATISTIQUES N° 2

	1985	1984	1983	1982	1981	1980	1975	1965
CONDAMNES TOTAL*	114 042	122 706	133 382	151 311	151 905	139 277	129 182	81 388
SURSIS	13 146	16 532	19 362	17 760	18 954	21 191	20 603	10 983
PEINE PECUNIAIRE	12 103	12 310	11 697	13 276	13 952	11 732	853	572
EMPRISONNEMENT JUSQU'A 1 MOIS	68 211	74 063	80 429	93 812	95 496	87 844	94 312	
EMPRISONNEMENT DE 1 A 3 MOIS	11 023	10 960	12 183	14 754	13 318	10 869	6 253	61 527
EMPRISONNEMENT DE 3 A 6 MOIS	5 289	4 835	5 557	6 840	5 979	4 320	3 738	4 817
EMPRISONNEMENT DE 6 A 12 MOIS	2 410	2 419	2 731	3 223	2 909	2 266	1 803	2 244
EMPRISONNEMENT DE 1 AN ET PLUS	1 702	1 470	1 324	1 493	1 182	918	1 412	1 141
RECLUSION A TEMPS	145	101	86	132	74	64	137	97
RECLUSION A PERPETUITE	6	3	7	9	1	4	8	4
PEINE DE MORT	1				1		4	3
PEINE NON DECLAREE	7	14	6	12	39	69	59	

*Sursis inclus.

La colonne « emprisonnement jusqu'à un mois » n'existe pas pour l'année 1965. Il y a seulement une colonne « emprisonnement jusqu'à trois mois ».

MOUVEMENT GENERAL DE CRIMINALITE EN GRECE

TABLEAU DES STATISTIQUES N° 3

Année	CRIMES ET DELITS			CONDAMNES* POUR CRIME OU DELIT Total
	Total	Crimes	Délits	
1980	295 353	1 043	294 310	122 828
1981	309 267	986	308 281	137 577
1982	335 170	1 391	333 779	139 433
1983	393 506	1 306	392 200	120 991
1984	352 488	1 505	350 983	113 988
1985	291 355	2 560	288 795	108 011

TABLEAU DES STATISTIQUES N° 4

Année	CONDAMMNES* POUR CRIME OU DELIT			RECIDIVISTES		
	Total	Hommes	Femmes	Total	Hommes	Femmes
1980	122 828	113 660	9 168	47 901	46 262	1 639
1981	137 577	126 608	10 969	53 019	50 812	2 207
1982	139 433	128 900	10 533	60 686	58 119	2 567
1983	120 991	112 044	8 947	52 708	50 567	2 141
1984	113 988	105 118	8 870	46 839	44 784	2 055
1985	108 011	99 487	8 524	47 344	45 152	2 192

* Mineurs de plus de sept ans inclus.

Athanassia P. SYKIOTOU

BIBLIOGRAPHIE

A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. — THEORIE DU DROIT ET POLITIQUE CRIMINELLE

Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Paris, Editions Cujas, 1989, 468 pages.

Les *Mélanges* publiés en l'honneur de M. le professeur André VITU sont bien évidemment d'une richesse tout à l'image de l'ampleur, de la diversité et de la qualité de l'oeuvre de cet éminent auteur. Intitulés *Droit pénal contemporain*, ces *Mélanges* — dont l'initiative revient à deux élèves d'André Vitu, aujourd'hui professeurs agrégés connus, Philippe Merle et Wilfrid Jeandidier — reflètent amplement les grandes tendances actuelles de l'évolution du droit criminel. Les vingt-sept contributions ont été réunies par seul ordre alphabétique d'auteurs, mais il est néanmoins aisé de retrouver les grands découpages du droit criminel.

I. — En droit pénal général, quatre contributions s'attachent aux *sources* des règles criminelles. Nul doute : elles devaient souligner la constitutionnalisation du droit criminel et la montée des sources européennes.

M. le doyen Favoreu consacre cinquante pages à « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal » (p. 169-209). Il examine d'abord, au regard de la Constitution, les sources du droit et recentre le principe de légalité criminelle sur sa signification originelle (I). Il décrit ensuite les rapports multiples entre normes constitutionnelles et droit pénal (II), procédure pénale (III) et répond finalement au scepticisme d'une partie de la doctrine sur l'effectivité des prescriptions constitutionnelles (IV). Grand merci à cet éminent constitutionnaliste de permettre aux pénalistes d'éliminer quelques idées imprécises, voire inexactes, et de leur rappeler combien le droit criminel est matière mixte, privée/publique.

Pour le droit européen, à propos de « Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (p. 151-167), Mme le professeur Delmas-Marty montre comment le respect de la Convention de 1950 conduit à passer du souci de la légalité formelle à une véritable exigence de « qualité de la loi », ce qui limite les pouvoirs du législateur pénal interne et consacre la prééminence du droit sur la loi. Toutefois ce respect de la Convention n'impose pas une unification ou une standardisation des solutions nationales : pour certains droits ou libertés, il y a parfois exigence de conformité, mais plus souvent, seulement exigence de compatibilité, ce qui maintient une « marge nationale d'appréciation » et consécutivement des différences entre les solutions nationales. L'article du professeur François Clerc (p. 117-123), « De quelques applications des règles procédurales de la Convention européenne des droits de l'homme par ses tribunaux suisses » en fournit une immédiate illustration : le lecteur français y découvre des dispositions procédurales suisses, parfois assez différentes des règles

françaises, mais considérées par les juridictions suisses, comme respectueuses des impératifs de la Convention. La « marge nationale d'appréciation » reste importante, et elle doit être revendiquée, y compris dans le cadre du Traité de Rome.

La contribution de Maître Jacques Boré, (« La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », p. 25-49) incite en effet les juristes à se soucier, non seulement de la conformité de la loi interne aux normes communautaires, mais aussi de la conformité de la norme communautaire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel interne. Une affirmation systématique de la primauté du droit communautaire — encore renforcée par l'arrêt *Nicolo*, Conseil d'Etat, 20 octobre 1989 — peut conduire les juridictions internes et la Cour de justice des Communautés à l'adoption de pratiques et de solutions discutables. Dans l'ordre procédural, puisque le communautaire tient le criminel en état, des retards sont apportés à la répression par suite d'un large emploi du mécanisme de l'exception préjudicielle. Dans le droit substantiel des Etats membres, le droit communautaire exerce désormais une influence aussi bien destructrice que créatrice sur les normes d'interdiction, les incriminations et les sanctions. Maître Boré signale les atteintes alors portées à la constitutionnalité de la répression : la légalité est bafouée par l'exécutif européen ; les juges se reconnaissent le pouvoir d'écarter la loi s'ils l'estiment contraire aux textes communautaires ; les règles classiques d'interprétation pénale sont oubliées par la C.J.C.E. qui ne recherche plus l'effet voulu de la norme mais son effet utile ; la proportionnalité interne des sanctions adaptées aux besoins nationaux est compromise ; etc. Si la constitutionnalité du droit criminel doit être renforcée, il est fort sage d'inciter ainsi à l'observation critique du droit européen à un moment où, à l'euphorie de l'Acte unique et de l'Europe de 1993, succèdent certaines inquiétudes et distorsions face aux multiples changements vécus en Europe de l'Est.

Liées aux sources, deux contributions sont plus spécifiquement consacrées au droit pénal international, pour deux infractions qui marquent notre temps : le crime contre l'humanité et la pollution.

Qu'est-ce qu'un crime contre l'humanité ? Quel est le régime juridique applicable ? M. le recteur Lombois répond à cette double interrogation (« Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire *Barbie* à la théorie française du crime contre l'humanité », p. 367-388). Cette incrimination prend désormais un contenu en droit positif français alors que, tant d'après l'Accord de Londres de 1945 que d'après la loi du 26 décembre 1964, ce crime restait un type ouvert, « un fragment de vide circonscrit ». La spécificité du régime applicable réside indubitablement dans l'imprescriptibilité — affirmée rétroactivement ? — mais pas encore dans un régime extraditionnel particulier.

La répression de la pollution appelle des solutions adaptées. Dans ses « Réflexions sur les dispositions "révolutionnaires" de droit pénal international d'un projet de convention relative à la pollution transfrontière », (p. 249-262), M. le professeur André Huet souligne les innovations du texte projeté entre la France et la R.F.A. Pour la prise de décision pénale, ce texte édicte de véritables règles de conflit — et non pas du droit substantiel — qui combinent les principes de territorialité et de personnalité active traités ici égalitairement, qui confirment absolument la règle *non bis in idem* et le critère de la priorité de saisine pour régler la litispendance. Et surtout, élément « révolutionnaire », il y a parfois une désolidarisation de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative. La convention projetée veille aussi à l'efficacité internationale de la décision prise : elle confère autorité négative et positive, ainsi que force exécutoire dans l'un des Etats contractants, aux décisions prononcées dans l'autre.

En droit pénal général toujours, et également lié aux sources puisqu'il s'agit du conflit des lois dans le temps, M. le professeur Levasseur a choisi une question de droit pénal transitoire, assez peu fréquemment abordée : « Le domaine d'application dans le temps des lois relatives à l'exécution des sanctions répressives » (p. 349-365).

BIBLIOTHÈQUE

Hommage fort bien senti à André Vitu puisque ce dernier s'était d'emblée révélé grand juriste en soutenant en 1945 à Nancy, une thèse de doctorat intitulée « Le conflit des lois dans le temps en droit pénal ». Confirmant ses « Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois » (*Mélanges Constant*, 1971, p. 244 et s.), M. Levasseur préconise une « cristallisation » des textes applicables au jour de l'infraction — et non au jour du jugement, comme dans les thèses Roubier-Vitu. C'est alors, sous réserve de quelques adaptations ou dérogations, la loi en vigueur au moment de l'infraction qui doit déterminer les modalités d'exécution de la peine, et en cas de changement ultérieur, seules les lois plus favorables pourraient s'appliquer (rétroactivité *in mitius*). Peut-être la réforme du code pénal (art. 112-2, 3° du projet de 1989) mettra-t-elle fin à cette controverse entre grands auteurs ?

Signalons que dans sa contribution consacrée à « La réforme de la banqueroute » (spéc. p. 75-80), M. le professeur Bouloc consacre d'importants développements à l'application dans le temps de la loi du 25 janvier 1985 et aux difficultés rencontrées par suite de l'abrogation de la loi du 13 juillet 1967, dans ses dispositions répressives.

Le droit pénal général englobe encore classiquement l'étude des sanctions. Dans leur magistral *Traité de droit criminel*, MM. Merle et Vitu traitent de l'imputabilité comme « aptitude à la sanction » (t. 1, 6e éd. p. 744 et s.). Aussi, s'intéressant à « La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français » (p. 9-24), M. le professeur Aussel s'interroge sur cette aptitude, avec un souci constant d'apporter améliorations et nouvelles solutions à expérimenter. Pour les délinquants gravement atteints, le droit français actuel confie l'essentiel de la tâche aux psychiatres : le délinquant dément est mis « hors du circuit pénal » sur l'avis de ces médecins et, considéré ensuite comme un malade ordinaire, il se trouve « abandonné » aux seules décisions médicales, sans contrôle possible de la justice pénale. Eliminant vite les querelles de mots et de formules — le mot « dément » remplacé par une formule plus moderne visant les troubles mentaux abolissant le discernement et le contrôle des actes ; la non-punissabilité substituée à l'irresponsabilité pénale — M. Aussel met l'accent sur l'essentiel : l'arrêt de la procédure judiciaire ordinaire et surtout une admission du malade à un statut spécifique d'individu en traitement, fondé sur sa double qualité de délinquant et de malade mental. Une collaboration doit être instaurée entre autorité médicale et autorité judiciaire. En revanche, pour les délinquants moins atteints, reconnus accessibles à la sanction pénale, la tâche de traitement est actuellement presque exclusivement laissée aux établissements ou à l'administration pénitentiaires (pour dépistage, traitement en cours de peine, en milieu libre...). Les carences semblent ici liées à l'insuffisance de l'intervention médicale. Un rééquilibrage s'avère donc nécessaire : pour la première catégorie de délinquants, par réintroduction du pouvoir judiciaire ; pour la seconde, par une augmentation des interventions médicales.

Trois autres contributions concernent plus nettement la *science pénitentiaire*. M. le doyen Bouzat, dans des « Constatations et réflexions sur l'application actuelle de la peine de mort et celle des peines créées pour la remplacer » (p. 87-108) se défend de vouloir relancer la controverse sur la peine de mort. Mais montrant que 85 % de la population du globe connaît encore une telle peine et qu'il est vain de songer à une peine de substitution, cet auteur se présente toujours comme « partisan convaincu de la peine capitale ».

M. le professeur Chavanne montre que le recours à « Des prisons dites privées » (p. 109-116) relève d'un choix politique qui, tel que devenu, porte finalement moins atteinte aux principes constitutionnels et aux droits de l'homme que l'actuelle situation de promiscuité vécue par les condamnés et les prévenus ou que les amnisties de « désencombrement ».

M. le professeur Schütz s'interroge sur « Les jours-amende : entre l'espoir et la réalité » (p. 459-468). Ces jours-amende sont-ils une bien réelle innovation alors que la loi du 11 juillet 1975 imposait déjà de tenir compte « des ressources et des charges

des prévenus » pour fixer l'amende ordinaire ? Ne fallait-il pas généraliser les jours-amende ? Et le souci d'égalité est-il conciliable avec les écarts extrêmes auxquels cette nouvelle peine peut conduire (écart allant de 10 F à 720 000 F ; écart entre ce maximum et celui prévu pour l'amende ordinaire dans le texte d'incrimination, par exemple 20 000 F pour un vol simple ?).

L'opinion de ces auteurs se révèle finalement fort réservée sur ces récentes évolutions du droit des sanctions.

II. — Au début de ce siècle, Emile Garçon avait réussi à présenter l'ensemble du droit pénal spécial dans son célèbre *Code pénal annoté*. En cette fin de siècle, alors que les incriminations foisonnent dans et hors le code pénal, il fallait avoir toute l'érudition et la force de travail extraordinaire d'André Vitu pour réaliser seul cette magistrale synthèse du droit pénal spécial qu'il dresse dans les tomes 3 et 4 du *Traité de droit criminel*. Il est donc naturel que le Droit pénal spécial soit amplement présent dans ces *Mélanges*.

Six contributions concernent la *délinquance d'affaires*, dans ses formes contemporaines.

M. le professeur Bouloc, dans son article déjà cité sur « La réforme de la banqueroute » (p. 65-85) montre la diversification réalisée. La loi du 25 janvier 1985 a dépénalisé certains comportements désormais sanctionnés par la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger — mais ne s'agit-il pas de mesures de sûreté ? La répression pénale vise aujourd'hui des agissements typiquement frauduleux, leur poursuite étant d'ailleurs subordonnée à l'exigence préalable de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Il semble bien y avoir globalement adoucissement pénal.

« La "cession Dailly" de créances fictives est-elle pénalement répréhensible ? » s'interroge Mme le professeur Koering-Joulin (p. 277-285). Faute de pouvoir caractériser le faux ou l'escroquerie, il conviendrait de créer une incrimination spécifique destinée à protéger des victimes qui ne suscitent que rarement la compassion : les banquiers !

M. le conseiller Cosson, qui a déjà beaucoup contribué à exposer les mécanismes utilisés par les grands délinquants d'affaires, présente cette fois « Les formes modernes de la criminalité économique et financière et ses rapports avec le crime organisé » (p. 125-136). Il dénonce les liens existant entre la délinquance en col blanc, quasiment toujours correctionnelle, et la criminalité sanglante. Autrement dit, les opérations de comptabilité fictive conduisent à de bien réels règlements de comptes, physiques ou politiques. Il dénonce également l'importante délinquance qui règne dans certains secteurs économiques (haute couture, confection, études techniques, travail temporaire...) et ses liens avec le financement de certains partis politiques.

L'importance contemporaine des techniques informatiques et audiovisuelles rend indispensable « L'adaptation du droit pénal à certaines formes de délinquance informatique et audiovisuelle » (p. 211-227). Sur bien des points, l'analyse de M. le professeur Francillon est un commentaire anticipé des lois 87-520 du 10 juillet 1987 relative à la protection des services de télévision et 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique. M. le président Schmelck présente « Le *new-look* de la délinquance en col blanc : la "piraterie audiovisuelle" » (p. 449-457) et analyse quelques infractions récentes telles que les contrefaçons de vidéocassettes ou les pirateries de décodeurs.

M. le professeur Gassin examine « La protection pénale des "informations sur la personne" en droit français contemporain » (p. 229-247). Tantôt ces informations sont traitées par des procédés nouveaux, « diables des sens » qui amplifient les organes des sens (téléobjectifs, microphone...) ou « diables de l'esprit » qui améliorent les opérations de l'esprit (informatique, robotique...) : la protection pénale actuellement mise en place semble être globalement satisfaisante. Tantôt les informations sur la

personne sont traitées par des moyens traditionnels, et paradoxalement la protection se révèle inadaptée, dépassée (fichiers, secret professionnel, diffamation...).

La contribution de Mme le professeur Mayer est consacrée à « La protection pénale de la femme » (p. 389-395). « Il peut paraître étrange de demander au droit pénal de la fin du XXe siècle de protéger la femme, alors que la revendication d'égalité des sexes est en plein développement ». Mais l'auteur montre qu'il ne suffit pas de revendiquer et même d'affirmer l'égalité. Il faut encore réagir contre des réalités sociales et économiques inégalitaires. Une double protection pénale est indispensable : contre la discrimination et contre la vulnérabilité, non pas morphologique ou naturelle, mais « construite » par les pratiques socio-économiques. Pour établir l'égalité des chances, certaines discriminations « à rebours », au titre du rattrapage au profit des femmes, sont nécessaires. Et la conclusion s'impose : « le jour où la non-discrimination sera effective, la femme n'aura plus besoin d'aucune protection spécifique ».

Enfin, les réflexions de droit pénal spécial ne pouvaient ignorer l'un des drames les plus fréquents de notre époque : celui des *accidents*, et plus particulièrement des *accidents de circulation*.

Ces accidents sont une occasion fréquente d'application des articles 319 et 320 du code pénal. M. le doyen Legeais étudie « Les infractions d'homicide et de blessures par imprudence et la conception jurisprudentielle de la causalité » (p. 333-348). Il montre que la jurisprudence apprécie la causalité dans deux perspectives différentes. Il y a une « causalité constitutive de l'infraction », largement admise — par exemple, elle peut être partielle, non exclusive, lointaine — et une « causalité entre l'infraction et le dommage », posée comme condition de recevabilité de l'action civile ou de l'indemnisation du préjudice. Cette perspective « civile » de la causalité est plus étroite, notamment en cas de causalité partielle ou de préjudice par ricochet. Elle est en partie modifiée par la « loi Badinter ».

Réalisant « Une projection pénale de la loi du 5 juillet 1985 modifiant le droit à indemnisation des victimes d'accidents de la circulation » (p. 137-149), M. le doyen Couvrat s'attache plus particulièrement à déterminer la place de la faute. La faute du conducteur limite ou exclut l'indemnisation de son propre dommage : il faut donc mesurer la portée des décisions pénales de condamnation de ce conducteur et de celles de relaxe. Pour les piétons, cyclistes ou personnes transportées, la faute civile n'est plus, dans la loi de 1985, un fondement au droit à réparation. Pourtant elle reparaît comme cause d'exclusion de l'indemnisation, mais comme faute de la victime. Or le droit pénal s'intéresse avant tout à la faute de l'auteur. Si cette victime peut être pénalement condamnée, il faut en définir les suites civiles en distinguant victime privilégiée (indemnisée malgré sa faute) et victime ordinaire (sa faute pénale est-elle faute inexcusable ?).

III. — Après le droit pénal général et le droit pénal spécial, la procédure pénale devait se trouver en bonne place dans ces *Mélanges*. C'est incontestablement le domaine de prédilection de M. le professeur Vitu.

Et bien sûr, il convenait impérativement d'y traiter de *l'instruction* et de ses *réformes*. Gageure pour ceux qui s'y sont risqués, la formule de M. Larguier (p. 293) prenant ici une pleine portée : « le plus positiviste des juristes est nécessairement un peu historien ».

M. le professeur Jeandidier a choisi, avec prémonition, une approche historique pour présenter « La juridiction collégiale d'instruction du premier degré » (p. 263-276). Il traite de la vieille défunte « Chambre du Conseil » et de la mort-née « Chambre d'instruction ». Cette perspective historique ne doit sans doute pas déplaire à cet auteur car nous croyons nous souvenir qu'il envisagea, un temps, de se présenter à l'agrégation d'Histoire du droit. La présente étude reste cependant d'actualité ... en raison de la réforme projetée de la mise en état des affaires pénales.

Fort précautionneusement, M. le doyen Boulan décide d'étudier « La réforme de l'instruction » (p. 51-63) sans trop s'attacher à *la* réforme issue de la loi du 10 décembre 1985, avortée tout comme sa remplaçante du 30 décembre 1987. « Il semble, écrit cet auteur en juillet 1987, que l'instruction préparatoire n'a pas besoin d'une réforme qui bouleverserait l'ensemble du système judiciaire répressif, mais plutôt de plusieurs réformes d'ampleur plus modeste, destinées à corriger les imperfections actuellement les plus apparentes » (p. 63). Aussi propose-t-il un renforcement du contrôle des actes de l'instruction, notamment en donnant à l'inculpé comme à la partie civile le pouvoir de solliciter tous actes paraissant utiles à la manifestation de la vérité, ou en améliorant le contrôle de régularité des actes d'instruction (examen des nullités ; contrôle de la décision de placement en détention provisoire ; V. d'ailleurs, la loi du 6 juillet 1989). D'autres propositions concernent le renforcement de la loyauté de l'instruction : il faut encore améliorer le respect des droits de la défense en instaurant un droit à l'inculpation, une fixité dans la qualification de la poursuite et en réglementant les écoutes téléphoniques (V. Cass. Ass. plén. 24 nov. 1989). Des « communiqués contradictoires » pourraient peut-être limiter les atteintes au secret de l'instruction ?

En intitulant sa contribution « Détention provisoire 17 ... et la suite » (p. 419-429), Mme le professeur Rassat se place d'emblée dans une démarche de changement continu. Nous en sommes depuis à la 19e version ! Or l'un des soucis permanents est celui de la réduction des détentions provisoires en nombre et en durée. Trois moyens sont désormais classiquement utilisés : utilisation du contrôle judiciaire comme solution de rechange ; réduction du domaine de la détention ; multiplication des exigences procédurales. Ils n'atteignent pas l'objectif, allant même parfois à son encontre (par exemple quand les formalités allongent le délai d'instruction). Aussi, Mme Rassat propose-t-elle une réflexion innovatrice sur les objectifs différents assignés à la détention provisoire. Ne conviendrait-il pas de distinguer deux régimes de détention avant jugement ? L'un (« détention provisoire »), utilisé pour les stricts besoins de l'instruction, serait laissé à la décision du juge d'instruction et limité à six mois. L'autre (« détention préventive ») viserait à protéger l'ordre public ; il serait prévu pour les infractions les plus graves et se verrait appliquer un régime nouveau.

Deux autres contributions sont également liées à l'instruction. Dans des « Remarques sur l'évolution d'une voie de secours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction » (p. 287-331), M. le professeur Jean Larguier montre en détail la spécificité de l'appel dans l'instruction et son évolution. Cette voie de recours, non extraordinaire, mais pas tout à fait ordinaire car elle n'est en principe ici ouverte que dans des cas limitativement énumérés par la loi, a vu son domaine être élargi par la Chambre criminelle soucieuse du respect du principe du double degré de juridiction. Cet élargissement, dont ont profité parquet, inculpé et partie civile, s'appuie sur une interprétation large des cas prévus par la loi, mais aussi sur l'utilisation des silences de cette même loi. M. le professeur Jacques-Henri Robert, dans une étude sur « Les investigations des fonctionnaires investis de certaines fonctions de police judiciaire (art. 15, 3° c. pr. pén) » (p. 431-447) s'inquiète, eu égard au nombre des fonctionnaires investis de tels pouvoirs, des risques que ces investigations peuvent faire courir à l'intimité de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile, domestique ou professionnel. Quelles protections envisager ? M. Robert préconise un contrôle judiciaire des investigations judiciaires, largement préalable, mais aussi exercé sur le déroulement des opérations (II). La qualification judiciaire des investigations, aujourd'hui faite sur la base du critère finaliste (prévention/répression) devrait dépendre plus largement d'un critère matériel fondé sur le contenu de l'acte — les investigations qui portent atteinte aux libertés individuelles devant relever du contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne traditionnelle de ces libertés, article 66 de la Constitution — (II).

La procédure pénale est encore abordée dans deux derniers thèmes. M. le professeur Ottenhof procède à une réflexion globale sur « La spécialisation des fonctions et

des juridictions en droit pénal des mineurs » (p. 405-417). Il examine d'abord les fondements du particularisme de ce droit. Ils tiennent à une autonomie formelle (subjective, liée à la personne du mineur ; objective, liée à l'objet et au but du procès) et à une autonomie conceptuelle (concepts particuliers de responsabilité et de peine, à propos desquels l'auteur préconise une responsabilisation des mineurs et une pénologie rénovée). La spécialisation étant fondée (I), il convient d'envisager ses modalités de mise en oeuvre à un triple point de vue : fonctions, hommes, juridictions (II).

C'est sur l'évolution de « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point ou fluctuations ?) » (p. 397-404) que s'interroge M. le professeur Roger Merle. — Qu'il nous pardonne de le citer en dernier, mais l'hommage rendu à son ami André Vitu rejaillit sur leur oeuvre commune, le célébrissime « Merle et Vitu » ! — M. Merle montre que l'intérêt moral qu'a la victime pénale à « corroborer l'action publique » peut parfois suffire à ouvrir la possibilité de se constituer partie civile. En revanche, l'insignifiance de l'intérêt civil peut n'être pas un obstacle à la constitution de partie civile. Toutefois cet intérêt civil reste une condition de recevabilité : il ne faut donc pas aller trop loin dans la distinction car « l'action civile en réparation du dommage est bien la racine première de la constitution de partie civile ».

Par la qualité de chacune des contributions, ces *Mélanges* honorent l'un des plus grands pénalistes français. En 1987, lors de leur préparation, nous n'avons pas eu l'outrecuidance, quelques mois après l'agrégation, de joindre notre signature à celles des pénalistes tous confirmés. Qu'il nous soit aujourd'hui permis, par ces notes bibliographiques, de nous associer à l'hommage rendu à ce Maître, qui nous a formé du DEUG à l'agrégation, qui nous prodigue toujours, temps, conseils et amitié, notamment dans l'immense tâche qui nous incombe actuellement, de prendre son relais dans l'enseignement du droit criminel à la Faculté de Nancy.

Jean-François SEUVIC

Une autre justice — 1789-1799.Etudes publiées sous la direction de Robert Badinter (et sous les auspices de l'Association française pour l'histoire de la justice) — Paris, Fayard, 1989, 405 pages.

Dans la littérature, quelque peu pléthorique, que nous a valu la célébration du Bicentenaire de la Révolution, il faut mettre à part, en lui donnant une place de choix, ces *Etudes publiées sous la direction de M. Robert Badinter* comme « contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française » (1789-1799) avec ce titre global : *Une autre justice*. C'est bien de cela qu'il s'agit en effet ; car pendant ces dix années se constitue une justice nouvelle et, comme le dit justement au départ M. Badinter, jamais notre justice ne devait connaître « en si peu d'années un tel bouleversement, une telle transformation à proprement parler révolutionnaire ». Dans une Introduction générale d'une grande fermeté de pensée et d'expression, et souvent même d'une grande éloquence, l'auteur relève que, trop souvent, la justice pénale de la Révolution a été ramenée à la guillotine de 93, tandis que, même pour les spécialistes, le droit de la Révolution était qualifié de « période intermédiaire » comme s'il n'était qu'une parenthèse entre celui de l'Ancien régime et celui de Napoléon. Et cependant, c'est avec lui qu'est née la conception d'une justice humaniste au delà de la seule technique judiciaire, faisant au civil une large place à la conciliation, à la médiation ou à l'arbitrage et annonçant ce que, dans l'Amérique du Nord moderne (Etats-Unis et Canada) on appelle aujourd'hui « déviation » ou « déjudiciarisation », tandis qu'au pénal la sanction était « conçue aussi pour l'amendement du condamné et non pas seulement pour son élimination, sa souffrance ou son humiliation ».

Cet ouvrage collectif, d'une grande richesse, s'attache dans sa première partie à dégager les nouveaux principes (la réaction contre une justice mal rendue et des lois

barbares, la recherche de lois nouvelles et de nouveaux juges) tandis que la troisième partie se préoccupe des aspects principaux de la justice civile et administrative et la quatrième des « acteurs » : magistrats, avocats, notaires avec même les particularités de leur costume.

La deuxième partie, consacrée à la justice pénale, intéressera tout particulièrement les lecteurs de notre *Revue*. Elle comporte, tout d'abord, une solide étude de l'incrimination (comment « classer et punir autrement », la mise en place, difficile, du principe de légalité, le code de 1791), puis la recherche à la fois d'une exemplarité plus efficace mais aussi une première application de peines rééducatives. Vient ensuite une analyse très suggestive de la législation sur l'accaparement et le maximum (une première apparition du droit pénal économique ?), avec les hésitations des juges (le nombre des acquittements, même par le Tribunal révolutionnaire, est symptomatique), puis, évidemment, le problème essentiel du jury criminel, du point de vue idéologique, politique et de technique juridique.

Sur ces dix années essentielles, dont il dégage avec force l'exceptionnelle importance, cet ouvrage nous apporte une documentation précise, bien classée et si l'on peut dire parfaitement maîtrisée et surtout peut-être des réflexions neuves ou renouvelées et des ouvertures sur des problèmes qui, malgré l'évolution des institutions et des idées, restent encore d'une actualité brûlante. Notre époque n'est-elle pas toujours — ou de nouveau — à la recherche d'une « autre justice » ? A cet égard, ce livre est enrichissant — et réconfortant.

Marc ANCEL

Les règles de la profession d'avocat, par Jacques Hamelin et André Damien, 6e éd., Paris, Dalloz, 1989, 717 pages.

En 1968, Me Jacques Hamelin, personnalité bien connue et très estimée du Barreau de Paris, avait publié un traité de la profession d'avocat qui fit bientôt autorité. Il devait mourir prématurément en 1973 et M. André Damien, aujourd'hui Conseiller d'Etat, mais qui excerça longtemps la profession d'avocat à Versailles où il fut bâtonnier de l'Ordre avant de devenir Président d'honneur de la Conférence des bâtonniers de France, a eu l'heureuse idée de reprendre l'ouvrage de M. Jacques Hamelin dont il nous donne une 6e édition sous le titre *Les règles de la profession d'avocat*, qui en constitue aujourd'hui le guide le plus actuel, le plus scrupuleux et le plus sûr.

Il s'opère depuis la fin de la dernière guerre et surtout depuis les années 1970 des changements qui, selon M. Damien, annoncent « un bouleversement sans précédent de la justice française ». Dans une préface d'une grande hauteur de vues et d'une remarquable rigueur d'expression, il nous rappelle comment l'avocat d'aujourd'hui n'est plus ni « le chevalier *ès* loi du Moyen Age », ni « l'avocat libéral tout puissant de la fin du XIXe siècle » ; mais, si des interdictions anciennes ont été levées, si des activités nouvelles lui ont été ouvertes, si depuis 1971 il a seul droit d'assister ou de représenter, de postuler et de plaider devant les juridictions, s'il a le droit de s'associer pour constituer des cabinets d'avocats, s'il peut s'engager dans la gestion des entreprises et même manier des fonds, il tend à devenir un « auxiliaire étatisé de la justice » ou, comme le dit plaisamment l'auteur, « l'employé à gages de ces usines juridiques à grande surface, où chacun devient le salarié de sa propre firme ». Comme Jacques Hamelin lui-même, qui pressentait déjà ces transformations, M. Damien met en garde contre cette fonctionnarisation menaçante de la profession. On sera facilement d'accord avec lui pour conserver aux membres du Barreau leur fonction et leur mission, mais on émettra quelque réserve sur la façon dont M. Damien perçoit l'évolution judiciaire en cours, notamment pour qu'il nous présente le citoyen « englué dans un climat éducatif et arbitraire », quand il demande à être délivré de « l'hôpital transposé en matière judiciaire » ou quand il s'élève contre « la cohorte des spécia-

listes » qui « sont désormais les vrais auxiliaires » du juge. Faut-il vraiment, au nom de valeurs traditionnelles, récuser le mouvement moderne vers une justice sociale et humaine, plus large et plus souple ?

Laissons cette querelle de détail pour signaler comment M. Damien, qui a le goût de l'histoire et le sens des idées générales et de « l'idéal qui sous-tend la mission de l'avocat », consacre son introduction à la déontologie de la profession, présentée dans son évolution historique et sa signification permanente. Il aborde ensuite l'historique du Barreau (les origines, le Barreau classique, celui du XIXe siècle, qui fut « son âge d'or » et le Barreau moderne) avant de présenter méthodiquement les généralités où, après un relevé des textes actuels régissant la profession, sont examinés le monopole de l'avocat, l'organisation des barreaux, les associations et les sociétés civiles professionnelles et la collaboration (où, avec la formation, il distingue la collaboration partielle et à temps entier).

Le premier chapitre traite ensuite, en détail, de l'accès à la profession d'avocat (y compris les incidences du Traité de Rome avec les conditions de nationalité et l'exercice en France de la profession par des avocats étrangers). Le chapitre II est relatif à l'organisation des Ordres d'avocats (le Bâtonnier, le Conseil de l'Ordre, l'Assemblée générale) et le chapitre III, essentiel, est consacré aux droits et aux devoirs de l'avocat (avec notamment un examen attentif du secret professionnel et de l'inviolabilité du cabinet de l'avocat) et, pour les devoirs, la distinction de ceux que l'avocat a envers son client en général (où est examiné avec soin le problème délicat des honoraires) et du fait de la postulation (avec des précisions utiles sur l'existence et les limites de sa responsabilité personnelle). Les deux derniers chapitres traitent avec netteté de la discipline des avocats (infractions disciplinaires et délits d'audience) et enfin de la cession du cabinet.

Le dernier chapitre, particulièrement remarquable, est consacré à l'avenir de la profession d'avocat et, à certains égards, il fait contraste avec l'Introduction en ce qu'elle avait parfois d'apparence un peu « passéiste ». Une fois de plus M. Damien témoigne de son sens de l'histoire en rappelant comment, à travers les siècles, l'avocat a su se défendre, s'affirmer et parvenir à cette « vocation, ce rôle altier » qui fut le sien au XIXe siècle et au début du XXe, en créant cette structure « peu caractérisée juridiquement, mais fortement typée sociologiquement : la profession libérale ». Mais celle-ci n'est-elle pas en train de disparaître, dans une société qui comprend quatre-vingt pour cent de salariés ? Quels remèdes ? La fonctionnarisation, qui tente beaucoup de jeunes, mais qui comporte des dangers, surtout peut-être des renoncements ? L'industrialisation où, à l'exemple des Etats-Unis, l'avocat ne sera plus qu'un rouage technique spécialisé, mais anonyme ? L'institution enfin, qui aurait sans doute la préférence de l'auteur, mais qui suppose une réorganisation où l'Ordre qui devenant « la défense » puisse offrir aux justiciables un organe d'avocats nombreux et compétents dont il soit moralement responsable. Chose difficile sans doute, qui réclame aussi bien une imagination audacieuse (tournée vers l'avenir) qu'une générosité du coeur et la certitude pour l'avocat d'exercer une mission (ce qui est le legs du passé). C'est la conclusion de cet ouvrage, riche et noble.

Marc ANCEL

Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal, par Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, Paris, Hachette, 1989, 404 pages.

Sous ce titre original et surtout révélateur de leur conception du sujet, P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël décrivent les circonstances d'élaboration et le contenu des deux codes pénaux, de 1791 et de 1810. Bien que le monument législatif de 1791 soit notre premier code pénal, les idées de l'indispensabilité d'une législation d'égalité ou de proportion entre délit et peine qui le sous-tendent existaient en réalité

déjà depuis plusieurs décennies. Dès avant 1789, des magistrats comme Dupaty ou Lacretelle, plus d'ailleurs que les philosophes, les avaient dégagées. Sous le règne de Louis XVI, un étonnant bouillonnement doctrinal pouvait aisément être constaté. Des sociétés savantes mettaient au concours des sujets se rapportant au droit pénal. Marat présentait une classification des infractions dans son *Plan de législation criminelle (1780)*, une Déclaration royale du 1er mai 1788 annonçait une mise à jour régulière de la législation, enfin les *Cahiers généraux* fourmillaient d'idées neuves que dans un premier temps la Déclaration des droits de l'homme d'août 1789 allait consacrer.

C'est dans ce contexte, très bien restitué par les auteurs, que les Constituants allaient donner à la France sa première législation pénale d'ensemble. L'ouvrage en dégage d'abord les « quatre grandes rationalités incriminatrices » : garantie des institutions et fonctionnement de la démocratie (abus de pouvoir par le personnel politique), protection du patrimoine naturel de l'homme (violences, avortement, vol...), protection de la sécurité des échanges économiques (détournement, banqueroute), protection de l'ordre public quotidien ou morale civique (attentat aux moeurs, vagabondage, mendicité...).

Au point de vue philosophique, les idées qui sous-tendent la nouvelle législation sont, pour l'essentiel, la laïcité — notion alors très nouvelle — la perfectibilité de l'homme (pas de peines perpétuelles sauf la déportation pour les récidivistes, pas de marques physiques indélébiles, réhabilitation et l'égalité, notion très importante que le législateur avait cru devoir constater dans un texte des 21-30 janvier 1790. Les textes du code pénal avaient été préparés très soigneusement par un Comité de législation criminelle, installé le 15 septembre 1789 et dont les travaux s'étaient achevés en mai 1791. Au sein de ce Comité, deux hommes devaient jouer un rôle essentiel : Le Pelletier de Saint-Fargeau, adversaire de la peine de mort et promoteur de l'emprisonnement ; Adrien Dupont, promoteur du jury, partisan d'une défense sévère des institutions publiques, favorable à la peine de mort tout en souhaitant sa disparition à terme, sauf en matière politique. Ce Comité travailla avec ardeur, se réunissant deux fois par jour, et entendant même des spécialistes étrangers. Un long exposé des motifs, oeuvre de Le Pelletier de Saint-Fargeau couronna l'oeuvre de ce comité d'experts.

Les auteurs considèrent ensuite la législation réalisée entre le code pénal de 1791 et celui de 1810. Quelques textes sont rappelés, comme le décret du 9 mars 1793 créant un tribunal révolutionnaire statuant en premier et dernier ressort, le code de Brumaire an IV, dit *Code des délits et des peines*, oeuvre de Merle de Douai, et la loi du 12 juillet 1799 dite « Loi des otages », autorisant l'administration, en cas de troubles civils, à prendre en otage les parents d'émigrés et les nobles (loi d'ailleurs abrogée dès le 13 novembre).

En mars 1801, est instituée une commission chargée de rédiger un code pénal. Un projet de 1169 articles (sur le fond et la forme à la fois) est établi dès 1802, imprimé, puis soumis pour avis aux juridictions. Target en avait rédigé l'exposé des motifs. L'évolution est frappante, depuis 1791. Alors que Le Pelletier de Saint-Fargeau adoptait une vision optimiste de l'homme, réduisant la part du droit pénal au strict minimum, faisant la part belle à la mansuétude et à l'amélioration de l'homme, Target est sécuritaire : « Certes dans l'idéal, écrit-il, il nous serait souhaitable d'être magnanime, mais l'utilité sociale immédiate exige de nous des réactions sévères ». Ce glissement idéologique va se traduire dans le droit de la peine : alors que le code de 1791 ne prévoit aucune peine perpétuelle, celui de 1810 en fait un large usage.

Une autre différence peut être notée entre les deux codes. Alors que le législateur de 1791 avait adopté le système de la peine fixe (méfiance à l'égard du juge, Beccaria n'est pas loin...), celui de 1810 adopte le plus souvent celui de la « fourchette » entre un maximum et un minimum. On y avait vu un début d'individualisation et, à cet égard, nos auteurs apportent le correctif nécessaire, en se fondant sur Target : « Comme, dit ce dernier, la loi ne peut distinguer les individus par leurs caractères et

leurs penchants, c'est l'état des personnes et la nature des crimes qui, renseignant sur le principe de l'action, doivent servir à diriger la détermination de la peine ».

Malgré ces différences, nos trois auteurs affirment qu'il y a une parenté très proche entre les deux codes. Il est vrai que des similitudes apparaissent, notamment en ce qui concerne les incriminations, le développement de la privation de liberté, l'idéologie laïque et égalitaire. Toutefois, les ressemblances ne sauraient être exagérées. L'évolution est très perceptible entre 1791 et 1810 (et déjà 1801 avec le projet). Le premier code avait été rédigé dans l'euphorie de la Révolution débutante — même si au cours des travaux préparatoires la dissuasion reprit du terrain comme le démontre le maintien de la peine de mort après qu'eut été envisagée sa disparition — alors que le second code est rédigé dans un climat de haute criminalité et sous un gouvernement dominé par un homme fort, Napoléon.

Quoi qu'il en soit, le travail de P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël est d'une très grande érudition et d'une lecture agréable. L'ouvrage comporte divers tableaux, notamment sur les types de peine par infraction, et se termine, en annexe, par le rapport de Le Pelletier de Saint-Fargeau et par le texte du Code de 1791, documents peu aisés à se procurer.

A l'heure où la France s'efforce de se doter d'un nouveau code pénal, la lecture des efforts de nos devanciers des deux siècles précédents a un évident parfum d'actualité. Le travail de P. Lacoumes, P. Poncela et P. Lenoël vient à son heure.

Jean PRADEL

La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs, par Bruno Genevois, Paris, Les Editions S. T. H., Sciences et techniques humaines, 1988, 406 pages.

Le livre de M. Bruno Genevois était attendu par les spécialistes qui espéraient qu'à partir du cours publié depuis plusieurs années par le Centre de formation professionnelle et de perfectionnement du ministère des Finances à l'intention des candidats au concours d'entrée à l'E.N.A., serait élaboré un ouvrage donnant un exposé complet de la jurisprudence constitutionnelle à l'intention d'un public plus vaste.

Cet espoir n'a pas été déçu car, en quatre cents pages, M. Genevois a magistralement décrit et expliqué la jurisprudence du Conseil constitutionnel telle qu'elle s'est forgée depuis trente ans, avec une sûreté et une rigueur juridique que chacun lui reconnaît.

On n'en attendait pas moins de l'auteur, brillant commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits pendant une dizaine d'années. Bruno Genevois avait habitué les lecteurs des revues juridiques à de savants exposés de jurisprudence administrative mais aussi de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice des communautés européennes ou de la Cour européenne des droits de l'homme, sans oublier la Cour de cassation. Directeur de la Réglementation et du contentieux puis directeur des Libertés publiques et des Affaires juridiques au ministère de l'Intérieur, il a été à même d'étudier l'application concrète de la règle de droit, notamment en matière de libertés et droits fondamentaux. Enfin, secrétaire général du Conseil constitutionnel depuis 1986, il est un observateur privilégié de la manière dont naît la jurisprudence constitutionnelle. Qui, mieux que lui, aurait donc pu donner un exposé aussi satisfaisant d'une jurisprudence qui est faite de multiples apports tant de droit public que de droit privé, voire de droit international ou européen ?

L'analyse présentée couvre l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, aujourd'hui, est faite de plus d'un millier de décisions : après avoir précisé, dans un premier chapitre, les conditions d'intervention et l'autorité des décisions du Conseil, l'auteur étudie en six autres chapitres, le partage des compétences entre loi

et règlement, les rapports entre pouvoirs publics, la protection des droits fondamentaux des individus, l'organisation administrative de l'Etat, le contrôle des consultations électorales et les rapports du droit interne et du droit international ; et dans une conclusion très riche il s'attache à déterminer la nature juridique du Conseil constitutionnel, sa place dans les institutions ainsi que son avenir. Enfin, l'ouvrage comporte à la fin de l'introduction et de chaque chapitre une importante bibliographie relative au Conseil constitutionnel ainsi qu'aux exemples étrangers de justice constitutionnelle.

Les lecteurs de cette *Revue* seront principalement intéressés par les développements consacrés à la protection des droits fondamentaux car il est de plus en plus certain que les spécialistes de droit pénal et de procédure pénale ont à prendre en considération, sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La centaine de pages consacrées à cette question (p. 189-299) constitue un exposé complet, rigoureux et synthétique de la jurisprudence constitutionnelle en ce domaine. Seront particulièrement appréciés les développements relatifs aux « bases constitutionnelles du droit pénal et de la procédure pénale » et notamment à la manière dont le juge constitutionnel a progressivement étendu l'application des principes constitutionnels à l'ensemble de la « matière pénale » qui selon l'expression de Mireille Delmas-Marty[1] a vu « ses contours s'élargir ».

Mais les pénalistes pourront également utilement se reporter à l'exposé du partage des compétences législatives et réglementaires car la démarche générale du juge constitutionnel en matière de définition du domaine législatif, ainsi que les principaux cas, sont clairement présentés et expliqués. Et l'on ne manquera pas de souligner la conclusion à laquelle nous souscrivons pleinement, selon laquelle le véritable changement opéré par la Constitution de 1958 ne réside point dans la limitation en surface du domaine de la loi — car cette limitation a été considérablement atténuée par la jurisprudence — mais dans l'accroissement, en profondeur, du rôle du législateur contraint, par le juge constitutionnel, d'exercer la plénitude de sa compétence (p. 122).

On pourrait également citer le chapitre introductif et notamment la section IV relative à l'autorité des décisions du Conseil qui montre comment celui-ci a progressivement résolu les problèmes de relations avec les pouvoirs publics et avec les autres juridictions.

A cet exposé d'une grande qualité scientifique et pédagogique, on adressera quelques critiques ou observations d'ordre mineur. Tout d'abord, l'auteur, tout au long de l'ouvrage, s'astreint à ne pas employer l'expression de « juge constitutionnel » ou de « juridiction constitutionnelle » pour désigner le Conseil constitutionnel (bien qu'en conclusion il lui reconnaisse la qualité d'« organisme juridictionnel ») ; on remarquera, toutefois, que dans ses derniers commentaires jurisprudentiels[2], il a franchi le pas et qu'il a fait taire ses scrupules de spécialiste du contentieux administratif pour adopter le point de vue du droit constitutionnel comparé. On notera aussi, dans le même sens, que la culture juridique du conseiller d'Etat, le plus souvent précieuse pour comprendre la jurisprudence du Conseil constitutionnel, a tendance parfois à prendre le pas dans l'explication de celle-ci. Mais ceci est un vieux débat.

L'ouvrage est devenu un instrument de travail indispensable pour tout chercheur et enseignant ; et bientôt peut-être le sera-t-il pour tout praticien. En tout cas, on attend déjà avec impatience, la deuxième édition.

Louis FAVOREU

1. « La jurisprudence et les principes fondamentaux du droit pénal », *in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, 1989, p. 154.
2. Notamment à la *Rev. fr. dr. adm.* 1989. 671.

Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme. Travaux du séminaire « Politique criminelle et droits de l'homme » organisé par Mireille Delmas-Marty dans le cadre de l'Institut de droit comparé de Paris de 1987 à 1989, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Les voies du droit », 1989, 512 pages.

La Convention européenne des droits de l'homme consacre-t-elle, au plan européen, un « Etat de raison » (p. 13) tel qu'il efface du même coup la tentation permanente de tout régime politique qu'est la raison d'Etat ? Bien que l'étude soit limitée au domaine de la politique criminelle, le propos de *Raisonner la raison d'Etat*, ouvrage collectif dirigé par le professeur Mireille Delmas-Marty, est d'autant plus ambitieux que la démarche suivie ne cède pas à la facilité : il s'agit, partant de « l'envers des droits de l'homme » (les limitations aux droits), de prendre la mesure de l'effectivité du contrôle exercé en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme pour apprécier la dynamique de la relation Europe/Etats qui se met en place à partir de la jurisprudence de la Cour. Certes, le trait est un peu « forcé » car il est difficile d'isoler l'examen des limitations aux droits « nécessaires dans une société démocratique », les limitations légitimes faisant partie intégrante des droits de l'homme (V. S. Trechsel, p. 376). La problématique ainsi posée a le mérite d'être décapante et de permettre une lecture « en creux » de la Convention.

— L'ambiguïté du système européen (première partie), qui réside dans la dialectique limitation aux droits (restrictions, exceptions, dérogations)/contrôle du juge sur ces limitations, est analysée à partir de quatre thèmes. L'étude des affaires de moeurs, à propos desquels l'auteur note justement que « l'impératif moral représente la quintessence du flou affectant la notion d'impératif légitime » (p. 122), et celle des affaires de presse s'imposaient incontestablement en raison de la richesse de la jurisprudence européenne en la matière. On regrettera toutefois que les rapports de la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée ne soient pas plus fouillés, à propos, surtout, du droit d'accès aux données de caractère personnel (V. Gaskin, 7 juill. 1989). Plus discutable est le choix des deux autres thèmes. La lutte contre le terrorisme n'a fait l'objet que d'un nombre très limité de décisions européennes et il paraît délicat d'en faire l'un des pivots d'une analyse de « l'envers des droits de l'homme ». Quant à la police des étrangers, il s'agit d'un domaine totalement en marge de la C.E.D.H. : il était bien difficile à l'auteur, sous couvert du principe de liberté de circulation, de tenter de comparer la jurisprudence de Strasbourg, qui ne concerne qu'indirectement la liberté de circulation par le biais d'autres droits garantis (art. 8), et la jurisprudence de Luxembourg, abondante et fondée sur une disposition de principe du Traité de Rome ; aussi ce chapitre est-il pour l'essentiel consacré à l'analyse de la jurisprudence communautaire, par ailleurs bien connue.

— La résistance des Etats à la Convention européenne (deuxième partie) est étudiée à partir de onze Etats membres du Conseil de l'Europe et montre l'absence de corrélation claire entre le statut donné à la C.E.D.H. en droit interne et le degré d'effectivité ou de résistance constaté (on peut regretter que chacune des contributions ne reprenne pas systématiquement les quatre thèmes énoncés plus haut, ce qui aurait facilité une lecture « transversale » de l'ouvrage). Ainsi, la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne, la R.F.A. ou la Suisse se caractérisent par une réception fréquente de la Convention et de ses développements jurisprudentiels par le législateur et le juge. La France semble partager avec l'Italie un comportement « tendanciellement autarcique » (p. 235) par rapport à la Convention : les professeurs Koering-Joulin et Wachsmann « épinglent » avec raison certains domaines de notre droit en délicatesse avec le droit européen des droits de l'homme (la définition de l'infraction terroriste, le régime des publications de provenance étrangère ou encore celui des écoutes téléphoniques). L'attitude portugaise est du même ordre, bien que le Tribunal constitutionnel portugais se soit désormais ouvert à la Convention européenne (*contra* p. 292) : citons particulièrement sa décision 40/84, qui fait référence à l'arrêt *Artico* à propos des droits de la défense (aussi décis. 320/89). Au total l'ouvrage donne un bon aperçu des

pratiques législatives, administratives ou jurisprudentielles des Etats étudiés, réserve faite du Royaume-Uni : se limitant principalement à un rappel de deux affaires anciennes (*Irlande c/ Royaume-Uni et Sunday Times*), l'auteur affirme péremptoirement que « la question de la dérogation a aujourd'hui peu d'importance quant à la politique criminelle britannique » (p. 329) alors même qu'en décembre 1988 le gouvernement britannique a recouru à l'article 15 pour maintenir une législation sur la détention provisoire sanctionnée par la Cour européenne (*Brogan*, 9 nov. 1988).

— La dynamique de la relation Europe-Etats (troisième partie) est examinée d'abord à partir de l'originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne, que le professeur Ost, s'appuyant sur une analyse fouillée de la jurisprudence de la Cour, confronte aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le souci de la Cour d'assurer la protection la plus effective aux droits des individus, l'importance du critère de la « démocratie » dans l'interprétation téléologique de la Convention sont, à juste titre, soulignés. Selon le professeur Ost la Cour se distingue surtout par sa capacité à gérer l'antagonisme souverainetés nationales/droits individuels en maintenant un délicat équilibre entre « une logique centrifuge » — qui introduit un facteur de différenciation au sein de la Convention — et « une logique centripète » — qui est celle du contrôle européen et permet à la Cour de défendre l'essentiel (p. 451). Se met ainsi en place « une logique du flou » qui apparaît comme « de nature à assurer une mise en oeuvre effective et adaptative de la régulation juridique » (p. 462). C'est à l'analyse de cette « logique floue » que s'attache le professeur Delmas-Marty dans le dernier chapitre (« Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes », p. 465-494), insistant justement sur l'importance de la notion de « marge d'appréciation » — qu'elle soit nationale (pour l'appréciation des restrictions) ou européenne (interprétation autonome de la Convention) — qui introduit dans le raisonnement juridique la particularité « de mettre en relation la norme juridique nationale et la norme européenne sans imposer l'appartenance totale de l'une à l'autre » (p. 466). Ainsi, la relation Europe/Etats ne se réduit pas à l'unité (la subordination) et ne s'abandonne pas à la dispersion (les souverainetés nationales) mais s'analyse en un pluralisme ordonné selon trois dimensions : l'« ordre normatif », fondé sur les critères multiples de la nécessité démocratique, l'« espace normatif », qui autorise l'harmonisation des normes nationales à la norme européenne, et le « temps normatif » qui, par le moyen de l'interprétation évolutive, permet l'adaptation de la Convention au changement social.

A vrai dire, cette flexibilité du contrôle de la Cour ne surprend pas outre mesure l'internationaliste. La Cour européenne, ne l'oublions pas, est une juridiction internationale et on ne saurait s'étonner, dans un domaine aussi sensible pour les souverainetés étatiques que les droits de l'homme, qu'elle module son contrôle — en soi exorbitant dans l'ordre juridique international — par le recours à la marge d'appréciation. La Cour est en effet chargée de contrôler le respect d'un instrument juridique (la C.E.D.H.) lui-même flexible, tout entier construit sur la conciliation opérée entre souveraineté (les réserves, les clauses facultatives d'acceptation de la compétence de la Cour et de la Commission, les restrictions et dérogations) et solidarité (les droits de l'homme « patrimoine commun », la garantie collective mise en oeuvre). La jurisprudence de la Cour porte la marque de la recherche de cet équilibre : l'effectivité du système de sauvegarde se concilie avec sa subsidiarité. Au demeurant, les décisions de la Cour obéissent, en dernière analyse, à la logique traditionnelle, de nature binaire : la norme nationale est ou n'est pas conforme à la Convention. Certes, la jurisprudence de la Cour fait appel à des notions imprécises, au contenu variable et contingent (morale, société démocratique, ordre public) et recourt à des techniques de contrôle (concept autonome, proportionnalité, appréciation déraisonnable) qui ménagent au juge un large pouvoir d'interprétation de la norme. Mais ces méthodes de contrôle sont-elles si différentes de celles — principes généraux du droit, principes particulièrement nécessaires à notre temps, faisceau d'indices, technique du bilan, proportionnalité, erreur manifeste d'appréciation — utilisées par le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel ?

Ces quelques remarques montrent tout l'intérêt de l'ouvrage dirigé par le professeur Delmas-Marty : le juriste, quelle que soit sa spécialité, est certain d'y puiser un stimulant à sa réflexion sur le droit européen des droits de l'homme, dont on admettra, avec le professeur Frowein, qu'il traduit un degré élevé « d'intégration de principes communs de l'Etat de droit » (p. 328).

Frédéric SUDRE

Archives de politique criminelle, t. XI, Paris, Ed. Pedone, 1989, 242 pages.

Comme chaque année, le Centre de recherches de politique criminelle nous livre un numéro de ses *Archives*, classées sous les trois rubriques connues des lecteurs de cette *Revue*. Sous le premier thème, des principes généraux de politique criminelle on trouve tout d'abord une étude sur « les délits et les peines sous la Constituante » due à Mme Poncela et M. Lascoumes. Une deuxième étude de M. le Président Braunschweig porte sur le rôle de l'information et de l'opinion publique. Une troisième étude a trait à la perception des droits de l'homme dans la société contemporaine (par Mme Delmas-Marty, M. Doise, M. Lenoir, A. Percheron et divers collaborateurs). Y sont recensées les principales décisions de la Cour de Strasbourg en matière de terrorisme, de prisons, d'hôpitaux psychiatriques, de police des étrangers, en vue d'une recherche sur le terrain. De son côté, Mme Chanet étudie les requêtes individuelles présentées contre la France, entre 1981 et 1986, devant la Commission européenne. Enfin, M. Jeandidier examine « les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme », dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1983-1987). L'auteur procède à un recensement des arrêts autour des thèmes de la liberté, de l'égalité et non pas de la fraternité mais de la légalité. On notera que l'auteur conteste véhémentement les solutions qui méconnaissent la saisine *in rem* du juge d'instruction ou qui ne sont pas conformes à l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme (n° 28). De même, il souhaite que la confiance faite au juge soit encadrée par une définition légale des cas de nullité.

Dans le deuxième thème, qui concerne des recherches de politique criminelle appliquée, Sophie Rojare présente « un exemple de la participation des associations à la variante de médiation ». En fait, à partir des cas de médiation connus (auprès de la police ou des autorités judiciaires), l'auteur montre que des expériences de médiation peuvent être menées avec des associations, sur renvoi du parquet. Toutefois il préconise une certaine réglementation, afin de répondre aux principes des droits de l'homme.

Il est permis de se demander si, en matière pénale, il est possible que l'Etat délègue à de simples particuliers le soin de reconnaître l'existence d'une infraction. Par ailleurs, ne va-t-il pas y avoir une sorte de chantage pour l'établissement d'accord, le plus récalcitrant pouvant être menacé d'un renvoi au juge étatique ? Aussi bien, il n'est pas certain que cette technique qui s'inscrit dans un système de « *plea bargaining* » soit compatible avec nos manières d'être et nos principes juridiques.

Une deuxième étude due à Mme Tulkens, Ch. Debuyst et F. Digneffe concerne les recherches menées au département de criminologie et de droit pénal de l'université de Louvain. Certaines concernent la criminologie, d'autres le droit pénal (recherche médicale, droits de l'homme, etc.) ou les acteurs sociaux (problèmes de décriminalisation, transgression de la loi...).

Enfin, la troisième partie comprend des études de droit étranger. L'une concerne la politique pénale de la République démocratique allemande (par le professeur Buchholz), qui est comparée à celle de la République fédérale.Sur de nombreux points (culpabilité, faits justificatifs, sanctions...) les deux systèmes sont différents. Dans le contexte contemporain, il sera intéressant de voir vers quel système s'orienteront les deux Etats allemands. Une autre porte sur la politique pénale dans les deux Etats allemands, mais est due à un professeur de Cologne (M. Weigend).

C'est en quelque sorte le prolongement de la première étude et une autre vision. Nul doute que le lecteur apprend beaucoup sur le système de la République démocratique allemande. Enfin, l'ouvrage s'achève sur une présentation, par Mme Tulkens et M. van de Kerchove, de l'évolution du droit pénal en Belgique. Sur de nombreux points — et sous réserve de changer les dates des lois ou des arrêts —, le droit pénal belge est proche de la situation en droit français. Nul doute que les remarques présentées seront utiles au comparatiste ou même à « l'honnête pénaliste » d'aujourd'hui.

En définitive, ce nouveau numéro des *Archives* est à la hauteur de ses prédécesseurs et connaîtra un grand succès.

Bernard BOULOC

II. – DROIT PENAL COMPARE ET INTERNATIONAL

Les politiques pénales en Afrique noire francophone : le cas du Gabon, par Frédérique Pie, Bordeaux, Centre d'études d'Afrique noire, Institut d'études politiques, Université de Bordeaux I, Collection « Les multigraphiés du CEAN », 1989, 195 pages et annexes.

Les recherches pénales portant sur l'Afrique francophone sont particulièrement modestes. Une enquête récente de l'UNICRI (*United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute*) tendrait même à montrer que les spécialistes sont en nombre très restreints et que leurs travaux portent particulièrement sur le droit pénal et le commentaire des codes sans s'interroger outre mesure sur l'inapplication des normes ou sur le sens des politiques pénales. Or, pour quiconque voyage en Afrique, expert ou vacancier du Club Méditerranée, il est bien évident que la criminalité s'est très largement développée durant ces vingt dernières années tant en raison de la crise économique et financière qui frappe l'ensemble de l'Afrique que de l'affaiblissement assez général de l'Etat. Même dans un pays comme la Côte d'Ivoire, réputé initialement pour l'excellence de son modèle de développement et pour l'efficacité de l'intervention policière, on voit maintenant se développer un banditisme urbain, au coeur même des quartiers résidentiels d'Abidjan, pour lequel les seules réponses sont la militarisation de la force publique et la mise en place de milices privées.

Encore la Côte d'Ivoire est-elle privilégiée si on compare ce qu'a connu Kinshasa durant la décennie soixante-dix, ou Lagos, capitale du Nigéria au début de la décennie quatre-vingt.

Avec l'accroissement des inégalités de revenus, de nouvelles formes de délinquance sont apparues d'autant plus amplifiées que s'y ajoutent la consommation de drogues, le recours à la prostitution féminine et masculine souvent juvénile, dans un contexte où la corruption des fonctionnaires est un moyen de survie admis par une très large fraction du corps social.

Les politiques pénales sont ainsi, comme le reste de la société, en crise profonde. L'intérêt de l'ouvrage de Frédérique Pie tient d'abord à l'urgence d'une approche renouvelée de ces politiques en les situant dans leur historicité centenaire et dans les choix de société qu'elles impliquaient, ainsi au Gabon.

Issu d'un mémoire de diplôme d'études approfondies soutenu au Centre d'études d'Afrique noire de Bordeaux, l'ouvrage est construit selon le mode universitaire en deux parties portant successivement sur « le modèle pénal formel » et son « efficacité ». Cette démarche est classique pour le juriste mais a pour conséquence de sous-entendre que la politique coloniale et post-coloniale est un « modèle » à l'aune duquel seront examinés l'ordre pénal traditionnel et le décalage du modèle à la réalité.

Or si, déjà, ces applications sont caractérisées par des « incohérences » pour la stratégie pénale, des « irrégularités » pour la pratique judiciaire et des « anomalies » pour l'intervention pénitentiaire (p. 91-104), ce qui tend globalement à souligner que la logique des pratiques est différente de celle qui sous-tend la politique pénale officielle, la contradiction est encore plus forte pour rendre compte d'une troisième logique qui fonde l'ordre pénal traditionnel. Je ne ferai pas grief à l'auteur de n'avoir pu résoudre cette difficulté majeure des études africanistes et qui se présente comme un « impensé », voire un « impensable » dans la perspective d'une intervention coloniale justifiée par le devoir de civilisation, fardeau de l'homme blanc disait justement Kipling, et qui aurait obligé, en admettant la cohérence et l'efficacité des conceptions pénales indigènes, de remettre en question l'universalité du modèle et la pertinence de l'intervention étrangère.

Pour difficile qu'il soit[1], ce problème reste toujours central dans l'élaboration des politiques pénales parce que l'ordre traditionnel induit des comportements dont la logique détermine le sens des pratiques juridiques, judiciaires et pénitentiaires à l'époque contemporaine. En effet, la tradition n'a pas été effacée par la modernité comme la doctrine juridique des années soixante le pensait un peu hâtivement. Après le choc colonial, la coutume a été repensée, adaptée, digérant progressivement les nouveaux enjeux de société et secrétant des *habitus*, au sens de Bourdieu, comme des systèmes de dispositions durables imposant progressivement leur efficacité à l'ensemble des acteurs sociaux. C'est ce qu'on commence à dénommer le droit intermédiaire[2], ou du droit de la pratique[3].

Travaillant personnellement sur la justice des mineurs au Sénégal. En 1988, j'ai été frappé[4] par le fait que si, formellement, le Sénégal avait gardé l'essentiel du dispositif français fondé sur les ordonnances de 1945 et de 1958, l'intervention des magistrats et de la Direction de l'éducation surveillée était, sur le terrain, fondamentalement différente, les acteurs n'ayant pas les mêmes fonctions, l'institution remplissant d'autres rôles et, finalement, la philosophie judiciaire différant profondément des antécédents français, lesquels ne constituent plus alors un modèle qu'au sens logique ou formel.

Cette ambiguïté de la référence à l'expérience coloniale est sentie par F. Pie dans sa première partie. Son intitulé joue sur les divers sens de « modèle » et de « formel », privilégiant dans le premier cas le sens du modèle comme une « représentation simplifiée mais globale » plutôt que comme « exemple à suivre », puis laissant entendre que si le formalisme du droit pénal est essentiel pour assurer son caractère performatif, sa « performance » n'est pas déterminée par la seule forme.

Pour l'illustrer, elle s'attache en particulier à suivre la politique coloniale à travers les deux facettes de son intervention à l'égard des sujets africains. Il s'agit de l'indigénat « instituant un pouvoir disciplinaire de l'administration » et « la justice indigène consacrant le pouvoir judiciaire de l'administration » (p. 24 et s.).

A suivre les analyses très remarquables de l'auteur, on est frappé du caractère coercitif et autoritaire d'une politique fondée sur un régime d'exception et sur l'absence de l'Etat de droit jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale.

On se demande ainsi, en refermant cet ouvrage riche et talentueux, si les dérèglements auxquels nous avons assisté depuis trente ans, du fameux camp Boiro de la

1. La difficulté a été pourtant affrontée et sérieusement traitée dans la thèse, malheureusement non publiée, de Dieudonné Mvogo, *La politique criminelle au Cameroun*, thèse de doctorat en histoire du droit, Université de Paris I, 1982, 569 p.

2. Jacques Vanderlinden, Conclusions, « La connaissance du droit » *in Du droit en Afrique*, Bruxelles, ARSOM, 1984.

3. Etienne Le Roy, « Aux marges du procès pénal, au coeur du droit », Communication au séminaire *Approches anthropologiques du procès pénal*, Genève, CETEL, 1988, à paraître.

4. Etienne Le Roy (sous la direction de). *La différence culturelle, argument devant la juridiction des mineurs, défi à la société française*, Rapport d'une recherche contractuelle au ministère de la Justice. Paris, laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, 1989, p. 46-73.

Guinée de Sekou Touré aux multiples atteintes aux droits de l'homme dont se fait constamment l'écho Amnesty International ne doivent pas être d'abord imputés à ces précédents coloniaux.

Nous devrions d'abord balayer devant notre porte avant de porter des jugements d'autant plus définitifs que l'observation n'a de ces pays qu'une connaissance superficielle ? Ne devrions-nous pas également favoriser, dans toute la mesure du possible, la multiplication de telles recherches pour que l'idéal démocratique et l'Etat de droit soient fondés sur des valeurs endogènes et partagées par l'ensemble des sociétés ?

Comme on le constate, l'ouvrage de Frédérique Pie ouvre des horizons essentiels pour l'approfondissement des recherches pénales en Afrique.

Etienne Le Roy

The Modern Law of Evidence, par Adrian Keane, Londres, Butterworths, 1989, 500 pages.
Perspectives on Children's Testimony, par S. J. Ceci, D. F. Ross, M. P. Toglia, eds, New York, Springer Verlag, 1988, 259 pages.
The *Jury Under Attack*, par Mark Findley et Peter Duff, eds, Londres, Butterworths, 1988, 243 pages.
Major Criminal Justice Systems, par George F. Cole, Stanislaw J. Frankowski, Marc G. Gertz, eds, Newbury Park, Sage Publications, 1987, 288 pages.
Whose Law and Order ?, par Mike Tomlinson, Tony Varley, Ciaran McCullagh, Belfast, Queen's University Bookshop, 1988, 192 pages.

Adrian Keane vient de faire paraître cette deuxième édition de son livre sur le droit des preuves. C'est une grande réussite en passe de devenir l'ouvrage de référence et peut-être le livre qui, un jour, remplacera le traité du regretté Sir Rupert Cross sur le même sujet. Les deux ouvrages (celui de Cross repris après sa mort par Colin Tapper en 1986) et l'ouvrage présenté recouvrent à peu de choses près la même aire du droit. Celui de Cross et Tapper est plus long (663 pages au lieu de 500) et m'a paru plus théorique dans son approche. C'est plus un traité qu'un manuel alors que l'ouvrage de Keane se présente avant tout comme étant destiné aux étudiants avancés. Le déroulement du procès anglais élément indispensable à la compréhension du droit des preuves fait l'objet dans le livre de Keane de deux chapitres sur l'*Examination in Chief* et la *Cross Examination* alors que dans celui de Cross et Tapper, le problème est expliqué dans un chapitre intitulé : « *The course of Evidence* ». Dans les deux livres, le « *hearsay* » si important et complexe fait l'objet de quatre chapitres. Enfin les deux ouvrages se concluent par un chapitre traitant du même sujet mais ayant pour titre : « *Proof of Facts without Evidence* » et « *Proof of Frequently recurring Matters* ». Dans cet ouvrage tout à fait remarquable Keane, arrive à nous donner en cinq cents pages non seulement un résumé, mais un exposé tout à fait complet du droit des preuves. Keane s'adresse à un public plus étudiant que Cross et Tapper mais il est arrivé à nous offrir un ouvrage de grande qualité, bien écrit et fort clair. Le droit est celui au 1er février 1989 avec inclusion du *Criminal Justice Act 1988* si important pour la règle du « *hearsay* ». Ce livre reprend et met à jour l'édition de 1985 en apportant au lecteur le droit positif anglais et un éclairage pratique sur une aire particulièrement complexe du droit d'outre-Manche. Il faut féliciter l'auteur professeur aux Inns of Court School of Law d'avoir entrepris un travail aussi énorme sur un sujet qui, pendant des années, fut l'apanage d'un auteur de réputation mondiale. Le *Criminal Justice Act* du parlement de Westminster a abrogé l'avertissement obligatoire du juge pour la « corroboration » du témoignage des enfants. Le livre édité par Ceci, Ross et Toglia traite de ce sujet mais aux Etats-Unis. Cet ouvrage regroupe les résultats de chercheurs en psychologie qui ont analysé le comportement de l'enfant témoin, la perception qu'a de lui le jury dans un procès pénal.

Dans la première étude, il résulte que la crédibilité du témoin (jeune enfant) a un lien direct pour les jurés avec la fidélité de sa mémoire. Dans ce travail, il semble que l'enfant soit perçu comme témoin digne de foi. Dans la seconde étude, il est démontré que les témoins de huit, douze ans et ceux qui sont adultes sont perçus comme bénéficiant de la même crédibilité de la part du jury. Pour les chercheurs, les témoins de huit et douze ans donnèrent de bien meilleurs témoignages que prévus. Dans le troisième travail, il apparaît que l'âge a un impact certain sur la perception de crédibilité pour les jurés. Dans ce test, les jurés réagirent plus positivement au témoin enfant qu'aux autres. Dans ce test il ressort que si le témoin enfant agit comme un enfant typique, les jurés lui refuseront toute crédibilité alors que s'il se conduit en adulte les jurés se trouveront favorablement impressionnés. Dans la quatrième étude les psychologues nous montrent que le style de présentation de l'enfant influe sur le contenu de ses dires tels qu'ils sont perçus par les jurés. Dans le cinquième test, on démontre que sans « corroboration », il y a peu de chance que le jury déclare la culpabilité plus spécialement si la victime est adolescente ou très jeune. Dans le sixième article, les chercheurs mettent en évidence qu'au cours du contre-interrogatoire, pivot du système accusatoire, les avocats de la défense comme ceux de la poursuite questionnent l'enfant-témoin adversaire en mettant l'accent sur sa vulnérabilité, sa façon de s'exprimer, sa peur et sa naïveté. A cause de cette épreuve, l'avocat adverse peut relever les inconséquences de l'enfant ainsi que ses contradictions. Dans ces onze études, les psychologues américains ont mis au point des méthodes et des techniques afin de mieux cerner le comportement des jurés et des enfants-témoins face à leur témoignage au prétoire. Il en ressort qu'aux Etats-Unis comme en Angleterre sans « corroboration » il ne peut y avoir condamnation dans les affaires où les mineurs sont impliqués. Une telle publication nous montre le caractère spécifique et fragile du témoignage de l'enfant et surtout sa perception par le jury. C'est le jury qui est le sujet d'étude du livre édité par Finlay et Duff. L'intérêt de l'ouvrage vient du fait que les contributions traitent du droit au Royaume-Uni (Angleterre, Ecosse, Irlande du Nord) mais aussi en Australie. Les deux éditeurs nous avertissent d'emblée que toute étude sur le jury ne peut ignorer les autres points suivants :

le jury est le meilleur découvreur des faits au cours du procès ;

le jury apporte un élément de certitude au droit ;

le jury présente un aspect de justice dans le déroulement du procès ;

le jury est un mécanisme impliquant la participation du public et la représentation de la conscience collective.

En effet dans les grands pays de *Common Law*, le jury est beaucoup plus qu'une institution de la procédure pénale ou civile, c'est un principe essentiel des libertés publiques anglaises, du droit constitutionnel. Le jury a donc outre-Manche une signification idéologique. Au Royaume-Uni, comme en Australie et bien sûr aux Etats-Unis le jury est la preuve qu'il y a eu « *due process of law* ». Comme le dit Frankowski reprenant D.N. MacCormick : « le jury est un moyen d'empêcher les citoyens à devoir prouver leur innocence ». Bankowski considère aussi que le jury relève d'un système certifiant la vérité. Mais l'auteur de cette contribution considère que le jury appartient essentiellement à la procédure accusatoire qui se concentre avant tout sur la présentation et l'argumentation orales. Toute preuve doit faire l'objet d'un témoignage oral. La conduite du témoin fait donc partie de sa crédibilité. La procédure inquisitoire au contraire privilégie l'écrit et perd ainsi la possibilité de tester le témoignage. Les juristes de *Common Law* reprochent souvent au système de droit civil de donner trop de pouvoir à l'Etat avec juges fonctionnaires et ministère public. Pour Sarah McCabe, les citoyens des Etats vivant dans le système anglo-américain de *Common Law* jouissent d'une procédure civile comme pénale dans laquelle les membres du public peuvent jouer un rôle et le droit des preuves tient expressément compte du jury dans l'administration des preuves lors du procès. Cet auteur nous montre bien que la recherche sur le jury a eu comme préoccupation principale au

Royaume-Uni le trop grand nombre d'acquittements alors qu'aux Etats-Unis les travaux effectués sur cette institution étudient avant tout les problèmes de discrimination raciale, sexuelle, économique et d'âge. Aux Etats-Unis le jury est expressément prévu par le sixième amendement à la Constitution : « tout citoyen doit bénéficier d'un procès juste avec jury impartial ». Au Royaume-Uni, la recherche est beaucoup plus axée sur la procédure que sur la sociologie. Aujourd'hui, au Royaume-Uni, ce qui retient les chercheurs ce sont les possibilités de suppression de jury dans les affaires civiles particulièrement techniques comme les fraudes. Comme nous le dit R. Harding le jury est souvent critiqué en Australie, plus particulièrement, lors de la célèbre affaire *Chamberlain* où une mère fut reconnue coupable du meurtre de son enfant en bas âge alors qu'elle avait toujours déclaré qu'un « dingo » l'avait enlevé. Pour Harding cette affaire (où il y eut finalement réouverture du procès) loin de condamner le jury nous pose la question de la capacité du juge et des conseils de présenter des preuves complexes au jury selon un protocole de direction et de contrôle. Michael Levi en arrive à la même conclusion et considère que c'est aux conseils d'expliquer au jury de façon claire et simple la complexité du problème. Dans une contribution tout à fait intéressante Steven Greer et Anthony White plaident pour un rétablissement du jury dans les affaires de terrorisme « *scheduled offences* » en Irlande du Nord. Pour les auteurs, la suppression du jury est une atteinte aux droits de la défense. Ceci est parfaitement exact mais comment combattre les acquittements scandaleux et l'intimidation des jurés ? Pour nos auteurs, c'est à la Couronne de protéger les jurés en les soustrayant à la vue du public pendant tout le procès et dépôt de ceux-ci en minibus dans Belfast ou aux alentours. Dans une province comme l'Irlande du Nord où tout le monde se connaît (1,5 millions d'habitants pour 14 120 km^2), il est impossible de croire que la justice pourrait fonctionner dans les cas de terrorisme avec un jury. Dans une province où les deux communautés sont déchirées, il est impossible de réunir un échantillon représentatif de ces deux communautés et de les faire se prononcer sur des faits terroristes intimement liés à l'appartenance à ces groupes. Les « *Diplock Courts* » sont contraires aux grands principes britanniques d'administration de la justice mais il semble impossible dans les conditions actuelles de pouvoir les supprimer. Ceci nous prouve une fois encore que le jury est une institution intimement liée aux grands principes du droit anglais et quand il est suspendu ou disparaît c'est le reflet d'une société qui perd à cause de ses problèmes internes un des symboles des libertés britanniques (Afrique du Sud, Rhodésie (Zimbabwe), Irlande du Nord). Dans *Whose Law & Order ?* livre consacré à l'Irlande on retiendra la contribution de Dermot Walsh consacrée à la « *Royal Ulster Constabulary* ». Ce corps de police d'Irlande du Nord doit, depuis plus de 20 ans, faire face à des actions terroristes dans la province. Bien entendu, la police a fait l'objet de plaintes à cause de l'usage systématique des balles en plastique, d'embuscades montées pour piéger l'IRA. Avec la politique de « tirer pour tuer » de nombreux innocents ont été victimes de la police. Le rapport Stalker/Sampson accablant pour la police n'entraîna pas de poursuites pénales contre les membres de la RUC, car le *Director of Public Prosecution*s pour l'Irlande du Nord et *l'Attorney General* de la province (aujourd'hui même office que l'AG d'Angleterre) considérèrent qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre. Walsh nous dit bien que les membres de la police sont traités de façon différente par les services du DPP par rapport aux citoyens ordinaires. Pour Walsh, il y a disparité de traitements entre la RUC et les forces britanniques dont les soldats sont beaucoup plus souvent poursuivis que les forces de police dans des cas similaires. Walsh n'a pas tort de faire ressortir les différences de traitement. Mais il oublie de faire remarquer que les membres de la RUC sont des permanents en Irlande du Nord et sont beaucoup plus exposés que les forces armées. Les membres de celles-ci conservent un anonymat impossible à garder pour la police. Enfin, il y a des liens quasi institutionnels entre la RUC et le département du DPP qui ne pourrait fonctionner sans elle. De telles raisons n'excusent en rien le comportement parfois surprenant du DPP comme des cours de justice. Dans le livre que nous propose la Sage Publications Ltd, les éditeurs nous proposent trois grands sys-

tèmes de droit pénal : le système de *Common Law*, celui de droit civil et le système socialiste. Comme tous ces ouvrages que nous proposent souvent les Américains, voici de bons résumés des différentes procédures pénales avec des aspects sociologiques. On fera un reproche à ce livre : dans les Etats cités pour illustrer le droit civil on a pris l'Allemagne fédérale, la Suède et le Japon. N'était-il pas possible de consacrer une contribution à un Etat de langue latine où les concepts sont directement issus linguistiquement du droit romain ? En exposant le système ouest-allemand pour le droit civil on aurait aimé voir des comparaisons avec le système est-allemand pour le droit socialiste. Pour les Etats socialistes, la Pologne comme l'Union soviétique sont d'excellents exemples mais ils évoluent à une grande vitesse et la notion de légalité socialiste comme de droits de l'homme prend une toute nouvelle dimension. Il en va de même pour les réformes de procédure projetées dans ces deux Etats pour répondre à la notion de « *glasnost* et *perestroika* » en Union Soviétique et en Pologne pour répondre au gouvernement de Solidarité. Dans cet ouvrage on aurait aussi aimé des comparaisons avec les systèmes traditionnels d'inspiration religieuse. Voici cependant un ouvrage intéressant sur différents systèmes de droit.

Antoine J. BULLIER

Judges, par David Pannick, Oxford, New York, Oxford University Press, 1987, 255 pages.

Depuis environ un an, le barreau anglais est en émoi à cause des propositions faites par le Lord Chancelier Lord Mackay au sujet d'un rapprochement entre les professions de « *barristers* » et « *solicitors* ». Une telle fusion, si elle aboutissait, aurait une incidence immédiate sur la façon de recruter les juges des cours supérieures anglaises, exclusivement recrutés parmi les membres les plus qualifiés du barreau. La position du juge anglais est prestigieuse à cause de son petit nombre, des émoluments qu'il perçoit et de la personnalisation de cette profession outre-Manche. David Pannick est *Junior Counsel to the Crown* (*Common Law*), c'est-à-dire qu'il fait partie de la liste des « barristers » qui sont, en priorité, retenus par la Couronne pour la représenter dans les affaires de droit administratif. Ce « *barrister* » est jeune et l'un des plus brillants de sa génération. Il nous propose un livre sur les juges anglais avec d'intéressantes comparaisons avec le système écossais et américain. Dans ce livre plein d'anecdotes dûment référencées, l'auteur insiste sur le petit nombre de juges : quatre cents « *Circuit Judges* » et environ mille quatre cents « *Recorders* » et « *Assistant Recorders* » et une centaine pour les cours supérieures pour un pays (Angleterre et Pays de Galles) de cinquante millions d'habitants. Philosophie du droit et théorie générale du droit n'intéressent guère le juge anglais comme le dit Pannick, car le magistrat outre-Manche est avant tout un praticien qui tire son savoir d'années passées au prétoire en tant que « *barrister* ». Aujourd'hui encore, un *solicitor* ne peut devenir juge de la High Court mais il peut devenir « *Circuit Judge* » après avoir été « *recorder* ». A l'heure actuelle, le barreau fait tout son possible pour empêcher les « *solicitors* » d'avoir des droits de plaidoiries dans les cours supérieures afin de protéger son monopole devant ces juridictions, mais aussi de conserver le privilège de constituer le vivier exclusif où l'on prend les futurs juges supérieurs. Les « *barristers* » arguent non sans raison que le juge doit avoir été un technicien du prétoire, versé dans la procédure et ayant plaidé aussi bien pour le demandeur que le défendeur mais aussi pour la Couronne comme pour l'accusé. La nomination du juge anglais est fondée sur cette hypothèse : le juge doit être un praticien qui a appris son métier en fréquentant le prétoire et en se trouvant directement impliqué dans le contentieux judiciaire. Il n'y a aucune différence entre le barreau anglais et la haute magistrature (des cours supérieures) car c'est tout un monde qui gravite autour des cours de justice du Strand et des Inns of Court, à deux pas. Il en résulte un esprit de corps qui fait qu'il n'y a aucune césure entre barreau et magistrature. Le Premier ministre sur les conseils

déterminants du Lord Chancelier recommande au souverain la nomination du futur juge. S'il y a eu enquête préalable sur l'avocat désigné, cela reste un secret jalousement gardé dans les bureaux du Lord Chancelier. Un tel système est bien évidemment tellement éloigné de notre conception de la magistrature comme de celle de certains Etats des Etats-Unis. Ce système britannique de nomination est finalement accepté par le public qui tient en très haute estime sa magistrature. Les juges anglais sont d'ailleurs très protégés par l'infraction de « *contempt of court* » qui fait que la critique de leurs décisions expose leurs auteurs à des poursuites beaucoup plus graves qu'ici ou qu'outre-Atlantique. Isolé du reste des justiciables par des salaires très élevés, une méthode de recrutement quasi régalienne et un apparat digne du XVIIe siècle, le juge anglais n'en est pas moins un excellent technicien et un grand défenseur des droits de l'homme. Bien que provenant exclusivement des classes sociales britanniques les plus favorisées (Public Schools et Oxford & Cambridge), la magistrature anglaise est une des plus performante et certainement la plus respectée du monde. En refusant la présence de caméras et de magnétophones dans les cours de justice, les magistrats d'outre-Manche ont su préserver leurs prétoires d'une publicité tapageuse telle qu'on la voit outre-Atlantique. En exerçant le pouvoir judiciaire avec conservatisme et retenue, le juge anglais a su se faire apprécier de ses concitoyens dans sa volonté d'impartialité et de respect de l'Etat de droit. Dans son livre, Pannick nous dresse un bilan finalement très positif du système judiciaire anglais qui refuse notre carrière judiciaire mais aussi la magistrature élective à l'américaine. Souhaitons à l'auteur de ce livre grand succès pour son ouvrage mais plus encore, de pouvoir un jour siéger comme juge, voie normale pour un *Junior Counsel to the Crown* aussi distingué.

Antoine J. BULLIER

Commission de réforme du droit du Canada, *Pour une cour criminelle unifiée. Toward a unified criminal court*, Ottawa, document de travail, n° 59, Série Droit pénal, 1989, 83 pages en français, 72 pages en anglais.

L'active commission de réforme du droit du Canada poursuit inlassablement depuis une vingtaine d'années son travail de rénovation du droit canadien, en faisant au législateur des propositions. C'est aujourd'hui l'organisation judiciaire qui fait l'objet de son activité.

Actuellement, l'organisation judiciaire canadienne est très complexe car si le droit pénal de fond et la procédure criminelle relèvent du pouvoir fédéral, l'administration de la justice est de la compétence provinciale. Or il existe dix provinces au Canada, sans compter les territoires. Il en résulte qu'au premier degré, pour ne considérer que lui, il existe tantôt trois niveaux de juridictions (cour provinciale, cour de comté, cour supérieure) tantôt deux (cour provinciale et cour supérieure). Ces distinctions s'expliquent par la règle que l'organisation judiciaire est du domaine de la province et que chaque province considère différemment la nature de l'accusation et le mode de procès choisi par le prévenu. Manquant ainsi de clarté, le système manque aussi d'efficacité, la justice étant lente.

A vrai dire, la simplification a déjà marqué des points. La plupart des provinces a déjà adopté un système à deux niveaux (par exemple le Québec) système plus simple et plus logique que la structure à trois niveaux (qui est encore pratiqué, notamment dans l'importante province de l'Ontario). Le rapport de la commission entend aller plus loin que le système à deux niveaux. Il suggère tout simplement la création d'une cour unifiée qui aurait une compétence absolue pour tous les crimes (infractions punissables d'emprisonnement). En conséquence le rapport, après avoir décrit l'actuel système et après en avoir esquissé les inconvénients, se termine par la recommandation suivante : « Chaque province et chaque territoire devraient créer une cour ou une division juridictionnelle unique appelée cour criminelle. Le code criminel devrait

conférer à la cour criminelle une compétence exclusive pour connaître de tous les crimes ».

De nombreux juges canadiens y sont favorables. De même, aux Etats-Unis, la commission présidentielle sur l'application de la loi et l'administration judiciaire (1967) a conclu qu'il n'est pas nécessaire de maintenir une gamme de tribunaux différents pour juger des affaires criminelles, même si la classification des infractions peut être utile à d'autres égards.

Jean PRADEL

III. – PROCEDURE PENALE

Traité de droit criminel, tome II : *Procédure pénale*, par Roger Merle et André Vitu, 4e éd., Paris, Editions Cujas, 1989, 1008 pages.

L'an dernier, à pareille époque, nous avions le plaisir de saluer, admirativement, une nouvelle édition du Traité des professeurs Roger Merle et André Vitu, dans son tome I (Problèmes généraux de la science criminelle ; droit pénal général)[1] : voici que vient d'être publiée la quatrième édition du tome II de ce traité, consacré à la procédure pénale.

Si, comme lors de la première édition, ces deux volumes n'en avaient fait qu'un, nous aurions à l'évidence englobé ces deux milles pages dans les mêmes éloges. Mais l'on sait que, dès la deuxième édition, ce traité fut matériellement divisé en deux : d'où ce commentaire en deux étapes. Allons-nous souligner encore, avec une sincérité vigoureuse, l'excellence de l'ouvrage ? Le risque est grand de lasser la patience des lecteurs — et de froisser la modestie des auteurs. Certes, il faut penser à ceux qui liraient la bibliographie de cette *Revue* sans connaître encore le traité dont il s'agit : l'hypothèse est assez invraisemblable, mais comme tout peut arriver, et qu'il est en tout cas utile de signaler une nouvelle édition, affirmons, au sujet de cette « Procédure pénale », ceci : il ne suffit pas de dire que ce livre est le meilleur ; car (indépendamment du fait qu'il appartient à une catégorie où ne règne pas la concurrence) au-delà de ce jugement qui ne serait somme toute que relatif (comme on le dit dans le sport, être premier ne prend tout son sens qu'en fonction de la valeur exacte du deuxième), il convient d'ajouter, dans l'absolu cette fois, que cet ouvrage est une parfaite réussite. La plupart des lecteurs de cette *Revue* le savent déjà : c'est pourquoi nous nous bornerons maintenant à souligner en quoi cette quatrième édition doit retenir l'attention au regard de la précédente.

On sait que lorsqu'un ouvrage atteint d'emblée la valeur de celui-ci, dès sa première édition, aucun bouleversement spectaculaire ne doit être ensuite attendu c'est-à-dire, ici, redouté... Et nous avions signalé déjà les innovations de la deuxième édition par rapport à la première[2]. Du moins faut-il faire état des modifications apportées par cette nouvelle édition : on observera que certains de ces changements ont été délibérément voulu par les auteurs — ou peut-être, parfois, par l'éditeur ; d'autres leur ont été imposées du fait des nombreuses et importantes réformes législatives, et de l'évolution jurisprudentielle. Mais avant de tenter de donner une idée de l'ampleur de ces modifications, parlons matière un instant.

Comme pour le premier volume, on constate un amincissement qui n'est qu'une apparence trompeuse : un papier plus fin permet à l'ouvrage de paraître moins épais, alors qu'il comporte plus de pages, des pages plus nourries, et des numéros plus nombreux que l'édition précédente — et bien que, cette fois, le livre bénéficie d'une

1. Cette *Revue*, 1989.414.
2. Cette *Revue*, 1975.565.

couverture utilement cartonnée. On doit signaler aussi que l'ouvrage acquiert une sorte d'autonomie, du fait de la numérotation de ses développements, qui lui est maintenant particulière (comme c'était déjà le cas pour la pagination), au lieu d'être la suite de celle du tome I.

Au titre matériel encore, mais déjà d'un point de vue plus pédagogique, on remarquera l'emploi, plus fréquent que naguère dans cet ouvrage, des caractères italiques propres à attirer l'attention du lecteur (par exemple aux numéros 58, 67, 68, 74, 250, 311, 321, 622...). Dans un ordre d'idée voisin, on observera que la table alphabétique est plus détaillée que dans l'édition précédente, ce qui rendra service à nombre de lecteurs.

Plus scientifiquement, et pédagogiquement aussi, on relèvera des changements de présentation qui témoignent, dans des passages que les auteurs auraient pu ne pas modifier, du soin apporté par eux à cette nouvelle édition. La présentation des subdivisions elles-mêmes a été, en plusieurs endroits, rendue très apparente (par exemple au numéro 5, ou aux pages 88 et s., sur l'existence d'une infraction effectivement punissable — avec un numéro séparé pour les dérogations au principe —, aux numéros 73, 74 — le dommage direct —, 75, 76 — l'atteinte à un intérêt pénalement protégé).

Dans le même esprit, de nouveaux numéros apparaissent parfois : ainsi le n° 53, distinguant, à propos de la notion d'acte interruptif de la prescription de l'action publique, les limites et le principe — le texte relatif aux limites se complétant encore, car il faut effectivement veiller à ce que ce fleuve ne déborde pas.

Allant plus loin, les auteurs, à propos de la nature des règles de procédure pénale, comparée à celle de la procédure civile au regard des sources de ces règles, et après avoir retouché, en fonction de l'évolution de notre système, les nos 6, 8, 9 et 10, consacrent un nouveau numéro (11) à la séparation actuelle de ces deux procédures. Dans le même sens, on notera les changements dans la présentation du domaine de l'enquête de flagrance (p. 317) ou (nos 196 et 197) ceux qui concernent les juridictions d'instruction d'exception.

On observera avec intérêt que la section intitulée « L'indépendance des juridictions d'instruction » (p. 253) remplace celle qui annonçait, avec le principe d'indépendance, toujours étudié bien entendu, ce que les auteurs appelaient « le principe d'efficacité » de ces juridictions, et qu'ils ont préféré écarter. Et le chapitre intitulé naguère « Les pouvoirs du juge d'instruction » devient « Les traits principaux de l'instruction préparatoire » (p. 283), les pouvoirs du juge d'instruction figurant au chapitre II, et comprenant la question de sa saisine.

Au titre de la présentation toujours, mais, comme il est naturel, la chose touchant au fond, l'un des changements les plus remarqués (p. 549 et s.) concerne l'exposé des cas de nullité dans l'instruction, avec « la distinction initiale » (nullités textuelles, nullités virtuelles), le passage de la distinction dans le code de procédure pénale, puis sa critique, enfin la distinction actuelle : nullités d'ordre public, et nullités d'ordre privé.

Nouvelle présentation encore que celle des juridictions pour mineurs, qui accèdent à la dignité des juridictions de droit commun (p. 604), et nouvelle présentation des juridictions d'exception (p. 613). Enfin, quant à la procédure de jugement, des subdivisions apparaissent page 700 et s., avec une section nouvelle sur les traits fondamentaux de cette procédure (oralité, publicité, contradiction) — et naturellement, mais on aborde alors le fond, des développements substantiels et de premier ordre sur les modifications rendues nécessaires par les réformes : les remaniements de l'ouvrage sont à cet égard aussi d'une telle ampleur et d'une telle qualité que même les utilisateurs de ce traité familiarisés avec l'édition précédente se doivent à l'évidence de se référer désormais à cette quatrième édition.

Il est clair en effet que l'effort principal des auteurs a dû porter sur les innovations survenues depuis la précédente édition. Ils ont eu fort à faire, et, on n'en sera pas surpris, ils l'ont fait remarquablement. Bien entendu, les auteurs n'ont pas manqué, face à la prolifération des textes, qui peut en elle-même être un mal — pas toujours

nécessaire —, de porter un jugement sur la valeur du contenu de ces nouveautés (depuis la publication de l'ouvrage, d'ailleurs, des textes nouveaux ont vu le jour, notamment en matière de détention provisoire, d'amende et de révision). En particulier, les auteurs déplorent à juste titre l'abondance des textes successifs ayant réglementé la détention provisoire précisément, et le fait que ces lois, se succèdent rapidement, abrogeant souvent, et partiellement seulement, les textes antérieurs, parfois avant même que ceux-ci soient entrés en application ... ce qui est en effet révélateur de la conception de son rôle que se fait le législateur : une section nouvelle a dû être consacrée à la réforme de l'instruction préparatoire (p. 390 à 394) ; on lira dans ces pages des observations profondément justes, dont devraient s'inspirer bien des zélés réformateurs ; mais ceux-ci, occupés qu'ils sont à écrire, ont-ils encore le temps — et le goût — de lire ? Encore faudrait-il d'ailleurs que certains d'entre eux se résignent à ce qui est pour eux un trop lourd sacrifice, ou une distinction qui leur échappe : ne pas confondre les idées et l'idéologie. On lira aussi avec intérêt, à propos de la détention provisoire, et des réformes en la matière, les justes notations concernant certains hommes politiques, journalistes ou avocats (n° 388). Le malheur est que, prétendant réunir en eux-mêmes la puissance des concepts et le souci du concret, certains passent à côté de celui-ci et de ceux-là, mais en revanche rassemblent à merveille l'ignorance du réel et l'illusion du savoir (on est frappé, notamment, par le fait qu'en matière de détention provisoire, même les statistiques officielles, et donc celles qui traînent dans certains livres, sont erronées, faute de tenir compte d'éléments pourtant accessibles même aux non-spécialistes).

On prendra quelques exemples des modifications de fond que l'ouvrage commenté a dû intégrer : énumération non limitative certes, et à coup sûr pourtant très fastidieuse, mais du moins convaincante quant à la qualité — et à la quantité — de travail de mise à jour rendu nécessaire.

Ainsi en est-il des lois du 23 décembre 1980 sur la prescription de l'action civile, du 2 février 1981 sur la suspension de l'exécution provisoire, du 15 juin 1982 privant les juges du droit de prononcer des sanctions disciplinaires contre des avocats ou des officiers ministériels, et étendant aux avocats, dans certains cas, des règles spéciales de procédure, du 4 août 1981, portant suppression de la cour de sûreté de l'Etat, du 21 juillet 1982 en matière militaire, du 10 juin 1983 sur la convocation du conseil et la mise du dossier à sa disposition, avec le problème des photocopies, et de leur usage, et sur les contrôles d'identité, avec une substantielle section nouvelle, du 8 juillet 1983 sur les pouvoirs du tribunal quant à l'action civile en cas de relaxe, l'intervention de l'assureur au procès pénal, l'article 5-1 du code de procédure pénale, ou l'indemnisation de la victime par l'Etat (modification de textes antérieurs), du 29 juin 1984, supprimant l'affirmation auparavant exigée pour certains procès-verbaux, du 9 juillet 1984 sur les mandats, la contradiction pour la décision de mise en détention provisoire, et l'effet suspensif de l'appel en cette matière, du 29 décembre 1984 pour les visites en matière fiscale, du 25 janvier 1985 pour l'action civile en cas de redressement ou de la liquidation judiciaire de la victime, et l'action civile contre le banqueroutier (ainsi que pour un nouveau cas de question préjudicielle à l'action publique), du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, du 18 novembre 1985 sur la police judiciaire, du 10 décembre 1985, avec abrogation avant application, du 30 décembre 1985 sur les commissions rogatoires, sur l'adresse que doit donner la victime, les changements d'adresse de l'inculpé, la suppression de certaines notifications pour les ordonnances du juge d'instruction (avec observations critiques), les restitutions d'objets saisis, l'expertise, le délai d'appel des ordonnances du juge d'instruction, l'opposition, les demandes de mainlevée ou de modification du contrôle judiciaire, ou de mise en liberté, l'effet suspensif de l'appel en matière de contrôle judiciaire (la loi avait oublié ce point quand, en 1984, elle avait modifié la matière pour la détention provisoire), l'impossibilité en cours d'assises, lorsque le jury est définitivement constitué, de soulever la nullité des actes antérieurs à l'ouverture des débats, les procédures particulières devant le tribunal correctionnel et le tribunal de police —

matière en perpétuelle évolution (V. depuis, loi 10 juill. 1989 — et l'on annonce d'autres réformes, qui vont peut-être faire naître, après l'amende à crédit, l'amende au rabais) ; ont été également été intégrés les lois du 3 septembre 1986 sur le terrorisme (juridictions, compétence, dénonciation, durée de la garde à vue, indemnisation des victimes par l'Etat), l'ordonnance du 1er décembre 1986 supprimant la transaction en matière économique et fixant les règles des visites pouvant être effectuées par les fonctionnaires habilités, la loi du 30 décembre 1987 — avec remarques sur abrogations et tâtonnements successifs, avec des dispositions depuis abrogées (mais qui ont suscité, de la part des professeurs Merle et Vitu, des critiques sur lesquelles on reviendra, car elles sont fort utiles à qui veut comprendre ces questions, fût-ce pour légiférer à leur propos), l'article 104 du code de procédure pénale — le « témoin assisté », la procédure de la chambre d'accusation, la suppression de la limitation de durée des fonctions de juge d'instruction et du juge des enfants, la loi du 31 décembre 1987 sur les stupéfiants, notamment pour la dénonciation... A quoi l'on peut ajouter sur l'augmentation du taux des amendes (V. depuis, Décr. 29 déc. 1989), dont les auteurs ont évidemment tenu compte, dans un domaine différent, toutes les lois qui ont élargi le droit des associations d'exercer l'action civile, et, naturellement, la succession des lois d'amnistie.

Foisonnante est la jurisprudence aussi, en matière de procédure pénale, et en partie en raison de l'apparition de textes nouveaux. On trouvera dans cet ouvrage toutes les solutions et références nécessaires, avec l'état de la jurisprudence la plus récente (c'est-à-dire, pour certains, la plus utile, même si toutes conditions restant égales, elle ne fait que reproduire la jurisprudence antérieure).

Avant d'en donner quelques exemples, soulignons une chose qui a son importance. Jadis, les ouvrages de doctrine démontraient et affirmaient les solutions dans le texte, en devant reconnaître parfois, mais alors en note, que la Cour de cassation, sur ce point exposé, décidait « *contra* ». On n'a pas assez observé (mais peut-être y a-t-il des raisons à cette discrétion) que les choses ont à cet égard changé. Dans beaucoup d'ouvrages, même de haute valeur, la solution jurisprudentielle triomphe dans la majesté du texte, et les auteurs, sur la pointe des pieds, confessent en note, en rasant les lignes à petits caractères, et comme en rougissant intellectuellement, qu'ils seraient plutôt d'opinion opposée... La jurisprudence est-elle devenue plus sûre (autrement que dans l'opinion qu'elle a d'elle-même) ? Ou la doctrine plus modeste — ou soucieuse, le marché commandant, de faire plus « concret » (Quel ouvrage juridique, aujourd'hui, aurait l'audace de se proclamer « traité théorique », même en rassurant certaine clientèle en ajoutant immédiatement « et pratique » ?

Or, voici que l'on retrouve ici une doctrine véritable, affirmant une solution (d'ailleurs logique), et signalant, en note, *contra*, Crim., ... (n° 55, note 7) : exposé d'autant mieux venu que nous sommes en un temps où, sous l'empire de nécessités bien diverses vraiment, la « jurisprudence » vogue parfois à la grâce de l'inspiration.

C'est avec beaucoup de sécurité que l'on peut se fier aux notes accueillant les références de jurisprudence, qu'il s'agisse de décisions dues à des textes nouveaux, ou de décisions rendues sur le fondement de textes existant déjà. On verra ainsi — quelques exemples seulement — celles qui concernent l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, l'interruption de la prescription de l'action publique, l'action civile après relaxe, la recevabilité de certaines actions civiles — jurisprudence en perpétuel devenir — , les tables d'écoutes, la saisie de la correspondance entre avocat et client, la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'examen des sanctions prises contre les magistrats du parquet, la jurisprudence sur l'enquête préliminaire, le problème de la personne nommément désignée dans le réquisitoire introductif (avec rappel de la critique de la jurisprudence, et défense de celle-ci), le secret de l'instruction, la désignation du juge d'instruction, les commissions rogatoires, les inculpations tardives, le contrôle judiciaire, le contentieux de la détention provisoire, avec le rôle respectif du juge d'instruction et de la chambre d'accusation, la communication du dossier à l'avocat, la notion de personne « mise en cause » dans l'instruction, l'appel contre les ordon-

nances du juge d'instruction hors code de procédure pénale, les nullités de l'instruction — la jurisprudence conduisant, nous l'avons noté, à une présentation nouvelle —, la jurisprudence (étonnante) sur l'inexistence, justement contestée par les auteurs, la jurisprudence sur la chronologie des débats devant la chambre d'accusation (et la découverte par la Chambre criminelle d'un « principe général du droit » jusqu'alors passé inaperçu), la jurisprudence sur l'impossibilité, indiquée plus haut, de soulever les nullités après la constitution du jury, la jurisprudence sur les questions en cour d'assises, la comparution volontaire, l'effet dévolutif de l'appel, la jurisprudence, devenue abondante, sur l'application des articles 679 et suivants du code de procédure pénale, ou sur la responsabilité de l'Etat du fait de l'administration pénitentiaire, ou sur le relèvement...

On n'a guère besoin d'insister sur le fait qu'un même souci a présidé à la mise à jour des références doctrinales, et on ne multipliera pas les exemples au-delà de l'action civile des associations (p. 125), des « repentis » (p. 290), de l'instruction et de la détention provisoire.

Enfin, rappelons, comme nous l'avons déjà fait pour le droit pénal général, que bien des réflexions des auteurs, sans changement, révèlent leur justesse et leur profondeur plus particulièrement encore à la lumière des années qui passent (par exemple sur les attitudes de certains témoins devant les cours d'assises, p. 175, note 2, sur le voeu d'une procédure particulière pour certains crimes flagrants, p. 357, ou sur le secret de l'instruction, p. 388 — avec la précision due au sort qu'a connu le projet de réforme en la matière). Et signalons des développements nouveaux, dus aux changements législatifs, ou au souhait des auteurs de préciser leur pensée sur tel ou tel point, qui méritent de retenir l'attention : voir par exemple les notations sur la réglementation de l'expertise, p. 221, sur la procédure de convocation par procès-verbal et comparution immédiate, p. 351, les différentes formes du dessaisissement du juge d'instruction « ordonné, sollicité, imposé », p. 399, le point de départ de la détention provisoire et son imputation, avec les nouvelles règles sur les mandats, n° 360, la notion de « préinculpation », n° 373, le « témoin assisté » (p. 443 et s., avec le nouveau contenu de l'article 104), notion que les auteurs du traité ont défendue dans les éditions précédentes, mais à laquelle le législateur a donné un contenu « hybride », parfaitement expliqué au n° 379, le caractère écrit de la procédure d'instruction, n° 328, les réformes de la détention provisoire, n° 388, cette détention et le contrôle judiciaire au regard des conventions internationales, n° 389, les incompatibilités entre diverses fonctions judiciaires (n° 566), avec les lacunes légales (n° 587). Et les nouveaux développements décrivant l'usage, désormais autorisé, de certaines techniques audiovisuelles, à propos de la publicité des débats devant les juridictions de jugement, ont conduit les auteurs à prendre des positions, nettes et sans concessions, auxquelles on souscrit totalement.

Pour mettre en lumière les mérites de cet ouvrage, il n'est pas besoin d'en dire plus. Nous nous permettrons cependant d'ajouter ceci. Ce livre est d'une immense richesse pour tous les lecteurs, aux plus savants desquels il apporte nécessairement beaucoup, parce qu'il est en même temps un livre de rigueur juridique et morale dans la conception qu'il se fait de la procédure pénale, et une oeuvre qui connaît les réalités (la connaissance du réel ne signifiant par la dépendance et la soumission à son égard). On admettra que cette double qualité ne se rencontre pas toujours dans un même livre. Mais il offre en même temps, au lecteur plus modeste, un double bénéfice. En effet, outre la science considérable qu'il apporte bien évidemment à celui qui veut s'initier aux problèmes — et aux solutions — de la procédure pénale, et qu'il présente logiquement, scientifiquement, et brillamment certes, il expose tout cela, quelle que soit la force de la doctrine que ce traité représente, en quelque sorte objectivement, c'est-à-dire en ne privant pas le lecteur de sa liberté de jugement, sans l'enfermer par conséquent, et comme malgré lui, dans une présentation et un ordonnancement subjectifs, dont il risquerait ensuite de demeurer intellectuellement prisonnier.

C'est une qualité scientifique et pédagogique que nous tenons à souligner particulièrement, et qui est l'un des nombreux traits si attachants de cet ouvrage exceptionnel.

Jean LARGUIER

Commento al nuovo Codice di procedura penale, sous la direction de Mario Chiavario, Turin, Edition U.T.E.T., 1989, 494 pages.

Le coordonnateur écrit, dans la présentation (p. 8), que le programme entier du *Commentaire* — dont le développement prendra plusieurs volumes — favorise « l'exigence d'aide pour une *première lecture* » du nouveau code de 1988, qui soit « aisée mais non superficielle », et vienne de la conviction « de pouvoir offrir un fiable instrument de soutien à qui sache et veuille se mouvoir en connaissance de cause, avec sa tête, dans le difficile travail d'interprétation et d'application des règles » (p. 9).

Pour ce premier volume — consacré au livre I du code (art. 1-108) et c'est-à-dire au juge, aux parties et à « d'autres personnages sur la scène du nouveau procès » — Mario Chiavario a réussi à bien stimuler douze collaborateurs, de formation et d'expérience différentes (magistrats, jeunes professeurs ou chercheurs), auxquels, individuellement, a été confiée une fraction particulière du travail, mené à bonne fin — c'est le cas de le dire — sans discontinuités appréciables.

A travers les diverses contributions, la recherche, qui est publiée au moment même de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, se développe surtout selon trois lignes directrices : la confrontation avec la législation précédente (le code 1930, ou au moins, ce qui en était resté) ; les caractéristiques structurales du nouveau système (dans son caractère accusatoire modulé) ; l'histoire, pour ainsi dire « interne » des diverses règles, dans le *cheminement* progressif destiné à rendre concrète la loi-délégation de 1987.

En conclusion, il s'agit de premières et sages approximations, pour ainsi dire à l'état pur, c'est-à-dire quand manque encore la rencontre avec la dialectique du droit jurisprudentiel et plus encore l'impact avec la réalité quotidienne. D'autre part l'initiative opportune de l'édition devait aussi avoir ses coûts. Ce qui compte le plus, de toute façon, c'est le fait que le sérieux et le soin de l'analyse assurent à ce premier volume du *Commentaire* une place d'importance parmi les opérateurs et les spécialistes du nouveau code.

Mario PISANI

IV. — PENOLOGIE ET SCIENCE PENITENTIAIRE

La peine de mort, par Jean Imbert, Coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1989, 128 pages.

Il ne s'agit pas ici d'un livre de plus sur la peine de mort. M. Jean Imbert, qui avait publié en 1972 sous ce même titre un ouvrage que l'on n'a pas oublié, a voulu cette fois « combler une lacune de l'information en retraçant l'évolution de la peine capitale ». Longtemps omniprésente (des origines au XVIIIe siècle), elle s'est discutée, depuis l'Age des Lumières, à un mouvement abolitionniste qui l'a fait disparaître, spécialement de tous les systèmes de l'Europe occidentale : pourquoi et comment ?

L'ouvrage comporte donc deux parties dont la première va de l'Antiquité (les Hébreux, les Grecs, les Romains) jusqu'à la Monarchie absolue en passant par le

Moyen Age, avec l'époque franque et la féodalité chrétienne. L'auteur souligne « l'inflexible législation royale » qui étend sans cesse la compétence des juridictions centrales, mais montre aussi comment apparaissent déjà les notions de circonstances atténuantes (qui ne portent pas encore cette appellation) et de légalité (les juges ne peuvent prononcer que des peines autorisées par la loi par une jurisprudence constante) sans aller bien entendu jusqu'à la règle de la légalité des délits et des peines, le système pénal reste d'une rigueur impitoyable fondée sur la tradition des précédents qui, par exemple, fait calquer le supplice de Damiens sur celui de Ravaillac. Ainsi au travers des siècles et des civilisations se multiplient les cas de peine capitale et l'effroyable diversité, dans la cruauté, des supplices imaginés pour l'exécution.

Avec l'opuscule de Beccaria, publié à Livourne en 1764, s'ouvre une ère nouvelle « vers l'abolition de la peine de mort » à quoi ce livre consacre sa deuxième partie. La première campagne abolitionniste remporte, à l'Age des Lumières, quelques succès spectaculaires (encore qu'éphémères) avec notamment le « despotisme éclairé » de Léopold de Ettoscane dans son code pénal de 1786 dont Beccaria préside la Commission préparatoire et de Joseph II avec le code autrichien de 1787. En France, les supplices anciens sont abolis (le code de 1791 précise que la peine de mort consiste « dans la simple privation de la vie », qu'il réserve aux cas les plus graves) et la *Convention*, le 4 *Brumaire An IV* (1795) décide même l'abolition totale, mais « à dater du jour de la publication de la paix générale ». Y a-t-il là demi-échec ou demi-succès ?

La campagne abolitionniste du XIXe siècle voit des progrès considérables de l'abolition dans le nouveau Monde et dans l'Europe. Mais la France se trouve dans cette situation paradoxale d'offrir à la fois le plus de plaidoyers chaleureux et de travaux scientifiques contre la peine capitale alors que les progrès de l'abolition sont particulièrement restreints sur le plan législatif et judiciaire.

Chacun sait que la première moitié du XXe siècle, avec les deux guerres mondiales et l'apparition des régimes totalitaires, marque un « retour offensif de la peine de mort ». Mais l'abolition marque de nouveaux progrès après 1945. L'auteur souligne instamment ici le rôle du mouvement de Défense sociale moderne ; et il est clair en effet que toute politique criminelle humaniste affirme nécessairement la primauté de la prévention, de la protection de l'être humain et de la récupération du délinquant. M. Imbert propose enfin, avec une concision et une précision remarquables, un tableau des systèmes européens (où la France voit enfin l'abolition imposée par la loi du 9 octobre 1981), puis les « hésitations des Amériques » (y compris les Etats-Unis) et présente le tableau actuel du maintien de la peine de mort, avec les pays abolitionnistes de fait et les exécutions capitales, que complique aujourd'hui, dans certains pays du Moyen-Orient, d'Afrique ou d'Asie, la multiplication des exécutions sommaires ou de massacres organisés, qui n'ont plus grand-chose à voir avec une législation normale sur la peine capitale. L'ouvrage entier témoigne du dépouillement (et de la maîtrise) d'une documentation considérable, tenue à jour, et toujours abordée avec un souci constant d'objectivité scientifique. M. Imbert ne s'en départit que dans sa conclusion, où il rejoint le raisonnement des abolitionnistes depuis Beccaria. Dans les limites de brièveté qu'impose la célèbre collection, un livre riche, suggestif — et utile.

Marc ANCEL

V. – MEDECINE LEGALE ET CRIMINALISTIQUE

Médecine légale. Définitions et interprétations, Coordonnateur par Teodor Ciornea, Editura Junimea Iasi, 1986, 496 pages.

Le livre que nous présentons est un vrai dictionnaire de médecine légale, s'ajoutant à la série des dictionnaires juridiques roumains (droit pénal, droit civil, droit administratif) publiés ces dernières années.

Cette fois il s'agit d'une matière de nature disciplinaire.

L'élaboration du texte est collective (sept auteurs) et l'auteur de chaque article du dictionnaire n'est pas identifié par des initiales.

On peut formuler des critiques d'ordre méthodologique : nous croyons que des articles comme « récidive », « voies d'attaque » (pourvoi, contestation, etc.), « abus de droit », « calomnie » et beaucoup d'autres n'auraient pas dû être englobés dans ce dictionnaire qui a pour objet la médecine légale.

Il nous semble aussi critiquable la position des auteurs qui ont inséré dans le dictionnaire presque toutes les infractions contenues dans le code pénal roumain (notre critique ne touche pas l'introduction – dans le dictionnaire – des infractions qui sont liées aux problèmes de médecine légale comme, par exemple, l'avortement, les violences, le meurtre et le faux).

Les termes définis dans le dictionnaire peuvent être classés en trois catégories : a) ceux de nature purement médicale ; b) des termes juridiques et qui sont en même temps objet de préoccupation pour la médecine légale ; c) des notions qui sont purement juridiques et n'ont aucune liaison ou très éloignée avec la médecine légale.

En général, les définitions sont correctes.

Quelques-unes méritent d'être citées, notamment le dommage moral (p. 142-143). Ces derniers temps la doctrine et la jurisprudence roumaine sont favorables de nouveau aux dommages moraux, qui peuvent être accordés comme compensation globale, par exemple, pour celui qui à la suite des lésions ou des infirmités ne peut plus fréquenter les salles de cinéma et de théâtre.

Betinio DIAMANT

B. – PERIODIQUES PROFESSIONNELS ET ASSIMILES

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 II)

I. – HISTOIRE DU DROIT PENAL

1. – BAUMGARTEN (R.), « L'affaire de Ganges », *La Vie judiciaire*, 19-25 sept. 1988, p. 5 et 6.

ECOLE NATIONALE ... BIBLIOTHÈQUE ... MILITAIRE

2. — BLOIT (M.), « Les commissaires et la Révolution (première partie) », *Liaisons* (*Rev. inform. préfect. police*), nov.-déc. 1988, p. 15-31 et janv.-févr. 1989, p. 2-16 (reproduit de *La Vie judiciaire*, qui avait échelonné les parutions).

3. — RIGAULT (P.), « Le rôle des baillis et sénéchaux dans la monarchie française », *La Vie judiciaire*, 18-24 juill. 1988, p. 5-10.

II. — DROIT PENAL GENERAL

4. — DECOCQ (A.), « Principe du non-cumul des peines. Concours d'infractions », *Juris-cl. pén.* art. 5, fasc. 1, 8-1988, 17 p., fasc. 2, 8-1988, 12 p. (mise à jour P. SALVAGE).

5. — DOAN (B.), « Favoriser les libérations conditionnelles », *Promovere*, n° 54, juin 1988, p. 17-27.

6. — GONNARD (J.-M.), « Sursis simple », *Juris-cl. pr. pén.* art. 734 à 737, 3-1988, 18 p.

7. — GONNARD (J.-M.), « Sursis avec mise à l'épreuve », *d°*, art. 738 à 747, 3-1988, 15 p.

8. — JEANDIDIER (W.), « Principe de légalité criminelle et application de la loi pénale dans le temps », *Juris-cl. pén.* art. 4, 5-1988, 38 p.

9. — LAFOND (M.), « La protection judiciaire et la mise sous protection judiciaire des jeunes majeurs », *Liaisons* (*Assoc. nationale des éducateurs de jeunes inadaptés*), 1988, n° 8-10, p. 66-71.

10. — LE CALVEZ (J.), « Le droit pénal et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Rev. pénit.* 1989, p. 19-38.

11. — MATAGRIN (D.H.), « Un choix "capital" après "l'été meurtrier" ... », *La Nouvelle revue de l'A.P.M.* (*Assoc. professionnelle des magistrats*), nov.-déc. 1988, p. 5-7 (du « sommet de l'échelle des peines »...).

12. — PETTITI (L.-E.), « Défense sociale et Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. pénit.* 1989. 11-14.

13. — RIEUNEAU (L.), « Les surprises de l'article 747-3 du code de procédure pénale », *d°*, 1988, p. 189-192 (sursis assorti de l'obligation d'accomplir un T.I.G.).

14. — SALINGARDES (B.), « Circonstances atténuantes », *Juris-cl. pén.* art. 463, 5-1988, 9 p.

15. — SCHMERBER (J.-L.), « La loi d'amnistie de 1988 et les infractions familiales », *Petites affiches*, 21 sept. 1988, p. 3 et 4 (*même* texte, 21 oct., p. 20).

16. — STAECHELE (F.), « Chronique des juges de l'application des peines », *Rev. pénit.* 1989. 198-209 (la prison de demain).

17. — SUQUET (H.), « Le travail d'intérêt général et les peines de substitution », *d°*, 1989, p. 187-190.

18. — TOUZET (J.), « Le concept d'utilité, fondement de la justice pénale », *d°*, 1989, p. 160-174.

19. — X..., « Amnistie et amnésie », *La Nouvelle revue de l'A.P.M.* (*Assoc. professionnelle des magistrats*), juill.-oct. 1988, p. 10 et 11.

20. — X..., « De la prison pour tous à la prison pour personne », *Justice* (*Syndicat de la magistrature*), juin-sept. 1988, p. 114-116.

21. — X..., « Non-cumul des peines », *Pratique des parquets et de l'instruction* (*Juris-cl.*), 1-1988, 10 p.

22. — X..., « Sursis à l'exécution de la peine », *d°*, 1-1988. 15 p.
V. aussi, *infra*, n° 99.

III. — PROCEDURE PENALE

23. — ANGEVIN (H.), « Cour d'assises. Introduction générale. Compétence de la cour d'assises. Tenue des assises », *Juris-cl. pr. pén.* art. 231 à 239, 1-1988, 14 p.
24. — AZIBERT (G.), « L'application jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. pénit.* 1989. 190-194.
25. — BAILLY (J.), « Tribunal correctionnel. Jugement. Charge des dépens du procès », *Juris-cl. pr. pén.* art. 473 à 477, 3-1988, 8 p.
26. — BAILLY (J.), « Frais de justice », *d°*, art. 800, 3-1988, 13 p.
27. — BOUILLANE de LACOSTE (O. de), « Tribunal correctionnel. Jugement. Détention provisoire... », *d°*, art. 464-1 à 472, 3-1988, 24 p.
28. — BOUILLANE de LACOSTE (O. de), « L'action civile exercée notamment par les "groupements", devant la juridiction pénale », *Rev. pénit.* 1989. 182-186.
29. — COHEN-JONATHAN (G.), « Cour européenne des droits de l'homme (chron. 1985-1986-1987) », *Cah. dr. europ.* 1988. 438-490.
30. — ESCANDE (P.), « Le juge d'instruction », *Juris-cl. pr. pén.* art. 49 à 52, 3-1988, 16 p.
31. — ESCANDE (P.), « Pourvoi en cassation. Ouverture à cassation... », *d°*, art. 567 à 621, fasc. 35, 3-1988, 6 p.
32. — GROUTEL (H.), « Tribunal correctionnel. Jugement au fond. Dommages et intérêts. Recours des débiteurs de prestations sociales... », *d°*, art. 464, fasc. 3, 1-1988, 13 p. ; fasc. 4, 1-1988, 26 p. ; fasc. 5, 1-1988, 18 p.
33. — HATOUX (B.), « Le droit de visite et de saisie des agents des administrations en matière fiscale, douanière et de concurrence », *Rapport de la Cour de cassation*, 1988, p. 13-22.
34. — LEDOUX (J.), « Organisation et fonctionnement des chambres d'accusation », *Rev. pénit.* 1989. 176-181.
35. — LEMONDE (M.), « Justice étouffoir. D'un gouvernement à l'autre », *Justice* (*Syndicat de la magistrature*), juin-sept. 1988, p. 97-100 (*parquet c/ juge d'instruction...*).
36. — OZTEK (S.) et DESURVIVRE (D.), « Bilan et perspectives des juridictions d'instruction », *Petites affiches*, 3 août 1988, p. 36-40.
37. — PELLETIER (J.-L.), « Il était une fois... », *Justice* (*Syndicat de la magistrature*), nov. 1988, p. 40-41.
38. — SOLARO (C.), « Affaire *Vaulot* : le pouvoir propre du substitut », *d°*, juin-sept. 1988. 101-102.
39. — TERRAIL (A.), « La réforme de l'instruction, troisième épisode », *La nouvelle revue de l'A.P.M.* (*Assoc. professionnelle des magistrats*), nov.-déc. 1988, p. 7-9.
40. — VAN AERTRYCK (G.), « Contrôle judiciaire : surveiller et aider ? », *Inf. soc.* 1989, n° 1, p. 66-68.
41. — VIENNOIS (M.), « Expertise », *Juris-cl. pr. pén.* art. 156 à 169-1, 3-1988, 31 p.
42. — X..., « L'aide aux victimes. Le bureau de la protection des victimes et la prévention. L'action du ministère de la Justice », *Liaisons* (*Rev. inform. préfect.*

police), mars-avr. 1989, p. 18-21 (reproduit du *Courrier de la Chancellerie*, n° 66).

43. — X..., « Le contrôle judiciaire », *Bull. SPES* (Service provençal d'encouragement et de soutien, Marseille), janv.-mars 1989, p. 45-56.

44. — X..., « Le service d'enquêtes rapides », *d°*, janv.-mars 1989, p. 27-44.

45. — X..., « Ministère public près le tribunal de police », *Pratique des parquets et de l'instruction* (*Juris-cl.*) 1-1988, 8 p.

46. — X..., « Prescription. Actes interruptifs et non interruptifs de prescription de l'action publique », *d°*, 1-1988, 6 p.

V. aussi, *supra*, n° 10 et *infra*, n° 96.

IV. — DROIT PENAL SPECIAL

A. — *Droit pénal des affaires lato sensu*

47. — CALVO (J.), « Au chevet d'un mourant : le délit d'usage de marque sans autorisation de son propriétaire (art. 422-2° c. pén.) », *Petites affiches*, 9 déc. 1988, p. 15-17.

48. — CHAVANNE (A.), « Publicité fausse ou de nature à induire en erreur », *Juris-cl. pén. annexes*, 6-1988, 13 p.

49. — DEVEZE (J.), « Infractions en matière informatique », *Juris-cl. pén.* art. 462-2 à 462-9, 5-1988, 13 p.

50. — FRANCILLON (J.), « Protection des programmes télédiffusés réservés à un public déterminé », *d°*, art. 429-1 à 429-5, 8-1988, 18 p.

51. — CHERIN (H.), « Infractions économiques », *Juris-cl. pén. annexes*, fasc. 10, 1-1988, 8 p. ; fasc. 20, 3-1988, 30 p. ; fasc. 30, 3-1988, 7 p. ; fasc. 40, 6-1988, 21 p.

52. — HONORAT (A.) et BERNARDINI (R.), « Banqueroutes et délits connexes », *Juris-cl. pén.* art. 402 à 404, 8-1988, 15 p.

53. — LEHUEDE (P.), « La publicité propagande », *Petites affiches*, 22 août 1988, p. 4-13 ; 24 août 1988, p. 4-17 ; 26 août 1988, p. 12-22, 29 août 1988, p. 12-21, 31 août 1988, p. 2-10 ; 2 sept. 1988, p. 2-17.

54. — ROULET (V.), « Fraude informatique : les nouvelles infractions », *d°*, 13 juill. 1988, p. 21-29.

55. — VINCENS (C.), « La responsabilité pénale des agents immobiliers », *d°*, 10 août 1988, p. 9-18 ; 12 août 1988, p. 19-26.

B. — *Autres infractions*

56. — BARBERGER (C.), « Contraventions et peines... », *Juris-cl. pén.* art. R. 26, 11-1987, 4 fasc. respectivement de 7, 4, 1 et 2 p. ; art. R. 30, 2-1988, 2 fasc. de 4 et 4 p. ; art. R. 34, 5-1988, 2 fasc. de 7 et 5 p.

57. — CHARETTE (P. de), « Polluez, nous ferons le reste », *Justice* (*Syndicat de la magistrature*), nov. 1988, p. 42 et 43.

58. — CHAVANNE (A.), « Presse. Offense au Président de la République. Délits contre les chefs d'Etat et agents diplomatiques étrangers. Fausses nouvelles », *Juris-cl. pén.* App., art. 283 à 294, fasc. 10, 11-1987, 12 p.

59. — CHAVANNE (A.), « Presse, injure publique », *d°*, App. art. 283 à 294, fasc. 12, 11-1987, 14 p.

60. — CULIOLI (M.), « Inexécution de certaines peines complémentaires du recel », *d°*, art. 461-2, 2-1988, 2 p.

61. — GODARD (O.), « Travail. Les infractions et leurs sanctions », *Juris-cl. pén. annexes*, fasc. 1, 3-1988, 22 p. ; fasc. 2, 3-1988, 17 p. ; fasc. 3, 1er cahier, 3-1988, 23 p. ; 2e cahier, 3-1988, 29 p. ; 3e cahier, 3-1988, 17 p.

62. — GONNARD (J.-M.), « Coups ou violences volontaires », *Juris-cl. pén.* art. 309 à 312, 22 p.

63. — LASCOUMES (P.), « La justice de l'environnement industriel : une place à prendre et à inventer », *Justice* (*Syndicat de la magistrature*), nov. 1988, p. 30-37.

64. — LE ROY (M.), « Transports ferroviaires et routiers », *Juris-cl. pén. annexes*, 3-1988, 15 p.

65. — LE ROY (M.), « Régime de la réparation. Evaluation du préjudice corporel : blessures », *Juris-cl. pén.* 3e App., art. 319 à 320 - 1, fasc. 1, 5-1988, 22 p.

66. — LITTMANN-MARTIN (M.-J.), « Droit pénal de l'environnement : apparence redoutable et efficacité douteuse », *Justice* (*Syndicat de la magistrature*), nov. 1988, p. 15-29.

67. — MERY (S.), « Loyers », *Juris-cl. pén. annexes*, 6-1988, 14 p.

68. — MONTREUIL (J.), « La réglementation des armes. 1re partie », *Rev. pol. nat.*, n° 128, oct. 1988. 32-49.

69. — ORTSCHEID (P.), « Discriminations raciales et autres. Dépositaire de l'autorité publique. Refus du bénéfice d'un droit », *Juris-cl. pén.* art. 187-1, 2-1988, 4 p.

70. — PUGNIERE (R.), « Contraventions et peines... Poids et mesures irréguliers », *d°*, art. R. 34-6°, 11-1987, 14 p. ; « Devins », *d°*, art. R. 34-7°, 2-1988, 5 p. ; « Affiches ou images contraires à la décence », *d°*, art. R. 38-9°, 6 p.

71. — ROBERT (J.) et GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Exposition et délaissement d'enfants », *d°*, art. 349 à 353-1, 8-1988, 9 p.

72. — VITU (A.), « Abus de blanc-seing », *d°*, art. 407, 5-1988, 13 p.

V. aussi, *supra*, n° 15 et *infra*, nos 110, 129 et 131.

V. — DELINQUANCE JUVENILE ET ASSISTANCE EDUCATIVE

73. — DUNKEL (F.), « Réflexions au sujet de l'élaboration de règles minima par les Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté », *Rev. internat. crim. et pol. techn.* 1988. 309-323.

74. — GIANNOTTI (*), « La protection judiciaire des mineurs en 1988 », *Rev. pénit.* 1988.207-212.

75. — GRELLEY (P.), « Une défense pour les jeunes », *Inf. soc.* 1989, nos 2-3, p. 145-148.

76. — RENUCCI (J.-F.), « Juridictions des mineurs. Procédure », *Juris-cl. pén.* 1er App., art. 66 à 69, fasc. 2, 11-1987, 17 p.

77. — X..., « Chronique de la Direction de l'éducation surveillée », *Rev. pénit.* 1988. 200-207.

VI. — DROIT PENAL MILITAIRE

78. — R. V., « La justice militaire sous le Premier Empire », *La Vie judiciaire*, 5-11 sept. 1988, p. 5 et 6.

79. — VERHAEGEN (J.), « Rapport introductif (sur la répression des infractions graves aux Conventions de Genève et à leurs protocoles additionnels) », *Rev. dr. pén. militaire*, 1988. 227-238.

VII. — SCIENCE PENITENTIAIRE

80. — L. B., « Nouvelles prisons. Le Secours catholique tire la sonnette d'alarme », *Messages du secours catholique*, mars 1988, p. 8.

81. — GRELLEY (P.), « La prison mode d'emploi », *Inf. soc.* 1989, n°s 2-3, p. 142-145.

82. — LIZZIT (*), « La formation du personnel éducatif de l'Administration pénitentiaire », *Rev. pénit.* 1988. 87-91.

83. — PRADEL (J.), « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes », *d°*, 1988, p. 218-222.

84. — PRADEL (J.), « Règles minima pour la mise à exécution des sanctions et des mesures non carcérales », *d°*, 1989, p. 155-159.

85. — PICQUART (J.-M.), « Les problèmes médicaux liés à l'exécution des peines extra muros », *d°*, 1988, p. 193-199.

86. — RIDEL (L.), « Les aumôniers catholiques en milieu carcéral », *d°*, 1988, p. 95-142 (annexes, p. 143-187).

87. — TALANDIER (J.), « Travail et prison » (suite), *Bull. SPES* (*Service provençal d'encouragement et de soutien*, Marseille), juill.-sept. 1988, p. 7-36, oct.-déc. 1988, p. 7-24.

V. aussi, *supra*, n° 13.

VIII. — DROIT PENAL ETRANGER ET DROIT PENAL COMPARE

A. — *Droit pénal étranger*

1. Allemagne (République fédérale)

88. — DILLMANN (R.), « Des rapports avec un militaire qui invoque la conscience », *Rev. dr. pén. militaire*, 1988. 413-430.

2. Belgique

89. — ANDRIES (A.), « La répression des infractions graves au droit humanitaire », *Rev. dr. pén. militaire*, 1988. 329-341.

90. — GENOT (G.), « Rapport introductif (sur la diffusion du droit international humanitaire) », *d°*, 1988, p. 310-317 (annexes, p. 319-322).

91. — RENSON (M.), « Qu'est-ce que la libération conditionnelle ? », *Promovere*, n° 54, juin 1988, p. 12-16.

V. aussi, *infra*, n° 144.

3. Canada

V. *infra*, n° 98.

4. Etats-Unis d'Amérique (U.S.A.)

92. — SWEATMAN (B.), et CROSS (A.), « La police aux Etats-Unis », *Rev. internat. pol. crim.*, juill.-août, p. 2-10.

5. Islande

93. — KRISTANSSON (*), « La prison en Islande », *Rev. pénit.*, 1989. 139-149.

6. Tunisie

94. — BOURAOUI (S.), « Le droit pénal économique des affaires en Tunisie : un aperçu », *Rev. internat. police crim.*, sept.-oct. 1988, p. 31-34.

B. — *Droit pénal comparé*

95. — EL ZEIN (S.), « Les législations pénales des pays arabes en matière de faux monnayage : leur conformité à la Convention de Genève de 1929 », *Rev. internat. police crim.*, sept.-oct. 1988, p. 14-20.

IX. — DROIT PENAL INTERNATIONAL

96. — VAN GERVEN (G.), « Les conséquences directes et indirectes les conventions internationales relatives aux droits de l'homme sur les législations internes », *Rev. dr. pén. militaire*, 1988, p. 513-547.

V. aussi, *supra*, n° 79 et *infra*, n° 145.

X. — CRIMINOLOGIE ET SCIENCES DE L'HOMME

97. — CANEPA (G.), « Médecine légale et criminologie face aux problèmes des technologies nouvelles et de leur emploi en criminalistique », *Rev. internat. crim. et police techn.*, 1988, p. 324-331.

98. — CHANDEMERLE (*), et BEAUMARTIN (*), « Motards au Canada », *Gendarm. nationale*, 1988, 4e trim., p. 13-15.

99. — CUSSON (M.), « L'exécution des peines face à la montée du crime », *Rev. internat. crim. et pol. techn.*, 1988, p. 275-288.

100. — CUSSON (M.), « La criminologie a-t-elle un avenir ? », *d°*, 1988, p. 428-436.

101. — DELORD-RAYNAL (Y.), « La violence comme spectacle », *d°*, 1988, p. 289-308.

102. — EMERY (M.), « Réflexions sur la sécurité publique en milieu urbain », *d°*, 1988, p. 449-459.

103. — GAZZOLA (A.), « La prévention de la déviance en milieu urbain », *d°*, 1988, p. 411-417.

104. — LUNA MALDONADO (A.) et RODENAS LOPEZ (J. M.), « Le viol dans la communauté autonome de Murcie (1980-1986) », *d°*, 1988, p. 345-350.

105. — NEGRIER-DORMONT (L.), « L'image terne du terrorisme traditionnel », *La vie judiciaire*, 4-10 juill. 1988, p. 14-15.

106. — NORMANDEAU (A.), « La criminalité et le métro : une comparaison de dix grandes villes », *Rev. internat. crim. et pol. techn.*, 1988, p. 445-448.

107. — OLIVEIRA (E.), « Migration et criminalité. Exemple de l'Amazonie », *d°*, 1988, p. 460-470.

108. — RASSAT (M.-L.), « Peut-on prévenir la délinquance ? », *d°*, 1988, p. 437-444.

109. — WALLER (I.), « Comment restaurer la sécurité dans nos communautés », *d°*, 1988, p. 418-425 (annexe, p. 425-427).

110. — X..., « La police des courses », *Liaisons (Rev. inform. préfect. police)*, 1989, janv.-févr., p. 26-39.

V. aussi, *infra*, n° 115.

XI. — MEDECINE LEGALE ET MEDECINE MENTALE

A. — *Médecine légale*

V. *supra*, n° 97.

B. — *Médecine mentale*

111. — TSALICOGLOU (F.), « Le matricide, paradis perdu du psychotique », *Rev. internat. crim. et pol. techn.*, 1988, p. 332-344.

XII. — POLICE SCIENTIFIQUE ET POLICE TECHNIQUE

A. — *Police scientifique*

112. — BUQUET (A.) et MANCHON (P.), « L'expertise en écritures. L'analyse de variance pour les données de mesure, son application aux écritures sémitiques », *Rev. internat. police crim.*, sept.-oct. 1988, p. 35-39.

113. — SEGUSS (R. K.), « Contrefaçon et falsification des documents de voyage. Une perspective canadienne », *d°*, juill.-août 1988, p. 11-17.

B — *Police technique*

114. — BARBOT (I.), « La lutte contre la drogue », *Rev. de la police nationale*, n° 128, oct. 1988, p. 3-5.

115. — « La route du Golfe », *Rev. internat. police crimin.*, sept.-oct. 1988, p. 43-46 (toxicomanie : trafic d'héroïne).

XIII. — VARIA

A — *Etudes*

116. — ANNICCHIARCO (D.), « Le procès des assassins du juge Michel », *Le nouveau pouvoir judiciaire (Union syndicale des magistrats)*, déc. 1988, p. 19 (extraits de plaidoirie).

117. — BACH (A.), « Informer, c'est prévoir », *Gendarm. nationale*, 1989, 1er trim., p. 54-56.

118. — BRODEUR (J.-P.), « Ordre public et ordre privé », *Rev. internat. crim. et pol. techn.*, 1988, p. 392-410.

119. — CHAPEL (*) et HENRI (*), « L'école de formation des officiers », *Gendarm. nationale*, 1989, 1er trim., p. 25-27.

120. — CRIBIER (*), « Le recrutement et la formation initiale de l'officier de gendarmerie », *d°*, 1989, 1er trim., p. 23-24.

121. — FRANQUE (*), « Une affaire de spécialistes », *d°*, juill. (*sic*) 1988, p. 46-54 (la gendarmerie mobile).

122. — GALASSI (C.), « Un fait d'histoire. Un conseil juridique soulève un voile sur ... Louis XVII. Ombres et hypothèses », *Petites affiches*, 8 déc. 1988, p. 14-17, 10 déc., p. 15-19, 13 déc., p. 12-15.

123. — GRANDCHAMP (*), « L'escadron motocycliste de la garde républicaine », *Gendarm. nationale*, 1988, 4e trim., p. 8-12.

124. — LAGEZE (P.-A.), « L'institution judiciaire face au défi européen de 1993 », *Le nouveau pouvoir judiciaire (Union syndicale des magistrats)*, déc. 1988, p. 12-13.

125. — LE CLERE (M.), « Une longue histoire : des archers du guet aux gardiens de la paix », *Rev. police nationale*, n° 128, oct. 1988, p. 6-23.

126. — MORAND-DEVILLIER (J.), « L'expulsion des étrangers. Jurisprudence récente : urgence absolue, exécution des mesures d'expulsion », *Petites affiches*, 9 sept. 1988, p. 10-16.

127. — PINOT (*), « Force à la loi », *Gendarm. nationale*, juill. 1988, p. 8-14 (la gendarmerie mobile).

128. — RAND (M.); « L'informatique appliquée aux grandes catastrophes », *Rev. internat. police crim.*, juill.-août 1988, p. 18-24.

129. — SOULAS DE RUSSEL (*), « La réglementation pénale et administrative du port des décorations étrangères », *Rev. pénit.*, 1988, p. 240-243.

130. — SYKIOTOUL (A.), « L'évolution du droit de l'expulsion en France », *d°*, 1988, p. 223-235 (annexe statistique, p. 236-239).

131. — TAPPOLET (J. A.), « La fraude informatique », *Rev. internat. crim. et pol. techn.*, 1988, p. 351-357.

132. — X..., « Changer la justice pénale », *Justice (Syndicat de la magistrature)*, juin-sept. 1988, p. 117-123.

133. — X..., « L'académie de police du Caire », *Rev. internat. police. crim.*, sept-oct. 1988, p. 21-30.

134. — X..., « Le centre arabe d'études et de sécurité de Riyadh », *d°*, sept.-oct. 1988, p. 9-13 (Arabie saoudite).

135. — X..., « Le commandement des écoles de la gendarmerie », *Gendarm. nationale*, 1989, 1er trim., p. 14-16.

136. — X..., « Le foyer Dragon », *Bull. S.P.E.S. (Service provençal d'encouragement et de soutien)*, Marseille, janv.-mars 1989, p. 13-25.

137. — X..., « Les actions de formation de la préfecture de police dans les directions actives », *Liaisons (Rev. inform. préfect. police)*, mars-avr. 1989, p. 1-17.

B — *Affaires criminelles*

138. — BAUMGARTEN (R.), « L'extravagante affaire *Vrain-Lucas* », *La vie judiciaire*, 29 août-4 sept. 1988, p. 5-6.

139. — CARDONNET (H. J.), « Le procès des "Fleurs du mal" », *d°*, 31 oct.-6 nov. 1988, p. 5.

140. — CLEMENT (J.-L.), « L'affaire *Legros* », *Rev. internat. police crim.*, juill.-août 1988, p. 25-30 (2e partie de l'étude).

141. — ESCAICH (R.), « Les enchevêtrements des trois affaires *Caillaux* », *Petites affiches*, 23 sept. 1988, p. 71-72.

142. — LANGLOIS (D.), « L'affaire *Seznec* », *La vie judiciaire*, 14-20 nov. 1988, p. 7.

C — *Biographies*

143. — X..., « *In memoriam*. Pietro Verri », *Rev. dr. pén. militaire*, 1988, p. 379-380.

D — *Congrès et autres rencontres*

144. — RENSON (M.), « Une journée d'étude pour la libération conditionnelle », *Promovere*, n° 54, juin 1988, p. 9-11.

145. — « Assemblée générale (O.I.P.C.-Interpol), 17-23 nov. 1988 (57e session), Bangkok », *Rev. internat. police crim.*, nov.-déc. 1988, p. 3-38.

E — *Curiosités*

146. — CORIOLIS (A.), « L'évadé de la quatorzième », *La vie judiciaire*, 1-7 août 1988, p. 5-7 et 27-29.

C. — OUVRAGES REÇUS*

Théorie générale du droit et politique criminelle

AMNESTY INTERNATIONAL, *La peine de mort dans le monde. Quand l'Etat assassine*, Paris, Les Editions d'Amnesty International, 1989, 220 pages.

Une autre justice, 1789-1799. Etudes publiées sous la direction de Robert Badinter, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1989, 406 pages.

Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, sous la direction de Philippe GERARD, François OST, Michel van de KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 740 pages.

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain. Biomedical experimentation involving human subjects*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail n° 61, série « Protection de la vie », 1989, 73 pages en français, 69 pages en anglais.

DARBELLAY (Jean), *La réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et le politique*, Fribourg, Editions universitaires, 1987, 488 pages.

La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au code civil. Textes réunis et présentés par Irène THERY et Christian BIET, Vaucresson, Centre de recherche interdisciplinaire, Paris, Editions du Centre Georges Pompidou / Imprimerie Nationale-Editions, 1989, 534 pages.

IMBERT (Jean), *La peine de mort*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1989, 128 pages.

KURER-KAUFMANN (Maja), *Bibliographie des schweizerischen Rechts für 1986. Bibliographie juridique suisse 1986*, Bâle, Société suisse des juristes, Rapports et communications, fascicule séparé, 1987, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 88 pages.

MARTIN (Pierre), *Probleme des Rechtsschutzes*, Bâle, Société suisse des juristes, Rapports et communications, fascicule 1, 1988, Helbing & Lichtenhahn, 153 pages.

Der Missbrauch von Grundrechten in der Demokratie. Referate und Diskussions-berichte des internationalen Symposions des Marangopoulos Stiftung für Menschenrechte, Athen, in Zusammenarbeit mit dem Goethe Institut, Athen, in Athen vom 20 bis 21 Marz 1989, Baden-Baden, Nomos verlagsgesellschaft, 1989, 173 pages.

Old Ways and New Needs in Criminal Legislation. Documentation of a German-Icelandic Colloquim on the Development of Penal Law General and Economic Crime in Particular, publié par Albin ESER et Jonatan THORMUNDSSON, Fribourg-en-Brisgau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, 324 pages.

PANNICK (David), *Judges*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1987, 255 pages.

PIE (Frédérique), *Les politiques pénales en Afrique noire francophone : le cas du Gabon*, Talence, Centre d'étude d'Afrique noire, Institut d'études politiques de l'université de Bordeaux I, 1989, 195 pages.

PRIMORATZ (Igor), *Justifying Legal Punishment*, New Jersey, Londres, Humanities Press International, Inc., 1989, 196 pages.

Privatizing Criminal Justice, publié par Roger MATTEWS, Londres, Newburry Park, New Delhi, Sage Publications, 1989, 197 pages.

* Ces ouvrages pourront faire l'objet d'un compte rendu bibliographique.

Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, publié par Werner SCHUBERT, Jürgen REGGE, Peter RIESS et Werner SCHMID, *II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939) — Strafgesetzbuch, Band I, Entwürfe eines Strafgesetzbuche, 2. Teil*, publié par Jürgen REGGE et Werner SCHUBERT, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990, 637 pages.

Sanctions and Rewards in the Legal System. A Multidisciplinary Approach, publié par M.-L. FRIEDLAND, Toronto, Buffalo, Londres, University of Toronto Press, 1989, 224 pages.

SENELLART (Michel), *Machiavélisme et raison d'Etat. XIIe-XVIIIe siècles, suivi d'un choix de textes*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 127 pages.

UGLOW (Steve), *Policing Liberal Society*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1988, 165 pages.

VARAUT (Jean-Marc), *Le possible et l'interdit. Les devoirs du droit*, Paris, Editions de La Table Ronde, 1989, 190 pages.

ZIMRING (Franklin E.), HAWKING (Gordon), *Capital Punishment and the American Agenda*, Cambridge, New Rochelle, Melbourne, Sydney, Cambridge University Press, 1986, 192 pages.

Droit pénal général

BONNEY (Roseanne), *New South Wales Summary Offences Act 1988*, New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research, Attorney General's Department, 1989, 32 pages.

CARTIER (Marie-Elisabeth), *Exercices pratiques. Droit pénal*, Paris, Montchrestien, 1989, 254 pages.

Code pénal suisse annoté, nouvelle éd., par PANCHAUD (André), OCHSENBEIN (Denys), van RUYMBEKE (Vésale), Lausanne, Editions Payot, 1989, 495 pages.

KELLER (Rainer), *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1989, 430 pages.

Kodeks karny, Kodeks postepowania karnego. Kodeks karny wykonawczy. Stan prawny na dzien 30 czerwca 1989 r., Varsovie, Wydawnictwo Prawnicze, 1989, 281 pages.

PRADEL (Jean), *Droit pénal*, tome I, *Introduction générale. Droit pénal général*, 7e éd. revue et augmentée à jour au 1er novembre 1989, Paris, Editions Cujas, 1990, 743 pages.

Malades mentaux : patients ou sujets de droit ?, sous la direction de Jean GILLARDIN, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1985, 356 pages.

SCHULTZ (Hans), *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches*, s. v., mars 1985, 372 pages ronéotypées.

SISTARE (C. T.), *Responsibility and Criminal Liability*, Dordrecht, Boston, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1989, 186 pages.

SOLLBERGER (Jürg), *Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht. Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts ?* Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1990, 168 pages.

Droit pénal spécial et droit pénal économique

BANDEKOW (Klaus), *Strafbarer Missbrauch des elektronischen Zahlungsverkehrs. Zur Strafbarkeit der misbraüchlichen Inanspruchnahme von Geldausgabeau-*

tomaten, Chip-Karten-Systemen und Bildschirmtext-Leistungen unter Berücksichtigung von Kriminologie und Kriminalistik, Lübeck, Verlag Max Schmidt-Römhils, 1989, 383 pages.

DOWNS (Donald Alexander), *The New Politics of Pornography*, Chicago, Londres, University of Chicago Press, 1989, 266 pages.

FIANDACA (Giovanni), MUSCO (Enzo), *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Bologne, N. Zanichelli editore S. A., 1988, 508 pages.

JEROUSCHEK (Günter), *Lebensschutz und Lebensbeginn. Kulturgeschichte des Abtreibungsverbots*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1988, 331 pages.

KLAGES (Johannes), *Meeresumweltschutz und Strafrecht. Zur Ausdehnung deutscher Strafgewalt auf den Festlandsockel*, Fribourg-en-Brisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, 263 pages.

Mc GAHAN (Peter), *Crime and Policing in Maritime Canada. Chapters from the Urban Records*, Fredericton (N. B.), Goose Lane Editions Ltd., 1988, 246 pages.

MONTOVANI (Ferrando), *Diritto penale. Parte speciale : Delitti contro il patrimonio*, Padoue, Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 211 pages.

NEEL (Brigitte), *Les pénalités fiscales et douanières*, Paris, Editions Economica, 1989, 424 pages.

REMOND-GOUILLOUD (Martine), *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, Coll. Les voies du droit, 304 pages.

SEMINARA (Sergio), *Insider Trading e diritto penale*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1989, 392 pages.

WAGNER (Beatrice), *Das Verursacherprinzip im schweizerischen Umweltschutzrecht*, Bâle, Société suisse des juristes, Rapports et communications, fascicule 3, 1989, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 103 pages.

WISMER (Willi), *Das Tatbestandselement der Arglist beim Betrug*, thèse, Zurich, Zentralstelle der Studentenschaft, 1988, 217 pages.

ZIEGLER (Martin), *Der Rechtsschutz des angehörigen der Armee in der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung der militärischen Straf — und Disziplinarrechtspflege*, Bâle et Fancfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1988, 179 pages.

Procédure pénale

Code de procédure pénale, 1990, édition réalisée par André BRAUNSCHWEIG et Gilbert AZIBERT, Paris, Litec, 1990, 1211 pages.

Commento al nuovo Codice di procedura penale, sous la direction de Mario CHIAVARIO, Turin, U.T.E.T., 1989, 494 pages.

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Les discussions et ententes sur le plaidoyer. Plea discussions and agreements*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail n° 60, série « Droit pénal », 1989, 106 pages en français, 97 pages en anglais.

ESTOUP (Pierre), avec le concours de Gérard MARTIN, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, Paris, Litec, 1990, 367 pages.

I giudizi semplificati, sous la direction de Alfredo GAITO, Padoue, Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 378 pages.

Il nuovo Codice di procedura penale annotato con le relazioni e con i lavori preparatori, sous la direction de Giorgio LATTANZI et Ernesto LUPO, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1989, 1217 pages.

LÖWE-ROSENBERG, STPO, *Grosskommentar*, 24e éd. entièrement renouvelée, publiée par Peter RIESS, *28. Lieferung : §§ 1-21 i GVG*, préparé par Karl SCHÄFER, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990, 208 pages.

MORGAN (Patricia), et VERNNARD (Julie), *Pre-Trial Delay : the Implications of Time Limits*, Londres, Her Majesty's Stationery Office Home Office Research Study n° 110, 1989, 66 pages.

PRADEL (Jean), *Droit pénal*, tome II, *Procédure pénale*, 5e éd. revue et augmentée à jour au 1er octobre 1989, Paris, Editions Cujas, 1989, 736 pages.

RENOUX (Thierry), *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, Paris, Editions Economica, 1988, 318 pages.

RIESS (Michael), *Beweismittel Schriftvergleichung. Eine kritische Studie schriftvergleichender Gutachten in Strafverfahren*, Lübeck, Max Schmidt-Römhild, 1989, 137 pages.

ROTH (Robert), *Le principe de l'opportunité de la poursuite*, Bâle, Société suisse des juristes, Rapports et communications, fascicule 2, 1989, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 146 pages.

SOLLBERGER (Jürg), *Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht*, Bâle, Société suisse des juristes, Rapports et communications, fascicule 1, 1989, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 168 pages.

STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure pénale*, 14e éd., Paris, Dalloz, 1990, 1076 pages.

Droit pénal international

Double Criminality. Studies in International criminal Law, numéro spécial de la Revue *Nordisk Tidsskrift for kriminalvidenskab*, Stockholm, 1989, 155 pages.

GRASSO (Giovanni), *Communità europee e diritto penale. I rapportitra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1989, 359 pages.

VULLIEMIN (Jean-Marie), *Jugement et sentence arbitrale. Etude de droit international privé et de droit comparé*, thèse, Tolochenaz, Imprimerie Chabloz S.A., 1987, 341 pages.

Pénologie et droit pénitentiaire

BERNHEIM (Jean-Claude), *Les suicides en prison*, préface de Casamayor, Montréal, Editions du Méridien, 1987, 353 pages.

Carcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y victima, sous la direction de Antonio BERISTAIN et Jose Luis de LA CUESTA, Saint-Sébastien, Instituto vasco de criminologia, Bilbao, Ediciones Mensajero, S.A., 1989, 208 pages.

COOKLIN (Shirley), *From Arrest to Release. The Inside/outside Survival Guide*, Londres, Bedford Square Press, 1989, 201 pages.

Excarcelacion y eximicion de prision. Jornadas de la Sociedad panamericana de criminologia, sous la direction de Ricardo LEVENE, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, 80 pages.

FOWLES (A. J.), *Prisoners' Rights in England and the United States*, Aldershot, Brookfiels, U.S.A., Hong Kong, Singapour, Sydney, Avebury, Gower Publishing Company Limited, 1989, 172 pages.

ROSE (Patrick), *L'éducation au travail des jeunes adultes délinquants (art. 100 à 100 ter du code pénal suisse)*, thèse, Morges, Imprimerie Trabaud, 1988, 174 pages.

WALMSLEY (Roy), *Special Security Units*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, Home Office Research Study n° 109, 1989, 93 pages.

Problèmes de l'enfance et de l'adolescence

Abandon et adoption. Liens du sang, liens d'amour, dirigé par Brigitte Trillat, Paris, Revue *Autrement* (diffusion PUF), série Mutations, n° 96, février 1988, 1988, 221 pages.

BONGRAIN (Marcelle), CHAILLOUX (Philippe), DAVIDSON (Claire), NEIRINCK (Claire), *La défense de l'enfant en justice. Recherche menée à l'initiative de la Fondation pour l'enfance*, Vanves, Centre technique national d'études et recherches sur les handicaps et les inadaptations (CTNERHI) (diffusion PUF), 1989, 160 pages.

DENIS (Louis), *Justice et familles. Le travail social de protection judiciaire de l'enfance et de la jeunesse : composantes institutionnelles, évolutions et contradictions*, Toulouse, Editions Erès, 1989, 200 pages.

FINKELHOR (David), MEYER WILLIAMS (Linda), avec la collaboration de Nanci BURNS, *Nursery Crimes. Sexual Abuse in Day Care*, Newbury Park, Beverly Hills, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1988, 272 pages.

MOENS (J.), VERLYNDE (P.), *Juridiction jeunesse. Les mesures à l'égard des mineurs. Les mesures à l'égard des parents. Jeugdrechtsmacht. Maatregelen ten aanzien van de minderjahrigen. Maatregelen ten aanzien van de ouders*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1988, 374 pages.

Sciences criminologiques

AUBUSSON de CAVARLAY (Bruno), HURÉ (Marie-Sylvie), POTTIER (Marie-Lys), *Les statistiques criminelles de 1831 à 1981. La base DAVIDO, séries générales*, Paris, ministère de la Justice, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP), collection Déviance et contrôle social, n° 51, 1989, 269 pages ronéotypées.

BONAFE-SCHMITT (Jean-Pierre), en collaboration avec Nicole SCHMUTZ et Réjane BONAFE-SCHMITT, *L'insécurité : la crise des mécanismes de régulation sociale*, Lyon, Groupe lyonnais de sociologie industrielle, Atelier de sociologie juridique, Université Lumière-Lyon II, 1989, 285 pages ronéotypées et Annexes.

BOYD (Neil), *The Last Dance : Murder in Canada*, Scarborough (Ont.), Prentice-Hall Canada Inc., 1988, 286 pages.

La criminalité des femmes. Questions actuelles de criminologie, Toulouse, Edition Erès, 1989, 136 pages.

CUSSON (Maurice), *Croissance et décroissance du crime*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, 170 pages.

FATTAH (E. A.), SACCO (V. F.), *Crime and Victimization of the Elderly*, New York, Berlin, Heidelberg, Londres, Paris, Tokyo, Springer-Verlag, 1989, 310 pages.

FLEISHER (Mark S.), *Warehousing Violence*, Newbury Park, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1989, 256 pages.

HOLMES (Ronald M.), *Profiling Violent Crimes. An Investigative Tool*, Newbury Park, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1989, 136 pages.

Lower Criminal Court and Children's Courts Statistics 1988, Sydney, New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research, Attorney General's Department, 1989, 173 pages.

Les monomanies instinctives. Funestes impulsions, sous la direction de Henri GRIVOIS, avec la collaboration de M. GOUREVITCH, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, Masson, 1990, 140 pages.

New South Wales Coroners Courts Statistics 1988, Sydney, New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research, Attorney General's Department, 1989, 61 pages.

Nouvelles urbanités : quelles actions sociales ? Actes du Colloque international de Chanteloup-les-Vignes, 26-27 octobre 1987, Municipalité de Chanteloup-les-Vignes, Vaucresson, Centre de recherche interdisciplinaire, 1988, 115 pages.

PAPADATOS (Pierre), *Le terrorisme*, Athènes, Editions Ant. N. Sakkoulas, 1989, 195 pages.

The Political Economy of Crime. Readings for a Critical Criminology, publié par Brian D. MACLEAN, Scaborough (Ont.), Prentice-Hall Canada, Inc., 1986, 383 pages.

STUBBS (Julie) et POWELL (Diane), *Domestic Violence : Impact of Legal Reform in NSW*, Sydney, New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research, Attorney General's Department, s. d. 215 pages ronéotypées.

TOCH (Hans) et ADAMS (Kenneth), *The Disturbed Violent Offender*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1989, 183 pages.

Too Few to Count. Canadian Women in Conflict with the Law, publié par Ellen ADELBERG et Claudia CURRIE, Vancouver, Presse Gang Publishers, 1987, 253 pages.

Violence in America, publié par Ted Robert GURR, Vol. 2, *Protest, Rebellion, Reform*, Newbury Park, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1989, 371 pages.

Problèmes de police

BATSELE (Didier), *La loi du 11 février 1986 sur la police communale*, Bruxelles, Editions Nemesis, 1989, 134 pages.

BLATTLER (Stefan), *Rôles et fonctions des services de la Confédération chargés de tâches de police judiciaire*, thèse, Berne, Editions Staempfli & Cie S.A., 1988, 248 pages.

Droits de l'homme et libertés publiques

Bicentenaire de la Révolution française en Dauphiné. Actes du Colloque de Grenoble-Vizille, 1986. Les droits de l'homme et la conquête des libertés. Des lumières aux Révolutions de 1848, présentation de Michel VOVELLE, Rapport de synthèse de Jean IMBERT. Textes réunis par Gérard CHINEA, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1988, 425 pages.

COLLIARD (Claude-Albert), *Libertés publiques*, 7e éd., Paris, Dalloz, 1989, 915 pages.

Commission médicale de la Section française d'Amnesty International et MARANGE (Valérie), *Médecins tortionnaires, médecins résistants. Les professions de santé face aux violations des droits de l'homme*, Paris, Editions La Découverte, 1989, 180 pages.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 259 pages.

Droits de l'homme et relations internationales. Actes du Colloque organisé à Paris, les 11 et 12 janvier 1988, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, Masson, 1989, 184 pages.

ERGEC (Rusen), *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1987, 427 pages.

MARIE (Nadine), *Le droit retrouvé ? Essai sur les droits de l'homme en U.R.S.S.*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 206 pages.

La protection des droits ou la justice en question, par Bernard CORBOZ, *Probleme des Rechtsschutzes*, par Christoph ROHNER, Bâle, Société suisse des juristes, Rapports et communications, fascicule 2, 1988, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 40 pages.

RIVERO (Jean), *Les libertés publiques*, tome 1, *Les droits de l'homme*, 5e éd., 1987, 314 pages ; tome 2, *Le régime des principales libertés*, 4e éd., 1989, 405 pages, Paris, Presses Universitaires de France.

ROBERT (Jacques), avec la collaboration de Jean DUFFAR, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Editions Montchrestien, 1988, 658 pages.

ROUILLER (Claude), *La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat*, Bâle, Société suisse des juristes, Rapports et communications, fascicule 3, 1987, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 184 pages.

SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 302 pages.

Varia

DAGILAND (Liliane), LORIFERNE (Dominique), REYNAUD (Charles-André), ROCHE (Louis), *L'évaluation du dommage corporel*, 2e éd., Lyon Editions Alexandre Lacassagne, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, Masson, 1989, 317 pages.

HAMMERSTEIN (Notker), *Die Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Von der Stiftungsuniversität zur staatlichen Hochschule*, tome 1 : *1914 bis 1950*, Neuwied/Francfort, Alfred Metzner Verlag, 1989, 907 pages.

C.P.P.A.P. N° 58.320 *Le directeur de la publication :* J.-M. BOURGOIS

Composé par M. MASSOL / 11 *bis*, villa du Bel Air 75012 PARIS
PARAGRAPHIC/ 1, av. de Toulouse 31240 l'Union / France
Dépôt légal : juin 1990

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Conseiller à la Cour d'appel de Poitiers. – **J.-M. AUSSEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. – **J. BEAUME**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. – **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 1 (Panthéon-Sorbonne). – **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. – **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **A. CHAVANNE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth. – **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. – **J. COSSON**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. DECOCQ**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). – **J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. – **J. DUBOIS**, Avocat à la Cour, ancien Membre du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris. – **B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE**, Président de chambre à la Cour de cassation. – **H. FERAUD**, Chef (E.R.) de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson. – **J.-C. FOURGOUX**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. – **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 II). – **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. – **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 II). – **P. LUTZ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. – **G. MARC**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. – **M. MARCUS**, Magistrat. – **M. MASSE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). – **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MONZEIN**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. – **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université, Directeur du Centre de sciences criminelles de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal. – **C. PIERRE**, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris. – **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J. ROBERT**, Ancien Procureur général près la Cour de cassation. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). – **L. ROCHE**, Professeur honoraire à la Faculté de médecine Alexis-Carrel de Lyon. – **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. – **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. – **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. – **F. TEITGEN**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. – **A. TOUREN**, Premier avocat général honoraire à la Cour de cassation. – **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général 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. – **Igor ANDREJEW**, Professeur honoraire à l'Université de Varsovie. – **Inkeri ANTTILA**, Professeur émérite de droit pénal à l'Université d'Helsinki, Directeur de l'Institut d'Helsinki pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, affilié à l'Organisation des Nations Unies.

Le Professeur **M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. – **M. Ch. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de l'Association internationale de droit pénal. – **S. BATAWIA**, Professeur honoraire à l'Université de Varsovie. – **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie

yougoslave des sciences et de l'art. – **Ramsès BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. – **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général près la Cour d'appel de Milan, Secrétaire général du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. – **A. BERISTAIN**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal de la Faculté de droit de Saint-Sébastien, Directeur de l'Institut basque de criminologie. – **A. BERNARDI**, Docteur en droit de l'Université de Ferrare. – **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel.

F. CLERC, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. – **J. 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 Coïmbre. – **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 Coïmbre.

C. GARDIKAS, Professeur de criminologie à l'Université d'Athènes. – **K.-H. GOSSEL**, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.

J. HALL, Professeur honoraire de l'Université d'Indiana. – **J.-M. HÄUSSLING**, Recteur de l'Université de Wuppertal, Directeur du Centre international de documentation et d'études sur les conflits des jeunes. – **L. H. C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. – **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.

H.-H. JESCHECK, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal.

G. KELLENS, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. – **H.-J. KERNER**, Professeur à l'Université de Hambourg.

Francisco P. LAPLAZA, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. – **R. LEGROS**, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. – **L.-H. LEIGH**, Professeur à la London School of Economics and Political Science. – **T. S. LODGE**, Ancien Directeur de la recherche scientifique et des statistiques, Home Office, Londres.

F. H. Mc CLINTOCK, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Edimbourg, Directeur du Centre for Criminology and the Social and Philosophical Study of Law. – **K. MADLENER**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau. – **T. MORISHITA**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. – **Norval MORRIS**, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice. – **M. MOSTAFA**, Ancien Doyen de la Faculté de droit, Président de la Section des sciences criminelles de l'Université du Caire.

A. NELSON, Professeur honoraire de l'Université d'Upsal. – **Eduardo NOVOA MONREAL**, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et sociales de Caracas.

E. OLIVEIRA, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazonie.

F. C. PALAZZO, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. – **O. PERIC**, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. – **G. D. PISAPIA**, Professeur à l'Université de Milan. – **C. POKLEWSKI-KOZIELL**, Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo*, Institut des sciences juridiques, Varsovie.

C. RACZ, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. – **Sir Leon RADZINOWICZ**, L.L.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. – **L. RIBEIRO**, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. – **J.-P. RICHERT**, Associate Professor of Law and Political Science, Stockton College, Pomona (N.J.). – **H. ROSTAD**, Conseiller à la Cour suprême de Norvège, Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. – **E. ROTMAN**, Visiting Researcher à la Harvard Law School.

H. SCHULER-SPRINGORUM, Professeur à l'Université de Munich, Président du Conseil scientifique criminologique du Conseil de l'Europe. – **H. SCHULTZ**, Professeur émérite de l'Université de Berne. – **Louis B. SCHWARTZ**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **R. SCREVENS**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. – **Sami SELÇUK**, Conseiller à la Cour de cassation de Turquie. – **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **A. SOROUR**, Professeur et doyen de la Faculté de droit, Université du Caire, Ministre de l'Education de la République arabe d'Egypte. – Dr. **G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Etablissement de Herstedvester (Danemark). – **D. SZABO**, Professeur à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.

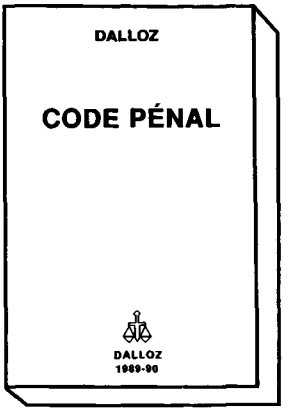
K. TIEDEMANN, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brisgau. – **Luis Fernando TOCORA**, Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga.

G. VASSALLI, Professeur à l'Université de Rome, Ministre de la Justice d'Italie. – **J. VERHAEGEN**, Professeur à l'Université de Louvain. – **C. N. VOUYOUCAS**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université aristotélienne de Thessalonique.

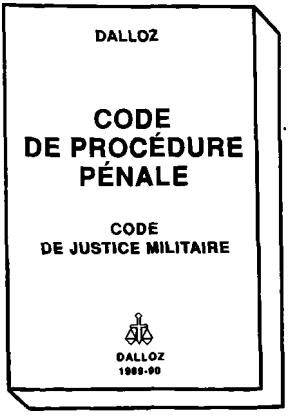
K. WAABEN, Professeur à l'Université de Copenhague.

DALLOZ

1989-90



Code pénal
1 364 p., 146 F



Code de procédure
pénale-code de justice
militaire
1 160 p., 146 F

Dalloz – Les indispensables

35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05 - Tél : (1) 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F - Telefax : (1) 45 87 37 48

ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE
BIBLIOTHÈQUE

SAVOIR

Education Formation

Directeur : M. le Recteur Claude DURAND-PRINBORGNE

Créé au printemps 1989, SAVOIR Education Formation a été salué par la presse spécialisée comme «s'imposant d'entrée de jeu»...

Revue trimestrielle de référence consacrée aux grands problèmes d'éducation et de formation, SAVOIR Education Formation a présenté, dans ses premiers numéros, sous les signatures les plus autorisées, des dossiers sur la décentralisation en matière d'éducation, la revalorisation de la fonction enseignante, et des articles sur la loi d'orientation sur l'éducation, l'investissement-formation, l'information sur la formation, télévision et éducation, l'enseignement au Japon, en Allemagne fédérale, en Grande-Bretagne...

Dans ses prochaines livraisons, la revue traitera de sujets comme l'Europe de l'éducation, l'apprentissage, la formation des personnels peu qualifiés, illettrisme et lecture, programmes et manuels scolaires...

En vous abonnant pour les années 1989 et 1990, vous disposerez à la fois d'études synthétiques de très haute qualité et d'une collection complète dès son origine. Vous ferez ainsi partie des responsables qui trouvent déjà Savoir Education Formation, original et nécessaire...

SAVOIR Education Formation
Une nouvelle revue SIREY
Diffusion DALLOZ

Abonnement 1989 (4 numéros)
France et DOM : 380 F - Etranger : 450 F

Abonnement 1990 (4 numéros) -
France et DOM : 395 F - Etranger : 475 F

Adresser la souscription avec le règlement à :
DALLOZ, 35 rue Tournefort,
75240 Paris cedex 05
Tél. : 1 – 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F
Fax : 1 – 45 87 37 48