La répression disciplinaire de l'infraction pénale

Joëlle PRALUS-DUPUY

Maître de conférences à l'Université de Perpignan

Le savoir juridique propose une division du droit positif en systèmes et en branches. En admettant même qu'il s'agisse « de distinctions de professeurs »[1] aux finalités pédagogiques, le regroupement en un seul corps des règles applicables à une matière déterminée est un gage de certitudes intellectuelles sur l'existence et la nature de ces règles. L'absence de manuels de droit disciplinaire et d'enseignement du droit disciplinaire dans les universités est, de ce point de vue, un assez mauvais présage. La matière, à l'évidence, ne se laisse pas facilement cerner. Non point que les auteurs ne s'y soient pas essayés.

Certains ont plaidé avec conviction l'absence de spécificité de la répression disciplinaire. La soumission à l'ordre juridique que traduit la discipline est, à leurs yeux, le propre de toutes les répressions. L'Etat, lorsqu'il déploie son arsenal pénal ou lorsqu'il organise une répression administrative visant les individus coupables d'avoir violé une norme de l'ordre juridique partiel propre à une administration, cherche à sanctionner diverses formes d'indiscipline. Cette thèse a été développée par M. J. Mourgeon selon lequel « la répression pénale n'est que la répression disciplinaire propre à l'Etat »[2]. Elle implique le rejet total d'une définition restrictive de la discipline, finalité inhérente à tout système répressif et donc à la répression administrative, objet de l'étude de cet auteur. En identifiant la discipline à la règle de droit[3], cette théorie rend inconcevable l'existence d'un droit disciplinaire conçu comme une matière dont l'autonomie serait avérée.

La plupart des études doctrinales, souvent plus anciennes, assignent un domaine plus étroit à la discipline. Partant d'une comparaison entre le droit pénal et le droit disciplinaire, qu'elles admettent avec Jèze l'antinomie des deux matières[4], ou qu'elles constatent avec Duguit leur analogie[5], elles s'accordent sur l'absence d'identité des sujets de la répression disciplinaire et de la répression pénale et considèrent que le droit disciplinaire est applicable à un groupe particulier et non à l'ensemble des citoyens de l'Etat. La formation publiciste des auteurs les conduit à centrer leur réflexion sur le droit disciplinaire de la fonction

1. M. Waline, note sous Cons. d'Et. 25 juin 1958, *Rev. dr. publ.* 1958.118.
2. J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967, p. 56.
3. F. Delpérée, *L'élaboration d'un droit disciplinaire dans la fonction publique*, LGDJ, 1969, p. 48.
4. G.Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1926, spéc. p.87 et s. ; V. aussi Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse, Paris, 1903.
5. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd. 1921-1925, t. 3, § 72.

publique et à ne pas s'appesantir sur celui des corps privés dont on devine qu'ils ne contestent pas l'existence mais qu'ils le considèrent comme différent en raison des buts poursuivis et des personnes régies.

La thèse de l'unité du droit disciplinaire est due à A. Légal et J. Brèthe de la Gressaye qui, dans l'introduction de leur ouvrage sur le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, se montrent convaincus de l'existence « d'un droit disciplinaire commun aux institutions privées et publiques » dont « l'unité foncière » s'explique par le fait que « tous les groupements organisés, qu'ils soient publics ou privés, présentent les mêmes caractères fondamentaux, une idée à réaliser qui intéresse un groupe d'hommes et qui est mise en oeuvre grâce à une organisation permanente[6] ».

Avec le recul du temps, cette affirmation d'« une branche spéciale du droit, commune au droit privé et au droit public »[7] apparaît extrêmement novatrice : d'une part, parce qu'elle était une anticipation sur la réalité concrète du moment qui révélait, le plus souvent, des pouvoirs disciplinaires dont l'exercice n'était pas réglementé, auxquels il manquait un droit, d'autre part, parce qu'elle rompait avec les schémas intellectuels de l'époque qui élevaient volontiers une frontière entre le droit public et le droit privé.

S'appuyant sur la célèbre théorie de l'institution due à Hauriou[8], la démonstration était celle de l'inhérence du pouvoir disciplinaire à l'institution, au groupe organisé en tant qu'entité distincte de ses composantes.

Si cet ouvrage précurseur ne suffit pas à promouvoir le droit disciplinaire au rang des disciplines universitaires, la définition qu'il en donna fut largement adoptée. Il est communément admis que les individus ne sont pas seulement les ressortissants de l'Etat, qu'« ils appartiennent, en outre, à une multitude d'institutions dites secondaires (l'Etat étant qualifié d'institution primaire) » dont l'autorité « est garantie par un pouvoir disciplinaire qui permet de frapper les fautes commises par les membres contre la discipline » et que ce pouvoir « naît de façon nécessaire et spontanée au sein de tout corps social public ou privé »[9].

Résultant des exigences finalistes de l'institution la répression disciplinaire est à la mesure des finalités de chacun des corps concernés et donc toute en nuances. Sa richesse vient de la diversité de ses domaines d'application. Les règles de fond, la procédure, les instances disciplinaires ne sont les mêmes ni dans les corps publics administratifs, ni dans les corps judiciaires, ni dans les professions organisées en ordre. Elles sont extrêmement variables dans les corps privés où la discipline est acceptée par contrat, à l'origine essentiellement les syndicats et les associations et depuis que la loi du 4 août 1982 a réglementé le pouvoir disciplinaire reconnu à son chef, l'entreprise économique[10]. La répression disciplinaire n'en répond pas moins à des règles générales identiques quel que soit le caractère public ou privé de l'institution. Ces règles concernent les

6. A. Légal et J. Brèthe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938, p. 47 et 50.
7. *Idem*, p. 18.
8. M. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, Rec. de l'Académie de législation, Toulouse, 1906 ; *Principes du droit public*, 1916, p. 108 à 173.
9. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 1979, p. 31 ; V. aussi M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, 1990, t. 1, p. 145.
10. En ce qui concerne « l'émergence d'un droit disciplinaire » dans l'entreprise, V. J.-C. Javillier, L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire, *Dr. soc.* 1983.537 et s. ; J.-M. Béraud, La discipline dans l'entreprise, *Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, 1989, p. 381 et s. Il est à noter qu'en dépit d'un arrêt de la Chambre sociale du 16 juin 1945 (*Dr. soc.* 1946.427, n. P. Durand) attribuant un fondement institutionnel au pouvoir disciplinaire, une grande partie de la doctrine réfute la théorie institutionnelle de l'entreprise développée par P. Durand.

instances compétentes qui sont internes au corps, la procédure, la définition des fautes et la nature des sanctions.

Parce que la discipline implique une coercition, la comparaison entre le droit pénal et le droit disciplinaire a été une constante chez les auteurs qui se sont essayés à définir ce dernier. Il y a là, en effet, un vaste champ d'investigation qui permet de faire le compte des similitudes inévitables, tant il est vrai qu'« au coeur de tout système disciplinaire fonctionne un petit système pénal »[11], mais qui révèle aussi l'importance des différences. Le droit disciplinaire se distingue fondamentalement du droit pénal par la nature des institutions au sein desquelles il est appelé à fonctionner, par les règles juridiques sanctionnées et les techniques utilisées. Son ignorance du principe de la légalité des incriminations n'est pas la moindre des différences qui l'oppose au droit criminel[12]. De la même manière, si la répression disciplinaire cousine avec la répression administrative et notamment celle mise en oeuvre dans certains secteurs de la vie sociale par les autorités administratives indépendantes[13], elle s'en éloigne, non seulement par ses modalités, mais aussi parce qu'elle n'intervient qu'à l'intérieur d'un corps[14], d'une organisation sociale structurée qui secrète un ordre juridique.

Ces répressions, si différentes soient-elles, ont pourtant, souvent, vocation à s'exercer concurremment à l'égard de la même personne et à propos d'un même fait. Que l'on songe au médecin salarié qui a éludé frauduleusement le paiement de ses impôts : il est menacé des foudres de la justice pénale, de l'administration fiscale, de l'ordre des médecins, et son employeur peut vouloir le licencier en raison du préjudice causé à l'entreprise par la publicité des faits.

Même si l'intérêt social du droit disciplinaire est d'exercer son rôle là où le droit pénal ne peut rien, il arrive donc que la répression disciplinaire puisse être concernée par un comportement qui oppose l'individu au corps social tout entier. L'autonomie des matières postule de ne pas appliquer la règle *non bis in idem* dans leurs rapports[15] et ouvre la porte à un cumul de répressions. Leurs relations sont alors généralement résumées dans l'affirmation du principe d'indépendance[16]. Si celui-ci implique incontestablement que le déclenchement de l'action disciplinaire ne soit point subordonné à celui de l'action pénale, il mérite d'être nuancé car la répression disciplinaire ne peut se dérouler dans une totale ignorance de ce qui a été décidé au pénal. On peut ainsi présumer que l'autorité de la chose jugée au criminel – que le jugement soit rendu ou menace de l'être – va nécessairement entamer la liberté du juge disciplinaire comme elle limite celle du juge civil ou du juge administratif. Le pouvoir disciplinaire n'est d'ailleurs pas toujours contraint d'avoir égard à certaines conséquences de la qualification d'infraction pénale des faits disciplinaires. Il y trouve parfois un

11. M. Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 180.

12. Certains auteurs considèrent qu'il est dans la nature de la discipline d'exclure le principe la légalité des incriminations (R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* p. 31). D'autres parlent d'une légalité négative (J.-M. Béraud, *op. cit.* p. 383).

13. Sur ces instances de régulation, V. C. Teitgen-Colly, Les autorités administratives indépendantes, Histoire d'une institution, *in Les autorités administratives indépendantes*, sous la direction de G. Timsit et C.-A. Colliard, PUF, 1988, p. 22 à 73 ; M. Delmas-Marty, *op. cit.* p. 202.

14. En ce sens, A. Varinard et E. Joly-Sibuet, Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal, *Rev. int. dr. pén.* 1988, spéc. p. 191.

15. Les textes internationaux (art. 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Conv. EDH et l'art. 14 du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques) limitent, à l'instar du droit interne, le domaine d'application de la règle *non bis in idem* au seul champ pénal.

16. Sur le principe d'indépendance des répressions pénale et disciplinaire, V. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* p. 33.

intérêt et appuie alors sa propre répression sur la qualification pénale des faits pour en affirmer l'existence et la gravité.

L'autorité disciplinaire, *volens nolens*, est donc amenée à prendre en considération l'infraction pénale pour l'envisager sous l'angle disciplinaire. Par ailleurs les liens entre la répression disciplinaire et la répression pénale ne se nouent pas seulement à propos de l'appréciation d'un comportement que chacun qualifie selon ses propres critères. La sanction pénale, en elle-même, et donc indépendamment de l'infraction qui en est la cause, emporte des conséquences disciplinaires, d'une part parce que le pouvoir disciplinaire ne peut rester indifférent à l'opprobre que la condamnation pénale est de nature à jeter, par ricochet, sur le corps auquel appartient le délinquant, d'autre part parce que le droit pénal, à la recherche de peines efficaces, se tourne fréquemment vers l'utilisation de ces sanctions disciplinaires que sont les interdictions d'activité.

La répression disciplinaire de l'infraction pénale se réalise à travers, tout à la fois, la prise en considération de l'infraction pénale (I) et les conséquences disciplinaires de la sanction pénale (II).

I. – LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE L'INFRACTION PÉNALE PAR LE DROIT DISCIPLINAIRE

L'autorité disciplinaire peut être amenée à se prononcer sur des comportements qui, tout en ayant une coloration pénale, apparaissent également comme des manquements disciplinaires. Etant libre de ses qualifications, elle peut le faire alors même que le juge pénal ne s'est pas prononcé, soit parce qu'il n'a pas été saisi, soit parce qu'il n'a pas encore rendu sa décision définitive.

Il arrive ainsi que l'action pénale et l'action disciplinaire se déroulent parallèlement sur la base de mêmes faits répréhensibles. Il est nécessaire de se demander dans quelle mesure l'autorité disciplinaire garde son indépendance face à des décisions pénales statuant sur la réalité de l'infraction. Cela conduit à étudier l'incidence de l'action pénale sur l'action disciplinaire (A).

Il convient de pousser plus loin l'analyse des conséquences de l'autonomie du disciplinaire par rapport au pénal. En raison des différences de finalité des deux ordres répressifs, leurs concepts respectifs de faute sont loin d'être superposables. Cela implique tout aussi bien qu'un fait, indifférent au regard du droit pénal, soit constitutif d'une faute disciplinaire, et qu'un fait pénalement qualifiée ne soit pas, pour cette seule raison, disciplinairement répréhensible. Les relations, complexes, entre infraction pénale et faute disciplinaire appellent une clarification (B).

A. – *L'incidence de l'action pénale sur l'action disciplinaire*

Un même fait peut, dans la pratique, faire l'objet, à la fois d'une instance pénale et d'une instance disciplinaire. Le principe de l'indépendance des deux répressions implique-t-il que les deux contentieux doivent se dérouler dans une totale indifférence et sans influence possible du pénal sur le disciplinaire ? Il est des cas où l'institution secondaire est dans l'obligation de s'incliner devant la décision du juge pénal qu'elle ne peut contredire.

Sous réserve de cette impossible contradiction des décisions, le principe de l'indépendance demeure en droit, même si la pratique révèle que cette indépendance signifie de moins en moins une indifférence de l'autorité disciplinaire à l'égard de la décision du juge pénal.

1. L'impossible contradiction entre la décision disciplinaire et la décision pénale

Il n'existe pas une étanchéité absolue entre l'ordre pénal et l'ordre disciplinaire en dépit des différences des deux actions qui « ne s'exercent pas dans les mêmes sphères, l'action disciplinaire étant intentée pour le compte d'un corps secondaire alors que l'action publique tend à garantir la société »[17]. Le droit processuel montre que l'influence des décisions d'un ordre juridictionnel sur celles d'un autre ordre résulte de l'autorité de la chose jugée. Il enseigne également que l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions pénales de fond suppose entre les deux poursuites une triple identité d'objet, de parties et de cause qui, en principe, n'existe pas lorsque l'autorité disciplinaire est saisie des mêmes faits que la juridiction pénale. Il n'y a notamment pas identité d'objet entre la poursuite d'une infraction pénale et celle d'une faute disciplinaire puisque « l'objet de l'action, c'est ce qui est demandé »[18] c'est-à-dire dans un cas l'application d'une peine et dans l'autre celle d'une sanction disciplinaire, sauf à remarquer « que la juridiction disciplinaire ne pourra contredire ce que le juge répressif a décidé sur l'existence des faits matériels et la culpabilité au sens pénal »[19].

En effet, dans un tel cas des considérations d'intérêt social et des raisons de sécurité juridique imposent l'affirmation de la primauté du pénal sur le disciplinaire.

En pratique, deux cas de figure peuvent se présenter. Il arrive que l'autorité disciplinaire manifeste expressément son intention de subordonner la répression disciplinaire à la répression pénale en se référant à la seule qualification pénale des faits répréhensibles. Plus fréquemment, l'instance disciplinaire est basée sur des faits poursuivis par ailleurs pénalement, mais qualifiés uniquement en termes disciplinaires, par exemple par référence aux obligations professionnelles de leur auteur. Dans les deux hypothèses le procédé disciplinaire peut aboutir à une décision qui est en contradiction totale avec celle du juge pénal sur l'existence des faits et la participation du prévenu. Les autorités juridictionnelles, à défaut d'avoir su prévenir la contradiction, doivent en réparer les conséquences.

a) L'impossible contradiction entre la décision disciplinaire fondée sur une qualification pénale et la décision pénale.

Lorsque l'autorité disciplinaire assoit son action sur une qualification pénale la Cour de cassation lui impose depuis longtemps un sursis à statuer et subordonne sa décision à celle de l'autorité judiciaire.

L'obligation du sursis à statuer a été énoncée à plusieurs reprises, à partir de la fin du XIXe siècle, notamment dans une espèce où l'action disciplinaire d'un ordre s'était basée exclusivement sur la qualification de délit de fraude en matière électorale qui avait fondé l'action publique[20]. L'autorité disciplinaire, n'ayant pas dépouillé les faits de leur qualification pénale, était tenue d'attendre

17. J. Brèthe de la Gressaye, *op. cit.* n° 65.
18. J. Pradel, *Procédure pénale*, 5e éd. 1990, p. 627.
19. J. Pradel, *op. cit.* p. 627.
20. Civ. 9 nov. 1881, *DP* 1882.1.281 ; V. aussi Pau, 4 janv. 1881, *DP* 1882.2.8 ; Bordeaux, 28 juill. 1902, *DP* 1904.2.187 ; Colmar, 21 juill. 1945, *Gaz. Pal.* 1945.2.116.

le résultat de l'action publique. L'argument qui justifie cette jurisprudence est qu'une autorité ou juridiction disciplinaire doit normalement limiter son examen à la seule faute disciplinaire et ne pas procéder à la recherche et l'appréciation d'une infraction pénale, celles-ci étant de la seule compétence des juges répressifs. Un arrêt récent de la première Chambre civile de la Cour de cassation[21] réaffirme la nécessité du sursis à statuer lorsqu'il y a identité totale entre l'action publique et l'action de l'ordre.

Les décisions citées émanent de juridictions de l'ordre judiciaire et concernent la discipline des avocats ou des officiers ministériels. La position du Conseil d'Etat n'est pas différente. Il tire toujours les conséquences du non-respect du sursis à statuer en considérant illégale la décision de l'administration. Il est incontestable que celle-ci « voit sa décision subordonnée à celle de l'autorité judiciaire » lorsqu'elle « a délibérément méconnu le principe de l'indépendance de l'action disciplinaire et de l'action pénale »[22]. Quand la poursuite disciplinaire repose sur une qualification pénale, toutes les décisions pénales, même celles qui n'auraient pas autorité de la chose jugée au sens du droit criminel s'imposent à l'administration[23].

Suffit-il pour autant à l'autorité disciplinaire de ne pas se référer à la qualification pénale des faits dans ses poursuites pour s'affranchir totalement des décisions pénales ? Rien n'est moins sûr.

b) L'impossible contradiction entre la décision disciplinaire fondée sur une qualification disciplinaire et la décision pénale

Le plus souvent, l'autorité disciplinaire, publique ou privée, fonde son action sur une qualification disciplinaire des faits, même si, par ailleurs, ils font l'objet de poursuites pénales. La jurisprudence administrative n'a jamais considéré que cela autorisait les instances disciplinaires à outrepasser leur compétence et à contredire les déclarations du juge pénal sur la matérialité des faits et la participation du prévenu, en sanctionnant des agissements déclarés irréels par la juridiction pénale. Cette position est également celle de la première Chambre civile de la Cour de cassation. La Chambre sociale, quant à elle, après avoir été fermement opposée à toute autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire, accepte depuis peu, dans un tel cas, la primauté du pénal.

— La répression administrative autre que disciplinaire admet depuis longtemps que l'appréciation portée par le juge répressif sur la réalité des faits reprochés s'impose à l'administration et au juge administratif[24]. Les décisions rendues en matière disciplinaire, qu'elles concernent des fonctionnaires et agents publics[25]

21. Civ. 1re, 15 mai 1984, *D.* 1985.*Somm.*106 ; *JCP* 1984.IV.234 : pour décider, d'ailleurs, qu'en l'espèce, la similitude entre les deux actions n'étant pas établie, le Conseil de l'Ordre pouvait immédiatement apprécier le comportement de l'avocat poursuivi. V. aussi Civ. 1re, 14 juin 1988, *JCP* 1988.IV.294.

22. S. Salon, *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, LGDJ, 1969, p. 147.

23. Cons. d'Et. 6 mars 1968, *Laouni, Rec. Cons. d'Et.* p. 160 (classement sans suite) ; dans le même sens, Cons. d'Et. 28 janv. 1948, *Masson, S.* 1948.2.27. Lorsque la poursuite disciplinaire est fondée sur une qualification pénale la subordination de la décision disciplinaire à la décision pénale est une règle admise par l'ensemble du contentieux administratif (Cons. d'Et. 22 oct. 1975, *SCI Domaine de Tanit, JCP* 1976.II.18239, note G. Liet-Veaux, décis. rendue en matière d'urbanisme).

24. Cons. d'Et. 13 oct. 1954, *Letourneur, JCP* 1950.II.8890 ; Cons. d'Et. 27 janv. 1955, *Pasquelin, Rec. Cons. d'Et.* p. 154 ; Cons. d'Et. 3 janv. 1975, *D.* 1976.7, note M. Petite ; Cons. d'Et. 7 mars 1980, *Cinq-sept et autres, D.* 1980.320, note Richer, *JCP* 1981.II.19622, note Y. Brard.

25. Cons. d'Et. 3 mai 1963, *Alaux, Rec. Cons. d'Et.* p. 261, concl. Combarnous, *AJDA* 1963.352, chron. M. Gentot et J. Fourré ; Cons. d'Et. 7 févr. 1958, *Ferrandez, Rec. Cons. d'Et.* p. 184 ; Cons. d'Et. 25 juin 1953, *Moizant, Rec. Cons. d'Et.* p. 332. V. R. Chapus, *op. cit.* p. 246.

ou des médecins[26] vont dans le même sens. Rien ne justifierait que le droit disciplinaire adopte une autre solution car « une mesure disciplinaire est (comme toutes les autres décisions) illégale en cas d'inexistence matérielle des faits sur lesquels elle est fondée[27]. L'autorité administrative n'a pas à s'incliner totalement devant le dispositif de la décision pénale. Elle n'est pas liée par la qualification juridique des faits. En revanche, elle est tenue de respecter les constatations relatives à l'existence ou l'inexistence matérielle des faits, ce qui inclut la participation de la personne poursuivie[28]. Ces constatations relatives à la matérialité des faits « ne sont susceptibles d'avoir autorité sur l'administratif que si elles ne sont plus sujettes à discussion »[29] c'est-à-dire si elles sont incluses dans des décisions judiciaires définitives.

Dans la pratique, deux situations peuvent se présenter. Si le jugement pénal a reconnu la réalité des faits, il ne pourra être contredit sur ce point par l'autorité disciplinaire qui, cependant, aura toute latitude pour les qualifier selon ses propres critères. L'administration ne doit pas, toutefois, conclure sans examen qu'ils sont une faute disciplinaire de ce qu'ils ont été jugés être une faute pénale[30], pas plus qu'elle ne peut contredire la chose jugée au pénal niant la matérialité des faits[31]. Si le jugement pénal a nié les faits, leur inexistence doit être tenue pour établie par l'autorité administrative qui ne saurait prononcer une sanction[32]. Dans le cas où l'autorité disciplinaire a statué avant le juge pénal, la décision ayant prononcé une sanction disciplinaire peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir afin de faire cesser la contradiction entre les deux décisions. Lorsque le jugement pénal est rendu alors que la décision disciplinaire est insusceptible de recours, la pratique administrative, dans l'impossibilité d'effacer la contradiction, s'applique à en faire disparaître les effets[33].

— En matière de discipline des professions libérales la Cour de cassation a toujours admis l'autorité de la décision pénale quant à l'existence matérielle des faits et la participation du prévenu à leur commission[34]. Des arrêts récents, relatifs à des manquements disciplinaires reprochés à des avocats, étendent également l'autorité de la chose jugée à la qualification des faits[35]. En revanche, pendant longtemps, la Cour suprême a adopté une position différente en droit du travail où fréquemment le contentieux disciplinaire est lié à la délinquance du salarié. La Chambre sociale s'est montrée partisane déterminée d'un total cloisonnement entre l'instance pénale et l'instance disciplinaire[36]. La relaxe d'un salarié au pénal restait toujours sans incidence sur la rupture du contrat de travail,

26. Cons. d'Et. 19 oct. 1956, *Rec. Cons. d'Et.* p. 378 ; Cons. d'Et. 24 juill. 1987, *D.* 1989.*Somm.*56 ; Cons. d'Et. 18 oct. 1989, *JCP* 1991.II.21693, note G. Mémeteau.

27. R. Chapus, *op. cit.* p. 246.

28. En ce sens, J. Mourgeon, *op. cit.* p. 261 ; S. Salon, *op. cit.* p. 142.

29. J. Mourgeon, *op. cit.* p. 264.

30. Cons. d'Et. 9 nov. 1970, *Beauville, AJDA* 1971.425.

31. Cons. d'Et. 22 mai 1981, *Min. des Universités c/ M. F. D.* 1982.*IR*.27.

32. Cons. d'Et. 22 juin 1952, *Moizant*, préc.

33. V. R. Chapus, *op. cit.* p. 246 ; J.-M. Auby et J.-B. Auby, *Droit de la fonction publique*, 1991, p. 194 ; P. Terneyre, note sous Cons. d'Et. 24 juin 1988, *Secrétaire d'Etat aux Postes et télécommunications c/ M. Chamand, AJDA* 1988.340 ; M. Azibert et M. de Boisdeffre, *AJDA* 1988.588. Certes le Conseil d'Etat décide qu'une relaxe motivée par l'inexistence des faits « n'est pas de nature à rouvrir au profit de l'intéressé le délai du recours contentieux et à lui permettre de déférer à nouveau au juge de l'excès de pouvoir la décision » (Cons. d'Et. 3 mai 1963, *Alaux*, préc.), mais l'agent a droit à ce que les conséquences de la sanction soient effacées, et le cas échéant, à réintégration (Cons. d'Et. 7 févr. 1958, *Ferrandez*, préc.).

34. Civ. 21 août 1849, *D.* 1849.1.226 ; Req. 9 nov. 1881, *D.* 1882.2.281 ; Civ. 1re, 17 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 146.

35. Civ. 1re, 18 mai 1989 et Civ. 1re, 31 oct. 1989, *JCP* 1991.II.21693, note G. Mémeteau.

36. V. M. Roger, Les effets de la délinquance du salarié sur le contrat de travail, *Dr. soc.* 1980.175 ; M. Danti-Juan, Licenciement et droit pénal, cette *Revue* 1989.719.

quels qu'en aient été les motifs. Il était invariablement rappelé que « la résiliation du contrat de travail (ne pouvait) être subordonnée à une condamnation pénale »[37]. La Chambre sociale qui se défendait d'ailleurs de ne pas respecter la chose jugée[38], considérait que celle-ci n'avait pas à s'appliquer, dans la mesure où les juges ne statuaient pas sur l'acte qualifié pénalement mais sur la perte de confiance suscitée chez l'employeur par les soupçons ou sur le trouble causé dans l'entreprise par les poursuites et leur incidence négative sur la relation de travail[39].

Pour la première fois, le 16 juin 1988, la Chambre sociale a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt d'appel qui avait admis l'autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire et considéré que le licenciement d'un salarié, relaxé des poursuites diligentées contre lui pour vol, était sans cause réelle et sérieuse[40]. Deux arrêts rendus par la même chambre les 21 juin et 12 juillet 1989, ont confirmé ce revirement de jurisprudence. Leur analyse suggère que l'autorité de la chose jugée au pénal est tributaire de la motivation de la relaxe. Il est décidé, dans un cas, qu'une relaxe fondée non pas sur la démonstration positive de l'absence de caractères frauduleux de certaines opérations mais sur des doutes sur ce caractère frauduleux ne prive pas de fondement le licenciement du salarié[41]. Inversement, une relaxe reposant sur l'inexistence démontrée de la matérialité des faits est considérée comme s'imposant avec l'autorité de la chose jugée à l'employeur et à la juridiction sociale[42]. La motivation lapidaire des dernières décisions de la Chambre sociale[43] concernant la matière laisse penser que l'autorité absolue de la chose jugée n'est attachée qu'à la constatation matérielle des faits par le juge pénal et ne s'étend pas à la qualification de ces mêmes faits.

Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'autorité disciplinaire s'est fondée uniquement sur une qualification pénale que l'action disciplinaire est totalement subordonnée aux résultats de l'action pénale. En revanche, cas le plus fréquent, lorsqu'elle base son action sur une qualification disciplinaire, les juridictions administratives et civiles sont unanimes seulement pour considérer qu'elle ne peut contredire ce qui a été décidé par le juge pénal quant à la matérialité des faits et la participation de la personne poursuivie à leur commission. Au-delà, le principe de l'indépendance de l'action disciplinaire par rapport à l'action pénale reprend son empire.

2. L'indépendance de l'action disciplinaire par rapport à l'action pénale

C'est un principe général qui illustre bien l'existence d'un droit commun disciplinaire en dépit de l'hétérogénéité de la matière. Il se vérifie tant en ce qui concerne l'incidence de l'engagement d'une poursuite pénale sur la poursuite disciplinaire qu'à propos de l'influence sur l'instance disciplinaire de la plupart des suites données à l'action pénale.

37. Soc. 25 févr. 1984, *JCP* 1985.II.20399, note J.-F. Montredon.

38. Soc. 12 déc. 1985, *Jurispr. soc. UIMM*, 1986, n° 474, p. 235.

39. Sur la notion de perte de confiance : A. Chirez, La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ?, *D.* 1981.*Chron.*193 ; G. Couturier, *Droit du travail*, t. 1, 1990, p. 212.

40. Soc. 16 juin 1988, *D.* 1990.70, note J. Pralus-Dupuy.

41. Soc. 21 juin 1989, *D.* 1990.132, note J. Pralus-Dupuy.

42. Soc. 12 juill. 1989, *D.* 1990.132, note J. Pralus-Dupuy.

43. Soc. 12 mars 1991, *Bonfils* et Soc. 18 avr. 1991, *Assémat*, cités par J. Savatier *in* Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale, *Dr. soc.* 1991.626.

a) L'indépendance de la poursuite disciplinaire

Il faut imaginer des faits répréhensibles qui puissent fonder à la fois une action pénale et une action disciplinaire. La liberté d'agir de l'autorité disciplinaire est très grande, d'une part parce que certains événements qui affectent la poursuite pénale n'interdisent pas l'action disciplinaire – celle-ci n'étant pas conditionnée par celle-là – d'autre part parce qu'en dépit d'une mise en oeuvre de l'action publique, le principe reste celui de la liberté des poursuites disciplinaires.

– Il arrive en droit pénal qu'un fait ayant figure d'infraction ne puisse être poursuivi car l'action publique est éteinte. Cette extinction de l'action publique va-t-elle entraîner celle de l'action disciplinaire ?

Le problème se pose concrètement en cas de prescription de l'action publique et d'amnistie des faits avant jugement.

L'action publique et l'action disciplinaire ne sont pas soumises aux mêmes règles en ce qui concerne la prescription. L'action publique est toujours sujette à prescription alors que l'action disciplinaire ne l'est en principe pas[44]. Ce n'est que très exceptionnellement que certains textes prévoient ce mode d'extinction de l'action[45]. La prescription de l'action publique est sans effet sur l'action disciplinaire qui reste soumise à ses règles propres, ce qui est logique car, si la prescription « enlève à l'infraction son caractère délictueux »[46], elle laisse subsister les faits qui pourront être évoqués dans une instance disciplinaire sous une qualification disciplinaire.

Un texte du code du travail comporte une disposition originale qui contredit le principe de l'indépendance des poursuites pénale et disciplinaire. L'article L. 122-44, qui résulte de la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dispose qu'« aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ». La seconde partie de ce texte crée un lien incontestable entre l'action pénale et l'action disciplinaire : l'existence d'une poursuite pénale lève l'obstacle à la poursuite disciplinaire que constitue le délai de prescription de deux mois. En toute logique, une condamnation pendant ce délai doit également faire obstacle à la prescription disciplinaire. C'est une des conclusions que l'on peut tirer d'une décision récente de la section du contentieux du Conseil d'Etat[47]. Cet arrêt considère en outre que les poursuites pénales n'ont pas pour effet de suspendre ou interrompre le cours de la prescription de l'action disciplinaire mais de faire obstacle à toute prescription[48].

44. Le Conseil d'Etat, trente-six ans après l'arrêt *Deleuze*, du 27 mai 1955 (*Rec. Cons. d'Et.* p. 296), vient de réaffirmer dans l'arrêt *Aliquot* du 14 juin 1991 (*AJDA* 1991.575) que l'exercice de l'action disciplinaire dans la fonction publique n'est enfermé dans aucun délai.

45. C'est le cas de l'ordonnance du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels (son article. 47 fixe à 30 ans le délai de prescription) et du décret du 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession de commissaire aux comptes (son article 115 dispose que l'action disciplinaire se prescrit par 10 ans).

46. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* p. 71.

47. Cons. d'Et. 8 juin 1990, *Dehon*, *RJS*, 1990, n° 697, p. 243, note non signée.

48. Position approuvée par l'auteur de la note préc. *Contra* F. Vennin (L'aménagement du pouvoir disciplinaire de l'employeur, *Dr. soc.* 1983, spéc. p. 489) considère que l'exercice des poursuites pénales suspend le délai de prescription.

C'est aussi l'amnistie avant jugement des faits délictueux qui doit être envisagée dans ses incidences sur l'engagement de la poursuite judiciaire. L'amnistie pénale fait disparaître la qualification pénale et interdit les poursuites devant une juridiction pénale, mais ne supprime pas le fait lui-même. La responsabilité civile de l'auteur des faits demeure. En conséquence, lorsque les faits ont été l'objet d'une telle amnistie avant d'être jugés, ils peuvent, en théorie, être poursuivis par l'autorité disciplinaire, sous leur qualification disciplinaire. La pratique tente à s'éloigner de ce schéma dans la mesure où, depuis plusieurs années, l'amnistie est souvent étendue pour les mêmes faits à leurs sanctions pénales mais aussi disciplinaires. Les formules légales ont varié avec le temps[49], le résultat est toujours le même : l'action disciplinaire n'est plus possible, mais pour une raison qui lui est propre et non pas par ricochet de l'amnistie pénale. D'ailleurs, dans le cas où la loi exclut du champ de l'amnistie disciplinaire « les manquements à la probité, aux bonnes moeurs ou à l'honneur »[50] l'amnistie pénale avant jugement de ce type de faits ne met pas obstacle aux poursuites disciplinaires.

— L'indépendance de l'action disciplinaire par rapport à l'action pénale se traduit de plusieurs manières en ce qui concerne son exercice. D'une part, la poursuite pénale et la poursuite disciplinaire ne sont nullement exclusives l'une de l'autre. D'autre part, l'action disciplinaire n'est pas subordonnée à l'existence d'une poursuite pénale, lorsque les faits sont pénalement répréhensibles et inversement la poursuite criminelle ou correctionnelle de comportements répondant par ailleurs à une qualification disciplinaire n'oblige pas l'autorité disciplinaire à les poursuivre. Cette indépendance est renforcée par le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires dont la plénitude est d'autant moins contestable que la constitution de partie civile n'existe pas dans la procédure disciplinaire[51].

L'expression la plus complète de l'indépendance du disciplinaire par rapport au pénal se résume dans la formule « le pénal ne tient pas le disciplinaire en l'état ». Lorsque les deux actions sont engagées parallèlement, la personne poursuivie ne peut opposer au pouvoir disciplinaire une exception de litispendance au motif que le juge pénal ne s'est pas prononcé. L'autorité disciplinaire n'est pas tenue d'interrompre son processus répressif car « aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit n'imposent (...) d'attendre pour se prononcer sur les poursuites disciplinaires (...) que les tribunaux de l'ordre judiciaire aient définitivement statué »[52]. Elle n'a pas à surseoir à statuer pour attendre le résultat de l'action publique[53], simplement elle le peut et

49. Certaines lois portant amnistie faisaient référence dans les mêmes dispositions à l'amnistie des faits pouvant donner lieu à une sanction pénale et à une sanction disciplinaire (ex. : art. 10, 11 et 12 L. 31 juill. 1959). Les lois récentes (notamment L. n° 81-736 du 4 août 1981 et L. n° 88-828 du 20 juill. 1988) consacrent un chapitre à l'amnistie disciplinaire.

50. Ex. art. 14 L. 20 juill. 1988 (sauf mesure individuelle accordée par décret du président de la République).

51. Civ. 7 juill. 1885, *S.* 1888.1.480 ; Civ. 24 juill. 1888, *S.* 1888.1.464. Pour le droit disciplinaire de la fonction publique, V. J. Mourgeon, *op. cit.* p. 309.

52. Cons. d'Et. 11 juill. 1958, *Tordo, Rec. Cons. d'Et.* p. 241.

53. Montpellier, 4 déc. 1912, *S.* 1914.2.39 ; Civ. 1re, 15 mai 1984, *D.* 1985.*Somm.*106 (poursuite disciplinaire à l'encontre d'un avocat) ; TGI Paris, 9 et 13 juill. 1983, inédits (poursuites disciplinaires à l'encontre d'huissiers de justice) ; Cons. d'Et. 9 nov. 1979, *Rec. Cons. d'Et.* Tables, p. 187 (poursuite disciplinaire à l'encontre d'un médecin). Sur le caractère facultatif du sursis à statuer dans le droit disciplinaire de la fonction publique : Cons. d'Et. 2 juill. 1955, *Dame Kowaleski, D.* 1955.687 ; Cons. d'Et. 9 mars 1956, *Dame Audic, Rec. Cons. d'Et.* Tables, p. 690 ; Cons. d'Et. 13 mai 1974, *Carpentier, Rec. Cons. d'Et.* p. 284. V. également R. Chapus, *op. cit.* p. 256 ; J. Mourgeon, *op. cit.* p. 270 ; P. Terneyre, note sous Cons. d'Et. 24 juin 1988, préc. ; *J.-Cl. Administratif, v° Agents publics*, fasc. 183, n° 45.

en use à son gré pour des raisons d'opportunité qui tiennent aux limites que connaît l'indépendance de la décision qu'elle va être amenée à rendre.

b) L'indépendance de la décision disciplinaire

L'impossible contradiction à la décision pénale est la seule limite à l'indépendance de l'action disciplinaire. Cela explique le caractère facultatif du sursis à statuer, mais aussi sa pratique fréquente.

– Le sursis à statuer ne s'impose pas aux instances disciplinaires car la répression qu'elles exercent n'est pas, en règle générale, influencée par les vicissitudes de la répression pénale.

Celle-ci peut tourner court et se solder par un classement sans suite, mesure d'administration émanant du parquet, ou un non-lieu décidé par les juridictions d'instruction. Les jurisprudences administrative[54] et judiciaire[55] ont à maintes reprises considéré que ces décisions n'étaient pas un obstacle à une procédure pouvant aboutir à une sanction disciplinaire. De là le paradoxe d'un classement sans suite ou d'un non-lieu restant sans effet sur la décision disciplinaire alors qu'une relaxe, révélant une plus grande implication de la personne dans le procès pénal, peut, dans certains cas, rendre irrégulière une sanction disciplinaire.

Les jugements de relaxe, sauf s'ils nient la matérialité des faits ou la participation du prévenu, n'ont pas, en général, l'autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire. Le Conseil d'Etat considère que les décisions pénales qui se bornent à nier la culpabilité du prévenu sans contredire la réalité des faits sont sans incidence sur l'instance disciplinaire. Les conséquences d'une relaxe au bénéfice du doute – c'est-à-dire au motif que la réalité des faits n'est pas suffisamment établie – ont suscité quelques hésitations. La Haute Assemblée a d'abord assimilé le doute à un constat d'inexistence des faits[56] puis, à partir de 1956, elle a abandonné cette jurisprudence au profit de la position suivante : « Si les faits constatés par le juge pénal et qui commandent nécessairement le dispositif d'un jugement ayant acquis force de chose jugée s'imposent à l'administration, la même autorité ne saurait s'attacher aux motifs d'un jugement de relaxe tirée de ce qu'un doute subsiste » sur la réalité des faits reprochés[57]. Au fond, une chose est de dire que les faits reprochés sont inexistants, autre chose est l'aveu de l'ignorance de leur existence. Cette position est aussi celle de la première Chambre civile de la Cour de cassation[58]. Elle a été celle de la Chambre sociale à partir du moment où, en 1989, elle a admis l'autorité des décisions niant la matérialité des faits. Quant aux arrêts d'acquittement, les jurisprudences administrative et judiciaire sont unanimes, pour l'instant, à ne leur accorder aucune autorité sur le

54. Cons. d'Et. 10 nov. 1944, *Langneur, D.* 1945.87 (non-lieu) ; Cons. d'Et. 20 nov. 1955, *Dupuis, Rec. Cons. d'Et.* p. 55 (non-lieu) ; Cons. d'Et. 20 avr. 1960, *Lepron, Rec. Cons. d'Et.* p. 284 (classement sans suite).

55. Soc. 8 oct. 1986, *Cah. prud'h.* 1987.27 (non-lieu) ; Soc. 10 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1979.2.Pan.495 (non-lieu) ; Amiens, 20 juin 1985, *Cah. prud'h.* 1986.83 (classement sans suite). Un arrêt récent (Soc. 12 mars 1991, *Bothelo et a. JCP* 1991.IV.183) considère, toutefois, comme étant sans cause réelle et sérieuse le licenciement de deux salariés qu'une information judiciaire n'avait pas permis de convaincre du vol dénoncé par deux de leurs collègues. Son interprétation est délicate dans la mesure où l'incidence de la décision de non-lieu interfère avec le refus de la Chambre sociale de voir dans la perte de confiance, invoquée par l'employeur, une cause réelle et sérieuse de licenciemen. Cf. *infra* note n° 67.

56. Cons. d'Et. 10 déc. 1948, *Mallardel, Rec. Cons. d'Et.* p. 466 ; Cons. d'Et. 16 nov. 1949, *Fleischmann, Rec. Cons. d'Et.* p. 485 ; Cons. d'Et. 28 nov. 1951, *Dame Cure, Rec. Cons. d'Et.* p. 557.

57. Cons. d'Et. 11 juin 1956, *Chomat, D.* 1956.469 ; *AJDA* 1956.2.297, note Fournier et Braibant. Dans le même sens, Cons. d'Et. 2 janv. 1959, *L'amoulen, AJDA* 1959.2.252 ; Cons. d'Et. 31 mai 1968, *Moreau, AJDA* 1968.2.593.

58. Civ. 1re, 15 mai 1984, *D.* 1985.*Somm.*106 (argument *a contrario*).

disciplinaire[59]. La raison en est que l'acquittement n'est pas motivé et peut aussi bien reposer sur l'inexistence des faits que sur une cause de non-culpabilité. Dans l'incertitude c'est à l'heure actuelle cette dernière hypothèse qui est privilégiée.

La même indépendance est proclamée à l'égard des décisions pénales de condamnation : ainsi l'intervention d'un jugement pénal ne permet pas d'aggraver la sanction disciplinaire déjà prononcée, à moins que ce jugement ne révèle des fautes nouvelles[60].

L'autorité accordée sur le disciplinaire à certaines décisions pénales d'arrêt des poursuites fait cependant peser une épée de Damoclès sur la décision disciplinaire, ce qui explique que le sursis à statuer, facultatif en principe, soit fréquemment utilisé. Ce n'en est d'ailleurs pas la seule raison.

— L'indépendance de principe dont jouit le pouvoir disciplinaire, non seulement dans la poursuite mais encore dans la décision, ne lui interdit pas de porter attention à la décision pénale car « il importe que l'indépendance des deux répressions ne se double pas de l'indifférence de l'autorité disciplinaire à l'égard du juge pénal »[61]. En pratique l'autorité disciplinaire souhaite parfois que le contentieux pénal soit arrivé à terme avant de se prononcer elle-même.

C'est qu'en effet le sursis à statuer présente maints avantages. Il peut éviter à l'autorité disciplinaire de se mettre en contradiction avec la décision pénale dans le cas où celle-ci viendrait à nier la matérialité des faits considérés comme manquements disciplinaires. Il est également justifié par la possibilité donnée parfois à cette autorité de puiser utilement des renseignements dans la procédure pénale, de prendre en considération des aveux ou des indices recueillis au cours d'une instruction judiciaire[62]. Enfin on conçoit aisément que la gravité de la faute disciplinaire varie selon qu'elle est associée ou non à une infraction pénale.

Le sursis à statuer n'est pourtant pas exempt d'inconvénients car il va permettre à une personne qui a gravement contrevenu à ses obligations professionnelles de continuer à exercer son activité. Ces effets néfastes peuvent, parfois, être atténués par une mesure de suspension. Il s'agit d'une mesure d'urgence destinée à interdire, à titre conservatoire, une activité dans l'attente d'une mesure disciplinaire. Exceptionnellement, certains textes relatifs à la discipline dans la fonction publique ou les corps judiciaires l'admettent dans le cas où le prévenu fait l'objet de poursuites pénales[63].

Les avantages paraissent l'emporter aux yeux de l'administration, qui recourt fréquemment au sursis à statuer, et cette attitude est, semble-t-il, également celle des juridictions ordinales en matière de poursuites contre les avocats[64]. En re-

59. Cons. d'Et. 21 juin 1972, *Le Roy, Rec. Cons. d'Et.* p. 462 ; Cons. d'Et. 21 juin 1972, *Préfet de police c/ Voitot, Rec. Cons. d'Et.* p. 464 ; Req. 12 avr. 1837, *S.* 1837.1.282 ; Civ. 4 janv. 1950, *D.* 1950.174 (à propos d'un avocat). Le Conseil d'Etat, pour atténuer la rigueur de cette solution, considère toutefois que l'acquittement constitue un fait nouveau imposant à l'administration un nouvel examen des faits (Cons. d'Et. 13 juill. 1966, *Goudinoux, Rec. Cons. d'Et.* p. 469).

60. Cons. d'Et. 28 avr. 1948, *Veillard, Rec. Cons. d'Et.* p. 175.

61. R. Chapus, *op. cit.* p. 256.

62. Cons. d'Et. 26 juill. 1982, *Min. Intérieur c/ Simone, Rec. Cons. d'Et.* p. 287.

63. Art. 30 L. 13 juill. 1983, portant nouveau statut des fonctionnaires (*JCP* 1983.III.54481) : il entérine la pratique (V. Cons. d'Et. 22 juin 1955, *Nicolas, RPDA* 1955.322 ; Cons. d'Et. 11 mai 1959, *Soulié, Rec. Cons. d'Et.* p. 212). Art. 18 Décr. n° 54-455, 26 avr. 1954, portant R.A.P. pour la discipline des greffiers titulaires de charges. Art. 23 L. 31 déc. 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié par l'art. 17 L. 31 déc. 1990 (*ALD* 1991, législ. p. 81). Art. 32 Ord. 28 juin 1945, relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels.

64. V. obs. A. Brunois, sous Civ. 1re, 15 mai 1984, *D.* 1985.*Somm.*106.

vanche, la prise en compte des inconvénients détourne le pouvoir disciplinaire privé du sursis à statuer : le droit du travail l'ignore et la jurisprudence récente qui impose à l'employeur, au minimum, de ne pas contredire ce qui a été décidé par le juge pénal quant à la matérialité des faits ne devrait rien y changer.

Si les autorités disciplinaires peuvent mener leur action propre sans avoir à attendre que le juge pénal les précède, c'est en raison de la différence de la qualification disciplinaire d'un fait par rapport à son éventuelle qualification pénale. Quels sont donc les faits qui peuvent recevoir les deux qualifications, être à la fois infraction disciplinaire et infraction pénale ?

B — *Les relations entre l'infraction pénale et la faute disciplinaire*

La difficulté de préciser les relations entre l'infraction pénale et la faute disciplinaire tient au fait que, bien qu'ayant un caractère punitif, le droit disciplinaire des corps publics ou privés, des professions libérales ou commerciales organisées en ordres ou en compagnies uniques et obligatoires n'est pas soumis au principe de la légalité des infractions. En conséquence, il n'existe aucune liste des infractions pénales qui puissent être considérées comme fautes disciplinaires dans les textes législatifs ou réglementaires relatifs à la discipline dans la fonction publique, les professions libérales, l'entreprise. Les codes de déontologie, les statuts des associations, syndicats, sociétés coopératives ou mutualistes, les règlements intérieurs des entreprises et fédérations sportives comportent tout au plus une définition générale de la faute disciplinaire.

En l'absence d'une telle énumération, ce sont la pratique et la jurisprudence qui, se référant à la finalité de la discipline, qualifient tel comportement délictueux de transgression de l'ordre disciplinaire. Les informations puisées dans le contentieux ne donnent qu'une idée partielle de la réalité : bien des infractions pénales entraînent une répression disciplinaire sans qu'il y en ait trace dans les recueils de jurisprudence, simplement parce que la personne condamnée ne conteste pas en justice la sanction disciplinaire et son motif. Ceci est particulièrement vrai dans le droit disciplinaire des associations et syndicats et vaut en toute matière pour les infractions les moins graves.

Une démarche qui tendrait à répertorier avec exactitude et exhaustivité toutes les formes de délinquance qui, dans le droit disciplinaire privé ou public, sont retenues comme violations de la discipline serait donc assez vaine. Le propos sera donc, plutôt, de formuler des principes généraux résumant les relations entre l'infraction pénale et les comportements disciplinairement fautifs. Ils concernent la nature de la délinquance à l'origine d'une faute disciplinaire et l'incidence de la qualification pénale sur le degré de gravité de la faute disciplinaire.

1. La nature de l'infraction pénale constitutive de faute disciplinaire

Un raisonnement sommaire voudrait que l'infraction constitutive de faute disciplinaire soit véritablement un fait pénalement qualifiable et commis dans l'exercice de l'activité soumise à la discipline.

La première exigence peut sembler écartée par le droit positif pour lequel, au regard du droit disciplinaire, la délinquance n'est pas seulement celle qui a été constatée par une décision définitive. C'est aussi celle qui a seulement suscité une enquête ou une instruction ayant débouché sur un arrêt des poursuites ou

même celle dont les autorités pénales n'ont jamais eu à connaître . En réalité ce n'est là qu'une conséquence du principe de l'indépendance de la répression disciplinaire par rapport à la répression pénale. En revanche, une véritable dérogation à l'exigence d'une infraction pénalement qualifiable a existé, jusqu'à une époque très récente, dans le droit disciplinaire du travail : elle s'est matérialisée dans la notion de perte de confiance qui permettait à l'employeur d'invoquer, comme cause de licenciement disciplinaire, le simple soupçon d'un comportement délictueux, le doute sur l'innocence du salarié. L'infraction supposée restait une cause de licenciement quand bien même l'existence des faits était démentie par les juridictions répressives[65]. Cette conception de la délinquance, qui n'a jamais été celle des autres branches du droit disciplinaire, a été contestée, pour la première fois, par les arrêts du 21 juin et du 12 juillet 1989 qui ont annoncé un dépérissement de la notion de perte de confiance[66]. Son rejet, en tant que motif légitime de licenciement, par un arrêt de principe[67] et la nouvelle approche jurisprudentielle des effets de la relaxe du salarié au pénal sur la décision disciplinaire marquent l'abandon de cette conception.

Quant à la seconde exigence, le droit disciplinaire l'écarte purement et simplement en raison de l'absence de cloison étanche existant entre l'institution secondaire et son environnement social. Le manquement disciplinaire, « atteinte directe ou indirecte portée à l'idée d'intérêt collectif »[68], ne résulte pas uniquement de faits commis dans l'exercice de la profession ou de l'activité assujettie à une discipline. Les agissements d'un membre d'une institution secondaire publique ou privée peuvent être à l'origine de sanctions disciplinaires même s'ils relèvent de la sphère de sa vie privée, car tout membre d'un corps a le devoir de ne pas nuire à l'image de la collectivité dont il fait partie. L'infraction commise en dehors de l'exercice des fonctions ou activités relevant du droit disciplinaire peut être génératrice d'un manquement disciplinaire.

a) Une infraction commise en relation avec l'exercice des fonctions ou activités relevant de la discipline

Les infractions susceptibles d'être sanctionnées disciplinairement sont commises soit dans l'exercice des fonctions ou activités relevant du droit disciplinaire soit à l'occasion de cet exercice.

— La première catégorie comprend des actes qui postulent l'appartenance de leur auteur à une profession. Les infractions pour lesquelles la qualité professionnelle est un élément constitutif concernent aussi bien la fonction publique que certaines professions régies par le droit privé.

L'Etat peut manifester son intérêt à la discipline des institutions secondaires en réglementant avec une relative précision leur organisation et leur pouvoir de contrainte. Il peut également, lorsque l'intérêt public lui semble particulièrement en jeu, décider de confier au droit pénal la mission d'assurer directement une part de la discipline de l'institution secondaire en incriminant des comportements transgressant des obligations professionnelles. La répression étatique n'exclut pas pour autant, en un tel cas, la répression disciplinaire. Elle contribue

65. Sur les applications de la notion de perte de confiance, V. A. Chirez, *op. cit.* p. 193 ; G. Couturier, *op. cit.* p. 212 ; M. Roger, *op. cit.* p. 177 et la jurisprudence citée. Ex. Soc. 29 nov. 1979, *Bull. civ.* V, n° 197 ; Soc. 9 nov. 1978, *Bull. civ.* V, n° 756.

66. Soc. 21 juin 1989 et Soc. 12 juill. 1989, préc. V. *supra* notes n° 41 et 42.

67. Soc. 29 nov. 1990, *D.* 1991.190, note J. Pélissier ; V. aussi Soc. 12 mars 1991, *Bothelo*, préc. ; Soc. 12 mars 1991, *Bonfils*, préc. ; Soc. 18 avr. 1991, *Assemat*, préc.

68. A. Légal et J. Brèthe de La Gressaye, *op. cit.* p. 290.

à la renforcer, le pouvoir disciplinaire restant toutefois toujours autonome et libre de choisir de poursuivre ou non. Les infractions spéciales réprimées par le code pénal et qui sont propres aux agents publics, en ce sens qu'eux seuls peuvent s'en rendre coupables, sont souvent des incriminations qui les concernent tous. Elles consistent dans des comportements qui nuisent à la bonne organisation du service[69] ou qui transgressent le principe d'autorité[70] et le devoir de probité[71]. Les infractions imputables seulement à certains fonctionnaires visent plus souvent les fonctionnaires d'autorité que les fonctionnaires de gestion[72]. Ce sont les empiètements sur le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire (art. 127 à 131 c. pén.) et les infractions du droit pénal militaire imputables aux seuls militaires qui ont, pour certaines d'entre elles, la particularité d'être définies comme des infractions contre la discipline (art. 442 à 464 c. just. mil.).

La violation du secret professionnel fait partie de ces infractions professionnelles qui peuvent être reprochées aux « agents publics qui reçoivent dans l'exercice de leurs fonctions des renseignements confidentiels au sujet de personnes ou d'intérêts privés »[73] et pas seulement à eux. Le texte de l'article 378 du code pénal vise expressément les membres des professions de santé et par une formule générale « toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie ... ». Cet article est appliqué aux avocats, notaires, huissiers, experts-comptables et commissaires aux comptes[74].

Le droit pénal médical est sans aucun doute celui qui connaît le plus d'infractions pour lesquelles la qualité de membre d'une profession de santé est un élément constitutif[75]. La même technique est utilisée par le droit pénal des affaires lorsqu'il sanctionne les délits d'informations mensongères et de non-dénonciation des infractions commis en matière de sociétés par les commissaires aux comptes[76] et contribue ainsi à la répression disciplinaire.

Celle-ci peut également puiser sa source dans des infractions pour lesquelles la qualité de l'auteur est indifférente mais qui ont été commises dans le cadre d'une activité relevant d'un droit disciplinaire. Il s'agit de transgressions ordinaires de la loi pénale qui peuvent être le fait d'individus assujettis à aucune discipline. Tout au plus, dans certains cas, la qualité de l'agent est-elle une circonstance aggravante.

Ce sont ces infractions ordinaires qui laissent le plus de traces dans le contentieux publié, probablement parce qu'elles sont les plus fréquentes. Le droit disciplinaire de la fonction publique et la jurisprudence sociale offrent le plus d'exemples, ce qui n'a rien d'étonnant, eu égard au nombre de fonctionnaires et

69. Par ex. le détournement d'actes ou de titres confiés en raison des fonctions, prévu par l'art. 173 c. pén.

70. Ex. l'attentat à la liberté, aux droits civiques et à la constitution, prévu par l'art. 114 c. pén. ; les discriminations incriminées aux art. 187-1 et 187-2 c. pén. ; la violation du domicile d'un particulier, érigée en délit spécial par l'art. 184, al. 1 c. pén. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, par A. Vitu, 1982, p. 230 et s.

71. Ex. la concussion (art. 174 c. pén.) et la corruption (art. 177 c. pén.).

72. A l'exception des détournements par les comptables publics.

73. J.-M. Auby et J.-B. Auby, *op. cit.* p. 160. V. Crim. 30 août 1906, *DP* 1907.1.419 ; Crim. 5 nov. 1909, *DP* 1909.1.25 ; Crim. 14 mars 1962, *Bull. crim.* n° 134, p. 278.

74. Notaires : Crim. 3 mars 1938, *DH* 1938.341. Huissiers : T. civ. Seine, 20 oct. 1938, *DH* 1939.44 ; Paris, 14 déc. 1980, *D.* 1982.501. Experts-comptables : Ord. 19 sept. 1945, *D.* 1945.246 ; Crim. 24 janv. 1957, *D.* 1957.298. Commissaires aux comptes : art. 457, al. 2, L. 24 juill. 1966.

75. Ex. art. L. 363 c. santé publ. : interdiction d'exercer la médecine, l'art dentaire ou la profession de sage-femme sous un pseudonyme ; V. aussi les art. L. 364, L. 367, L. 372-3° et L. 549 du même code.

76. art. 457, al. 1, L. 24 juill. 1966. V. M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, t. 2, p. 300.

de salariés. Il s'agit fréquemment d'atteintes aux biens : malversations, indélicatesses, détournements constitutifs en apparence ou en réalité de vols, escroqueries, abus de confiance, contrefaçons, faux et usages de faux[77]. Ce sont également des agressions contre les personnes, telles que les coups, violences ou voies de fait volontaires, les violences sexuelles, les menaces de mort et même l'enlèvement[78]. A cela s'ajoutent des infractions diverses telles que les injures, la conduite sous l'empire d'un état alcoolique et le délit de fuite[79]. La jurisprudence relative aux sanctions disciplinaires, rare en ce qui concerne les professions libérales[80], est totalement inexistante pour ce qui est des associations et des syndicats. La nature de la sanction disciplinaire, l'absence en général d'intérêts matériels ne justifient pas la saisine des tribunaux. Une délinquance à l'implication disciplinaire peut pourtant exister dans l'exercice de l'activité associative. La presse relate parfois des cas d'exclusion ou de suspension de sportifs ayant commis des violences dépassant largement ce que permet la règle du jeu.

La jurisprudence analysée laisse apparaître le caractère de crime ou de délit intentionnel des infractions sanctionnées. Rien ne permet pourtant d'exclure de la répression disciplinaire les délits d'imprudence et les contraventions, surtout lorsqu'elles ont un caractère intentionnel. Il n'est pas dit que la répression disciplinaire n'ait pas à connaître, notamment dans les relations employeur-salarié, de la contravention d'injure non publique, prévue par l'article R. 26-11° du code pénal, à l'origine, selon M. le doyen Carbonnier, du « plus colossal (et le moins dramatique) des chiffres noirs de la délinquance »[81]. Si peu d'injuriés portent leur grief devant la justice pénale, le droit disciplinaire donne probablement quelque effectivité à ce texte !

— Les instances disciplinaires peuvent également avoir à connaître d'infractions commises à l'occasion des fonctions et activités relevant du droit disciplinaire. Ces infractions s'inscrivent le plus souvent dans le cadre d'une action collective perturbant les relations de travail dans l'entreprise privée ou les services publics.

La grève, interruption collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles, promue par la Constitution de 1946 dans la ca-

77. Vols : Cons. d'Et; 6 mars 1968, *Laouni*, préc. (agent public). De multiples décisions en droit du travail : Soc. 10 mai 1971, *Bull. civ.* V, n° 401 ; Soc. 28 mars 1984, *Cah. prud'h.* 1986.161 ; Soc. 20 févr. 1986, *Dr. soc.* 1986.287, obs. J. Savatier ; Soc. 10 juill. 1986, *Cah. prud'h.* 1986.170 ; Soc. 16 juin 1988, *Jurispr. soc. UIMM*, 1988, n° 510, p. 508 ; Soc. 22 nov. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, 1991, n° 535, p. 46 ; Versailles, 27 avr. 1989, *Dr. soc.* 1989.664, concl. Duplat. Escroqueries : Cons. d'Et. 11 mai 1956, *Chomat*, préc. ; Soc. 8 janv. 1981, *Somefran c/ Mordret*, inédit. Abus de confiance : Soc. mars 5 mars 1981, *Bull. civ.* V, n° 188 ; Soc. 17 mai 1990, *Juris-Data*, n° 001570 ; Soc. 31 oct. 1989, *Juris-Data*, n° 003705. Contrefaçons : Cons. d'Et. 22 mai 1981, *Min. des Universités c/ M. F.* préc. Faux et usages de faux : Soc. 26 oct. 1978, *Bull. civ.* V, n° 719.

78. Coups, violences et voies de fait volontaires : Soc. 20 juill. 1987, *Jurispr. soc. UIMM*, 1987, n° 496, p. 520 ; Soc. 19 nov. 1987, *Bull. civ.* V, n° 654 ; Bordeaux, 9 janv. 1990, *Juris-Data* n° 040572 ; Aix-en-Provence, 17 mai 1988, *Juris-Data* n° 050626. Violences sexuelles : Soc. 30 avr. 1987, *Jurispr. soc. UIMM*, 1987, n° 495, p. 477 (violences sexuelles sur les lieux du travail). Menaces de mort : Bordeaux, 12 févr. 1990, *Juris-Data* n° 040058. Enlèvement : Cons. d'Et. 21 juin 1972, préc. (décis. en relation avec l'affaire *Ben Barka*).

79. Injures : Soc. 23 mai 1962, *Bull. civ.* IV, n° 461 ; Soc. 24 nov. 1982, préc. Conduite sous l'empire d'un état alcoolique : Soc. 26 mars 1986, *Bull. civ.* V, n° 84 (chauffeur routier). Délit de fuite : Soc. 8 juin 1979, *D.* 1980.*Somm.*90 (chauffeur routier).

80. Toutefois, on peut citer : Cons. d'Et. 19 oct. 1956, *Rec. Cons. d'Et.* p. 378 (abus de confiance commis par un médecin) ; Grenoble, 2 juill. 1969, *Gaz. Pal.* 1970, tables, I, p. 129, cité par J. de Poulpiquet, *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires*, 1974, p. 406 ; Cons. d'Et. 30 mars 1979, *Jeault, Rec. Cons. d'Et.* p. 146 (escroquerie et émissions de chèques sans provision reprochées à un chirurgien-dentiste) ; Civ. 1re, 10 janv. 1984, *D.* 1985.*Somm.*111 (menaces proférées par un avocat) ; Conseil de l'Ordre des avocats de Paris, 16 juill. 1987, *D.* 1989.*Somm.*81 (fraude fiscale).

81. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1988, p. 73.

tégorie des droits fondamentaux, peut être accompagnée de véritables violations de la loi pénale.

Le droit du travail ne laisse pas le pouvoir disciplinaire désarmé face à des grèves irrégulières. Si l'article L. 521-1 du code du travail dispose que « la grève ne rompt pas le contrat de travail », il ajoute « sauf faute lourde imputable au salarié ». Parmi les fautes lourdes, actes d'insubordination d'une gravité particulière et insusceptibles de se rattacher à l'exercice normal de droit de grève, peuvent être rangées certaines infractions pénales[82].

Dans la fonction publique, également, des agissements délictueux, s'ils sont accompagnés d'une grève, peuvent susciter des poursuites disciplinaires, dans des conditions toutefois différentes. En outre, le droit pénal renforce le pouvoir disciplinaire de l'administration en incriminant spécialement des actes qui provoquent la désorganisation du service même s'ils ne se produisent pas nécessairement dans le contexte d'une grève. Ainsi la coalition de fonctionnaires est réprimée lorsqu'elle prend l'aspect d'une action formée contre les lois et leur exécution ou lorsqu'elle est constituée par des démissions concertées[83].

b) Une infraction commise en dehors de l'activité ou des fonctions relevant du droit disciplinaire

Ce type d'infractions n'intéresserait pas la répression disciplinaire si celle-ci avait comme seule finalité de faire respecter l'ordre à l'intérieur de l'institution, de policer les relations entre ses membres. Les finalités du droit disciplinaire étant plus vastes, la faute disciplinaire peut résulter de comportements extraprofessionnels. Nombreux sont les textes qui, donnant une définition générale de la faute disciplinaire, font allusion expressément à de tels faits[84]. D'autres le font implicitement en visant « tout manquement ... aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse et à la dignité »[85]. Ces formules se trouvent essentiellement dans des textes concernant certaines professions libérales et les corps judiciaires, ce qui s'explique par le haut degré de moralité attendu de leurs membres. Ceux-ci doivent s'abstenir de tous faits susceptibles de jeter un doute sur leur intégrité et de discréditer la profession[86].

Le droit de la fonction publique ne fait dans aucune disposition générale une allusion expresse à des comportements relevant de la vie privée. Toutefois, la faute disciplinaire est un manquement aux obligations dont il exige le respect. Parmi elles, figure l'obligation de moralité[87] qui implique que tout fonctionnaire ne doit pas se comporter, dans l'exercice de ses fonctions, mais aussi dans sa vie personnelle, d'une manière qui porterait atteinte à la réputation de son administration. Ainsi le proxénétisme est-il incompatible avec l'exercice d'une fonction

82. C'est le cas des violences graves et voies de fait (Soc. 26 mai 1981, *Bull. civ.* V, n° 467), de l'entrave à la liberté du travail (art. 414 c. pén.) ou encore des séquestrations de personnes qui justifient la rupture du contrat de travail. Sur la faute lourde, V. G. Lyon-Caen et J. Pélissier, *Droit du travail*, 1990, p. 1049.

83. Art. 123 , 124 et 126 c. pén. V. A. Vitu, *op. cit.* n° 256 à 260.

84. Ex. art. 2 Ord. 28 juin 1945, relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels ; art. 1er Décr. 26 avr. 1954 portant R.A.P., pour la discipline des greffiers ; art. 106 Décr. 9 juin 1972, organisant la profession d'avocat. Applications jurisprudentielles : Civ. 1re, 12 avr. 1953, *JCP* 1953.IV.139 (vol d'une bouteille de spiritueux dans un supermarché par un avocat) ; Civ. 14 janv. 1950, *D.* 1950.2.174 (poursuites pénales contre un avocat pour appartenance à la Milice).

85. art. 43 Ord. 22 déc. 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

86. V. art. 33 Décr. 28 juin 1979, portant c. déont. médicale Cons. d'Et. 26 juill. 1985, *D.* 1987.*Somm.*20, note J. Penneau (émission de chèques sans provision par un médecin, sans relation avec son activité professionnelle).

87. Sur cette obligation, R. Chapus, *op. cit.* p. 224.

publique[88]. Il y a faute disciplinaire de la part d'un brigadier de police qui, hors service, cause un accident en conduisant en état d'ivresse sa voiture personnelle[89] et de la part d'un agent des P. et T. coupable de coups volontaires dont la victime a été l'un de ses voisins[90].

L'obligation de moralité ou de dignité ne pèse pas en principe sur les salariés soumis à un régime de droit privé : leur délinquance en dehors du lieu et du temps de travail ne devrait donc avoir aucune conséquence disciplinaire. En réalité le licenciement a souvent été prononcé lorsque des faits délictueux étrangers aux fonctions étaient de nature à causer un préjudice sérieux et durable à l'entreprise[91] ou à susciter une perte de confiance de la part de l'employeur[92]. Toutefois, « toute infraction de droit commun n'est pas en elle-même suffisante pour justifier le congédiement : il faut dans chaque cas confronter la nature de l'infraction commise avec la nature des fonctions assumées par le salarié »[93]. Cette démarche, qui est le plus souvent celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation, a amené le Conseil d'Etat à considérer que le vol commis dans un supermarché par une éducatrice stagiaire, salariée d'un centre d'aide par le travail et membre du comité d'entreprise, justifiait, compte tenu de la nature de ses fonctions, son licenciement[94].

Autant que l'on puisse en juger par le contentieux publié, la délinquance liée à la vie privée d'un membre d'un syndicat ou d'une association a rarement des incidences disciplinaires. Pourtant rien n'interdit à une fédération sportive de sanctionner un boxeur coupable de coups et blessures lors d'une rixe ou à une association de protection de l'enfance d'exclure un de ses membres poursuivi pour sévices sur un mineur.

Une infraction pénale commise en dehors de l'activité soumise au droit disciplinaire peut donc être qualifiée de faute disciplinaire et le cas échéant de faute grave. Faut-il en déduire que la coloration pénale des faits va toujours conduire à l'application des sanctions pénales les plus sévères ?

2. La qualification pénale et le degré de gravité de la faute disciplinaire

L'inexistence d'une légalité positive des incriminations prive l'autorité disciplinaire de l'outil extrêmement utile qu'est la double échelle des infractions et des peines qui, en droit pénal, permet l'affectation d'une sanction à un comportement préalablement défini. Elle lui donne inversement la liberté de considérer que la qualification pénale des faits l'autorise à prononcer les sanctions les plus graves.

88. Cons. d'Et. 19 nov. 1970, *Beauville, AJDA* 1971.425.

89. Cons. d'Et. 5 déc. 1980, *Bluteau, Rec. Cons. d'Et.* p. 632 ; Cons. d'Et. 11 mai 1979, *Dupouy, AJDA* 1980.186.

90. Cons. d'Et. 24 juin 1988, *Chamand*, préc. Autres ex. : Cons. d'Et. 10 oct. 1986, *Kettal, JCP* 1987.IV.53 ; Cons. d'Et. 15 oct. 1969, *Préfet de police c/ Sieur Schweitzer, Rec. Cons. d'Et.* p. 433. L'analyse de la jurisprudence montre que les faits sanctionnés correspondent à des comportements délictuels ou criminels. Il n'apparaît pourtant pas impossible qu'une contravention entraîne des sanctions disciplinaires, surtout si elle est intentionnelle.

91. Soc. 25 juin 1980, *Bull. civ.* V, n° 557, p. 420.

92. Ex. tentative de cambriolage, Soc. 29 janv. 1981, *JCP* 1981.IV.123.

93. M. Despax, La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, *JCP* 1963.I.1776, n° 26.

94. Cons. d'Et. 7 déc. 1990, *Cah. dr. entr.* 3 janv. 1991, n° 13. Dans le même sens, Soc. 5 nov. 1974, *Bull. civ.* V, n° 403, p. 301 (congédiement d'un salarié d'une société de gardiennage condamné pour vol) ; Soc. 20 nov. 1991, *D.* 1992.*IR*.25. Sur cette question, M. Danti-Juan, *op. cit.* p. 720.

L'attraction du droit pénal sur le droit disciplinaire peut conduire à une sanction disproportionnée par rapport à la faute commise. Un exemple caricatural de ce type de dérapage a été donné pendant longtemps par la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation relative à la sanction des larcins commis par des salariés au détriment de leur employeur : ils étaient analysés automatiquement en une faute grave justifiant non seulement le licenciement, sanction majeure du droit disciplinaire du travail, mais également la perte du droit au préavis et à l'indemnité de licenciement[95]. La gravité de la faute était envisagée par référence aux seuls critères du droit pénal, qui, lorsqu'il incrimine le vol, n'envisage le résultat de l'infraction que dans sa nature, l'atteinte à la propriété d'autrui, et ne tient pas compte du fait que des résultats de même nature peuvent avoir des gravités très inégales. La solution donnée à ce problème précis présentait d'ailleurs un certain particularisme au sein du contentieux de la faute grave puisqu'une qualification abstraite empruntée au droit pénal était préférée à la démarche habituelle des juges, c'est-à-dire l'appréciation de la gravité au cas par cas, en fonction des circonstances, des conséquences de la faute et du degré de la culpabilité du salarié. Elle différait très profondément de la position très respectueuse de l'autonomie de la faute disciplinaire qui a été et demeure celle des juridictions administratives lorsqu'elles ont à se prononcer sur la sanction des larcins commis par des agents publics[96]. L'approche purement pénale du problème conduisait à une disproportion excessive entre la faute et la sanction disciplinaire, alors même que la Chambre sociale affirmait contrôler la faute grave et que l'idée de proportion entre la faute et la sanction était déjà nettement exprimée dans les textes du code du travail[97].

L'abandon par la Chambre sociale du raisonnement contesté au profit d'une qualification disciplinaire des faits n'exclut pas la prise en considération de la qualification pénale, mais amène à considérer que diverses circonstances, telles que l'ancienneté du salarié, la faible valeur de l'objet dérobé, peuvent interdire d'y voir une faute grave[98].

Le rejet du critère purement pénal et abstrait d'appréciation de la faute privative des indemnités de rupture à partir de 1988, l'annonce d'un retour au contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement[99] laissent espérer qu'à l'avenir un larcin ne sera plus assimilé à une faute grave ou lourde, ni même une cause réelle et sérieuse de licenciement[100]. Cela d'autant plus qu'un contexte gé-

95. Soc. 25 avr. 1984, aff. *Perchot*, inédit (vol de trois bouteilles de boisson) ; Soc. 22 juill. 1986, *Barriglione*, inédit (vol de quatre bouquets de mimosa). V. J. Savatier, La paire de lacets ou les limites de la faute grave, *Dr. soc.* 1986.238.

96. Ex. TA Limoges, 25 févr. 1988, *Poteaux*, et TA Limoges, 25 févr. 1988 *Chimbaud*, *Rec. Cons. d'Et.* p. 870. Amenée à statuer sur les conséquences d'un vol d'une paire de chaussures et de celui d'une boîte de cartouches par deux gendarmes dans des magasins de grande surface, cette juridiction fait référence avec insistance dans son appréciation de la faute aux « circonstances de fait » pour décider dans l'un des cas que le ministre a commis une erreur manifeste d'appréciation en infligeant la sanction de la radiation des cadres au voleur de cartouches. Dans le même sens, Cons. d'Et. 25 mai 1990, *M. Kiener*, *Rev. fr. dr. adm.* 1990.671.

97. La loi du 13 juillet 1973, qui a instauré un véritable droit du licenciement, distingue la cause réelle et sérieuse qui justifie le licenciement de la faute légère qui ne légitime que des sanctions moins graves. Par ailleurs, les effets du licenciement ne sont pas les mêmes selon que la faute est grave ou lourde.

98. Soc. 17 nov. 1988, *Jurispr. soc. UIMM* 1989, n° 513, p. 97 ; Soc. 8 nov. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, 1991, n° 535, p. 47.

99. Soc. 29 nov. 1990, préc.

100. Un arrêt de la Chambre sociale (Soc. 18 oct. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, 1991, n° 535, p. 47) rejette le pourvoi contre un arrêt d'appel qui avait considéré que le licenciement d'une salariée ayant consommé une prune était sans cause réelle et sérieuse.

néral[101] plaide, sinon pour le respect strict par le droit disciplinaire de cet « indicateur de justice »[102] qu'est le principe de la proportionnalité, du moins pour une absence de disproportion manifeste entre la sanction et la faute disciplinaire. L'article L. 122-43, alinéa 2, introduit dans le code du travail par la loi du 4 août 1982, se réfère à cette notion lorsqu'il dispose que le conseil de prud'hommes peut annuler les sanctions, autres que le licenciement, disproportionnées à la faute commise[103]. Le Conseil d'Etat, qui, pendant longtemps, s'était livré seulement à un contrôle de la réalité des faits et de la gravité de la faute, opère depuis 1978[104] un contrôle minimum de la proportionnalité de la sanction à la faute à travers la notion d'« erreur manifeste d'appréciation ».

L'exigence qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste entre la faute et la sanction s'étend donc à toute la matière répressive. Elle implique que l'autorité et le juge disciplinaires s'interdisent de considérer que la qualification pénale d'un fait appelle, par elle-même, la sanction disciplinaire majeure : la qualification pénale n'absorbe pas tous les critères d'appréciation de la gravité du fait disciplinaire.

Ainsi apparaît une nouvelle distance entre le pénal et le disciplinaire, à côté de celle établie par la relative indifférence dans laquelle l'autorité disciplinaire peut mener son action par rapport à l'action pénale et la décision définitive du juge pénal. Cette décision, cependant, du moins lorsqu'elle emporte condamnation et, donc, édicte des peines est un élément qui peut interférer avec la matière disciplinaire. La sanction pénale, soit en ce qu'elle est la marque du blâme social adressé au coupable, soit en ce qu'elle peut être porteuse de déchéances, est souvent le fondement, direct ou indirect, d'une sanction disciplinaire. La sanction, en elle-même pénale, a alors des conséquences disciplinaires.

II. – LES CONSÉQUENCES DISCIPLINAIRES DE LA SANCTION PÉNALE

La condamnation contenant le prononcé d'une sanction pénale est l'affirmation officielle de l'existence de l'infraction constituée par des faits qui, par reprise de la qualification pénale ou sous une qualification disciplinaire autonome, peuvent déjà avoir donné lieu à une sanction disciplinaire décidée par une instance disciplinaire. Une telle mesure peut également être prononcée postérieurement à la condamnation pénale. En ce cas, comme dans le précédent, le principe de l'indépendance de la répression disciplinaire par rapport à la répression pénale limite singulièrement l'incidence de la sanction pénale sur la sanction disciplinaire, chacune ayant sa finalité propre. Cependant, il arrive, avec une fréquence certaine, que la discipline des institutions secondaires ne soit pas du

101. On ne peut ignorer l'importance capitale de la décision rendue le 30 déc. 1987 par le Conseil constitutionnel (Décis. n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, *Rec. Cons. const.* p. 63, à propos de l'art. 92 de la loi de Finances de 1988), même si ses effets ne peuvent être que très indirects : le principe constitutionnel de la nécessité des peines, posé par l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire ».

102. Expression employée par M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, 1986, p. 289.

103. Sur l'interprétation de ce texte, V. J.-E. Ray, Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire, *Dr. soc.* 1987.365.

104. Cons. d'Et. 9 juin 1978, préc. ; Cons. d'Et. 26 juill. 1978, *Vinolay, Rec. Cons. d'Et.* p. 315 ; Cons. d'Et. 26 févr. 1982, *Michel Baillet, AJDA* 1982.393 ; Cons. d'Et. 29 avr. 1987, *Ville de Grenoble, Rec. Cons. d'Et.* p. 157. V. J.-M. Auby et J.-B. Auby, *op. cit.* p. 210 ; R. Chapus, *op. cit.* p. 251 ; J.-L. Crozafon, Le contrôle jurisprudentiel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration, *Dr. soc.* 1985.201.

seul ressort de leurs instances propres mais qu'elle intéresse l'Etat dont la réaction à la délinquance se matérialise alors par des condamnations pénales qui visent aussi à policer certaines professions ou activités. Il apparaît ainsi clairement que l'étendue des conséquences disciplinaires n'est pas, et de très loin, toujours la même (A).

C'est là un aspect de la forte restriction que l'existence de sanctions pénales à finalité disciplinaire apporte à l'indépendance des répressions. Une autre conséquence se constate logiquement dans un second domaine, celui de l'incidence de l'extinction de la sanction pénale sur le maintien éventuel de la sanction disciplinaire fondée sur les mêmes faits. Celle-ci, selon qu'elle est intégrée à la sanction pénale ou qu'elle est laissée au prononcé d'instances disciplinaires, subit d'une manière inévitablement différente l'incidence de l'extinction de la sanction pénale (B).

A. — *L'étendue des conséquences disciplinaires de la sanction pénale*

Le plus souvent la peine poursuit des objectifs propres au droit pénal et tend à faire respecter l'ordre social sans chercher à assurer la discipline dans les institutions secondaires. La condamnation pénale est, en revanche, riche de conséquences disciplinaires lorsque le législateur fait de la moralisation d'un corps particulier une des finalités de la peine et impose ou permet aux juridictions pénales de prononcer des sanctions disciplinaires à titre de sanctions pénales.

Les conséquences disciplinaires de la sanction pénale varient donc selon que le droit criminel a fait siennes ou non les préoccupations disciplinaires des institutions secondaires.

1. La sanction pénale à finalité disciplinaire

Le droit pénal assume parfois la répression disciplinaire en incorporant la sanction disciplinaire à la sanction pénale. Il se charge ainsi de la discipline de certains corps qui sont dépositaires de l'autorité publique et de celles des professions libérales et commerciales dont les membres doivent avoir une moralité et une honorabilité sans tache.

Les modes d'intégration de la sanction disciplinaire à la sanction pénale sont divers : l'exclusion d'une activité ou d'une profession peut être la suite d'une privation des droits civiques et politiques ou résulter directement d'une interdiction professionnelle.

a) La sanction disciplinaire attachée à la privation des droits civiques et politiques

L'exclusion de fonctions publiques peut résulter indirectement d'une privation totale ou partielle des droits civiques et politiques.

Une telle privation, qui établit une sorte de déchéances de la qualité de citoyen, paraît incompatible avec l'exercice de l'autorité publique et le service de l'intérêt général. C'est pourquoi l'article 34 du code pénal prévoit au nombre des effets de la dégradation civique attachée aux peines criminelles ou à l'emprisonnement correctionnel prononcé pour crime « la destitution et l'exclusion de toutes fonctions, emplois et offices publics » et l'article 42 du code pénal autorise les tribunaux jugeant correctionnellement à interdire l'exercice des fonc-

tions publiques et emplois dans l'administration à des dépositaires de l'autorité publique ou des citoyens qui se sont rendus coupables de certains délits[105]. Les deux textes participent à l'exercice de la discipline dans tous les corps qui détiennent une parcelle de l'autorité publique, qu'il s'agisse des corps administratifs ou judiciaires ou bien des offices publics et ministériels. Le Conseil d'Etat y voit « un principe général de valeur législative selon lequel nul ne peut accéder à un emploi public, ni être maintenu dans un tel emploi, s'il ne jouit pas de l'intégralité de ses droits civiques », qu'il soit fonctionnaire ou non[106].

La sanction disciplinaire peut provenir aussi d'une véritable interdiction professionnelle contenue dans la sanction pénale.

b) La sanction disciplinaire résultant d'une interdiction professionnelle

Historiquement, les interdictions professionnelles ont concerné d'abord les fonctionnaires et officiers publics. Dès le XIXe siècle, l'exclusion de la fonction publique ou d'un office public est attachée en tant que sanction pénale à la commission de certaines infractions. L'interdiction d'exercer à jamais une fonction publique doit être prononcée contre un fonctionnaire ou un officier public coupable d'ingérence en application de l'article 175 du code pénal. La même peine complémentaire obligatoire mais, cette fois, limitée dans le temps est encourue par les fonctionnaires convaincus de suppression de correspondance (art. 187 c. pén.), d'exercice illégal de l'autorité (art. 197 c. pén.), aux juges convaincus de déni de justice (art. 185 c. pén.). Dans toutes ces hypothèses, le caractère pénal de la sanction disciplinaire est indéniable même si elle nécessite toujours, pour devenir effective, une mesure administrative de radiation, d'exclusion ou de destitution.

Au XXe siècle, le législateur considère que la nécessité de moraliser certaines professions libérales ou commerciales est aussi un impératif de la politique criminelle et la privation de l'activité professionnelle est de plus en plus fréquemment intégrée à la réaction sociale[107].

Hormis le cas de l'article 43-1 du code pénal, qui autorise le prononcé à titre de peine principale d'une peine secondaire, et donc d'une interdiction professionnelle, encourue de plein droit ou par l'effet d'une condamnation obligatoire ou facultative, et celui de l'article 43-2 du même code qui permet de prononcer, à titre de peine principale, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle lorsque l'auteur d'un délit puni d'emprisonnement a sciemment utilisé, pour préparer ou commettre ce délit, les facilités que lui procure l'exercice de sa profession, les textes prévoyant ce genre de sanctions visent, la plupart du temps, les membres d'une profession particulière[108]. Si celle-ci n'est par ailleurs soumise à aucun droit disciplinaire propre, tout se passe comme si la loi pénale voulait suppléer un pouvoir disciplinaire inexistant pour exclure les individus dont la moralité est, au vu des condamnations dont ils ont fait l'objet, la plus douteuse[109]. Si, en revanche, la profession relève d'un pouvoir disciplinaire spéci-

105. Par ex. les discriminations incriminées par les art. 187-1 et 187-2 c. pén. (l'art. 187-3 renvoie à l'art. 42 c. pén.).

106. Cons. d'Et. 28 mars 1982, *Roger, Rev. adm.* 1982.165, note B. Pacteau. V. R. Chapus, *op. cit.* p. 109.

107. Il est à noter que le projet de code pénal prévoit, également, une interdiction d'exercer une activité sociale dans son art. 131-6, celle-ci ne pouvant, toutefois, concerner les activités syndicales.

108. A l'exception de la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles.

109. C'est le cas de l'interdiction professionnelle prévue par l'art. 1er de la loi du 30 août 1947 et des incapacités professionnelles prévues par l'art. 335-7 c. pén. et l'art. 55 c. débits boissons.

fique le législateur, en décidant que le prononcé des interdictions professionnelles incombe aux juridictions pénales, manifeste sa volonté de ne pas laisser la moralisation du corps au bon vouloir des instances disciplinaires.

Le domaine de ces dernières interdictions est celui des professions qui doivent avoir la confiance absolue du public[110].

Plusieurs textes organisent ainsi l'exclusion, par décision pénale, des professions de santé, d'individus coupables d'infractions graves. Ainsi l'article 317 du code pénal réprimant l'avortement dispose dans son alinéa 4 que les membres des professions médicales ou paramédicales ayant participé à la perpétration de cette infraction seront, outre la peine principale, frappés d'une suspension pendant cinq ans au moins ou d'une incapacité absolue d'exercice[111].

L'exercice par le droit pénal de la discipline des activités bancaires est illustré par l'article 13 de la loi du 24 janvier 1984, relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, qui énumère une liste de condamnations dont le prononcé entraîne l'interdiction pour l'intéressé de diriger, administrer ou gérer une banque et même de signer pour elle. Elle est encourue de plein droit et s'analyse techniquement en une peine accessoire. Son importance pratique est considérable car « elle revient à interdire jusqu'aux fonctions de simple guichetier puisque ce dernier est amené à longueur de journée à signer toute sorte de documents pour le compte de l'établissement qui l'emploie »[112]. Le législateur donne ainsi aux autorités pénales le moyen d'assainir une profession dont l'activité est essentielle pour la nation et qui n'est pourtant pas dépourvue d'instances disciplinaires[113].

L'intégration de la sanction disciplinaire à la sanction pénale est donc réalisée par le biais des peines accessoires ou complémentaires qui vont s'ajouter à la peine principale ou exceptionnellement en tenir lieu. La sanction disciplinaire suppose toujours pour devenir effective une mesure de l'autorité disciplinaire qui, même si elle sanctionne une faute, n'a pas un caractère disciplinaire[114].

Les conséquences disciplinaires de la sanction pénale sont forcément différentes lorsque celle-ci poursuit ce qui est sa finalité propre et ne cherche pas à assurer la discipline dans les institutions secondaires.

2. La sanction pénale à finalité propre

La plupart du temps la peine ne vise pas à policer les institutions secondaires. Cela ne l'empêche toutefois pas d'entraîner des interdictions d'activités. Il en est ainsi, en premier lieu, lorsque la peine, par elle-même, oppose à l'exercice d'une

110. Sur les interdictions professionnelles : A. Légal, Politique criminelle et profession, *Mélanges Donnedieu de Vabres*, p. 81 ; O. Kuhnmunch, Remarques sur les interdictions professionnelles, cette *Revue* 1961.1 ; J.-Y. Lassalle, Les interdictions professionnelles du droit des affaires, cette *Revue* 1989.474.

111. Il s'agit d'une peine complémentaire attachée à la condamnation prononcée pour un délit précis et dont l'objet est d'exclure de la profession un de ses membres, coupable d'une infraction dans son exercice. V. également l'art. 84 Décr.-L. 29 juill. 1939 relatif à la famille et la natalité française ; les art. L. 629, al. 2 et L. 646 c. santé publ. ; art. L. 483 c. santé publ.

112. M. Danti-Juan, *op. cit.* p. 78.

113. La Commission bancaire, qui remplace depuis 1984 la Commission de contrôle des banques, a des attributions disciplinaires (art. 45 L. 24 janv. 1984 ; art. 9 à 12 Décr. 24 juill. 1984).

114. Le Conseil d'Etat considère que, dans ce cas, les radiation, révocation ou destitution qui en sont la suite constituent l'exécution d'un jugement et non une sanction disciplinaire (Cons. d'Et. 5 janv. 1956, *Demay, Rec. Cons. d'Et.* p. 3 ; Cons. d'Et. 17 mars 1967, *Sanboeuf, AJDA* 1967.469 ; Cons. d'Et. 9 déc. 1971, *Calmel, Rec. Cons. d'Et.* p. 740. En ce sens, J.-M. Auby et J.-B. Auby, *op. cit.* p. 207). Bien qu'ayant le caractère d'une sanction de la faute commise la révocation peut être décidée sans observer la procédure disciplinaire.

activité un obstacle, matériel ou juridique, dont une autorité va devoir tirer les conséquences. Il en va de même, en second lieu, lorsque la peine, parce qu'elle résulte d'une condamnation qui authentifie le caractère infractionnel d'un comportement et parce qu'elle reçoit une publicité, est de nature à porter atteinte à la réputation d'un corps. Cependant il existe une différence radicale entre ces deux hypothèses : dans la première les conséquences tirées de la peine ne sont qu'apparemment disciplinaires, alors que dans la seconde la peine constitue réellement un fait disciplinaire.

a) Les conséquences disciplinaires apparentes

La décision pénale n'a pas le plus souvent d'effets disciplinaires à moins que l'on ne prenne pour disciplinaires des privations d'emploi qui ne le sont pas.

A la suite d'une condamnation pénale, il est fréquent qu'une personne ne soit plus en mesure d'assumer ses obligations professionnelles, soit parce qu'elle est incarcérée, soit parce qu'elle ne dispose plus d'un droit essentiel à son activité — son permis de conduire, par exemple, lui ayant été retiré — soit parce qu'elle est interdite de séjour sur le lieu de son emploi.

Une jurisprudence relativement abondante émanant des juridictions sociales et concernant les effets de l'incarcération définitive du salarié montre que la condamnation pénale n'a pas, en tant que telle et à elle seule, d'effets disciplinaires. Il n'est pas rare cependant qu'un employeur, qui n'avait pas considéré que les faits reprochés à son salarié par la justice pénale constituaient une faute disciplinaire ou qui les avait ignorés, doive tirer les conséquences d'une condamnation à l'emprisonnement qui met le salarié dans l'impossibilité de fournir sa prestation de travail. La jurisprudence sociale a toujours considéré que la condamnation à une peine d'emprisonnement ferme rompt le contrat de travail, quelle que soit la durée de la peine. Si la qualification jurisprudentielle de ce mode de rupture du contrat a varié dans le temps, il est certain que le congédiement suscité par une incarcération définitive comme celui résultant d'un retrait de permis de conduire ne sont pas des sanctions disciplinaires[115].

Dans tous les cas où la rupture du contrat de travail et l'exclusion de la fonction publique ne sont pas provoquées par la délinquance mais par la condamnation à l'emprisonnement ferme ou l'impossibilité de remplir des obligations professionnelles du fait de la sanction pénale, l'employeur privé ou l'autorité administrative tirent les conséquences inévitables d'une décision de justice qui n'a pas de finalité disciplinaire, et la mesure qu'ils prennent n'est pas de nature disciplinaire.

Tout autre est la situation lorsque la sanction pénale, même dépourvue d'une telle finalité, constitue un fait disciplinaire.

b) La sanction pénale comme fait disciplinaire

L'immense majorité des sanctions pénales n'intègrent pas l'interdiction d'exercer une activité relevant d'un pouvoir disciplinaire spécifique à la réaction sociale qu'elles expriment. Souvent, elles ne rendent même pas cet exercice im-

115. Sur la qualification de la rupture entraînée par l'incarcération, V. M. Roger, *op. cit.* spéc. p. 180. Si récemment la jurisprudence (Soc. 4 juin 1987, *Jurispr. soc. UIMM*, 1988, n° 500, p. 90 ; Soc. 19 déc. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, 1991, n° 537, p. 147 ; Soc. 21 mars 1991, *JCP* 1991.IV.190) a imposé à l'employeur qui prend l'initiative de la rupture de mettre en oeuvre la procédure de licenciement, celui-ci a en réalité un fondement contractuel et non disciplinaire. Pour les effets de la suspension prolongée du permis de conduire, V. Douai, 10 mai 1972, *Cah. prud'h.* 1972.252 ; Soc. 12 mars 1991, *Hauser, JCP* 1991.IV.183.

possible et pourtant, dans certains cas, elles sont considérées comme traduisant un fait disciplinaire. Les cas de figure sont multiples et variés.

Ainsi les statuts d'une association peuvent décider que certaines condamnations entraîneront une exclusion, et conférer ainsi à une décision des conséquences que le droit pénal n'avait pas envisagées. L'administration est également en droit de prendre une sanction en fonction d'une condamnation pénale considérée comme exprimant un fait disciplinaire[116] : l'atteinte à la considération du corps administratif que cause ce type de décision judiciaire prise à l'encontre d'un agent public peut fonder une répression hiérarchique. Dans le même esprit, la Chambre sociale de la Cour de cassation vient de considérer qu'une condamnation pénale en première instance justifiait un licenciement en raison de la publicité qui lui avait été donnée dans la presse, alors même qu'il y avait eu relaxe en appel[117]. Parfois ce sont les textes organiques de certaines professions qui attribuent cette qualité de fait disciplinaire à certaines condamnations pénales, le plus souvent celles prononcées pour des agissements contraires à l'honneur, la probité ou les bonnes moeurs, lorsqu'ils décident qu'elles sont un obstacle à l'appartenance à la profession[118]. Dans certains cas les prolongements disciplinaires d'une condamnation pénale apparaissent tellement désirables que la loi organise la participation des autorités pénales à la répression exercée par l'institution secondaire[119]. Elle apparaît nettement dans la procédure par laquelle le parquet informe le pouvoir disciplinaire. La communication de la condamnation pénale est obligatoire et ne nécessite pas une demande préalable, ce qui est dérogatoire au droit commun de la communication du dossier pénal qui résulte de l'article 156 du code de procédure pénale[120].

Cependant le caractère facultatif d'une telle sanction disciplinaire s'oppose aux conséquences obligatoires d'une interdiction prononcée par la juridiction pénale. Cela traduit l'incidence, sur le prononcé de la mesure disciplinaire, de l'existence ou de l'absence de finalité disciplinaire de la peine. Le poids d'une telle finalité se retrouve dans la détermination des conséquences disciplinaires de l'extinction de la sanction pénale.

B. — *L'incidence de l'extinction de la sanction pénale sur la sanction disciplinaire*

Le principe classique de la fixité des peines a été assoupli au point qu'une condamnation pénale, même définitive, n'est jamais immuable : les peines principales comme les peines secondaires connaissent diverses causes d'extinction anticipée. Les conséquences disciplinaires de celles-ci sont différentes selon que la sanction pénale porte, intégrée à elle, une sanction disciplinaire ou bien qu'elle avait simplement été prononcée à propos de faits ayant également donné lieu à une sanction disciplinaire de la part d'une autorité disciplinaire.

116. J.-M. Auby et J.-B. Auby, *op. cit.* p. 195.

117. Soc. 12 mars 1991, *Picquart, JCP* 1991.IV.183.

118. Ex. art. 11 L. 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié par l'art. 9 L. 31 déc. 1990.

119. Ainsi l'art. 459 c. santé publ. dispose que le ministère public doit aviser obligatoirement le Conseil de l'Ordre de toute condamnation définitive y compris celles prononcées à l'étranger.

120. Sur la communication des pièces du dossier répressif, V. J. Goulesque, cette *Revue* 1969.215 ; cette *Revue* 1970.159.

1. L'extinction de la sanction disciplinaire intégrée à la sanction pénale

Mis à part le décès du condamné, la question se pose de savoir si les causes d'extinction anticipée de la peine principale étendent leurs effets aux aspects disciplinaires de la condamnation consistant en une incapacité civique et politique ou en une privation explicite par la décision judiciaire de certains droits professionnels. Le lien originel qui unit la peine principale et les exclusions professionnelles suffit-il à leur conférer un sort commun, à justifier l'application à la peine secondaire, à laquelle est intégrée une sanction disciplinaire, de toutes les causes d'extinction de la peine principale. Exclut-il toute autre cause de disparition de la sanction disciplinaire ?

Seule une volonté de favoriser le reclassement du délinquant peut justifier la disparition de la mesure d'exclusion professionnelle. Ce n'est guère la finalité des causes d'extinction de la peine principale. En revanche, les causes d'extinction propres aux peines accessoires et complémentaires poursuivent cet objectif.

a) L'absence de conséquences disciplinaires de l'extinction de la peine principale

Parmi les causes d'extinction de la peine principale, la prescription et la grâce, contrairement à l'amnistie, ont le point commun de ne pas faire disparaître la condamnation tout en mettant obstacle à l'exécution de la sanction.

Parce que la prescription paralyse « moins la peine elle-même que le titre d'exécution constitué par la condamnation »[121], ses effets ne s'étendent qu'aux peines et mesures de sûreté privatives de liberté et aux peines pécuniaires. Celles qui frappent le délinquant dans l'exercice de ses droits ne se prescrivent pas parce qu'elles ne comportent pas d'exécution forcée sur la personne ou sur les biens[122]. Les exclusions professionnelles résultant d'incapacités et de déchéances survivent à la prescription de la peine principale à l'exception de celles liées à l'interdiction légale qui disparaît avec les peines auxquelles elle est attachée. La grâce, qui entraîne une dispense d'exécution de la peine principale, concerne sans conteste les peines corporelles et pécuniaires susceptibles d'exécution matérielle. Son application aux peines accessoires et complémentaires, notamment aux déchéances, incapacités et interdictions professionnelles, est controversée mais « la logique voudrait que de telles peines suivent, sans coup férir, le sort de la peine principale »[123].

L'incidence de l'amnistie sur les sanctions à finalité disciplinaire imposées au titre de peines accessoires ou complémentaires, si elle se vérifiait, serait d'une grande importance pratique en raison de la fréquence des lois d'amnistie. La complexité de la question tient à l'absence d'une réglementation générale de l'amnistie. Chaque loi règle les conditions, les mécanismes et les effets de la mesure décidée. Il est toutefois fréquent que les lois d'amnistie comportent la formule suivante : « l'amnistie entraîne la remise de toutes les peines principales, accessoires et complémentaires ainsi que toutes les incapacités ou déchéances subséquentes »[124]. Dans un arrêt du 27 octobre 1967[125], la Chambre criminelle

121. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1984, p. 998.

122. R. Merle et A. Vitu, *idem* ; J. Pradel, *op. cit.* p. 690. En ce sens, Crim. 30 avr. 1885, *D.* 1885.1.314.

123. W. Jeandidier, *op. cit.* p. 470. Les décrets de grâce étant, la plupart du temps, muets sur cette question, la Chancellerie décide qu'en cas de silence du décret de grâce la peine accessoire subsiste alors que les peines complémentaires disparaissent.

124. Ex. art. 19 L. 4 août 1981 ; art. 19 L. 20 juill. 1988.

125. Crim. 27 oct. 1967, *JCP* 1968.II.15375, note J. Michaud.

de la Cour de cassation a considéré que l'article 19 de la loi du 18 juin 1966, ainsi rédigé, ne permettait pas d'étendre les effets de l'amnistie à l'interdiction d'exercer sa profession infligée à un préparateur en pharmacie condamné pour complicité d'avortement. La doctrine, quant à elle, considère que les interdictions professionnelles, et d'une manière générale les mesures de sûreté, sont concernées par une telle formule[126].

Il apparaît donc que l'exclusion professionnelle ou l'interdiction d'activité contenues dans une décision pénale suivent rarement le sort de la peine principale et peuvent survivre à la disparition de celle-ci. Elles ne sont pourtant pas immuables : elles connaissent des causes d'extinction propres.

b) Les modes d'extinction propres aux sanctions pénales à finalité disciplinaire

Les interdictions professionnelles et les interdictions d'exercer certaines activités répondent sur le plan de la prophylaxie criminelle à un besoin incontestable[127].

Ces mesures ne sont pourtant pas exemptes d'inconvénients : sauf dans le cas où elles prennent la forme d'une peine complémentaire facultative, les textes qui les prévoient ne permettent aucune individualisation. Plus grave, si certaines sont prononcées en toute connaissance de cause par le juge pénal, d'autres, constituées par des peines accessoires prévues par les textes organiques des professions, sont souvent ignorées du juge qui ne mesure pas toujours les prolongements disciplinaires de la condamnation. Le législateur a voulu éviter que ces mesures ne deviennent un obstacle définitif à la réinsertion sociale du délinquant : deux techniques, la réhabilitation et le relèvement, permettent de les reconsidérer.

La réhabilitation, qu'elle soit légale ou judiciaire, fait cesser toutes les incapacités et déchéances qui résultent de la condamnation même s'il s'agit de mesures de sûreté[128]. Elle trouve donc en matière d'interdictions professionnelles un terrain d'élection évident.

Le relèvement a principalement pour objet de permettre l'individualisation des incapacités, déchéances et interdictions professionnelles. Institué par l'article 55-1 du code pénal, il concerne, entre autres, toutes les peines accessoires et complémentaires à finalité disciplinaire. Il a ainsi été appliqué à la privation du droit d'exercer une fonction publique d'enseignement[129]. La possibilité de transformer les peines secondaires en peines de substitution aux peines principales a soulevé la question de son éventuelle application à ces substituts. L'article 43-1 du code pénal autorise le relèvement instantané des substituts qu'il prévoit. Cette disposition curieuse a été critiquée par la doctrine qui a fait remarquer qu'un tel relèvement équivaut à une dispense de peine et en a déduit que ce texte ne permet qu'un relèvement partiel[130]. En revanche, l'article 55-1 du code pénal exclut expressément le relèvement différé dans le cas où l'article 43-1 a joué, c'est-à-dire dans l'hypothèse où une sanction pénale autre que l'emprisonnement ou l'amende, encourue de plein droit ou par l'effet d'une condamnation

126. V. J. Pradel, *op. cit.* p. 701 ; W. Jeandidier, *op. cit.* p. 477 ; J. Magnol, note sous T. corr. Chalon-sur-Saône, 13 juin 1950, *JCP* 1950.II.5669 ; Ch. Debbasch, L'amnistie en matière disciplinaire, *D.* 1963.259.

127. Sur la finalité des interdictions professionnelles, V. M. Ancel, Les interdictions professionnelles et les interdictions d'exercer certaines activités, cette *Revue* 1967.242.

128. Crim. 14 oct. 1971, *D.* 1972.502, note Roujou de Boubée, cette *Revue* 1972.102, obs. Légal.

129. Crim. 3 juill. 1975, *Bull. crim.* n° 179.

130. V. A. Decocq, Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal, cette *Revue* 1975.5 et s., spéc. p. 7.

obligatoire ou facultative, a été prononcée à titre de peine principale. La Chambre criminelle, rarement amenée à se prononcer sur ce point, semble donner raison[131] à la partie de la doctrine qui considère que le relèvement n'est pas conçu pour les peines principales, même de substitution[132].

Les conséquences disciplinaires de la sanction pénale se traduisant, quels que soient les vocables utilisés (incapacité, déchéance, interdiction), par l'exclusion d'une personne d'une institution secondaire, ne sont pas fixées à jamais. Si les effets de la prescription de la peine principale sur la sanction disciplinaire sont nuls, ceux de la grâce et de l'amnistie incertains, la réhabilitation et le relèvement ont des conséquences bien réelles. Il ne faut, toutefois, pas se méprendre sur leur étendue. La réintégration n'est de droit ni dans la fonction publique, ni dans les professions réglementées, ni dans les professions dites libres[133].

L'incidence de l'extinction de la sanction pénale à laquelle est intégrée une sanction disciplinaire sur celle-ci apparaît, somme toute, nuancée malgré leur imbrication. La question d'une telle incidence se pose en des termes très différents, en raison du lien plus lâche qui les unit, lorsqu'il s'agit d'une peine et d'une sanction prononcée par une autorité disciplinaire.

2. L'extinction de la sanction disciplinaire prononcée par une autorité disciplinaire

La réponse à ce problème varie selon que la sanction disciplinaire a trouvé son origine dans les faits qui ont donné lieu, par ailleurs, à une condamnation pénale ou que celle-ci a été le motif déterminant de la répression disciplinaire.

a) L'extinction de la sanction disciplinaire prononcée sur la base de faits ayant donné lieu à condamnation pénale

La disparition de la peine n'entraîne pas, en règle générale, celle de la sanction disciplinaire et de ce point de vue l'indépendance des deux répressions est bien réelle.

L'extinction d'une peine à la suite d'une amnistie, d'une réhabilitation ou d'une grâce n'a aucune incidence sur la sanction disciplinaire infligée à partir des mêmes faits. L'autorité disciplinaire n'est pas tenue de tirer une quelconque conséquence des mesures de clémence intervenues au pénal. Le Conseil d'Etat l'affirme à propos de la réhabilitation en des termes très clairs[134]. Il considère également que les mesures de grâce n'ont d'effet que sur l'exécution des peines infligées par les juridictions de l'ordre judiciaire et ne concernent pas l'exercice du pouvoir disciplinaire et les sanctions qu'il comporte[135]. L'amnistie des condamnations pénales reste sans influence sur la légalité d'une sanction disci-

131. Crim. 7 nov. 1984, *Bull. crim.* n° 340, *D.* 1985.92, cette *Revue* 1985.797, obs. A. Vitu.

132. J. Pradel, *op. cit.* p. 708 ; W. Jeandidier, *op. cit.* p. 742. *Contra* : J. Francillon et P. Salvage, Les ambiguïtés des sanctions de substitution, *JCP* 1984.I.3133.

133. Le fonctionnaire révoqué, le militaire cassé de son grade (Cons. d'Et. 8 août 1888, *Louis, Rec. Cons. d'Et.* p. 719 ; Cons. d'Et. 28 déc. 1900, *Fouilloux, Rec. Cons. d'Et.* p. 819), l'individu rayé des matricules de la Légion d'honneur (Cons. d'Et. 23 mars 1932, *Batut, DP* 1932.3.19) peuvent seulement demander à être réintégrés.

134. Cons. d'Et. 14 juin 1978, *Hutton, Dr. adm.* 1978, n° 272. V. J.-M. Auby et J.-B. Auby, *op. cit.* p. 208 ; J. Mourgeon, *op. cit.* p. 273.

135. Cons. d'Et. 24 mars 1954, *Junker, RPDA*, 1954, n° 182 ; Cons. d'Et. 4 déc. 1953, *Gaillard, RPDA* 1954, n° 26.

plinaire décidée avant l'entrée en vigueur de la loi d'amnistie si celle-ci n'a pas expressément prévu une amnistie disciplinaire[136].

Cette tendance de la jurisprudence administrative à laisser au pouvoir disciplinaire la maîtrise des causes de disparition de ses propres sanctions est aussi celle de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Dans un arrêt récent, elle vient de décider que la procédure de relèvement prévue par les articles 55-1 et 473 du code pénal ne peut être utilisée par le juge pénal pour faire disparaître une sanction disciplinaire frappant un officier ministériel et prononcée à son encontre par une instance disciplinaire[137].

Les techniques d'extinction de la sanction propres au droit disciplinaire qui sont les équivalents de la réhabilitation et du relèvement peuvent être mises en oeuvre sans qu'il y ait à tenir compte du sort de la condamnation pénale[138]. L'amnistie disciplinaire, fréquente depuis le début du siècle, est, en revanche, la plupart du temps liée à l'amnistie de la condamnation pénale. Il résulte incontestablement de certaines dispositions des lois portant amnistie disciplinaire que « l'exclusion de l'amnistie pénale met obstacle à l'amnistie disciplinaire »[139]. Inversement, la formule classique selon laquelle : « sont exceptés du bénéfice de l'amnistie les faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes moeurs ou à l'honneur », peut exclure une amnistie disciplinaire alors qu'il y a amnistie pénale[140].

Des règles sensiblement différentes régissent l'extinction de la sanction disciplinaire lorsqu'elle n'a pas été décidée indépendamment de la condamnation pénale et apparaît comme son accessoire automatique.

b) L'extinction de la sanction disciplinaire fondée sur une condamnation pénale

Lorsque la décision judiciaire est le motif déterminant de la répression disciplinaire, la jurisprudence administrative[141] considère que ses causes d'extinction vont étendre leurs effets à la sanction disciplinaire. L'amnistie qui efface la sanction pénale lui interdit de servir de fondement à une répression administrative, disciplinaire ou non, et la sanction disciplinaire dont elle a été le motif déterminant, doit être rapportée. Cette situation logique est « proche de l'hypothèse où l'indépendance des répressions se heurte à une limite tenant à l'effet positif partiel de la chose jugée au pénal »[142] et encore plus de celle où la répression disciplinaire s'est fondée sur une qualification pénale. La subordination de la répression disciplinaire à la répression pénale est totale. Les juridictions de l'ordre judiciaire n'ont, à notre connaissance, pas eu à se prononcer sur un tel cas de figure.

136. Cons. d'Et. 29 avr. 1953, *Schaaf, Rec. Cons. d'Et.* p. 201 ; Cons. d'Et. Sect. 7 juill. 1978, *Massip. Rec. Cons. d'Et.* p. 301.

137. Crim. 4 janv. 1990, cette *Revue* 1990.559, obs. A. Vitu.

138. C'est le cas du relèvement de l'incapacité résultant de la radiation définitive du tableau prévu par l'art. L. 428 c. santé publ. pour les médecins, par les art. L. 443 et L. 456 du même code pour les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes, par l'art. L. 321 c. rur. pour les vétérinaires. Pour ce type de mesures dans la fonction publique, V. J.-M. Auby et J.-B. Auby, *op. cit.* p. 208.

139. J. Savatier, L'amnistie des sanctions disciplinaires dans les entreprises (L. 4 août 1981), *Dr. soc.* 1981.609. Cf. art. 14 L. 20 juill. 1988 portant amnistie.

140. Cette hypothèse n'est pas la seule. Ainsi l'article 15-II de la loi du 20 juill. 1988 qui décide que la faute lourde commise par des salariés protégés est exclue de l'amnistie disciplinaire conduit au même résultat. Concrètement, des délits de séquestrations, destructions, dégradations ou d'entrave à la liberté du travail pénalement amnistiés, en vertu de l'article 2-2° de la loi, restent des fautes disciplinaires.

141. Cons. d'Et. 13 mai 1881, *Brissy, DP* 1882.3.97 ; V. J. Mourgeon, *op. cit.* p. 273.

142. J. Mourgeon, *idem.*

CONCLUSION

La réflexion transdisciplinaire ainsi menée ne prétend pas restituer fidèlement une pratique dont la jurisprudence ne donne qu'une vision incomplète, mais permet de cerner l'originalité de la conception disciplinaire de la délinquance et la complexité des relations entretenues par le système disciplinaire avec le système pénal.

Le principe de l'indépendance du disciplinaire garde une effectivité certaine non seulement parce que l'instance pénale n'est pas une condition *sine qua non* de l'action disciplinaire mais aussi parce que l'intérêt porté par la répression étatique aux faits ne met jamais en échec le fonctionnement de la répression dans les institutions secondaires.

Toutefois, l'ingérence du droit criminel dans l'espace de la répression disciplinaire, dont l'unité des solutions tend à s'affirmer, en dépit de l'hétérogénéité des corps concernés, n'en est pas moins réelle. Le pouvoir disciplinaire, le plus souvent hostile à ce type d'incursions dans son domaine, n'hésite pourtant pas, dans certains cas, afin de renforcer sa propre action, à l'asseoir sur l'action pénale. Le droit criminel se laisse d'autant moins oublier que ses grands principes, notamment celui de la proportionnalité, pénètrent le droit disciplinaire même si celui-ci ne leur donne pas toujours leur pleine expression.

janvier 1992

L'interprète en matière pénale

Jean Florian ESCHYLLE

Docteur en Droit
Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy II,
Chargé de cours à l'Institut d'études administratives et politiques
Université de Nancy II.

« Toute la terre avait une seule langue et les mêmes mots... Et l'Eternel dit : voici, ils forment un seul peuple et ont tous une même langue... Allons ! descendons et là confondons leur langage afin qu'ils n'entendent plus la langue les uns des autres... »
(*La tour de Babel, Genèse*, 11).

1. Qu'il soit civil, pénal ou administratif, tout procès est soumis à certains principes et notamment au principe du contradictoire[1]. On a même affirmé qu'il n'y a pas de vérité judiciaire sans contradiction[2]. Ajoutons qu'il n'y a pas de contradiction sans intelligence des débats et qu'il n'y a pas intelligence des débats lorsque les avocats, les juges et les justiciables ne comprennent pas la langue les uns des autres. Pour éviter le babélisme judiciaire et permettre la contradiction, l'assistance d'un interprète s'avère indispensable. Cette assistance fait d'ailleurs expressément partie des droits sanctionnés par des textes internationaux. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme décide que « tout accusé a droit à être informé, dans le plus court délai, *dans une langue qu'il comprend* et de manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui » (art. 6.3.*a*). Il a aussi le droit de « disposer du temps suffisant et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » (art. 6.3.*b*. Conv. EDH). En conséquence, il a droit à « se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience » (art. 6.3.*b*. Conv. EDH). Les mêmes droits sont reconnus par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14).

2. Toute personne qui ne comprend pas ou ne parle pas le français est ainsi assurée que sa cause sera « entendue équitablement ... par un tribunal indépendant et impartial » (art. 6.1. Conv. EDH).

1. P. Nicolopoulos, La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire, cette *Revue* 1989.1.
2. R. Martin, De la contradiction à la vérité judiciaire, *Gaz. Pal.* 1981.1.Doctr.209.

D'ailleurs, en France, depuis longtemps, l'assistance d'un interprète est admise en matière pénale. L'ordonnance de 1670 obligeait déjà le juge à nommer un interprète lorsque l'accusé n'entendait pas la langue française (titre XIV, art. 11). Le code de brumaire An IV lui imposait la même obligation. Le code d'instruction criminelle consacrait à la question de l'interprète les articles 332 et 333. Ces dispositions ne concernaient que la cour d'assises, mais la jurisprudence les étendait à toutes les juridictions répressives[3]. Il a fallu attendre le code de procédure pénale pour qu'une réglementation plus complète et plus générale – mais qui peut encore être améliorée – voie le jour.

3. Désormais, toute juridiction répressive, de droit commun ou d'exception, d'instruction ou de jugement, peut soit d'office, soit à la demande d'une partie, recourir aux services d'un interprète lorsque la nécessité s'en fait sentir.

4. Ainsi, en cas de besoin, le juge d'instruction peut-il désigner un interprète lors des auditions de témoins, des interrogatoires et des confrontations (art. 102 et 121 c. pr. pén.). En matière militaire, le juge d'instruction du tribunal des armées dispose des mêmes droits et est tenu des mêmes obligations que le juge d'instruction de droit commun, sauf prescription contraire du code de justice militaire (art. 103 al. 1er, c. just. mil.). Or, le code de justice militaire ne traite pas de la question de l'interprète. Il faut donc en conclure que « ce domaine est l'un de ceux pour lesquels les obligations faites au juge d'instruction (de droit commun) s'imposent au juge d'instruction militaire »[4]. Ainsi ce dernier doit-il se conformer aux dispositions des articles 102 et 121 du code de procédure pénale chaque fois qu'un inculpé ou un témoin ne possède pas suffisamment la langue française. La même obligation s'impose aussi au juge des enfants (art. 8, al. 2, Ord. 2 févr. 1945).

5. Devant les juridictions de jugement, la réglementation de base du statut de l'interprète est inscrite dans les dispositions du code de procédure pénale concernant la cour d'assises (art. 344 et 345 c. pr. pén.). Ainsi les règles applicables à l'interprète devant le tribunal correctionnel (art. 407 et 408 c. pr. pén.) et le tribunal de police (art. 535 c. pr. pén.) ne sont qu'une copie de celles de la cour d'assises. Il en est de même notamment devant les juridictions des forces armées (art. 231 c. just. mil.) ou devant la cour d'assises des mineurs (art. 20, Ord. 2 févr. 1945).

A côté de cette réglementation de base, d'autres textes concernent aussi la question de l'interprète mais ne contiennent pas des prescriptions aussi complètes que celles des articles 344 et 345 du code de procédure pénale. On mentionnera notamment les dispositions prévoyant l'assistance d'un interprète dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises (art. 272 c. pr. pén.), devant les juridictions prévôtales (art. 489 c. just. mil.), devant la chambre d'accusation statuant en matière d'extradition[5] ou, en cas de nécessité absolue, lorsqu'un détenu ne parle ou ne comprend pas la langue française et s'il ne se trouve sur place aucune personne capable d'assurer la traduction (art. D. 506 c. pr. pén.). Ne pourrait-on pas, si le besoin s'en faisait sentir, combler ces prescriptions incomplètes en leur étendant la réglementation de base ? La jurisprudence ne l'écarte pas formellement mais elle opère une distinction. Dans certains cas, elle admet l'extension de cette réglementation, notamment devant la chambre d'accusation statuant en matière d'extradition[6], dans d'autres au contraire elle la refuse, notamment dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises[7].

3. G. Le Poittevin, *Code d'instruction criminelle annoté*, t. 2, Paris, 1926, p. 107, n° 18.
4. P. J. Doll, *Analyse et commentaire du code de justice militaire*, Paris, 1966, n° 198.
5. Art. 14, L. 10 mars 1927.
6. Crim. 24 juill. 1985, *Bull. crim.* n° 277 ; *D.* 1986.*IR.*118, obs. J. Pradel.
7. V. *infra* n° 20 et la jurispr. citée.

6. On constate donc que le statut de l'interprète devant les juridictions répressives fait l'objet d'une réglementation à plusieurs vitesses. Il arrive même que le droit à l'assistance d'un interprète ne fasse l'objet d'aucune prescription légale. En effet, aucun texte ne réglemente expressément le statut de l'interprète devant les autorités de poursuite et d'enquête. Sans doute ne s'agit-il pas là de juridictions, mais dans l'hypothèse où la personne poursuivie ne parlerait pas ou ne comprendrait pas la langue française ne pourrait-on pas envisager de faire application de la réglementation minimale prévue en matière d'instruction préparatoire ? La jurisprudence répond par la négative et décide que les dispositions de l'article 102 du code de procédure pénale ne sont pas applicables à l'enquête préliminaire ni à l'enquête de flagrance[8]. Cela n'emporte pas pour autant exclusion totale du droit à l'assistance d'un interprète devant les autorités de poursuite et d'enquête. Il suffirait pour s'en convaincre de se reporter aux dispositions de l'article R. 122 du code de procédure pénale relatives aux honoraires et indemnités des interprètes : « Lorsque les interprètes traducteurs sont appelés *devant le procureur de la République, les officiers de police judiciaire ou leurs auxiliaires*, devant les juges d'instruction ou devant les juridictions répressives pour faire les traductions orales, il leur est alloué ... ». Cela signifie seulement que certaines garanties exigées quant à l'âge, au serment, aux incompatibilités ou à la récusation ne peuvent normalement être invoquées devant les autorités de poursuite et d'enquête. Mais rien n'interdit au procureur de la République ou aux officiers de police judiciaire de recourir à un interprète ou de servir eux-mêmes d'interprète[9] en cas de nécessité[10].

7. Il apparaît ainsi que toutes les fois qu'une personne ne parle pas ou ne comprend pas la langue française, l'assistance d'un interprète est un droit qui ne peut lui être refusé. La présence de ce collaborateur occasionnel est une garantie de bonne justice. Rappelons à ce propos que la justice ne repose pas exclusivement sur des magistrats professionnels. De simples citoyens peuvent lui apporter leur concours : il suffit de rappeler le rôle essentiel des témoins, jurés, enquêteurs sociaux, experts, mais aussi des interprètes. Parmi ces collaborateurs occasionnels de la justice, certains sont de véritables techniciens : les experts et, dans une moindre mesure, les interprètes. Mais, qu'ils soient ou non techniciens, ces collaborateurs doivent, dans le légitime souci de protéger les intérêts publics et privés en cause dans le procès pénal, présenter un minimum de garanties. De tous il est exigé impartialité et sincérité. Des collaborateurs techniciens on exige parfois, outre ces garanties minimales, qu'ils justifient de compétences particulières. Les développements qui suivent voudraient insister sur ces différentes garanties et les mettre en évidence tant dans les *qualités de l'interprète* (I) que dans *sa mission* (II).

Cette étude n'a pas la prétention de l'exhaustivité. La doctrine et la jurisprudence sont suffisamment riches et anciennes pour rendre vaine une telle prétention. L'ambition est autre : montrer, dans une vue d'ensemble, les forces et les faiblesses du statut de l'interprète devant les juridictions répressives.

I. – LES QUALITÉS DE L'INTERPRÈTE

8. Sous l'Ancien Régime, on exigeait déjà que l'interprète soit choisi parmi les personnes « de probité reconnue »[11]. Ces exigences ne sont pas absentes des préoccupations du législateur actuel puisque l'interprète doit présenter de sérieuses garanties de fiabilité (A) et d'impartialité (B).

8. Crim. 16 févr. 1961, *Bull. crim.* n° 104 ; 13 févr. 1990, *Bull. crim.* n° 73.

9. Crim. 13 févr. 1990, *Bull. crim.* n° 73, cette *Revue* 1990.804, obs. A. Braunschweig.

10. En ce sens, P. J. Doll, *La réglementation de l'expertise en matière pénale*, LGDJ, 1969, n° 524. C. Parra, *Traité de procédure pénale policière*, Paris, 1960, p. 341, 342, 368 et s.

11. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, 1771, t. 2. p. 260.

A. — *L'interprète doit être fiable*

9. Trois critères de fiabilité sont posés : la maturité, la compétence et la fidélité. La maturité s'apprécie à partir d'un seuil d'âge posé par le législateur (1). D'autre part, mais c'est tellement évident que la loi ne rappelle même pas cette garantie, la justice doit s'assurer des compétences professionnelles de la personne appelée à remplir les fonctions d'interprète (2). Enfin et surtout le collaborateur de la justice doit être fidèle. Aussi la loi lui impose-t-elle un véritable devoir de sincérité en décidant qu'il ne saurait accomplir aucun acte sans avoir prêté serment (3).

1. L'âge

10. Cette garantie n'a pas toujours été exigée.

En effet, sous le régime de l'ordonnance de 1670, aucune condition d'âge n'était posée pour l'exercice des fonctions d'interprète. L'article 11 du titre XIV de l'ordonnance prévoyait seulement, « lorsque l'accusé n'entend pas la langue française, le juge doit, après que le corps du délit a été constaté, nommer d'office un interprète, s'il n'y a point d'interprète ordinaire, pour faire le procès de l'accusé, et lui faire prêter serment de bien et fidèlement vaquer au devoir de sa charge »[12].

Le mutisme textuel quant à la condition d'âge permet de conclure que le juge était libre de désigner toute personne, y compris donc un mineur, qu'il estimait apte à remplir les fonctions d'interprète. Sauf cependant à observer que, comme cela était exigé pour les témoins, l'interprète ne devait pas être reprochable ni reproché. Or parmi les causes de reproche figuraient notamment *l'âge* et la faiblesse de l'esprit. De fait une certaine maturité était exigée dans la personne de l'interprète.

11. C'est seulement dans le code de brumaire an IV qu'un seuil de maturité sera légalement fixé à vingt-cinq ans[13]. Le code d'instruction criminelle le rabaisse à vingt et un ans (art. 332). Le code de procédure pénale maintient ce seuil à vingt et un ans, âge qui, d'ailleurs, correspondait à la majorité civile.

12. La loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 ayant fixé la majorité à dix-huit ans, les dispositions du code de procédure pénale relatives à la condition d'âge de l'interprète devaient s'en trouver modifiées en conséquence. Or, si l'article 102 du code de procédure pénale décide que le juge d'instruction peut faire appel à un interprète majeur, c'est-à-dire âgé de dix-huit ans[14], certaines dispositions dudit code continuent de prévoir que l'interprète désigné devant les juridictions de jugement doit être âgé de *vingt et un ans* au moins (art. 344, 407 et 535).

Cette différence de rédaction s'explique difficilement. Assez curieusement, elle ne semble pas avoir préoccupé ceux qui, de près ou de loin, se sont intéressés à la matière. N'eut-il pas été préférable que le législateur fixât un seuil de maturité identique, quelle que soit la juridiction devant laquelle l'interprète doit apporter sa collaboration ?

En tout état de cause, la personne appelée à remplir les fonctions d'interprète et admise au serment sans récusation est présumée avoir l'âge requis par la loi[15].

12. D. Jousse, *op. cit.* p. 702.

13. M. Carnot, *De l'instruction criminelle*, Livre II, p. 168.

14. Comp. art. 489 al. 4 c. just. mil. « en cas de nécessité, le prévôt nomme d'office un interprète majeur, auquel il fait prêter serment ».

15. Crim. 26 mars 1816, *Bull. crim.* n° 122 ; 9 avr. 1846, *Bull. crim.* n° 13 ; 14 nov. 1882, *Bull. crim.* n° 237 ; 3 févr. 1927, *Bull. crim.* n° 40 ; 14 févr. 1929, *Bull. crim.* n° 52 ; 15 oct. 1955, *JCP* 1955.IV.158 ; 10 nov. 1959, *Bull. crim.* n° 477 ; 14 juin 1967, *Bull. crim.* n° 181 ; 27 juill. 1971, *Bull. crim.* n° 244.

13. Nécessaire lorsque la personne dont les propos doivent être traduits ne parle pas ou ne comprend pas la langue française, aucune condition d'âge n'est exigée quand l'accusé[16], le prévenu ou le témoin est sourd-muet et ne sait pas écrire[17]. Peut être ainsi désignée pour l'assister « la personne qui a le plus l'habitude de converser avec lui »[18]. Rien ne s'oppose donc à ce que cette personne soit mineure ou âgée de moins de vingt et un ans[19]. Si seule cette personne peut se faire entendre du sourd-muet, « il y a nécessité de la prendre, quelle qu'elle soit, quel que soit son âge, quelle que soit sa qualité »[20].

14. Il faut encore préciser que la condition d'âge n'est pas expressément exigée lorsque l'interprète assiste l'accusé pendant son interrogatoire par le président des assises dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises. En effet, l'article 272 du code de procédure pénale indique seulement qu' « il doit être fait appel à un interprète si l'accusé ne parle pas ou ne comprend pas suffisamment la langue française ».

Elle n'est pas non plus exigée devant la chambre d'accusation statuant en matière d'extradition[21].

Mais il est clair qu'une interprétation analogique des textes impliquerait qu'au moins l'interprète soit majeur ; les seules exceptions légales étant prévues pour les sourds-muets qui ne savent pas écrire.

2. Les connaissances linguistiques

15. En matière pénale, l'exercice des fonctions d'interprète n'est pas subordonnée à la possession de diplôme ou à l'inscription sur une liste de traducteurs-jurés ou d'experts judiciaires[22]. Cependant, même si ces garanties ne sont pas formellement exigées par la loi, il est évident que l'interprète doit posséder des connaissances linguistiques suffisantes[23]. Ces dernières sont indispensables pour la bonne compréhension des débats et pour la sauvegarde des droits de la défense. Il suffit d'observer les difficultés auxquelles peut donner lieu la traduction de certains documents écrits versés aux débats[24]. Lorsque l'on sait « qu'un seul mot est de nature à changer la face d'un procès »[25], l'on perçoit immédiatement le caractère indispensable des compétences professionnelles. Si donc un doute s'élevait sur ces compétences, la personne poursuivie devrait pouvoir écarter le collaborateur inapte[26]. Soucieuse de ces exigences, l'instruction générale recommande de faire appel à un interprète inscrit sur les listes d'experts prévues à l'article 157 du code de procédure pénale. A défaut le juge devra s'assurer des conditions de moralité et des connaissances professionnelles de l'interprète qu'il envisage de nommer (art. 538, al. 2).

16. Dès lors que l'interprète possède des connaissances linguistiques suffisantes et présente les autres garanties exigées, peu importe son sexe[27] ou sa nationalité[28]. Il suffit

16. Mais aussi l'inculpé.

17. Art. 345 al. 1er et art. 408 c. pr. pén. Le code de procédure pénale prévoit que le greffier écrit les questions ou observations qui lui sont faites ; elles lui sont remises et il donne par écrit ses réponses ou déclarations. Il est fait lecture du tout par le greffier. L'assistance de l'interprète est, dans ce cas, inutile.

18. Art. 345 al. 1er et art. 408 al. 1er c. pr. pén.

19. Crim. 23 déc. 1824, *Bull. crim.* n° 146 ; 21 janv. 1858, *Bull. crim.* n° 13.

20. Faustin Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, 1951, n° 248.

21. Art. 14, L. 10 mars 1927.

22. Crim. 13 févr. 1990, préc.

23. J.-Y. Lassalle, La comparution du prévenu, cette *Revue* 1981.557.

24. Cf. *infra*, n° 49 et s.

25. J. Michaud, Le traducteur et l'expert, cette *Revue* 1985.267.

26. Notamment en le récusant. Rappr. Crim. 14 juin 1967, *Bull. crim.* n° 181.

27. Crim. 16 avr. 1818, *Bull. crim.* n° 52.

qu'il parle, outre le français, une langue comprise ou parlée par la personne qu'il doit assister, même si cette langue n'est pas sa langue maternelle[29].

Au cas où l'interprète désigné ne parlerait pas à la fois le français et les langues parlées ou comprises par les personnes dont les propos doivent être traduits, le juge doit nommer autant d'interprètes qu'il y a de langues à traduire[30]. Il doit être constaté, non seulement que les déclarations de chacune d'elles ont été traduites en français mais aussi qu'elles l'ont été dans les langues que comprennent les autres[31].

3. Le serment

17. Le serment a toujours été regardé comme une formalité à la fois solennelle et essentielle[32] que doivent accomplir ceux qui, occasionnellement, doivent apporter leur concours à la justice. A l'origine, il avait un caractère sacré, acte par lequel on prenait la divinité à témoin de la vérité d'un fait ou d'un engagement[33].

Au regard du serment, la situation de l'interprète est particulière. En effet, véritable messager de la parole, il se voit imposer un devoir de sincérité, puisque la justice lui fait « une aveugle confiance »[34]. Son message doit donc être fidèle. Et c'est bien pour lui rappeler cette exigence et la gravité de ses devoirs que la loi lui fait prêter serment.

18. La formule du serment a varié au fil des siècles.

L'ordonnance de 1670 décidait que l'interprète devait « prêter serment de bien et fidèlement vaquer au devoir de sa charge ». Le code de brumaire an IV exigeait qu'il prêtat serment de « traduire fidèlement et suivant sa conscience les discours à transmettre entre ceux qui parlent des langages différents ». La formule du code d'instruction criminelle est, à peu de choses près, la même, puisque l'article 332 prévoit, à peine de nullité, qu'il doit « prêter serment de traduire fidèlement les discours à transmettre entre ceux qui parlent des langages différents ». Le code de procédure pénale a encore simplifié la formule, en observant toutefois une légère distinction selon que le serment était prêté devant le juge d'instruction ou devant les juridictions de jugement. Devant le juge d'instruction, l'interprète devait prêter serment de « traduire fidèlement les dépositions ». Devant les juridictions de jugement, de « remplir fidèlement sa mission ».

Depuis la loi du 29 décembre 1972, la formule du serment est la même. Quelle que soit la juridiction devant laquelle l'interprète doit remplir sa mission, il doit prêter serment « d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience ». C'est d'ailleurs cette formule qui est prévue pour le serment des experts (art. 168 c. pr. pén.). Ce qui montre bien le lien entre ces deux collaborateurs techniciens de la justice pénale.

19. Une double observation doit être faite quant à l'obligation au serment.

La première est que devant le juge d'instruction, seul l'interprète non assermenté doit prêter serment[35]. Inscrit sur une liste de traducteurs-jurés ou d'experts judiciaires prévue à l'article 157 du code de procédure pénale, ce collaborateur de la justice n'est pas

28. Crim. 30 nov. 1809 ; 2 mars 1827 (cités par G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 109, n° 47) ; Crim. 8 oct. 1868, *Bull. crim.* n° 214.

29. Crim. 8 oct. 1868, préc. ; 13 févr. 1990, préc.

30. Crim. 25 nov. 1880, *Bull. crim.* n° 209 ; 17 janv. 1889, *Bull. crim.* n° 17 ; 17 mai 1907, *Bull. crim.* n° 240 ; 20 juin 1990, *Bull. crim.* n° 253 ; *Gaz. Pal.* 1991.2, n° 32-33, p. 6.

31. Crim. 20 juin 1990, préc.

32. Dont la violation entraînerait la nullité de la procédure ultérieure.

33. *Dictionnaire pratique de droit*, Dalloz, 5e éd. *v° Serment*, n° 1.

34. A. Vitu, La récusation en matière pénale, *Mélanges Vincent*, 1981, p. 434.

35. Art. 102 c. pr. pén. : l'interprète, s'il n'est pas assermenté, prête serment...

tenu de prêter serment devant le juge d'instruction[36]. En effet, lors de son inscription sur la liste, il prête, devant la cour d'appel du ressort de son domicile, serment d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience. Il n'a donc pas à renouveler son serment chaque fois qu'il est commis (art. 160 c. pr. pén.)[37].

Cette dispense légale est inconcevable devant les juridictions de jugement. Les articles 344 et 407 du code de procédure pénale ne la prévoyant pas, la jurisprudence décide que l'interprète, même assermenté, doit prêter serment devant ces juridictions[38].

20. La deuxième observation est que l'interprète désigné par le président des assises en vertu de l'article 272 du code de procédure pénale n'est pas tenu de prêter serment. En effet, l'article 272 n'exige pas que l'interprète soit assermenté ou ait prêté serment[39]. On constate d'ailleurs que le statut de l'interprète, à ce stade de la procédure, est peu réglementé. Aucune des garanties concernant l'âge, la récusation ou les incompatibilités n'y est formellement admise. L'interrogatoire de l'accusé par le président des assises n'étant désormais qu'un « pur acte d'administration »[40]. En conséquence la jurisprudence estime que les dispositions du code de procédure pénale qui règlent les conditions de nomination et de prestation de serment des interprètes ne concernent que les débats devant le juge d'instruction ou devant les juridictions de jugement et qu'elles ne s'étendent pas à l'interrogatoire de l'accusé par le président des assises[41]. En revanche, elles s'imposent devant la chambre d'accusation statuant en matière d'extradition, et cela en vertu des principes généraux du droit, dès lors qu'elles sont prescrites non seulement dans l'intérêt de celui que l'interprète assiste, mais encore pour le bien de la justice, afin d'assurer au mieux l'oralité et le caractère contradictoire des débats[42]. Elles s'imposent aussi, pour les mêmes raisons, devant les juridictions militaires d'instruction (art. 103, al. 1er c. just. mil.) ou de jugement (art. 231 c. just. mil.) et devant la juridiction pour mineur (art. 20, al. 11, Ord. 2 févr. 1945).

21. En principe, le serment doit être prêté dans les termes mêmes de la loi. Toutefois, il est admis, bien que la formule légale ne soit pas exactement reproduite, qu'il n'y a pas de nullité lorsque celle qui est employée en exprime le sens sans le dénaturer ni le restreindre[43]. Ainsi, serait valable le serment prêté de « traduire fidèlement les discours à transmettre entre ceux qui parlent des langages différents » ancienne formule du code d'instruction criminelle[44] ou de « remplir fidèlement sa mission », formule en vigueur entre 1959 et 1972[45]. De même, bien qu'aucune disposition du code de procédure pénale ni de la loi du 10 mars 1927 ne prévoit la formule du serment que doit prêter l'interprète qui assiste l'étranger comparaissant devant la chambre d'accusation saisie d'une

36. En ce sens, Crim. 17 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 343.

37. V. aussi B. Bouloc, *L'acte d'instruction*, LGDJ, 1965, n° 819 ; P. J. Doll, *La réglementation de l'expertise en matière pénale*, préc. n° 531 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 4e éd. 1989, n° 651, note 3, p. 753 ; J.-Y. Lassalle, La comparution du prévenu, préc. p. 558-559.

38. Crim. 21 oct. 1813, *Bull. crim.* n° 227 ; 25 juill. 1961, *Bull. crim.* n° 358 ; 13 janv. 1965, *Bull. crim.* n° 12 ; 16 juin 1970, *Bull. crim.* n° 205 ; 17 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 343.

39. Crim. 12 nov. 1964, *Bull. crim.* n° 296 ; 16 janv. 1966, *Bull. crim.* n° 8 ; 7 sept. 1974, *Bull. crim.* n° 268 ; 21 déc. 1977, *Bull. crim.* n° 407 ; 4 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 5.

40. V. à ce propos nos développements, *infra* n° 42.

41. V. les arrêts cités note 39.

42. Crim. 24 juill. 1985, préc. ; rappr. Crim. 19 mai 1987, *D.* 1987.*Somm.*135, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferriere ; Crim. 9 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 296.

43. La jurisprudence est abondante. On citera notamment Crim. 8 juill. 1813, *Bull. crim.* n° 148 ; 16 avr. 1818, *Bull. crim.* n° 52 ; 4 févr. 1819,*Bull. crim.* n° 14 ; 20 oct. 1959, *Bull. crim.* n° 448 ; 10 nov. 1959, *Bull. crim.* n° 447 ; 15 nov. 1959, *Bull. crim.* n° 594 ; 24 nov. 1965, *Bull. crim.* n° 250 ; 22 févr. 1977, *Bull. crim.* n° 70 ; 8 mars 1984, *Bull. crim.* n° 97 ; 20 nov. 1984, *Bull. crim.* n° 360, *JCP* 1986.II.20546, obs. P. Chambon.

44. Crim. 25 juill. 1961, *Bull. crim.* n° 358 ; 10 nov. 1964, *Bull. crim.* n° 293 ; 20 déc. 1964, *Bull. crim.* n° 339.

45. Crim. 9 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 296, cette *Revue* 1984.542, obs. J. Robert.

demande d'extradition le concernant, il suffit que l'interprète prête serment de « remplir fidèlement sa mission »[46].

Le serment de l'interprète admet donc, de ce point de vue, une « certaine souplesse »[47]. Il n'empêche qu'il doit être impérativement constaté dans le procès-verbal[48].

On observera enfin que le serment prêté à l'ouverture des débats conserve sa valeur jusqu'à la fin de l'affaire. Il n'a donc pas à être renouvelé à chaque reprise d'audience ou à chaque intervention[49].

22. L'âge, les connaissances linguistiques et le serment, traduction des garanties de fiabilité exigées dans la personne de l'interprète, apparaissent donc comme n'ayant pas toujours la même valeur ni la même force selon la juridiction devant laquelle le collaborateur de la justice doit intervenir. Cela résulte des dispositions même du code de procédure pénale concernant l'interprète. On s'aperçoit en effet qu'elles ont institué un statut à trois vitesses : plutôt bien réglementé devant les juridictions de jugement ; succinctement réglementé devant les juridictions d'instruction et plus encore devant le président des assises dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises ; inexistant devant les autorités de poursuite et d'enquête. Les mêmes observations valent aussi pour les garanties d'impartialité exigées dans la personne de l'interprète.

B. — *L'interprète doit être impartial*

23. Pour garantir cette impartialité, le législateur a institué un système d'incompatibilités (1) et de récusation (2).

1. Les incompatibilités : garanties de l'impartialité

24. Certaines personnes, en raison de leur rôle particulier dans le procès pénal ne peuvent être désignées comme interprètes : ce sont les juges, les jurés, le greffier, les parties et les témoins. Ces incompatibilités sont sanctionnées par la nullité, laquelle ne peut être couverte du consentement de l'accusé — ou du prévenu — ou du ministère public. Toutefois, dans le cas où celui que doit assister l'interprète est sourd-muet et ne sait écrire, *toute personne* ayant le plus l'habitude de converser avec lui peut assurer les fonctions d'interprète. En conséquence, les incompatibilités seraient inapplicables et il n'y aurait pas nullité si l'interprète était choisi parmi les juges, les jurés, le greffier, les parties ou les témoins[50]. Cependant il est indispensable, en pareil cas, de constater dans le procès-verbal la nécessité d'un tel choix[51].

25. Sous l'empire du code d'instruction criminelle, seules trois catégories de personnes étaient expressément écartées des fonctions d'interprète pour raison d'incompatibilité : les témoins, les juges et les jurés (art. 332).

Sous l'effet de la nécessité et dans le souci de préserver les droits de la défense, la liste des personnes frappées d'incompatibilité allait être précisée et complétée par le code de procédure pénale. Désormais, devant le juge d'instruction, sont exclus des fonctions

46. Crim. 24 juill. 1985, préc.

47. J. Robert, obs. sous Crim. 9 nov. 1983, cette *Revue* 1984.542.

48. Crim. 25 juill. 1961, préc. ; 13 janv. 1965, *Bull. crim.* n° 12 ; 28 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 309. V. aussi la jurispr. citée par G. Le Poittevin, *op. cit.* n° 84 et s. p. 112 et s. ; Faustin Hélie, *op. cit.* n° 250.

49. Crim. 22 oct. 1987, *Bull. crim.* n° 364. V. aussi la jurispr. citée par G. Le Poittevin, *op. cit.* n° 65 et s. p. 11 ; Faustin Hélie, *op. cit.* n° 250 et s.

50. Crim. 13 juill. 1846, *Bull. crim.* n° 173 ; *S.* 1846.1.574 ; 20 janv. 1858, *Bull. crim.* n° 13 ; 16 déc. 1859, *Bull. crim.* n° 277 ; 5 avr. 1861, *Bull. crim.* n° 72, *S.* 1861.1.744 ; 22 sept. 1864, *Bull. crim.* n° 236 ; 1er sept. 1887, *Bull. crim.* n° 324 ; 24 avr. 1896, *Bull. crim.* n° 142 ; 8 mai 1952, *D.* 1953.*Somm.*30.

51. Crim. 24 avr. 1896, préc.

d'interprète le greffier et les témoins (art. 102, al. 2 c. pr. pén.). Devant la cour d'assises, l'interprète ne peut être pris parmi les juges composant la cour, les jurés, le greffier qui tient l'audience, les parties et les témoins (art. 344 c. pr. pén.). Devant les tribunaux correctionnels et de police, l'interprète ne peut être pris parmi les juges composant le tribunal, le greffier qui tient l'audience, les parties et les témoins (art. 407 et 535 c. pr. pén.).

Il convient de préciser, pour chacune de ces personnes, les incompatibilités.

a) Les juges composant la juridiction

26. En matière civile, le juge qui comprend la langue dans laquelle s'expriment les parties n'est pas tenu de recourir à un interprète (art. 23 N.C.P.C.). Cette faculté accordée au juge civil répond à un « double souci d'économie et de célérité »[52]. Elle est cependant difficilement concevable en matière pénale. En effet, dans un procès civil, les intérêts en cause sont essentiellement privés et on admet que ces intérêts particuliers ne souffrent pas trop de la liberté accordée au juge civil.

27. Dans un procès pénal, en revanche, d'autres intérêts sont en jeu : d'une part, l'ordre et la sécurité de la collectivité sociale toute entière, d'autre part, l'honneur et la liberté et la personne poursuivie[53]. « Nulle part mieux que dans le procès répressif on ne voit s'affronter aussi visiblement l'individu et la puissance publique, avec son appareil contraignant »[54]. Dès lors, il faut absolument refuser au juge répressif la liberté reconnue au juge civil, afin de préserver « l'égalité des armes entre les divers personnages de l'instance »[55]. On peut craindre en effet que cette égalité ne devienne « suspecte si la fidélité de la traduction était un jour contestée »[56]. S'il en était ainsi, le procès ne serait pas mené équitablement comme l'exige l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette exigence devrait dominer tout le procès pénal, depuis l'instruction préparatoire jusqu'au jugement définitif. Or, du fait de l'absence de dispositions formelles du code de procédure pénale l'instituant, il apparaît que certains magistrats échappent à l'incompatibilité. Mais, on le verra, ce n'est qu'une apparence.

28. D'une part, l'article 102 du code de procédure pénale permet au juge d'instruction de faire appel à un interprète majeur, « à l'exclusion de son greffier et des témoins ». Il s'ensuit, *a contrario*, que le juge pourrait lui-même, sans qu'il y ait nullité, se charger de remplir les fonctions d'interprète, puisqu'il ne se trouve pas nommément compris dans l'exclusion de la loi. Mais un tel raisonnement ne saurait être admis. En effet, en raison des exigences d'impartialité et d'égalité des armes, il faut exclure le juge d'instruction des fonctions d'interprète. Il ne saurait à la fois cumuler les fonctions de magistrat professionnel et de collaborateur occasionnel de la justice !

29. D'autre part, les dispositions du code de procédure pénale relatives à la désignation de l'interprète devant les juridictions de jugement excluent des fonctions de collaborateur occasionnel de la justice les juges composant la juridiction. On s'est alors demandé si le représentant du ministère public était compris dans l'exclusion légale. Là encore, la réponse ne laisse aucun doute. En effet, G. Le Poittevin affirme, dans son code d'instruction criminelle annoté, que le ministère public est « partie en cause et, par suite, par application d'un principe supérieur et sans qu'il soit nécessaire qu'un texte le rappelle,

52. J. Pradel, obs. sous Crim. 24 févr. 1988, *D.* 1988.*Somm.*361.
53. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* n° 2.
54. *Ibid.*
55. J. Pradel, obs. préc.
56. *Ibid.*

(il) ne peut, à peine de nullité remplir les fonctions d'interprète »[57]. Cette conception, qu'il faut approuver, est d'ailleurs confirmée par la jurisprudence[58].

30. Pour ce qui est du président des assises et de ses assesseurs, il est évident que ces magistrats composent la cour d'assises. De même le président du tribunal correctionnel et ses assesseurs ou celui du tribunal de police composent ces juridictions. Ils sont donc frappés de l'incompatibilité d'exercer les fonctions d'interprète. Ainsi leur est-il interdit de traduire les propos de la personne poursuivie ou d'un témoin ne parlant pas le français[59] ou de s'adresser à eux dans leur propre langue[60]. Il faut cependant pour que la nullité soit encourue que le magistrat ait effectivement rempli les fonctions d'interprète. Tel ne serait pas le cas si ce magistrat après qu'un témoin ait déposé en patois périgourdin a, pour mieux fixer quelques points du débat, répété en français les réponses faites à certaines questions, alors que ce patois est compris de la cour, des jurés et de l'accusé[61].

b) Les jurés

31. L'exigence du procès équitable conduit encore à exclure des fonctions de collaborateur occasionnel de la justice ces « magistrats non professionnels » que sont les jurés. Toutefois, ne sont visés par cette exclusion que les jurés de jugement et non ceux qui, inscrits sur la liste de session, n'ont pas été désignés par le sort pour participer au jugement[62]. Par ailleurs, aux termes de l'article 291 du code de procédure pénale les interprètes sont au nombre de ceux dont les noms doivent être provisoirement retirés de la liste de session.

c) Le greffier

32. Le code d'instruction criminelle était muet sur la question de savoir s'il fallait inclure le greffier parmi les personnes frappées d'incompatibilité. Ce mutisme légal a été à l'origine d'une controverse, aujourd'hui dépassée. La Cour de cassation avait décidé dans un arrêt du 22 janvier 1808[63] qu'un greffier, même tenant l'audience, pouvait être désigné comme interprète. Cette jurisprudence fut au moins doublement confirmée quelques années plus tard, puisque le 10 août 1876[64] et le 18 janvier 1923[65] la Cour de cassation estimait que, si l'article 332 du code d'instruction criminelle dispose que l'interprète ne peut, à peine de nullité, être mis parmi les témoins, les juges et les jurés, ces incompatibilités sont de droit étroit et ne peuvent être étendues à d'autres personnes que celles énumérées. Elle décidait en conséquence que l'article 332 n'excluait point de cette mission le greffier qui tient la plume à l'audience. Or, à l'époque, une partie de la doctrine soutenait que l'incompatibilité prévue par l'article 332 devait s'étendre au greffier qui prend à l'instruction et au jugement de l'affaire une part pouvant mettre en doute son indépendance comme interprète[66]. C'est cette analyse qui finalement allait triompher. Ainsi, la jurisprudence a admis que le greffier qui tient l'audience devait être

57. G. Le Poittevin, *op. cit.* n° 58. Dans le même sens, H. Angevin, *in J.-Cl. Procédure pénale, v° Cour d'assises, Débats*, art. 323 à 346 fasc. 1, n° 117.

58. Crim. 14 janv. 1927, *Bull. crim.* n° 12.

59. Crim. 21 févr. 1812, *Bull. crim.* n° 39 ; 18 août 1832, *Bull. crim.* n° 312 ; 4 mars 1870, *Bull. crim.* n° 54.

60. Crim. 21 févr. 1812, préc.

61. Crim. 30 janv. 1851, *Bull. crim.* n° 39 ; 20 juin 1884, *Bull. crim.* n° 201 ; 14 janv. 1886, *Bull. crim.* n° 15.

62. Crim. 21 mai 1812 cité par Le Poittevin, *op. cit.* p. 110, n° 60 et s.

63. Cité par G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 110, n° 59.

64. *Bull. crim.* n° 186, *S.* 1878.1.234.

65. *Bull. crim.* n° 15.

66. Nouguier, *La cour d'assises, traité pratique*, I1860-1970, t. 3, n° 1817 *contra* Carnot, *De l'instruction criminelle*, t. 3, p. 181.

compris parmi les personnes frappées d'incompatibilité[67]. Cependant, assez bizarrement, elle estimait que cette incompatibilité ne devait pas s'étendre au greffier du juge d'instruction[68].

33. Désormais, le code de procédure pénale exclut des fonctions d'interprète aussi bien le greffier qui tient l'audience de la cour d'assises (art. 344, al. 3 c. pr. pén.) ou celle des juridictions correctionnelles (art. 407, al. 3 c. pr. pén.) et de police (art. 535, al. 1er c. pr. pén.) que le greffier du juge d'instruction (art 102, al. 2 c. pr. pén.).

d) Les témoins

34. Le rôle de l'interprète est encore inconciliable avec celui de témoin. En effet, collaborateur occasionnel de la justice, la personne appelée à remplir les fonctions d'interprète doit s'acquitter de sa mission « avec une entière impartialité et dans un esprit absolument dégagé de toute impression personnelle et antérieure aux débats ; elle ne saurait donc jouer deux rôles à la fois et participer au dénouement d'un procès dans lequel elle aurait témoigné »[69]. Aussi la loi écarte-t-elle le témoin des fonctions d'interprète[70]. En la matière la jurisprudence est bien établie et il serait inutile d'y revenir[71].

e) Le ministère public et les parties privées

35. Parce que le ministère public, la partie civile, le civilement responsable et la personne poursuivie ont une place et un rôle particuliers dans le procès pénal, ils sont exclus des fonctions d'interprète. On craint en effet qu'ils ne présentent pas de garanties suffisantes d'impartialité s'ils devaient cumuler leur rôle et celui d'interprète.

Alors que le code d'instruction criminelle n'excluait pas expressément les parties des fonctions d'interprète, la jurisprudence décidait, avec raison, que leur rôle était inconciliable avec celui d'interprète et étendait cette incompatibilité à leurs conseils[72]. Le code de procédure pénale, consacrant cette jurisprudence, pose expressément cette incompatibilité, mais uniquement devant les juridictions de jugement. Pour des raisons évidentes, il faut admettre que cette incompatibilité doit s'appliquer devant le juge d'instruction.

Si un doute s'élevait sur l'impartialité de l'interprète, la loi reconnaît à certaines personnes le droit d'écarter ce collaborateur de la justice en instituant un système de récusation.

2. La récusation : sanction de la partialité

36. Lorsqu'un justiciable a des doutes sur l'impartialité d'un magistrat la loi lui reconnaît le droit de l'écarter du jugement de sa cause[73]. Ce droit d'éviction ne se manifeste

67. Crim. 19 févr. 1953, *Bull. crim.* n° 61.

68. Crim. 12 mai 1952, *Bull. crim.* n° 62.

69. R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 2, 1909, n° 412, p. 103.

70. Art. 102 al. 2, 344 al. 3, 407 al. 3 et 535 al. 1er c. pr. pén.

71. On citera notamment : pour le témoin qui a déposé à l'audience même, alors que la nomination n'est faite qu'après la déposition, Crim. 30 déc. 1853, *Bull. crim.* n° 608 ; 28 juin 1902, *Bull. crim.* n° 235 ; 26 juin 1913, *Bull. crim.* n° 311 ; pour une personne qui a été citée régulièrement comme témoin devant la cour d'assises, Crim. 28 sept. 1843, *Bull. crim.* n° 251 ; pour un témoin qui a été appelé en vertu du pouvoir discrétionnaire du président des assises et n'a déposé qu'à titre de simple renseignement, Crim. 16 janv. 1851, *Bull. crim.* n° 22 ; 1er mai 1891, *Bull. crim.* n° 102 ; 4 août 1904, *Bull. crim.* n° 363 ; 21 juin 1913, *Bull. crim.* n° 311 ; 12 déc. 1930, *Bull. crim.* n° 303 ; 27 oct. 1982, *Bull. crim.* n° 236, *D.* 1983.*IR*.244. Pour un panorama plus complet, V. notamment Faustin Hélie, *op. cit.* n° 248 ; F. Chapar, *Manuel de la cour d'assises*, 1970, p. 107 ; G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 110, n° 50 et s. ; H. Angevin, *op. cit.* n° 119 et s.

72. Crim. 14 janv. 1927, *Bull. crim.* n° 12.

73. A. Vitu, La récusation en matière pénale, *Mélanges Vincent*, 1981, p. 427.

pas seulement à l'encontre des magistrats. Il s'applique aussi à l'encontre de l'interprète. Ce collaborateur judiciaire, en tant qu'il prend une certaine part à l'instruction et au jugement de l'affaire, doit être irréprochable et ses traductions fidèles. La récusation est à cet égard une garantie de bonne justice et il serait juste que l'exercice de ce droit soit reconnu à tous les stades de la procédure, devant toutes les juridictions répressives et à toutes les parties au procès, « puisque toute partie est intéressée à une compréhension exacte des dires de la personne qui ignore la langue française »[74]. Or il apparaît que ce droit de récusation n'est pas général : seules certaines personnes sont admises à l'exercer et devant les seules juridictions prévues par la loi.

a) Les personnes admises au droit de récusation

37. Le code d'instruction criminelle[75] ne désignait que l'accusé et le procureur général parmi les personnes admises à exercer le droit de récuser l'interprète. La partie civile n'était pas au nombre de ces personnes, puisqu'à l'époque on considérait que son intérêt était « entièrement subordonné à l'exercice de l'action publique »[76]. Il a fallu attendre le code de procédure pénale pour que la spécificité de la partie civile soit reconnue et que ses intérêts soient regardés comme distincts de ceux attachés à l'exercice de l'action publique. Ainsi, à l'exclusion de toutes autres personnes, seuls le ministère public, l'accusé, le prévenu et la partie civile peuvent récuser l'interprète[77]. Si les défenseurs de l'accusé, du prévenu et de la partie civile sont eux aussi admis à exercer ce droit, il semble bien que l'exercice de ce droit — moyen pour une partie d'écarter du jugement de sa cause quelqu'un dont elle suspecte l'impartialité — soit inconcevable pour les juges, les jurés, le greffier, les témoins, le civilement responsable ou l'inculpé, puisque ces derniers ne sont pas expressément visés par la loi. Sauf pour ce qui est de l'inculpé, de telles exclusions peuvent se comprendre, les personnes visées n'ayant aucun intérêt à voir récuser l'interprète. Mais l'inculpé n'a-t-il pas un intérêt direct à cette récusation s'il juge que l'interprète est reprochable ?[78].

38. Si la loi désigne les personnes expressément admises au droit de récusation, elle n'indique pas les causes de récusation. Elle se borne à poser que celle-ci doit être motivée. Il s'ensuit donc que les intéressés pourraient invoquer tout moyen de fait ou de droit faisant suspecter l'impartialité de l'interprète. Encore que les interprètes ne soient pas des magistrats, le demandeur pourra ainsi motiver sa récusation en invoquant les causes prévues à l'article 668 du code de procédure pénale[79] : à savoir l'existence, entre l'interprète et la personne qu'il doit assister, d'un lien de parenté ou d'alliance, d'une communauté ou d'une contradiction d'intérêt, d'un litige antérieur ou actuel ou d'une inimitié. Il pourra encore invoquer le défaut d'âge, l'absence de connaissances linguistiques suffisantes ou encore une incompatibilité. Toutefois, il ne peut exercer son droit qu'*in limine litis*, car passé le seuil de la procédure il serait censé avoir renoncé à s'en prévaloir. En effet, le Cour de cassation estime que lorsque l'accusé n'a pas usé du droit de récuser l'interprète désigné, l'assistance de celui-ci doit être considérée comme conforme aux besoins de la défense[80].

74. A. Vitu, La récusation en matière pénale, *Mélanges Vincent*, 1981, p. 434.
75. Art. 332 al. 2.
76. Carnot, *op. cit.* p. 167.
77. Art. 344 al. 2, 407 al. 2 et 535 al. 1er c. pr. pén.
78. V. nos obs. *infra* n° 41.
79. En ce sens, A. Vitu, La récusation en matière pénale, préc. p. 438.
80. Crim. 23 nov. 1920, *Bull. crim.* n° 450 ; 18 mars 1921, *Bull. crim.* n° 134 ; 14 avr. 1930, *Bull. crim.* n° 126 ; 15 oct. 1955, *JCP* 1955.IV.158.

39. La récusation se présentant comme une sorte « d'incident de procédure »[81], comme tous les incidents contentieux, il sera réglé par la juridiction et non par le président seul, à peine de nullité[82]. Après audition du ministère public, des parties et de leurs conseils, la juridiction prendra une décision motivée. Elle appréciera souverainement les motifs de la récusation. Si elle accueille favorablement la demande, elle nomme un autre interprète[83]. Sa décision, quelle qu'elle soit, n'est susceptible d'aucune voie de recours[84].

Il reste maintenant à préciser quelle est cette juridiction.

b) Les juridictions devant lesquelles la récusation est expressément admise

40. Il ressort des dispositions du code de procédure pénale que la récusation n'est pas expressément admise devant toutes les juridictions. En effet, si la loi reconnaît spécialement ce droit devant la cour d'assises (art. 344, al. 2 c. pr. pén.), les juridictions correctionnelle (art. 407, al. 2 c. pr. pén.) et de police (art. 535, al. 1er c. pr. pén.), les juridictions militaires de jugement (art. 231 c. just. mil.) et la cour d'assises des mineurs (art. 20, al. 11, Ord. 2 févr. 1945), si elle ne l'exclut pas formellement devant la chambre d'accusation statuant en matière d'extradition (art. 14, loi du 10 mars 1927), elle ne le prévoit pas devant le juge d'instruction (art. 102, al. 2 et 121, al. 2) ni dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises (art. 272, al. 4).

Or si la récusation est la traduction de cette garantie fondamentale qu'est pour la personne poursuivie le droit d'organiser sa défense[85] et, à cette fin, d'écarter l'interprète désigné, ne serait-il pas souhaitable qu'au stade de l'instruction préparatoire le ministère public, l'inculpé et la partie civile soient admis, comme devant les juridictions de jugement, à récuser l'interprète ? De même, dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises, lors de l'interrogatoire de l'accusé par le président, si ce dernier a jugé utile et nécessaire de désigner un interprète, l'accusé ne devrait-il pas, comme il pourrait le faire à l'audience, récuser cet interprète qu'il estime reprochable ?

A priori cette exclusion légale paraît regrettable. Mais quelques arguments – qu'il faudra peser – semblent militer en sa faveur.

41. Devant le juge d'instruction, l'exclusion de la récusation se justifierait par le fait que ce magistrat instruit à charge et à décharge. Il ne juge pas au fond. Il se borne à mettre en état le procès pénal. Ce serait donc ralentir inutilement le cours de la justice que d'introduire, à ce stade de la procédure, une réglementation trop lourde du statut de l'interprète et donc le droit de récusation. Certes, mais cela ne convainc pas totalement. En effet, on n'est jamais assuré que l'interprète sera absolument impartial au stade de l'instruction préparatoire et que partant la question de sa récusation ne se posera pas. Si donc il y a un doute sur son impartialité ou sur ses qualités professionnelles, s'il existe entre l'inculpé et lui une contradiction d'intérêt, un litige antérieur ou actuel, une inimitié, refusera-t-on à l'inculpé le droit d'écarter ce collaborateur impartial ? Lorsque l'on sait de quel poids pèsera le dossier d'instruction à l'audience de jugement, l'on perçoit immédiatement la nécessité d'admettre la récusation au stade de l'instruction préparatoire. Reconnaître ce droit à l'inculpé serait une garantie de bonne justice.

42. L'exclusion du droit de récusation dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises s'expliquerait aussi, en partie, par le fait qu'il faut éviter de ralentir inutilement le cours de la justice. Mais plus spécialement cette exclusion se justifie par

81. A. Vitu, La récusation en matière pénale, préc. p. 429.
82. Crim. 15 mars 1912, *Bull. crim.* n° 150.
83. Crim. 13 nov. 1862, *Bull. crim.* n° 246.
84. Art. 344 al. 2, 407 al. 2 et 535 al. 1er c. pr. pén.
85. A. Vitu, La récusation en matière pénale, préc. p. 430.

le fait que l'interrogatoire de l'accusé par le président des assises n'est plus ce qu'il était sous l'empire du code d'instruction criminelle. En effet, le président devait interroger l'accusé sur le fond de l'affaire et cela, à peine de nullité[86]. Si ce moment procédural est encore regardé comme « l'acte le plus important de la procédure antérieure aux débats de la cour d'assises »[87], le code de procédure pénale a cependant entendu le dépouiller « du caractère d'acte d'instruction qu'il revêtait jusqu'alors »[88]. L'interrogatoire de l'accusé par le président n'est donc désormais qu'un « pur acte d'administration »[89], puisque le président se borne à interroger l'accusé sur son identité, s'assurer qu'il a bien reçu l'arrêt de renvoi et fait le choix d'un conseil. Si l'accomplissement de ces différentes formalités peut exiger l'assistance d'un interprète lorsque l'accusé ne comprend pas ou ne parle pas la langue française, elles n'ont pas ce caractère fondamental qui permettrait d'écarter l'interprète suspecté d'impartialité, les intérêts de l'accusé n'étant pas véritablement menacés.

L'interprète qui présente toutes les garanties de fiabilité et d'impartialité peut donc apporter sa collaboration à la justice. C'est à l'examen de cette collaboration qu'il faut maintenant s'attacher.

II. — L'INTERPRÉTARIAT, COLLABORATION APPORTÉE À LA JUSTICE

43. La mission de l'interprète est double.

Elle consiste, d'une part, à assister les justiciables ne parlant pas ou ne comprenant pas suffisamment la langue française mais encore toutes les fois qu'une cause quelconque les empêche soit de comprendre soit de se faire comprendre[90] (A).

Elle consiste, d'autre part, à traduire des documents versés aux débats (B).

A. — *L'assistance aux justiciables*

44. Les dispositions du code de procédure pénale ne prévoient l'assistance de l'interprète qu'au bénéfice de l'inculpé (art. 121, al. 2), de l'accusé (art. 344, al. 1er), du prévenu (art. 407, al. 1er et 535, al. 1er) et du témoin[91]. Des dispositions spéciales[92] prévoient aussi cette assistance lorsque l'accusé, le prévenu ou le témoin est sourd-muet et ne sait pas écrire[93]. Mais la jurisprudence considère, avec raison, que cette énumération n'est pas limitative et que l'assistance de l'interprète s'impose toutes les fois qu'un justi-

86. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, préc. n° 622 *bis* et la jurispr. citée.

87. Brouchot, L'interrogatoire préalable de l'accusé par le président de la cour d'assises, *JCP* 1963.I.1748.

88. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* n° 622 *bis*.

89. *Ibid.*

90. F. Chapar, *Manuel de la cour d'assises*, 2e éd. Dalloz, p. 105 et la jurispr. citée ; P. J. Doll, *La réglementation de l'expertise en matière pénale*, préc. n° 524

91. Art. 102 al. 2, 121 al. 2, 344 al. 1er et 535 al. 1er.

92. Art. 345, 408 et 535 al. 1. Sur ces dispositions, on se reportera notamment à D. Jousse, *op. cit.* p. 697 et s. ; M. Carnot, *op. cit.* p. 169 et s. ; G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 118 et s. n° 1 à 29 ; Faustin Hélie, *op. cit.* n° 248, p. 174 ; P. J. Doll, *La réglementation de l'expertise en matière pénale*, préc. n° 538 : C. Parra, *op. cit.* p. 342 ; F. Chapar, *op. cit.* p. 110 et 111 ; J.-Y. Lassalle, La comparution du prévenu, préc. p. 557, n° 38 ; P. Nicolopoulos, La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire, préc. p. 17 ; H. Angevin, *op. cit.* n° 142 à 155 et la jurispr. citée.

93. Mais aussi, en dehors des cas de surdi-mutité, lorsque le justiciable est incapable de comprendre ou de se faire comprendre pour une cause quelconque : en cas de langage inintelligible d'un témoin, bien que ce dernier ne parle pas une langue différente (Crim. 21 juill. 1843, *Bull. crim.* n° 188 ; 12 mai 1885, *Bull. crim.* n° 164) ; lorsque le témoin atteint d'idiotisme, articule avec peine sa déposition (Crim. 28 sept. 1843, *Bull. crim.* n° 251 ; 16 déc. 1859, *Bull. crim.* n° 277) ; lorsque le témoin, à raison de son grand âge, ne parle ni n'entend clairement (Crim. 5 avr. 1861, *Bull. crim.* n° 72).

ciable ne parlerait pas ou ne comprendrait pas suffisamment la langue française[94]. Ainsi l'interprète pourrait-il assister la partie civile[95], voire un juré ou l'un des juges composant la juridiction. Il ne faudrait toutefois pas exagérer cette règle jurisprudentielle[96]. En effet, quand le président des assises, seul parmi les assesseurs, les jurés, le greffier, les défenseurs et l'accusé, ne comprend qu'imparfaitement le patois du pays, il peut se faire expliquer certaines réponses des témoins par l'huissier de service, sans qu'il soit nécessaire de nommer un interprète[97]. Par ailleurs, l'assistance d'un interprète a été jugée inutile, lorsqu'une partie civile a été entendue avec l'assistance de son défenseur qui faisait office d'interprète[98].

45. Lorsque l'interprète assiste un témoin, il doit traduire à ce dernier la formule du serment, mais aussi, sans le résumer, tout ce que dit le témoin et toutes les questions qui lui sont posées[99].

46. Quand il assiste l'accusé, le prévenu ou l'inculpé doit-il traduire à l'intention de celui-ci tout ce qui se dit au procès ? On pourrait l'admettre si on appliquait aveuglément le principe du contradictoire et de l'oralité des débats. Mais il est matériellement impossible de traduire tout ce qui se dit au cours des débats. Aussi la jurisprudence distingue-t-elle les cas où l'assistance de l'interprète est indispensable et ceux dans lesquels elle est inutile. Cette assistance est jugée indispensable pour tous les actes substantiels des débats[100] : à savoir, les interpellations faites à l'accusé et les réponses de celui-ci[101] ; les interrogatoires des autres personnes poursuivies[102] ; les dépositions de témoins[103] et des experts ; les réquisitions du ministère public pour l'application de la peine[104] ; la déclaration de la cour et du jury, l'arrêt de condamnation, l'avertissement relatif au délai du pourvoi en cassation[105]. L'assistance de l'interprète est encore jugée indispensable toutes les fois que la personne poursuivie ne peut être suppléée par son conseil dans ses déclarations et pour les interpellations qui lui sont adressées[106]. *A contrario*, toutes les fois que les discours ou les lectures n'offrent aucun intérêt pour la défense de la personne poursuivie ou lorsque cette dernière peut être suppléée par son conseil, il est admis que l'assistance de l'interprète est inutile[107].

47. Que faut-il décider lorsque l'inculpé qui ne parle ou ne comprend pas la langue française demande l'assistance d'un interprète au cours d'une expertise psychiatrique, d'une enquête de personnalité ou de ses entretiens avec son défenseur ?

Interprétant strictement les dispositions du code de procédure pénale, la jurisprudence refuse de faire droit à une telle demande[108]. Elle considère en effet que les ar-

94. Crim. 20 mai 1843, *Bull. crim.* n° 117. V. aussi les arrêts cités note 93.
95. Crim. 12 févr. 1974, *Bull. crim.* n° 65.
96. G. Le Poittevin, *op. cit.* n° 14, p. 106.
97. Crim. 29 déc. 1871, *Bull. crim.* n° 110.
98. Paris, 7 juill. 1989, *Juris-Data* n° 024461.
99. Crim. 16 févr. 1934, *Bull. crim.* n° 34.
100. Crim. 27 sept. 1923, *Bull. crim.* n° 352 ; 8 janv. 1925, *Bull. crim.* n° 6 ; 30 avr. 1960, *Bull. crim.* n° 229.
101. Crim. 24 juill. 1841, *Bull. crim.* n° 219.
102. Crim. 30 juin 1838, *S.* 1838.1.760 ; 25 nov. 1880, *Bull. crim.* n° 229.
103. Crim. 7 déc. 1894, *S.* 1895.1.158 ; 16 juin 1960, *Bull. crim.* n° 331. V. aussi l'abondante jurispr. citée par G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 113-114, n° 98.
104. V. la jurispr. citée par le G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 114, n° 106.
105. V. H. Angevin, *op. cit.* n° 138, *in fine.*
106. Crim. 27 sept. 1923, préc. ; 8 janv. 1925, préc. ; 30 avr. 1960, préc. ; 3 juin 1988, *Bull. crim.* n° 246.
107. G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 115, n° 114 et s. ; P. J. Doll, *La réglementation de l'expertise en matière pénale*, préc. p. 497-498, n° 535 ; F. Chapar, *op. cit.* p. 109 et la jurispr. citée.
108. Pour les entretiens de l'inculpé détenu avec son conseil, Crim. 22 juin 1933, *Bull. crim.* n° 132, *DH* 1933.414. Pour les expertises psychiatriques ou enquêtes de personnalité, Crim. 20 août 1986, *Juris-Data* n° 001611, *JCP* 1986IV.316.

ticles 102 et 121 qui réglementent les cas dans lesquels doit avoir lieu la désignation d'un interprète au cours de l'instruction préparatoire ne concernent que les *auditions de témoins, les interrogatoires et les confrontations.*

Or si on refuse d'accorder à l'inculpé, qui ne parle pas ou ne comprend pas la langue française, l'assistance d'un interprète dans ses entretiens avec son défenseur, comment pourrait-il utilement assurer sa défense ? P.J. Doll estimait qu'il serait « souhaitable que (la loi) soit complétée par une disposition autorisant l'avocat à se faire assister, lorsqu'il se rend à la maison d'arrêt pour s'entretenir avec un détenu dont il ne possède pas la langue, avec le consentement du magistrat instructeur, par un interprète choisi sur l'une des listes officielles et offrant donc toute garantie »[109]. On observera simplement qu'il n'est même pas besoin d'une réforme législative pour permettre l'assistance de l'interprète dans un tel cas, puisque le droit à l'assistance d'un interprète est formellement sanctionné par l'article 6 de la Convention européenne laquelle s'impose aux juridictions françaises. Ainsi la décision qui refuse de reconnaître un tel droit est en contradiction avec la Convention, la personne poursuivie ayant le droit de disposer des *facilités nécessaires à la préparation de sa défense*[110]. La même solution devrait, à notre avis, s'imposer lorsque l'inculpé est l'objet d'une expertise psychiatrique ou d'une enquête de personnalité. Certes, dans ces hypothèses, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas atteinte aux droits de la défense, puisque la faculté est offerte à l'inculpé de discuter du rapport d'expertise ou d'enquête devant la juridiction de jugement[111]. On ne peut toutefois manquer de s'interroger sur le bon déroulement de l'expertise psychiatrique ou de l'enquête de personnalité si l'expert ou l'enquêteur ne comprend pas la langue de l'inculpé et ne peut lui faire comprendre son langage. Toute investigation efficace serait, à l'évidence, impossible. Seule l'assistance d'un interprète donnerait efficacité aux différentes investigations.

Le rôle de l'interprète ne se limite pas seulement à l'assistance des personnes qui ne parlent pas ou ne comprennent pas la langue française ou de celles qu'une cause quelconque rend incapables de comprendre ou de se faire comprendre. Elle consiste aussi, en cas de besoin, à traduire un écrit versé aux débats.

B. — *La traduction de documents versés aux débats*

48. Le code d'instruction criminelle cantonnait l'interprétariat au seul débat oral. La formule du serment de l'interprète, telle qu'elle figurait dans l'article 332, le montre bien puisqu'il s'agit de « traduire fidèlement le *discours* à transmettre ... ». La jurisprudence en a tiré les conséquences en refusant de désigner un interprète pour la traduction de certains écrits : notamment la liste des jurés[112] ; les pièces du dossier dont l'accusé a eu connaissance par lui-même ou par son conseil[113] ; le passage d'un livre de commerce tenu en langue étrangère par l'accusé[114].

49. Le code de procédure pénale adopte une position plus libérale et prévoit la désignation d'un interprète chaque fois qu'il sera nécessaire de traduire un document versé aux débats. Bien que les dispositions du code de procédure pénale ne visent que la cour d'assises et les juridictions correctionnelles et de police, il faut les étendre à toutes les juridictions répressives.

109. P. J. Doll, *La réglementation de l'expertise en matière pénale*, 1re éd. 1960, p. 160.

110. Art. 6.3.*b.* Conv. EDH, comp. art. D. 506 c. pr. pén. : « Le recours à l'interprète n'a d'objet qu'en cas de nécessité absolue, si le détenu ne parle ou ne comprend la langue française et s'il ne se trouve aucune personne capable d'assurer la traduction ».

111. Crim. 20 août 1986, préc.

112. Crim. 6 août 1885, *Bull. crim.* n° 241, *D.* 1886.1.343 ; 1er août 1886, *Bull. crim.* n° 256.

113. Crim. 21 juill. 1892, *Bull. crim.* n° 215.

114. Crim. 25 févr. 1893, *Bull. crim.* n° 50.

50. Le problème est cependant de savoir ce que recouvrent véritablement ces dispositions. La traduction de documents versés aux débats relève-t-elle de l'interprétariat ou de l'expertise ?

Devant le silence du code d'instruction criminelle, la Cour de cassation a dû prendre position.

Dans un premier temps, elle a implicitement considéré que la traduction de documents écrits relevait de *l'expertise* puisque le 12 juillet 1816[115] elle décidait que le serment prescrit par l'article 332 du code d'instruction criminelle ne s'appliquait pas au cas où l'interprète était appelé à traduire un écrit et qu'il suffisait en l'occurrence qu'il prêtat le serment ordinaire des experts de remplir sa mission avec honneur et conscience.

Plus tard, reconsidérant sa position, la Cour de cassation décidait que la traduction de documents écrits relevait de *l'interprétariat*. En effet, dans sa décision du 10 septembre 1885[116], elle affirmait que la traduction en français de quelques mots imprimés en une langue étrangère était une mission qui « entrait dans celle que l'article 332 du code d'instruction criminelle attribue aux interprètes ». Elle observait cependant — et cette réserve est capitale — que la personne appelée à remplir la mission d'interprète s'était bornée à traduire le document et n'était pas chargée « d'exprimer une *opinion personnelle* ... ». On voit immédiatement la distinction établie par la Cour de cassation. En effet, comme le fait observer G. Le Poittevin, « si la personne avait été appelée à l'audience, non plus pour traduire un document, mais pour donner une appréciation sur une traduction produite devant la Cour de cassation, la mission ainsi confiée serait une véritable expertise : il ne s'agit pas seulement de traduire, il faut qu'une appréciation personnelle soit donnée »[117].

Le 19 octobre 1984[118], soit un siècle après l'arrêt du 10 septembre 1885, la Cour de cassation réitérait sa jurisprudence. Il est surprenant qu'aucun auteur n'ait noté la persistance de cette jurisprudence. Dans son arrêt de 1984 la Cour de cassation rappelle que le juge d'instruction de la Cour de sûreté de l'Etat avait désigné deux traducteurs qui n'étaient inscrits sur aucune liste officielle et leur avait donné mission de traduire en français des documents rédigés en allemand constituant le support de la poursuite. Le juge avait cependant précisé qu' « en cas de difficultés (original manuscrit illisible, photographie défectueuse), les experts mentionneront l'impossibilité de procéder à une traduction littérale et, lorsque ce sera possible, donneront le sens général du texte correspondant, en formulant au besoin leurs réserves ». Estimant que le magistrat instructeur aurait dû respecter les formalités prescrites pour la désignation d'experts, le procureur général et l'inculpé ont saisi la chambre d'accusation aux fins d'annuler l'ordonnance du juge. Mais la chambre d'accusation dit n'y avoir lieu de prononcer la nullité, énonçant qu'en dépit du libellé de la mission « les interprètes-traducteurs ne sauraient être considérés comme des experts au sens de l'article 156 du code de procédure pénale ». Saisie du pouvoir du procureur général et de l'inculpé, la Cour de cassation, casse l'arrêt de la chambre d'accusation au motif que « le juge d'instruction avait posé aux traducteurs une "question d'ordre technique" qui conférait à leur mission le caractère d'expertise ».

51. A la question posée initialement — la traduction de documents écrits relève-t-elle de l'interprétariat ou de l'expertise ? — la réponse apportée par la Cour de cassation procède d'une conception double de la mission des traducteurs. S'il s'agit d'une simple traduction, cette mission entre dans le cadre de l'interprétariat. Si, au contraire, il s'agit

115. Cité par G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 112, n° 78.
116. *Bull. crim.* n° 253.
117. G. Le Poittevin, *op. cit.* p. 112, n° 79.
118. Ass. plén. 19 oct. 1984, *Bull. crim.* n° 310, *JCP* 1985.II.20490, obs. W. Jeandidier, cette *Revue* 1985.265, J. Michaud, *Le traducteur et l'expert.*

d'exprimer une opinion personnelle[119], si la traduction est d'ordre technique[120], la mission confiée au traducteur a le caractère d'une expertise.

On observera cependant que l'interprétariat n'est pas seulement la simple traduction ni la traduction littérale. « Ce serait le rabaisser ou même le méconnaître que d'y voir le remplacement appliqué de termes d'une langue par les termes d'une autre »[121]. L'interprétariat est plus que cela. C'est une « recréation fidèle »[122], un « art »[123] qui requiert une technique spécifique. Ainsi, de ce point de vue — et de ce point de vue seulement — il tendrait à se rapprocher de l'expertise, l'interprète et l'expert étant des techniciens de l'écrit. Ce qui sépare l'interprétariat et l'expertise n'est donc pas, contrairement à ce que laisse entendre la Cour de cassation, la technicité de la traduction. La distinction entre ces deux missions a donc un autre fondement qui, à notre avis, serait le suivant : si la traduction est ordonnée comme mesure d'investigation, comme mode de preuve, ou est le support de la poursuite et porte sur une question d'ordre technique, elle relève de l'expertise. Dans ce cas, elle peut être librement discutée conformément à l'article 167 du code de procédure pénale[124]. Si, au contraire, elle n'est pas ordonnée comme mesure d'investigation, comme mode de preuve ou si elle n'est pas le support de la poursuite, même si elle porte sur une question d'ordre technique, elle relève de l'interprétariat et ne peut en principe être soumise à la contradiction.

52. L'interprète apparaît donc tantôt comme le messager de la parole tantôt, quelquefois, comme le technicien de l'écrit. Mais, quel que soit l'objet sur lequel il porte, l'interprétariat doit être le plus fidèle possible et les parties doivent être assurées de cette fidélité[125]. Aussi l'interprète infidèle encourt-il des sanctions d'ordre pénal, disciplinaire ou civil. D'excellentes études étant consacrées à l'examen de ces sanctions, il serait inutile d'y revenir[126].

53. En conclusion, il faut souhaiter qu'à l'occasion d'une prochaine réforme du code de procédure pénale le législateur clarifie le statut de l'interprète en gommant certaines incohérences. En effet, sans raison logique, le seuil de maturité fixé pour remplir les fonctions d'interprète diffère selon que ce collaborateur occasionnel de la justice intervient devant les juridictions d'instruction ou devant les juridictions de jugement. D'autre part, la récusation de l'interprète n'est pas prévue devant les juridictions d'instruction. Or, lorsque l'on sait l'impact que peut avoir le dossier d'instruction sur l'audience en jugement, on ne peut que s'étonner que cette garantie élémentaire qu'est la récusation soit absente au stade de l'instruction préparatoire. Enfin, il n'est pas expressément prévu de désigner un interprète toutes les fois que cela se révèle utile et nécessaire : notamment lors des entretiens de l'inculpé avec son défenseur ou à l'occasion d'une enquête de personnalité ou d'une expertise psychiatrique.

En améliorant ainsi le statut de l'interprète le législateur ne fera que renforcer le principe du contradictoire et les droits de la défense. La justice n'en sera que plus efficace et plus crédible.

119. Crim. 10 sept. 1885, préc. Rappr. Crim. 19 juin 1984, *JCP* 1984.IV.277.
120. Ass. plén. 19 oct. 1984, préc.
121. J. Michaud, *op. cit.* p. 267.
122. *Ibid.*
123. W. Jeandidier, *op. cit. JCP* 1985.II.20490.
124. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* n° 164.
125. J. Michaud, *op. cit.* p. 269.
126. On se reportera notamment à J.-Y. Lassalle, Dénaturation de traduction. Subornation d'interprète, *J.-Cl. Pénal*, art. 367 ; A. Colombini, L'extension aux interprètes des dispositions sur le faux témoignage et la subornation de témoins, *JCP* 1955.I.1947 ; Besson, Le secret de la procédure et ses incidences, *D.* 1959.*Chron.* 19.

Surveillant de prison : une profession en devenir

Jean-Hervé SYR

Maître de conférences à l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence.

Les surveillants de nos prisons semblent depuis un certain nombre d'années éprouver un malaise, dont témoignent des actions revendicatives sporadiques et souvent peu efficaces. Ce mouvement, qui se traduit par une évolution dans la répartition des forces syndicales, paraît constituer le signe d'une profession confrontée à une évolution inéluctable, mais qui remet en cause le passé sans que l'avenir ne paraisse encore bien précisé. La question ainsi soulevée semble pourtant capitale en raison de l'importance du personnel de surveillance dans notre système pénitentiaire. En effet, les surveillants représentent les personnels les plus nombreux, plus de 75 % des emplois de l'Administration pénitentiaire. La prison ne peut guère fonctionner sans eux, la garde doit être assurée vingt quatre heures sur vingt quatre. En outre, la collaboration des surveillants est indispensable car une présence simplement passive risquerait de mettre en danger la sécurité de l'établissement. Inversement, une application sans discernement des multiples règles qu'ils ont pour mission de faire observer ferait courir le risque d'une paralysie de l'institution. Cependant, la prison à l'image de la société libre évolue et les surveillants doivent bon gré mal gré s'adapter à cette évolution. La multiplication des actions revendicatives ces dernières années témoigne pourtant de la difficulté du problème. Certes, depuis le rattachement progressif des personnels pénitentiaires au ministère de la Justice à partir des années 30, l'une de leurs principales revendications a été d'obtenir la parité avec le statut professionnel des fonctionnaires de police[1]. Cependant, depuis 1988 les problèmes paraissent s'être aggravés, l'amélioration de leur situation matérielle n'est plus la seule préoccupation des personnels de surveillance. Ceux-ci semblent éprouver de plus en plus de difficulté pour se situer dans un système en pleine mutation et qui n'a plus l'équilibre structuro-fonctionnel de la prison classique. Le sentiment d'être réduits au rôle de porte-clés, joint à celui d'un accroissement de la charge de travail, conduit les surveillants à remettre en cause la politique de banalisation pénitentiaire poursuivie actuellement car ils n'y trouvent pas leur place.

Le surveillant, comme l'indique la désignation sémantique de son rôle, est un agent disciplinaire. Il fait partie de cette catégorie nombreuse dans la société des personnes chargées d'assurer l'ordre et la sécurité. L'article 1er de la loi du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire, précise bien que celui-ci « participe ... au maintien de la sécurité publique »[2]. Il est certain pourtant que le rôle du « gardien de prison » est bien différent de celui d'un gardien de la paix, agent de la police administrative et de la police judiciaire, tenu par des règles procédurales et déontologiques protectrices de la liberté individuelle. La conception du maintien de l'ordre et de la sécurité dans la société libre et libérale ne peut être que fondamentalement différente de celle de la prison, où

1. Cf. J.-P. Dintilhac, L'Administration pénitentiaire. Evolution et perspective, *Rev. pénit.* 1990, n° 2, p. 127.

2. Cf. J.-H. Syr, Politique pénitentiaire et privatisation, *ALD* 1987.40.

les individus sont précisément privés de leur liberté. C'est justement cette conception qui permet de définir le rôle des acteurs chargés d'une telle fonction au sein de l'organisation considérée. La prison fait partie des organisations qui prennent des gens en charge, au même titre qu'une école, un hôpital ou une caserne. Une telle organisation est un système ouvert, dans lequel les clients pris en charge, ici les détenus, sont des apports à leur entrée dans l'établissement où ils subissent un processus de transformation et en sortent comme résultats[3]. Le système pénitentiaire est évidemment conçu et fonctionne en vue d'atteindre un objectif déterminé, en l'occurrence celui que l'on veut obtenir en mettant des gens en prison. Dans cette perspective, les surveillants sont des acteurs qui participent au fonctionnement des diverses activités du système pénitentiaire. A ce titre, le rôle qui leur est assigné dépend de l'objectif fixé à l'organisation, c'est-à-dire à la prison.

L'analyse comparative des organisations complexes en raison de leur structure et des buts qu'elles poursuivent permet de distinguer trois types, selon qu'elles sont coercitives, utilitaires ou normatives[4]. L'organisation utilitaire est celle dont le pouvoir rémunérateur se fonde sur les ressources matérielles et vis-à-vis de laquelle les membres prennent une orientation calculée. Une telle organisation poursuit un objet d'ordre économique, ce qui ne semble pas constituer l'objectif principal assigné en général à la prison, même si cela a pu être le cas dans le passé. En revanche, les deux autres types d'organisation paraissent correspondre davantage à une conception possible de l'institution pénitentiaire. Ainsi une première conception de l'organisation pénitentiaire fait de l'ordre et de la sécurité une priorité absolue. C'est la prison « pénale »[5] dans laquelle la discipline constitue l'outil essentiel qui doit permettre de réformer l'individu en vue de le détourner de la récidive. Il s'agit d'une organisation coercitive, dans laquelle le pouvoir coercitif se fonde sur la force physique et vis-à-vis de laquelle les membres ont une orientation négative. Le but poursuivi est la recherche de l'ordre, le surveillant dont cela constitue le rôle est donc un acteur essentiel, celui sur lequel s'appuie toute l'organisation. Une seconde conception de l'organisation pénitentiaire veut au contraire axer celle-ci sur la rééducation et la réinsertion. C'est la prison « éducative », dans laquelle la discipline n'a plus la même importance. Il s'agit d'une organisation normative, dans laquelle le pouvoir est fondé sur la persuasion et vis-à-vis de laquelle les membres ont une orientation positive. Le but poursuivi est de type culturel, ce qui ne correspond pas du tout à l'attribut pivot du rôle de surveillant. Dans ce type d'établissement l'ordre et la sécurité passent au second plan, l'acteur essentiel c'est l'éducateur, le surveillant même s'il y trouve encore sa place perd son rôle prépondérant.

La prison « pénale » a servi de modèle à la construction des systèmes pénitentiaires qui se sont constitués à partir de la fin du XVIIIe siècle et au début du XIXe. On connaît l'établissement « panoptique » imaginé par Bentham, « moulin broyant les coquins jusqu'à les rendre honnêtes et les paresseux jusqu'à les rendre travailleurs ». Certes les prisons de cette époque n'ont pas toutes été conçues selon ce modèle de surveillance absolue, contrairement à ce que pourrait laisser croire les travaux de Michel Foucault et de ses « épigones »[6]. C'est ainsi que les maisons centrales semblent avoir été conçues comme des manufactures, des organisations utilitaires confiées à des entrepreneurs généraux, plus soucieux de leurs bénéfices que de la réforme pénale des détenus[7]. Cependant, l'idéologie de réforme semble s'être peu à peu imposée sous l'influence des

3. Cf. F. Petit, *Introduction à la psychosociologie des organisations*, coll. Regard, Toulouse, Privat, 1979, p. 23.
4. Cf. A. Etzioni, *A comparative analysis of complex organizations*, New York, Free Press, 1975.
5. Cf. J.-G. Petit, *Ces peines obscures, La prison pénale en France*, Paris, Fayard, 1990.
6. Cf. R. Roth, La prison et ses histoires, *Déviance et société*, vol. 2, n° 3, 1978, p. 509.
7. Cf. J.-G. Petit, *op. cit.* p. 143.

philanthropes et de la science pénitentiaire[8]. L'organisation administrative du système pénitentiaire français au XIXe siècle est bien différente de celle qu'elle est aujourd'hui. Les bagnes relèvent du ministère de la Marine, les maisons centrales du ministère de l'Intérieur et les maisons de correction, d'arrêt et de justice des départements. Le statut des personnels pénitentiaires est également bien différent de ce qu'il est à l'heure actuelle[9]. Il est cependant significatif de relever que la plus grande partie de ces personnels sont d'anciens militaires, autrement dit des gens formés à la discipline, aptes essentiellement au maintien de l'ordre et de la sécurité. Le caractère coercitif de cette organisation pénitentiaire ressort également du fait que,si les aumôniers sont les seuls à jouer un rôle réformateur dans la prison pénale, l'essai d'utilisation des frères des Ecoles chrétiennes comme personnel de surveillance s'avérera un échec[10].

Le système de l'entreprise générale disparut définitivement au 1er avril 1927, signe « d'une prison organisée et dirigée en vue de la réforme des détenus »[11]. Si l'Administration pénitentiaire a été incorporée au ministère de la Justice en 1911, le personnel de la direction centrale n'a été fusionné avec celui des autres directions de la Chancellerie qu'en 1935, alors que les surveillants au même titre que tous les personnels des services extérieurs ont continué à être nommés par le ministre de l'Intérieur ou les préfets par application de l'article 606 C.I.C.. La totalité des vacances d'emplois est restée réservée aux militaires et à défaut aux civils, jusqu'à ce que le recrutement civil ne devienne la règle en 1942 par la force des choses. Finalement, une ordonnance du 6 juin 1958 a doté le personnel des services extérieurs pénitentiaires d'un statut spécial, qui a fait l'objet de règlements d'administration publique en 1958, puis en 1966. Désormais, le personnel de surveillance relève du ministère de la Justice, même si périodiquement les syndicats réclament la parité avec les fonctionnaires de police, voire même leur rattachement au ministère de l'Intérieur.

En effet, la prison a évolué et sous l'influence des idées de la criminologie clinique un modèle éducatif d'emprisonnement s'est fait jour, sous la forme de la « réhabilitation »[12]. Ce modèle, expérimenté après la Libération, a servi de base pour la rédaction des règles pénitentiaires contenues dans le code de procédure pénale qui reprennent de nombreuses dispositions des règles *minima* des Nations Unies[13]. Cependant, l'essentiel de l'organisation coercitive reste en place ; la réhabilitation n'est qu'un objectif secondaire. En effet, la congruence nécessaire au fonctionnement de l'organisation fait primer le maintien de l'ordre et de la sécurité, privilégiant d'autant le rôle du surveillant en lui rajoutant l'auréole de l'éducateur. L'action éducative n'est en réalité qu'un autre moyen d'adaptation au système carcéral[14], le nombre des éducateurs et leur rôle éducatif sont dérisoires. Malgré tout, les murs qui entourent la prison n'empêchent pas celle-ci de ressentir le choc des bouleversements qui surviennent à l'extérieur avec ce que l'on a appelé la « révolution de mai 1968 ». Le dysfonctionnement de l'organisation pénitentiaire amène des troubles, puis la mise en place d'une nouvelle organisation

8. Cf. M. Perrot (édit.), *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIXe siècle*, Paris éd. du Seuil, 1980 ; P. O'Brien, *Correction ou châtiment. Histoire des prisons en France au XIXe siècle*, coll. Les chemins de l'histoire, Paris, PUF, 1988.

9. Cf. C. Carlier, *Le personnel des prisons françaises au XIXe siècle*, coll. Archives pénitentiaires, n° 8, ministère de la Justice, Direction de l'Administration pénitentiaire, Service des études et de l'organisation, 1987.

10. Cf. J.-G. Petit, *op. cit.* p. 456.

11. Cuche, *Traité de science et législation pénitentiaire*, cité par J. Pinatel, *Traité élémentaire de science pénitentiaire*, Melun, Imprimerie administrative, 1951, p. 281.

12. Cf. J.-H. Syr, *Punir et réhabiliter*, Paris, Economica, 1990.

13. Cf. J. Sacotte, Trente ans de politique criminelle en matière pénitentiaire, *Archives de politique criminelle*, 1977, p. 75 ; P. Couvrat, La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française, cette *Revue* 1985.231.

14. Cf. P. Mary et S. Durviaux, L'éducation en prison : resocialisation ou occupation ?, *Rev. int. crim. pol. techn.* 1991, vol. XLVI, n° 1, p. 36.

davantage ouverte sur l'extérieur[15]. Cette nouvelle politique, qualifiée de banalisation pénitentiaire, vise à décloisonner la prison en vue d'y reproduire les mécanismes intégrateurs qui fonctionnent dans la société libre. Le modèle de banalisation se traduit par une « déconstruction » progressive de l'organisation coercitive, privant peu à peu les surveillants du rôle essentiel qui était le leur jusqu'à présent[16]. La prise de conscience de la dégradation de leur statut tant social que matériel, les incertitudes quant à leur avenir paraissent constituer les sources principales du malaise persistant des personnels de surveillance[17]. La prison « pénale » se dissout peu à peu, sans que la prison « éducative » n'ait encore une organisation structurée avec congruence, laissant ainsi les personnels de surveillance entre *un passé encore présent* (I) et *un futur en devenir* (II).

I. – UN PASSÉ ENCORE PRÉSENT

Le surveillant, inséré dans une hiérarchie bureaucratique, est un agent du pouvoir, mais en même temps il est agent de pouvoir. Le pouvoir de l'organisation qui met en oeuvre la prison « pénale » est conçu comme total, la surveillance exercée par les acteurs chargés de ce rôle devrait donc être absolue. Cependant, toute relation de pouvoir est en même temps une relation de négociation[18]. La prison n'échappe pas à cette réalité, qui est celle d'une négociation quotidienne entre surveillants et surveillés.

A. – *La surveillance absolue* est l'essence même du système de pouvoir mis en oeuvre par l'organisation coercitive de la prison « pénale ». Le surveillant, auquel l'attribut pivot de son rôle assigne cette fonction, joue donc un rôle fondamental dans un tel système.

1. La prison traditionnelle peut être décrite comme *un système de contrainte enveloppante*. Le pouvoir qui s'y exerce est celui d'une organisation coercitive dans un univers totalitaire.

L'analyse comparative des organisations complexes peut être faite selon l'orientation que dénote leur structure[19]. A cette fin, trois concepts sont utilisés : le contrôle, le pouvoir et l'engagement personnel des membres de l'organisation. Le contrôle permet de s'assurer que les objectifs de l'organisation sont atteints et que ses membres font ce qui est attendu ou exigé. Le pouvoir est ici l'ensemble des moyens, sanctions et récompenses, utilisés par l'organisation pour obtenir de ses membres la conformité. L'engagement définit l'orientation personnelle des membres dans l'organisation à laquelle ils appartiennent. En croisant les formes principales revêtues par le pouvoir et l'engagement, on peut dresser une typologie des organisations. Cela permet de classer la prison traditionnelle comme *une organisation coercitive*, dont le pouvoir de contrainte se fonde sur la force physique, produisant une orientation négative de la part de ses membres. En effet, la prison traditionnelle est une organisation coercitive où l'on garde des prisonniers contre leur gré en utilisant tous les moyens possibles à cet effet. Les murs sont le symbole parfait d'un tel établissement[20]. Ceux qui subissent un tel traitement ne peuvent y adhérer, même s'ils jouent le jeu pour s'en sortir. Le but d'une telle organisation

15. Cf. M. Seyler, La banalisation pénitentiaire ou le voeu d'une réforme impossible, *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 2, p. 131.

16. Cf. J.-H. Syr, Les prisons françaises en 1990 : où en est la banalisation pénitentiaire ?, *in Problèmes actuels de science criminelle*, vol. IV, Aix-en-Provence, PUAM, 1991, p. 65.

17. Cf. J.-L. Choquet, Les surveillants, mais que veulent-ils ?, *Rev. pénit.* 1990, n° 2, p. 193 ; G. Bonnemaison, *La modernisation du service public pénitentiaire*, Rapport au Premier ministre et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, févr. 1989.

18. Cf. M. Crozier, *La société bloquée*, Coll. Points, Politique, Paris, éd. du Seuil, 1970, p. 34.

19. Cf. A. Etzioni, *op. cit.*

20. Cf. G.M. Sykes, *The Society of captives. A study of a maximum security prison*, College edition, New York, Atheneum, 1970.

est nécessairement le maintien de l'ordre et de la sécurité. La congruence indispensable pour atteindre un tel objectif se traduit obligatoirement par l'utilisation d'un modèle organisationnel coercitif, qui s'attribue un pouvoir total sur les détenus. La prison est une institution totalitaire, qui répond parfaitement au type décrit par Goffman[21].

La prison est *un univers totalitaire* parce qu'elle fonctionne selon un système bureaucratique, qui prend en charge tous les besoins des détenus en leur appliquant un traitement collectif. Quatre traits différentiels caractérisent toute institution totalitaire :

– tous les aspects de l'existence se trouvent placés sous une seule et même autorité et s'inscrivent dans le même cadre ;

– chaque phase de l'activité quotidienne se déroule pour chacun des participants en relation de promiscuité totale avec un grand nombre d'autres personnes soumises aux mêmes traitements et aux mêmes obligations ;

– toutes les périodes d'activité sont réglées par un système explicite de règlements inspirés d'en haut et dont l'application est assurée par une équipe administrative ;

– toutes les activités sont regroupées selon un plan unique et rationnel expressément conçu pour répondre au but officiel de l'institution.

La prison n'est pas la seule institution totalitaire que l'on rencontre. Les maisons de retraite, les hôpitaux, les casernes ou les communautés religieuses appartiennent également au même type. La particularité de la prison réside dans ce qu'elle est destinée à protéger la collectivité contre des menaces qualifiées d'intentionnelles, sans que l'intérêt des personnes incarcérées soit le premier but recherché. Quoi qu'il en soit, l'organisation pénitentiaire enveloppe l'ensemble de la vie du détenu, le soumettant à un rapport de pouvoir unique et toujours dans le même sens. Il se trouve d'emblée placé dans une situation inférieure par les divers mécanismes de l'incarcération, car il doit se sentir coupable pour accepter sa nouvelle condition. Précisément, le rôle du personnel de surveillance est de mettre en oeuvre tous ces mécanismes de contrôle.

2. *Le rôle du surveillant* paraît fondamental dans un système axé sur la surveillance absolue, univers paranoïde où tout le monde surveille l'autre[22]. Le noyau de l'organisation pénitentiaire traditionnelle est constitué par la relation surveillant-surveillé, dans laquelle le premier est le supérieur hiérarchique qui est doté d'un pouvoir et le second le subordonné, doté d'un statut dégradé.

Les phénomènes de pouvoir doivent être considérés comme des relations entre les individus[23], c'est pourquoi dans la réalité ce sont les surveillants qui exercent le pouvoir de l'organisation pénitentiaire sur les individus qu'elle prend en charge. Ainsi que le souligne Sykes[24] le surveillant, qui est situé au plus bas de la hiérarchie, est pourtant le personnage pivot sur lequel s'appuie la bureaucratie carcérale. C'est lui qui se trouve situé sur les bords de ce fossé qui sépare le personnel des détenus, conséquence du maniement bureaucratique d'importantes masses de gens[25]. Dans la prison comme dans toute organisation prenant en charge des individus, ceux-ci sont inclus dans la hiérarchie bureaucratique mais en constituent l'étage inférieur, la verticalité des relations hiérarchiques croisant la ligne de démarcation entre personnel et clients[26]. La tâche du surveillant est de surveiller et de contrôler la population pénale de façon concrète et dans les détails. Son rôle consiste donc à traduire dans la réalité les règles abstraites du régime pénitentiaire, c'est-à-dire à s'engager dans les batailles quotidiennes pour la

21. Cf. E. Goffman, *Asiles, Essai sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, éd. de Minuit, 1979, p. 47 et s.
22. Cf. B.M. Cormier, *The watcher and the watched*, Montréal, New York, Tundra Books, 1975, p. 10.
23. Cf. M. Crozier, *La société bloquée*, p. 32.
24. Cf. G.M. Sykes, *The Society of captives, op. cit.* p. 53.
25. Cf.Goffman, *op. cit.* p. 44-49.
26. Cf. J.-L. Choquet, Les surveillants, mais que veulent-ils ?, *op. cit.* p. 236.

conformité. On attend ainsi du surveillant qu'il soit à la fois un policier, un contremaître, un juge de paix, un éducateur et un patron, le tout en un[27], ce qui est très loin du rôle du gardien de la paix. Il convient cependant d'observer que ce type de relations entre surveillants et détenus n'est pas en lui-même propre à la prison. Ce n'est que la conséquence de la gestion bureaucratique de l'organisation pénitentiaire, qui s'avère dans la réalité parfaitement fonctionnelle.

Cette organisation pour assurer ses diverses activités a besoin de s'appuyer sur une image négative du détenu et le surveillant est un agent essentiel dans ce *processus de dégradation du statut*. Aussi ne tire-t-il aucune fierté de son emploi et ne s'en vante guère en public. Le surveillant a souvent l'impression d'être un objet manipulé au gré des fantaisies des gestionnaires : un fusil dans un mirador, une escorte pour un détenu ou un porte-clés[28]. Son emploi devient un mal nécessaire, méprisé de tous et en même temps cette vue négative justifie son activité. En effet, le surveillant ne peut exécuter ses tâches que s'il définit le détenu par la négative. La conception négative de l'individu incarcéré sert de pivot à l'organisation carcérale. La définition *a priori* donnée au détenu constitue un point de départ nécessaire. Le détenu aurait ainsi à démontrer qu'il est différent s'il veut progresser et améliorer sa condition, c'est-à-dire *se réformer*. Ce moule négatif du surveillant paraît constituer un outil de travail qui l'aide à spécifier sa tâche et la qualité de sa relation avec le détenu, beaucoup plus que les règlements officiels. L'essentiel, c'est le fait que le surveillant, comme le personnel de n'importe quelle forme de bureaucratie, se trouve dans la position de développer des réseaux informels de pouvoir où s'exprime sa liberté. Le surveillant est donc un agent d'autorité, disposant de pouvoir, de liberté et de marge de manoeuvre, ce qui permet à la prison « pénale » de fonctionner. Le caractère totalitaire de cet univers a institutionnalisé le négativisme chez ses acteurs principaux, le détenu acceptant son sort et le surveillant faisant ce qu'il doit. Une organisation en apparence aussi mal équilibrée s'avère en réalité parfaitement fonctionnelle. L'ordre et le contrôle qui en constituent les buts essentiels sont ainsi assurés puisque la plupart des détenus se soumettent et font leur temps sans histoire. Cependant cela résulte dans la pratique d'une négociation quotidienne entre surveillants et surveillés.

B. — *La négociation surveillants-surveillés* est la base du système pénitentiaire traditionnel, car le système de pouvoir absolu de la prison « pénale » ne peut pas fonctionner dans la réalité tel qu'il a été dessiné. En effet, le pouvoir suppose une relation entre le supérieur et l'inférieur, cette relation est nécessairement réciproque et confère donc un certain pouvoir au subordonné. Dans l'organisation pénitentiaire, cela se traduit par la corruption du pouvoir absolu des surveillants et la reconnaissance d'un pouvoir aux surveillés.

1. *La corruption du pouvoir absolu des surveillants* provient du fait que les moyens dont ceux-ci disposent pour contraindre les détenus à la conformité n'ont pas l'efficacité supposée et qu'ils ne les utilisent pas dans leur totalité.

Les surveillants en tant qu'agents d'exécution de la bureaucratie carcérale disposent théoriquement de l'autorité sur les détenus et de la possibilité d'utiliser soit la force soit un système de sanctions et de récompenses pour les contraindre à obéir[29]. *Le pouvoir de l'autorité* est un phénomène relationnel, dans lequel les supérieurs se voient reconnaître le droit de donner des ordres auxquels les subordonnés se sentent tenus d'obéir par un sens du devoir. Le titulaire de l'autorité peut ainsi donner des ordres, qui seront suivis sans qu'il soit nécessaire chaque fois de persuader les subordonnés du bien-fondé de ces ordres. Dans la prison, il en va tout autrement car, si la majorité des détenus ne

27. Sykes, *op. cit.* p. 54.
28. Cf. V. Antoine, Le mirador, *in Profession gardien de prison*, Montigny-en-Gohelle, éd. V. Antoine,, 1985, p. 152.
29. Cf. Sykes, *op. cit.* p. 40 et s.

contestent pas la légitimité du pouvoir des surveillants, ils ne se sentent pas tenus d'y obéir[30]. D'une certaine façon le prisonnier accepte son incarcération, mais d'une autre il la rejette car c'est un individu socialement aliéné. A défaut de contrainte morale interne chez le détenu en vue d'obtenir son obéissance, les surveillants disposent évidemment de la possibilité d'utiliser *la force* puisque la prison « pénale » est une organisation coercitive. Il n'est pas sûr, cependant, que l'usage de la force soit tellement efficace pour permettre le fonctionnement normal d'un établissement abritant plusieurs centaines de détenus. La coercition est utile s'il ne s'agit que de contraindre quelques individus à obéir, mais elle est insuffisante pour contraindre la grande masse des délinquants à l'habitude de la conformité. Les surveillants ne sont pas assez nombreux pour contraindre physiquement leurs prisonniers à se soumettre, tout ce qu'ils risquent c'est de déclencher une violence impossible à maîtriser. Aussi, il leur est interdit de porter la main sur un détenu (art. D. 220 c. pr. pén.) et ils ne sont pas normalement armés. Les moyens de contrainte et l'usage des armes font l'objet d'une réglementation extrêmement précise et surtout restrictive (art. 726 et D. 172 s.), car la menace perd de son efficacité une fois la violence mise en route.

La seule possibilité qui reste aux surveillants est le recours aux moyens de contrôle habituels de toute organisation : la distribution de *sanctions et de récompenses* qui constitue la base de l'activité de maintien interne de n'importe quel système ouvert. La réglementation des sanctions disciplinaires dans notre code de procédure pénale résulte d'un paragraphe (art. D. 249 à D. 251-1) situé dans un chapitre traitant de la discipline et de la sécurité, à côté d'un autre paragraphe prévoyant les récompenses (art. D. 252 à D. 254). Cependant, pour que ce moyen de contrôle soit efficace, il faudrait que les récompenses et les sanctions que l'on fait miroiter à l'individu soient effectivement des sanctions et des récompenses *du point de vue de l'intéressé*. Déjà, les punitions qui peuvent être infligées ne représentent pas une profonde différence avec le statut habituel du prisonnier. La sanction la plus grave, la mise en cellule de punition soigneusement réglementée (art. D. 167 à D. 169), consiste en fait à mettre en prison quelqu'un qui l'est déjà. De toute façon, ces sanctions si elles sont trop facilement appliquées obtiennent l'effet contraire, ce qui nécessite un savant dosage de la part des autorités[31]. Quant aux récompenses, appelées dans notre code mesures visant à encourager les efforts des détenus en vue de leur réadaptation sociale, le problème est encore plus apparent. Ainsi, la réduction de peine ou la libération conditionnelle répondent normalement à des critères précis[32]. En réalité, elles tendent de plus en plus à être considérées comme des droits que l'on accorde pour avoir la paix. Souvent, des incidents sont dus précisément à un changement de politique de la part du juge de l'application des peines ou des autorités politiques. Il suffit de rappeler le problème des grâces présidentielles du 14 juillet ou des lois d'amnistie qui suivent une élection présidentielle. Les moyens dont disposent les surveillants pour exercer le pouvoir dont ils sont investis paraissent finalement plutôt insuffisants dans la pratique.

Cela est d'autant plus vrai que ceux qui sont chargés de les utiliser en sont conscients et manifestent peu d'empressement pour le faire. En effet, les systèmes de pouvoir peuvent échouer non seulement parce que les gouvernés n'obéissent pas, mais aussi parce que *ceux qui sont censés gouverner sont peu disposés à le faire.* Contrairement aux émeutes, une telle corruption de l'autorité est rarement visible, mais elle produit des résultats similaires. Ceux qui ont construit ce système ne paraissent pas avoir compris que le surveillant effectue une tâche quotidienne. Dans un certain sens le surveillant lui aussi accomplit son temps en détention et se trouve généralement peu enclin à appli-

30. Cf. art. D. 243 c. pr. pén. : « Les détenus doivent obéissance aux fonctionnaires ou agents ayant *autorité* dans la prison en tout ce qu'ils leur prescrivent pour l'exécution des règlements ».

31. Cf. Th. Landais, L'évolution de l'action disciplinaire. Vers un contrôle juridictionnel du prétoire, *Rev. pénit.* 1990.269.

32. Art. 729 et s. et D. 520 et s., art. 721, 721-1 c. pr. pén.

quer les règlements dans toutes leurs dispositions. Cela provient d'abord du fait que le surveillant est en association étroite et intime avec le détenu durant toute sa journée de travail et ne dispose d'aucun des moyens propres à maintenir la distance sociale entre gouvernants et gouvernés. En outre, il se trouve dans la situation de celui qui se situe au milieu, comme le contremaître, l'infirmière ou le sous-officier[33]. Dans une large mesure, le surveillant dépend des détenus pour l'exécution satisfaisante de ses fonctions, or comme beaucoup d'individus en position de pouvoir il est évalué en fonction de la conduite de ceux qu'ils dirigent. Cela l'amène fatalement à acheter la soumission ou l'obéissance des détenus dans certains domaines au prix d'une tolérance ailleurs. Malgré sa suprématie théorique, le surveillant se trouve lié à ses captifs par une relation de conflit plutôt que d'adhésion imposée[34]. Une telle situation conduit fatalement à la négociation et confère un pouvoir aux détenus.

2. *Le pouvoir des surveillés* résulte du processus de négociation qui s'établit avec les surveillants et qui assure le fonctionnement de l'organisation dans la réalité.

En effet, dans *la négociation* entre deux joueurs, le pouvoir de l'un dépend du contrôle qu'il peut exercer sur une source d'incertitude affectant le comportement de l'autre dans le cadre des règles du jeu imposées par l'organisation[35]. Ici, la négociation tourne autour de l'exigence du maintien de l'ordre par l'organisation, les détenus ayant la capacité de rompre cet ordre et les surveillants ayant eux la capacité de le renforcer[36]. Dans toute organisation, le pouvoir n'est pas un attribut des acteurs mais une relation d'échange[37]. Les termes de l'échange peuvent être plus favorables à l'une des parties en présence, ce qui est le cas précisément dans le système pénitentiaire. Il existe un rapport de force, dont le surveillant retire davantage que le détenu, mais celui-ci n'est jamais totalement démuni face à l'autre. La prison répond à la logique du monopole bilatéral, c'est-à-dire d'une structure qui limite la marge de manoeuvre des acteurs. Dans cette perspective, l'utilisation des règles organisationnelles constitue une source de pouvoir. La multiplication des règlements dans un système aussi étroitement réglementé, loin de supprimer les sources d'incertitudes en crée, au point que ceux qu'elle cherche à contraindre peuvent la mettre à profit. En réalité, la règle confère un pouvoir qui réside dans les possibilités de chantage et de négociation qu'elle crée. Grâce à cette marge de liberté, chaque acteur dispose ainsi du pouvoir sur les autres acteurs. C'est sur ce mécanisme que se fonde ce que l'on a appelé *le système des privilèges*[38].

Ce système a pour effet d'obtenir la participation de gens qui ont souvent des raisons de ne pas se montrer coopératifs, par l'utilisation de quelques éléments rassemblés en fonction d'une intention explicite, dont les membres de la collectivité sont clairement informés. Le premier élément du système des privilèges ainsi défini est le règlement intérieur de la prison, qui est le fondement de l'organisation au jour le jour. Le texte en est communiqué lors de l'écrou au détenu, qui est ainsi informé de tout ce qu'il doit ou ne doit pas faire, des sanctions encourues ainsi que des récompenses. Le second élément du système des privilèges consiste en effet dans les récompenses octroyées au détenu en échange de sa soumission et les punitions encourues pour la violation du règlement. La négociation entre surveillants et détenus s'appuie sur le fait que la seule modification qui puisse intervenir dans le statut du prisonnier est justement la perte de privilèges accordés. La plupart du temps le supérieur a plusieurs règles à sa disposition,

33. Cf. D. Duffee, The correction officer subculture and organisational change, *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 11, n° 2 juill. 1974, p. 155.

34. Sykes, *op. cit.* p. 46.

35. Crozier, *La société bloquée, op. cit.* p. 37.

36. Cf. Ph. Mary, Pratiques clandestines en milieu carcéral. Réflexions sur la reproduction et la production de la prison, *Rev. int. crim. pol. techn.* 1989.182.

37. Cf. M. Crozier, E. Friedberg, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, coll. Points, Politique, Paris, éd. du Seuil, 1981, p. 69.

38. Cf. Goffman, *op. cit.* p. 92 et s.

ce qui lui permet de tolérer que ses subordonnés dérogent à certaines d'entre elles. Cela lui donne un moyen de chantage à leur égard par l'utilisation de la menace de suspendre sa tolérance[39]. Le personnel de la prison, en fermant les yeux sur un certain nombre de manquements aux règlements, obtient la conformité sur ce qui lui paraît le plus important. En relevant des infractions qu'il a pu tolérer dans d'autres cas, le personnel de surveillance dispose d'une arme redoutable à l'égard de ceux qui ne jouent pas le jeu, mais il doit en user avec discernement pour éviter qu'elle ne perde de son efficacité, à moins de vouloir bloquer le fonctionnement de l'organisation dans un but de revendication. La relation de marchandage et de menace perpétuelle qui s'établit entre les acteurs d'un tel système a été décrite comme une réciprocité corruptrice[40], mais elle assure le fonctionnement de l'organisation.

Le fonctionnement des organisations résulte du jeu de variables, sources de pouvoir telles que l'autorité, la communication et le *leadership*. Le terme *leadership* désigne un pouvoir qui résulte de qualités personnelles, il est formel quand on le trouve chez des personnes déjà en autorité, informel quand il se manifeste chez quelqu'un ne faisant pas partie de la structure d'autorité. L'organisation bureaucratique de la prison « pénale » favorise l'émergence de *leaders* informels issus de la base, autrement dit des détenus. Certains détenus vont ainsi se détacher de la masse, grâce à des qualités personnelles aisément reconnaissables, telles qu'une carrière criminelle remarquable, la force, l'intelligence, les *right guys* des prisons nord-américaines, les *caïds*. Ces détenus vont s'élever au-dessus des autres et exercer sur eux un pouvoir extrêmement coercitif pour faire respecter leurs décisions personnelles et le code des détenus. L'octroi d'un statut privilégié à ces *leaders* dans l'organisation permet l'établissement d'un système de contrôle informel particulièrement efficace. La prison « pénale », élaborée pour intimider les détenus, se trouve d'une certaine façon dirigée par ses clients, grâce à leur coopération[41]. Cette oligarchie, produit de l'exigence organisationnelle des établissements coercitifs où l'ordre prime sur la justice, contrôle en réalité une société bloquée dans laquelle tout phénomène de changement se traduit par un processus de crise. Il existe une véritable connivence entre surveillants et détenus-*leaders* pour maintenir en l'état un tel système et toute tentative d'évolution démocratique risque de se traduire par la révolte[42]. La prison, comme tout système bureaucratique, ne peut changer que par crise, rupture temporaire de l'ordre bureaucratique qui ne le détruit pas[43]. C'est le cas pour les crises les plus dramatiques que connaît la prison : les émeutes. Un tel processus a été remarquablement analysé par Sykes[44], qui a justement observé qu'il ne s'agissait pas d'un accident de parcours mais s'inscrivait dans la logique d'un cycle d'ordre et de désordre caractéristique de la prison « pénale ». Quand les surveillants sentent qu'ils sont allés trop loin dans le processus de corruption de leur pouvoir au point d'être près de le perdre, ils essaient de le reprendre remettant alors en question les privilèges accordés. Le résultat est une explosion qui aboutit à des violences limitées de la part des détenus. La conséquence est toujours un retour du pouvoir totalitaire, qui après avoir repris le contrôle de l'établissement laisse peu à peu le système des privilèges revenir à son cours normal, jusqu'à la crise suivante. La loi de l'univers bureaucratique semble être le retour après la crise à un système qui ne diffère du système ancien que par une meilleure adaptation à des besoins matériels nouveaux[45].

39. Cf. M. Crozier, E. Friedberg, L'acteur et le système, *op. cit.* p. 88 et s.

40. Sykes, *op. cit.* p. 58.

41. Cf. G. Lemire, *Anatomie de la prison*, Montréal, Les Presses de l'Univesité de Montréal, Paris, Economica, 1990, p. 183.

42. Cf. R. Mc Cleery, Changement de politique dans l'administration d'une prison, *in* R. Levy (édit.), *Psychologie sociale*, t. 2, Textes fondamentaux anglais et américains, Paris, Bordas, 1990, p. 520.

43. Cf. M. Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Paris, éd. du Seuil, 1964, p. 359-366.

44. Cf. Sykes, *Society of captives, op. cit.* p. 109-129.

45. Cf. Crozier, *La société bloquée, op. cit.* p. 149 ; Ph. Mary, *Révolte carcérale. Changements et logique pérenne de la prison*, Bruxelles, Story Scientia, 1988.

Cependant, ces phénomènes éruptifs, manifestation de la négociation pour le pouvoir au sein de l'oligarchie qui dirige la prison « pénale », paraissent avoir changé de formes depuis une vingtaine d'années. Cela pourrait laisser penser que de nouvelles relations de pouvoir sont en train de s'établir progressivement dans une autre forme d'organisation carcérale où la place des surveillants ne sera probablement plus la même dans un futur en devenir.

II. – UN FUTUR EN DEVENIR

Malgré les murs, la prison et la société ne sont pas imperméables l'une à l'autre, bien au contraire. L'essor des libertés individuelles et le déclin des mécanismes de contrôle traditionnels que connaît la société libre[46] se retrouvent dans la société carcérale, où apparaissent de nouvelles formes de négociation et de surveillance.

A – *Une nouvelle forme de négociation* est apparue dans la société carcérale au fur et à mesure de l'effritement du système de pouvoir de l'organisation coercitive. Cette évolution se traduit par l'accroissement du pouvoir des surveillés dû à l'apparition de nouveaux interlocuteurs dans la négociation.

1. *Le pouvoir des surveillés* s'est accru en même temps que s'effondrait le système de contrôle de la prison totalitaire. La permanence et l'aggravation des violences individuelles et collectives reflètent une disparition progressive des élites pénitentiaires, l'oligarchie pénitentiaire traditionnelle laissant peu à peu la place à l'anarchie[47].

La violence fait partie de la prison et la littérature de langue anglaise se révèle particulièrement abondante sur cette question[48]. Fatalement, les établissements coercitifs traditionnels fondés sur l'usage de la force sont les plus touchés. La violence carcérale peut revêtir des formes diverses plus ou moins visibles selon le nombre d'individus impliqués. La violence la plus cachée et la plus difficile à découvrir est celle qui implique seulement quelques individus. Une telle violence souvent qualifiée d'individuelle peut être celle du gardien sur le détenu, celle du détenu sur le gardien et celle du détenu sur un autre détenu. La plupart des études relèvent que la violence physique des surveillants ne fait plus partie de l'univers quotidien de la prison, sauf à l'occasion de circonstances exceptionnelles telles que les émeutes. Inversement, la violence des détenus sur les surveillants, exceptionnelle dans l'établissement totalitaire classique à l'instar de celle des délinquants traditionnels vis-à-vis des policiers, paraît en voie d'augmentation même si elle demeure exceptionnelle. Cela traduit incontestablement la perte de pouvoir et d'importance des surveillants, qui ne sont plus protégés comme auparavant par le code des détenus imposé par l'oligarchie carcérale soucieuse de préserver ses interlocuteurs. Enfin, la violence entre détenus paraît actuellement se caractériser par un développement du taux des homicides et du nombre de détenus demandant à bénéficier de mesures d'isolement. Il s'agit là manifestement d'une conséquence directe de la disparition des moyens de contrôle qui assuraient un ordre et une discipline relatifs dans la société carcérale totalitaire, à défaut de la sécurité. L'autre forme de violence carcérale, la violence collective qui implique un certain nombre d'individus et qui prend la forme d'émeutes ou de mutineries, est également une constante de la vie pénitentiaire. Dans la prison classique, la révolte fait partie d'un cycle décennal d'ordre et de désordre caractéristique[49]. Là également, les choses ont évolué. Parallèlement à la contestation sociale des années 60, les détenus politiques incarcérés sont à l'origine d'événements parfois

46. Cf. M. Crozier, *On ne change pas la société par décret*, Paris, Grasset, 1979.
47. Cf. Lemire, *op. cit.* p. 149-171.
48. *Ibid.*
49. Cf. Sykes, *op. cit.* p. 109-129.

sanglants comme ceux d'Attica en 1971, dans l'Etat de New York. En France, les troubles qui se produisent de 1972 à 1974 ont directement provoqué la réforme de 1975, premier pas dans la politique de banalisation pénitentiaire. On retrouve des incidents de ce type en Belgique (Louvain 1976) et au Québec (Archambault 1976). Cette période a pris fin avec la disparition de ces mouvements révolutionnaires et la libération des détenus politiques souvent placés aujourd'hui dans les allées du pouvoir quand ils n'ont pas versé dans le terrorisme à l'exemple de mouvements comme Action Directe en France.

Cependant la période actuelle paraît se caractériser par des désordres de plus en plus fréquents pour ne pas dire un désordre permanent et lorsque des mutineries éclatent elles atteignent un niveau de violence exceptionnel. L'exemple type de cette nouvelle forme de violence collective est représenté par la mutinerie du pénitencier du Nouveau Mexique en 1980. Les détenus réussirent à prendre le contrôle de l'établissement, tuant trente-trois de leurs codétenus, battant ou violant deux cents autres détenus et plusieurs surveillants. Certains détenus préférèrent se placer sous la protection des forces de l'ordre entourant la prison, tandis que d'autres détenus cachèrent et protégèrent des surveillants. Cependant, la caractéristique essentielle de cette nouvelle forme de violence collective est l'absence totale de *leadership* chez les émeutiers. A l'image de ce qui se passe dans la société libre et dans le milieu délinquant, on relève une disparition des élites qui jusque-là contrôlaient les systèmes d'organisation du pouvoir. Dans la prison, l'oligarchie qui assurait l'équilibre instable de l'organisation coercitive semble laisser peu à peu la place à une certaine anarchie. L'analyse de l'évolution historique des prisons montre qu'il s'agit là d'un processus inéluctable[50]. Le modèle pennsylvanien reconnaît aux surveillants un pouvoir à sens unique sur les détenus où compromis et négociation n'existent pas. Cet établissement totalitaire à l'état pur pose tellement de problèmes qu'il est peu à peu remplacé par le modèle auburnien qui permet la vie en commun des détenus et la constitution d'une société carcérale. Ce nouveau système donne naissance à l'établissement coercitif traditionnel qui fonctionne essentiellement grâce à la négociation entre surveillants et surveillés et le système des privilèges. L'apparition du modèle rééducatif va introduire une tierce personne dans les rapports de pouvoir de la prison au détriment des surveillants : l'éducateur. C'est le début de ce que l'on peut appeler la « détotalitarisation » de la prison qui s'accentue dans la période contemporaine caractérisée par la diversité et le pluralisme des rapports de pouvoir. Selon un processus de *feedback* classique, ce mouvement se traduit par l'accroissement du pouvoir des surveillés lié à la disparition des détenus *leaders* et de leurs partenaires quotidiens dans la négociation qui assurait le fonctionnement de la société carcérale : les surveillants. Cela signifie la disparition du pouvoir absolu des surveillants qui constitue le pivot de l'organisation coercitive et l'apparition de nouveaux partenaires dans la négociation. Dans ce processus de négociations croisées, la faiblesse apparente des détenus face à plusieurs adversaires ne peut être qu'un avantage du point de vue stratégique[51].

2. *Les nouveaux partenaires* des détenus dans la négociation qui assure le fonctionnement de la prison ne sont plus aussi clairement identifiés que dans l'organisation coercitive traditionnelle. En effet, les rapports de pouvoir sont devenus multipolaires, « les détenus n'ont plus d'interlocuteurs aussi précis que par le passé »[52]. Désormais, les détenus se trouvent engagés dans une négociation à plusieurs dimensions, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la prison ce qui leur donne la possibilité de mettre leurs interlocuteurs en concurrence.

A l'intérieur de la prison, la négociation se poursuit avec les *autorités pénitentiaires*. Certes, cela n'est pas nouveau une telle négociation a toujours existé parallèlement à la

50. Cf. C. Statsny, G. Tyrnauer, *Who rules the joint ?*, Toronto, Lexington, Books, 1982.
51. Cf. T.C. Schelling, *Stratégie du conflit*, coll. Perspectives internationales, Paris, PUF, p. 49.
52. Lemire, *op. cit.* p. 143.

négociation permanente surveillants-surveillés. Cependant, cette dernière était quotidienne, alors que la première était plus occasionnelle, réservée aux situations de crises telles que les émeutes. Or de telles situations paraissent désormais permanentes et la négociation quotidienne, qui fonde les rapports de pouvoir dans la prison, est aujourd'hui constituée par la relation surveillés-direction. Les privilèges que peuvent accorder les surveillants ne semblent plus suffisants à l'heure actuelle pour assurer un semblant d'ordre et de discipline. Les privilèges nécessaires dans les conditions présentes pour permettre un fonctionnement à peu près normal de l'établissement sont d'une importance telle qu'ils relèvent de la compétence de la direction et non plus des surveillants. C'est le cas par exemple pour l'organisation des activités de loisirs et de formation, la participation des détenus à l'association culturelle et sportive de l'établissement ou encore la liberté de circulation à l'intérieur des bâtiments. On comprend alors pourquoi les pouvoirs des surveillants sur les détenus se sont réduits considérablement, laissant aux premiers l'impression d'être cantonnés au rôle de porte-clés. Cependant, ce changement dans la négociation à laquelle donnent lieu les rapports de pouvoir en prison n'est le fait ni du hasard ni d'un choix délibéré des autorités pénitentiaires. L'état de crise permanent de l'institution carcérale a posé le problème de la prison à la société globale, entraînant l'ouverture de la prison sur le monde extérieur et l'intervention des autorités politiques. Désormais, *les autorités politiques* se trouvent également impliquées dans la négociation avec les détenus, bien que de façon indirecte. Quand les soubresauts de la prison deviennent trop dérangeants pour l'opinion publique, cela contraint les autorités politiques, qui n'ont pas de contact direct avec les détenus, à élaborer des règles impératives en vue d'améliorer la condition pénitentiaire, afin de rétablir l'ordre et la discipline indispensables aux yeux de tout un chacun. En effet, à la différence des autorités pénitentiaires, qui sont présentes dans les établissements, les autorités politiques ne peuvent accorder des privilèges susceptibles d'être négociés quotidiennement mais des droits garantis par le système juridique. Ainsi, l'évolution dans la négociation implique à terme la disparition du système des privilèges, au profit d'un statut juridique reconnaissant au détenu de véritables droits avec tout ce que cela implique pour le travail du surveillant.

Les détenus à l'heure actuelle paraissent engagés dans une véritable stratégie de conflit avec la société. On sait que le conflit dans sa dimension sociologique se définit comme un affrontement entre deux groupes à propos de la revendication d'un droit[53]. Le conflit peut donner lieu à négociation, conçue comme un échange de décisions virtuelles ou réelles dans une « théorie de la décision interdépendante »[54], ce qui est le cas justement ici où l'affrontement direct n'est pas possible. C'est en portant leurs revendications devant l'opinion publique, grâce à des groupements relais et aux moyens de communication, que les détenus négocient avec les autorités politiques. Pour cela, les surveillés utilisent des modes de revendication plus ou moins violents et plus ou moins organisés. Il ne s'agit pas nécessairement de désordres, encore moins d'émeutes et la négociation ne concerne plus uniquement les rapports de pouvoir dans la prison, bien au contraire. C'est le cas par exemple des mouvements où les détenus en prévention, en multipliant de manière délibérée les appels devant la chambre d'accusation, s'efforcent de bloquer le fonctionnement de la machine judiciaire pour obtenir des remises en liberté automatiques par le jeu des délais légaux de décision. Plus caractéristiques encore paraissent les grèves de la faim qui se sont multipliées depuis une quinzaine d'années, à la suite de l'incarcération de détenus politiques révolutionnaires à la fin des années 60[55]. La démarche du gréviste consiste à sortir du mécanisme du système répressif pour lui substituer celui de la démocratie directe. C'est beaucoup plus qu'une remise en

53. J. Freund, *Sociologie du conflit*, coll. La politique éclatée, Paris, PUF, 1983, p. 65.
54. Cf. T.C. Schelling, *ibid.*
55. Cf. G. Casile, *La grève de la faim en milieu carcéral à travers l'exemple de la maison d'arrêt des Baumettes à Marseille*, thèse pour le doctorat en droit, Aix-en-Provence, 1989.

cause du système pénitentiaire mais plutôt celle de l'ensemble du système répressif. En effet, la majorité des revendications ne portent pas sur des problèmes de fonctionnement de la prison, mais sur la peine privative de liberté en tant que telle. Une démarche de ce type est particulièrement significative quand il s'agit de grèves de la faim collectives de détenus politiques. Ainsi les terroristes d'Action Directe choisirent la période du bicentenaire de la Révolution pour entamer un mouvement mettant leur vie en danger, cependant que le nombre d'anciens compagnons de lutte de mai 68 se trouvent dans les allées du pouvoir et donc susceptibles d'avoir une influence sur la situation des prisonniers. La société carcérale en s'ouvrant sur l'extérieur prend ainsi une dimension politique, au sens propre du terme, de ce qui est relatif à l'organisation et au gouvernement de la cité. De plus en plus le détenu se voit reconnaître le droit de poursuivre son conflit avec la société, jusqu'à ce qu'il ait obtenu sa réintégration dans celle-ci. Cela explique les formes prises par les revendications des surveillants à l'heure actuelle. Les rapports de pouvoir dans l'organisation pénitentiaire font apparaître une négociation à dimensions multiples, où se trouvent impliqués les autorités, les surveillés mais aussi les surveillants. C'est bien là un signe manifeste du changement de la place des surveillants dans le système pénitentiaire, autrement dit de la fonction de surveillance.

B. — *Une nouvelle forme de surveillance* est un train de se mettre en place, ce qui soulève le problème d'une nouvelle définition et du travail et de la situation professionnelle du surveillant.

1. *Le travail du surveillant* est évidemment la traduction du rôle que celui-ci est appelé à jouer en tant qu'acteur du système pénitentiaire. Un tel rôle dépend de la place qui est faite à la surveillance dans l'organisation, ainsi qu'à la conception de celle-ci. Si l'on reprend la typologie organisationnelle d'Etzioni, toute la question revient à savoir quel type de prison peut subsister ou être mis en place.

L'établissement correctionnel utilitaire paraît manquer de la plus élémentaire des congruences et les essais de privatisation qui ont pu être tentés ici ou là sont encore trop récents pour pouvoir en tirer une conclusion quelconque. L'établissement coercitif traditionnel est celui dans lequel la surveillance constitue l'activité de maintien interne de l'organisation. Aussi, le surveillant opère l'instrument de contrôle essentiel de cette institution totalitaire, mais celle-ci depuis un certain temps déjà connaît un tel effritement qu'il est permis de se demander si elle a encore un avenir. Une politique pénitentiaire de « bifurcation », visant à la « neutralisation sélective » de certains délinquants et à la réadaptation des autres semblerait être parfaitement logique. C'est précisément sur une telle base qu'avait été conçue l'organisation pénitentiaire française mise en place en 1975. Cependant, il faut aussi observer que les quartiers de haute sécurité ont été supprimés en 1982 et le régime des maisons centrales orienté essentiellement sur la sécurité (art. D. 70-1) a subi la « contamination » de la banalisation pénitentiaire, normalement dessinée pour les centres de détention dont le régime est ouvertement « resocialisateur » (art. D. 70-2). Il ne s'agit là que d'une conséquence inéluctable de la décadence de l'établissement coercitif, que l'on maintient en vie en le dépouillant peu à peu de toutes ses caractéristiques, jusqu'à ce qu'il disparaisse le jour où il y aura plus d'ouvertures que de pierres dans les murs qui l'entourent. Autrement dit, le seul type d'établissement pénitentiaire qui paraisse avoir un avenir à l'heure actuelle devrait avoir une organisation normative.

En théorie, plusieurs types d'établissements normatifs semblent concevables selon le modèle de resocialisation envisagé. Le modèle de réhabilitation, que l'on a essayé de mettre en place à partir des années 50, avait une orientation ouvertement normative prétendant rejeter toute idée de punition[56]. Ces tentatives d'application de la clinique

56. Cf. J.H. Syr, *Punir et réhabiliter, op. cit.*

criminologique ont pris des formes très diverses. Cependant le résultat a toujours été l'introduction dans les rapports de pouvoir en prison d'une tierce personne, l'éducateur, au détriment du surveillant. Dans les systèmes les plus élaborés, tels que les communautés thérapeutiques[57], on peut essayer d'intégrer le surveillant dans l'équipe thérapeutique, mais jusqu'à quel point un rôle éducatif peut-il être cumulé avec un rôle de surveillance impliquant nécessairement un pouvoir de sanction ? On retrouve ici le problème des surveillants généraux d'établissements scolaires devenus conseillers d'éducation[58]. Quoi qu'il en soit cette conception de la politique pénitentiaire a fini par être remise en cause, au profit d'une plus grande ouverture de la prison sur le monde extérieur, un décloisonnement de la prison appelé chez nous banalisation pénitentiaire. Le pouvoir devient plus diffus et partagé, la société non seulement fait sentir sa présence mais elle influence aussi la gestion carcérale, diminuant d'autant le pouvoir des responsables pénitentiaires à tous les niveaux et renforçant celui des détenus. Cela signifie-t-il que le modèle normatif à mettre en place dans la prison puisse être celui des sociétés démocratiques ? Dans une telle perspective, le travail du surveillant serait similaire à celui du policier dans la cité. En réalité, la prison démocratique paraît une vue de l'esprit car elle supposerait la direction par ... les prisonniers ! Un tel établissement aurait-il encore une utilité et ne serait-il pas préférable de maintenir les délinquants en liberté comme les malades d'un hôpital de jour ? Dans ce cas évidemment il n'y aurait plus vraiment besoin de surveillants. Cependant, il serait probablement nécessaire de conserver quelques établissements d'internement pour des cas très difficiles, auxquels l'on appliquerait un traitement de resocialisation intense. L'existence de surveillants serait encore concevable dans un tel cadre, mais leur travail serait très différent de ce qu'il est actuellement. Cette évolution inéluctable dans le travail des surveillants pose évidemment le problème de leur situation professionnelle future.

2. *La situation professionnelle* paraît être le problème essentiel et pourtant peu étudié que soulèvent les revendications actuelles des surveillants.

L'idée que les personnels pénitentiaires sont des travailleurs pareils aux autres, soucieux de leur statut, de leur carrière, de leurs conditions de travail, de leur formation, semble avoir mis du temps à attirer l'attention des spécialistes de la pénologie intéressés essentiellement par la situation du détenu[59]. Si une relation de couple existe à l'évidence entre ces deux acteurs essentiels du système carcéral traditionnel[60], il convient cependant de relever soigneusement leurs différences. Les détenus ont un statut qui leur est assigné et qui a pour conséquence le rôle attendu d'eux. En revanche, les surveillants ont un statut conquis, reconnaissance du rôle qui est le leur dans le système carcéral et dans la société. La revendication d'une reconnaissance ressort d'ailleurs nettement des entretiens conduits avec les surveillants[61]. Cette revendication est d'autant plus forte que le recrutement a notablement évolué, le niveau des élèves surveillants s'étant nettement élevé au regard des diplômes[62]. Pourtant, le problème est encore mal connu, même si le statut et la formation des personnels de surveillance constituent des questions classiques de la science pénitentiaire, d'ailleurs proposées comme sujet de thèse aux candidats docteurs en droit. Ainsi, l'on relève de nombreuses études relatives à l'idéal type du système pénal, de la situation du détenu, voire même du profil du sur-

57. Cf. B. Cormier, *The watcher and the watched, op. cit.*

58. Cf. C. Nosal, *Métamorphose et continuité d'une fonction. De l'image du surveillant général à celle du conseiller d'éducation,* Doctorat 3e cycle, Sciences de l'éducation, Strasbourg, 1986.

59. Cf. A. Lazarus, Les surveillants de prison : un corporatisme sans issue ?, *Déviance et société,* 1977, vol. 1, n° 2, p. 209 ; M. Seyler, La banalisation pénitentiaire ou le vœu d'une réforme impossible, *op. cit.*

60. Cf. G. Casadamont, Notes pour une sociologie du rapport surveillant(s)/détenu(s), cette *Revue* 1991.58.

61. Cf. G. Casadamont, *La détention et ses surveillants,* thèse doctorat 3e cycle, sociologie, EHESS, Paris, 1984 ; Bonnemaison, rapp. préc. ; Choquet, Les surveillants de prison : mais que veulent-ils ?, *op. cit.*

62. Cf. V. Hertrich, C. Faugeron, *Les élèves surveillants de 1968 à 1985. Données statistiques,* Etudes et données pénales, Paris, CESDIP, 1987.

veillant[63]. En revanche, les chercheurs français ne semblent guère s'être préoccupés de la question des conditions de travail des personnels. Pourtant, même si l'on se préoccupe essentiellement de l'amélioration de la situation du détenu dans le système carcéral, il semble totalement irréaliste de négliger les problèmes des surveillants pièce fondamentale de l'ensemble. Il faut se rapporter sur ce point aux travaux menés dans les pays scandinaves, en Angleterre ou en Amérique du Nord, pour avoir une documentation sérieuse sur les questions de stress, de satisfaction au travail ou d'aliénation des surveillants. Cet aspect des choses paraît d'autant plus important actuellement que les nouvelles prisons du programme 13 000, avec l'appel accru aux techniques de surveillance électronique, semblent aggraver le stress déjà important que l'on relève dans les prisons traditionnelles, où les contacts humains sont beaucoup plus nombreux. La constatation de cette carence de la recherche pénologique a été faite par le rapport Bonnemaison, ce qui s'est traduit en 1989 par un appel d'offre au ministère de la Justice en vue précisément d'étudier ce problème du stress et des conditions de travail des personnels de surveillance.

Il semble qu'en fait tous les problèmes de maintien de l'ordre rencontrés par les prisons depuis quelques années aient eu pour résultat de focaliser les recherches sur les seuls problèmes de gestion des détenus. Pourtant celle-ci n'est qu'un des éléments de la gestion d'ensemble du système que constitue la prison, dans lequel les rapports de pouvoir au sein du personnel sont fondamentaux comme dans n'importe quelle autre organisation. Il ne suffit pas de prendre en considération l'objectif assigné à l'organisation pour que celle-ci y parvienne. Le style de gestion est une variable tout aussi essentielle de l'organisation en vue d'atteindre à l'efficacité. Il existe en effet différents styles de management combinant de façon différente et à des degrés divers l'intérêt pour les employés et l'intérêt pour la productivité[64]. Selon la politique suivie à l'égard des détenus et le style de gestion adopté à l'égard des employés, chaque établissement aura un climat social qui lui est propre[65]. Or précisément *le climat social* constitue la pièce maîtresse dans la politique de banalisation pénitentiaire poursuivie depuis quelques années, où l'on veut créer des conditions de milieu propre à la réintégration des détenus dans la société. Une telle politique ne peut réussir qu'à la condition d'impliquer l'ensemble du personnel pénitentiaire, ce qui semble encore loin d'être le cas avec les surveillants comme le montrent les mouvements sporadiques de mécontentement qui se produisent au gré des circonstances.

CONCLUSION

Les problèmes soulevés à l'heure actuelle par les personnels de surveillance paraissent constituer une parfaite illustration de la situation perpétuelle dans laquelle se trouve la prison. Les autorités aux prises avec les demandes de la collectivité essentiellement préoccupée de se débarrasser des condamnés et de ne plus en entendre parler parent au plus pressé et cherchent avant tout à maintenir l'ordre dans les établissements. Cependant, la situation est devenue telle que désormais la collectivité intervient directement dans le fonctionnement de l'organisation carcérale. Dans la mesure où ce sont les détenus qui ont la capacité de rompre cet ordre, ils sont les principaux bénéficiaires de l'évolution du système. Le temps est révolu où surveillants et détenus négociaient directement entre eux le partage du pouvoir dans l'institution totalitaire. Désormais, les dé-

63. Cf. par ex. C. Wahler et P. Gendreau, Perceived characteristics of effective correctional officers, *Revue canadienne de criminologie*, 1990, vol. 32, n° 2, p. 265.

64. Cf. D. Duffee, *Correctional policy and prison organization*, Sage Publications, New York, Wiley, 1975, p. 126-185.

65. Cf. R. Moos, The assessment of the social climates of correctional institutions, *Journal of research in crime and delinquency*, 1968, vol. 5, n° 2, p. 174.

tenus négocient avec les autorités pénitentiaires, voire même les autorités politiques, par dessus la tête des surveillants. La banalisation devient ainsi une réalité pour le personnel qui doit donc à son tour négocier avec ses supérieurs, dans des relations de pouvoir analogues à celles qui se produisent dans n'importe quelle autre organisation. Cela soulève donc la question du rôle joué par la direction de l'établissement en vue de faire la balance entre détenus et personnels pour permettre à l'organisation d'atteindre ses objectifs.

Il est évidemment permis de se demander si cette évolution apparemment inéluctable du système carcéral ne condamne pas la profession de surveillant à une disparition à plus ou moins long terme. Les techniques modernes de surveillance électronique pourraient sembler aptes à remplacer un personnel quasiment inutile dans un établissement entièrement automatisé comme les usines du futur. Une telle vision ne peut que faire frémir à l'image des dystopies dues à l'imagination d'un Orwell[66]. On sait malheureusement que la politique criminelle n'échappe pas à l'utopie. De la mystique pénitentiaire, à la mystique clinique puis à la mystique solidariste actuelle, l'avenir même de la prison paraît plus que compromis. Cependant que, par ailleurs, l'accent mis sur la réparation et le travail d'intérêt général laisse transparaître la survivance d'une forme de privation de liberté dans laquelle existe toujours l'obligation au travail. D'une utopie à l'autre en quelque sorte !

66. Cf. R. Matews, Decarceration and social control : fantasies and realities, *International journal of the sociology of law*, 1987, 15, p. 30.

Vers l'introduction d'une déclaration des droits « Bill of Rights » dans une Afrique du Sud post-Apartheid

Antoine J. BULLIER*

Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

> *« Le gouvernement accepte le principe de reconnaissance et protection des droits fondamentaux de l'individu qui forment la base constitutionnelle de la plupart des démocraties occidentales. Nous reconnaissons aussi que la manière la plus pratique de protéger ces droits se trouve dans une déclaration des droits pouvant être interprétés par une magistrature indépendante ».*
> Président F.W. De Klerk, lors de l'ouverture du Parlement sud-africain le 2 février 1990
> Address by the State President Mr F.W. Klerk D.M.S. at the opening of the second session of the ninth parliament of the Republic of South Africa Cape Town 2 February 1990, Pretoria, Bureau of Information p. 5-6.

Depuis plusieurs années, l'Afrique du Sud subit des changements considérables. L'Apartheid en tant qu'idéologie s'est effondré, les principales lois qui soutenaient la politique de discrimination raciale ont été abrogées[1] et le gouvernement de Pretoria se dit prêt à dialoguer avec les principales composantes politiques comme l'African National Congress (ANC) dont le leader incontesté a été libéré le 2 février 1990[2]. En 1986[3], le président de l'Etat avait demandé à une commission de lui soumettre un rapport sur l'état des droits de l'homme dans la République. L'idée d'une déclaration des droits commence dès cette époque à faire son chemin. Des centres d'études des droits[4] de

* L'auteur remercie l'Université du Cap pour son aimable invitation et le ministère sud-africain des Affaires étrangères pour lui avoir accordé la bourse qui lui a permis de se rendre sur place afin d'étudier ce problème (août 1991).

1. *Prohibition of Mixed Marriages Act* n° 55 of 1949 abrogé par l'*Act 72 of 1985 Section 16 of Immorality Act* n° 23 of 1957 amendée par l'*Act 68 of 1967* et *57 of 1969* abrogée par l'*Act 72 of 1985. Prohibition of Political Interference Act n° 51 of 1968* abrogé par la s. 1 et 2 du *Constitutional Affairs Amendment Act 104 of 1985. Abolition of Racially Based Land Measure Act n° 108 of 1991. Population Registration Act Repeal Act n° 114 of 1991.*

2. Discours du président de l'Etat devant le Parlement sud-africain : *Address by the State President, M. FW De Klerk DMS at the opening of the Second Session of the ninth parliament of the Republic of South Africa* Cape Town, 2 févr. 1990, Pretoria, Bureau of Information, p. 14, 18 et 19.

3. Le 23 avr. 1986, le ministre sud-africain de la justice demandait à la *SA Law Commission* d'enquêter sur les droits des groupes mais aussi sur ceux des individus afin d'assurer leur protection. *Hansard* 23 avr. 1986, columns 4014-15.

4. Le *Centre for Human Rights Studies* de l'Université de Pretoria a été fondé en 1986. John Dugard professeur de droit à l'université du Witwatersrand a dirigé pendant des années le *Centre for Applied Legal Studies.*

l'homme se constituent et une revue se fonde afin de regrouper tous ceux qui s'intéressent à ces questions[5]. C'est une révolution juridique[6] qui s'opère en Afrique du Sud car aujourd'hui (septembre 1991) les plus grands partis en présence (ANC parti nationaliste) sont d'accord sur une déclaration des droits qui serait partie intégrante de la nouvelle Constitution. Cette déclaration (*Bill of Rights*) pourra être invoquée devant les tribunaux par le biais du contrôle de constitutionnalité (*judicial review*)[7] et les lois censurées par les cours de justice pour anti-constitutionnalité seront invalidées. Une telle procédure serait nouvelle et apporterait confirmation de la répudiation totale de la politique d'Apartheid pour une Afrique du Sud nouvelle[8].

I. – HISTORIQUE DE LA PROTECTION DES DROITS EN AFRIQUE DU SUD

Héritier du droit romano-néerlandais, le droit sud-africain aurait pu faire montre de protection des droits de l'homme. En effet ce système de droit provient directement des écrits des grands juristes et pandectistes néerlandais du XVIIe siècle[9]. Grotius utilise la théorie du droit naturel pour le différencier du droit positif avec ce sens de la justice que les philosophes du droit considèrent comme inhérent à l'homme. Grotius annonce l'idée que le droit positif qui ne se conforme pas aux principes du droit naturel n'est pas du droit et peut être ignoré en toute impunité[10]. Grotius l'envisage lorsqu'il dit : « Ce que le droit naturel interdit, nul ne peut l'imposer ; les circonstances restant les mêmes, non plus que ce qui s'impose au droit naturel ne peut s'interdire ; en ce sens le droit naturel est un droit spécial immuable »[11].

De nombreux auteurs sud-africains regrettent que les éléments libéraux et protecteurs des droits de l'homme n'ont pas été exploités par le droit sud-africain héritier de la conception humaniste romano-néerlandaise[12]. Grotius considère que la justice est une disposition vertueuse avec volonté de faire ce qui est juste[13]. Voet quant à lui paraphrase l'adage biblique en exposant les principes du droit naturel : « que personne ne fasse à quiconque ce qu'il ne voudrait pas qu'on lui fasse »[14]. « Au contraire, qu'il rende aux autres ce qu'il aimerait qu'on lui rende. Et que la loi édictée pour un autre s'applique à son auteur ».

Le droit romano-néerlandais reconnaissait pleinement la notion de légalité « *Rule of Law* ». Le souverain était lié par le droit et ne lui était pas supérieur. La liberté de la personne, la liberté d'expression et l'égalité devant la loi sous-tendaient ce système de droit, ainsi que la règle *nulla poena sine lege*. La liberté contre les arrestations arbitraires était prévue par ce système. En effet le remède d'« *interdictum de homine libero exhibendo* »

5. Le *South African Journal of Human Rights* paraît depuis 1985 et rassemble des articles sur les droits de l'homme en Afrique du Sud.

6. Pour les problèmes juridiques qu'entraîne une déclaration des droits V. G.E. Devenish, Cardinal and Statutory obstacles which obstruct the introduction of a justiciable bill of rights in South Africa *in* J. van der Westhuyzen et H. Viljoen (eds). *A Bill of Rights for South Africa*, Durban, 1988, Butterworths, p. 96-111. On verra aussi les réflexions du juge J.-M. Didcott, *Practical workings of a bill of rights, ibid.* p. 52-62.

7. V. J.M. Didcott, p. 52.

8. V. G.E. Devenish, p. 98-99.

9. G.E. Devenish a bien montré que la tradition romano-néerlandaise comme la *common law* anglaise n'ont pas pu protéger les droits de l'homme en Afrique du Sud, p. 109.

10. J.W. Wessels, *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown, 1908, African Book Company, p. 290-293.

11. Grotius, *Introduction to Dutch Jurisprudence*, I, 2, 6 cité par Wessels, *op. cit.* p. 291.

12. John Dugard, Changing attitudes towards a bill of rights in South Africa p. 29 *in* J. van der Westhuyzen and H. Vilhoen (eds) *A Bill of Rights for South Africa*, Durban, 1988, Butterworths.

13. Grotius, The Jurisprudence of Holland I : 2.3 (R.W. Lee Transl. 1926) cité par R.H. Hahlo et I.A. Maisels, The Rule of Law in South Africa, *Virginia Law Review*, vol. 52, 1966, p. 13.

14. Voet, *Commentary to the Pandects* : I I 15 à 20 (Gane transl. 1955) cité *in ibid. supra.* Voet, *ibid.* 43. 29 cité dans Hahlo et Maisels, *op. cit.*

permettait de protéger l'individu. Cette procédure est issue des écrits de Voet qui reprend l'édit du prêteur que l'on trouve au Digeste 43.29. Cet « *interdict* » concerne toute personne retenant en son pouvoir un homme libre sans juste cause[15].

Cette procédure permet la présentation de la personne emprisonnée pour qu'elle puisse être vue et touchée par le public. En droit moderne cette procédure fut assimilée à l'*habeas corpus* du droit anglais. Mais le droit sud-africain d'*habeas corpus* fut vidé de son contenu par la législation anti-terroriste[16].

Certains auteurs considèrent cependant que la liberté contre l'arrestation arbitraire, la détention sans procès, les châtiments cruels et inhabituels, le droit d'avoir un conseil quand la liberté individuelle est en jeu, le droit d'être entendu, l'égalité devant la loi, la liberté d'expression, de la presse, la liberté d'assemblée et de mouvement sont parties des principes reconnus du droit sud-africain[17]. L'ancien juge en chef devait d'ailleurs déclarer que les principes enchâssés dans les neuf premiers amendements de la Constitution américaine devaient être considérés comme des conventions constitutionnelles sud-africaines[18]. Comme le dit J. Dugard, en Afrique du Sud ces principes font partie de la tradition juridique mais n'ont aucune force de loi tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un texte voté par le Parlement du Cap. Ces idéaux ont d'ailleurs été systématiquement bafoués par la législation répressive.

On rappellera enfin que le droit romano-néerlandais était parfaitement égalitaire quant aux races selon Johannes Voet : « La loi doit être juste et raisonnable dans sa forme car elle préserve l'égalité et lie les citoyens également »[19].

II. – L'EXEMPLE DES RÉPUBLIQUES SUD-AFRICAINES AU XIXe SIÈCLE

L'Etat libre d'Orange comme le Transvaal avaient produit des Constitutions républicaines avec des législatures qui n'étaient pas souveraines. L'Etat libre garantissait certains droits (assemblées, pétition, égalité devant la loi, propriété). Le Volksraad ne pouvait pas empiéter sur de tels droits en votant des lois qui seraient contraires à ces principes. La magistrature de l'Etat libre possédait le droit d'interpréter la Constitution. Le Volksraad le reconnut en votant l'ordonnance 5 de 1885 qui précise que les cours inférieures n'ont pas de compétence constitutionnelle. La magistrature de cette République exerça d'ailleurs cette juridiction constitutionnelle dans l'arrêt *Cassim and Solomon v. The State 1891*. La Haute Cour considéra que la loi de 1890 qui interdisait aux Asiatiques de s'établir dans l'Etat n'était pas contraire à l'article 20 de la Constitution[20]. Le juge en chef Melius de Villiers devait déclarer : « Si le juge a le droit et le devoir d'interpréter les lois du pays, pourquoi serait-il privé du droit d'interpréter la Constitution ? ». L'Etat libre reconnaissait donc le principe de contrôle de constitutionnalité (*judicial review*).

Le Transvaal arriva au même résultat mais avec une grave crise entre l'exécutif et le judiciaire. En 1895, dans l'arrêt *Brown v. Leyds*[21], le juge en chef Kotze déclara que la Constitution établissait la procédure pour le vote et la promulgation des lois ; si celles-ci n'étaient pas respectées, les cours avaient compétence pour invalider la législation. Fu-

15. S. Kentridge, Habeas Corpus Procedure in South Africa, *The South African Law Journal*, vol. 79, 1962, p. 287.

16. John Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, 1978, Princeton University Press, p. 112-123.

17. John Dubard, *op. cit.* p. 383.

18. Cent livres C.J. *Butterworths South African Law Review*, 1956, p. 12.

19. H.R. Hahlo et E. Kahn, South Africa : *The Development of its Laws and Constitution*, Londres, 1960, Stevens and Sons, p. 794.

20. L.M. Thompson Constitutionalism in the South African republics, *Butterworths South African Law Review*, 1954, p. 49-72.

21. H.R. Hahlo et E. Kahn, *South Africa : The Development of its Laws and Constitution*, Londres, 1960, Stevens and Sons, Ltd. p. 109.

rieux contre ce jugement, Paul Kruger président de la République sud-africaine (Transvaal) fit voter une loi interdisant aux juges le droit de contrôler la constitutionnalité des lois. Après un conflit très grave avec Kotze, Kruger le destitua. Il est intéressant de voir que dans ces deux petites républiques boers les juges avaient décidé de prendre sur eux le principe de contrôle de constitutionnalité qui aurait pu faire partie intégrante de la tradition judiciaire sud-africaine. Ces développements n'eurent malheureusement aucune suite et ne s'intégrèrent pas au système de droit sud-africain. Cette technique de protection ne s'imposa pas et fut oubliée après la guerre des Boers (1899-1902).

III. – SOUVERAINETÉ DU PARLEMENT

En 1910, c'est une loi du Parlement impérial[22] (de Westminster) qui fonde l'Union sud-africaine. La Constitution de ce nouvel Etat prévoit un régime parlementaire à la britannique avec souveraineté de la législature[23]. Cette souveraineté interdit tout contrôle de constitutionnalité par les cours de justice[24]. Celles-ci ont toujours considéré qu'elles ne devaient pas usurper le pouvoir législatif en en contrôlant la législature. En 1956, le Parlement vota le *South Africa Act Amendment* (V. note 9) qui précise qu'aucun contrôle ne peut s'exercer sur une loi votée par le Parlement. Comme le rappelle John Dugard[25], les rédacteurs de la Constitution sud-africaine J.C. Smuts et John Merriman, premier ministre de la colonie du Cap, étaient tous deux de fervents admirateurs du système britannique. Il n'était pas question d'un *Bill of Rights* et les idéaux constitutionnels de l'Etat libre étaient bien oubliés. Les Blancs étaient alors persuadés qu'ils pourraient obtenir l'indépendance grâce au système de Westminster[26]. De fait, le parlementarisme à la britannique interprété à la sud-africaine put fournir à la minorité blanche tous les artifices juridiques pour sa politique d'Apartheid. De nombreuses fois les ministres refusèrent la suprématie judiciaire telle qu'elle existe aux Etats-Unis pour lui préférer la souveraineté parlementaire du Royaume-Uni[27]. Dans la Constitution de 1961 et dans celle de 1984 la souveraineté du Parlement fut à nouveau affirmée en des termes très précis[28]. Mais il faut bien se rendre compte que, si la notion de souveraineté du Parlement est directement issue de la tradition constitutionnelle britannique, il est difficile de comparer les pratiques constitutionnelles des deux Etats : l'un étant une démocratie parlementaire avec suffrage universel, l'autre réservant le vote à des communautés selon des critères raciaux. Dans le système britannique, la souveraineté du Parlement est le fondement de la protection des libertés individuelles. Le Parlement britannique, après une histoire glorieuse de plus de trois siècles, a réussi à s'imposer comme représentant du peuple contre l'exécutif (monarchique). La souveraineté que détient le Parlement de Westminster protège les droits fondamentaux de ceux qu'il représente.

22. *South Africa Act 1909* 9 Edw. 7, c. 9.

23. Hahlo et Kahn, *op. cit.* p. 128.

24. R.V. McChlery, 1912 A.D. 199 p. 219-220. « Les Cours de justice ne s'intéressent pas de savoir si une loi du Parlement est raisonnable ou pas, politique ou pas » : *Harris v. Minister of the Interior 1952* (52) 5.A.428 (A.D.) p. 456.

25. John Dubard, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, 1978, Princeton University Press, p. 25.

26. Leonard Thompson, *The Unification of South Africa 1902-1910*, Oxford, 1960, Clarendon Press, p. 482-483.

27. *House of Assembly Debates*, vol. 78, col. 3124 (25 mars 1952). *House of Assembly Debates*, vol. 78, cols 5497-498 (7-8 mai 1952).

28. « Aucune Cour de justice n'aura compétence pour contrôler ou se prononcer sur la validité d'une loi votée » : *Parliament Act 59 Republic of South Africa Constitution Act n° 32 of 1961* repris dans l'article 34 (3) *Republic of South Africa Constitution Act n° 110 of 1983.*

Comme le dit si pertinemment J. Van Der Vyver, la souveraineté du Parlement c'est le *Bill of Rights* du système britannique[29].

Sans opposition parlementaire crédible, le législateur sud-africain a utilisé sa position de souveraineté pour donner à l'exécutif des pouvoirs exorbitants et arbitraires transformant la souveraineté du législatif en souveraineté de l'exécutif. Certains ont voulu voir dans cette souveraineté du Parlement un exemple du positivisme. John Dugard[30] déclare que ce sont les théories de John Austin et de Jeremy Bentham qui ont inspiré cette philosophie du droit. Au XIXe siècle, au Royaume-Uni, ce sont les théories du positivisme et de l'utilitarisme qui avaient les faveurs des juristes, que ce fût dans les universités, les *Inns of Court* et les tribunaux. Les juristes recevaient une formation où seul le droit positif avait de l'importance et son application pratique. Les autres dominions (Canada, Australie et Nouvelle-Zélande) subirent la même influence. En Afrique du Sud, le juge se doit d'appliquer la loi en retenant les intentions du législateur (comme il (le juge) le comprend). Le juge ne peut pas utiliser les travaux préparatoires ou le journal des débats. Evidemment le positivisme qui fait une différence radicale entre loi et moralité et sacralise la loi et son application permit aux juges sud-africains d'appliquer automatiquement les lois les plus répressives et les plus contraires aux principes romano-néerlandais et de common law. Attaqué pour ses vues sur le positivisme à la sud-africaine, Dugard répondit à C. Forsyth et Johann Schiller[31] que ce qui importe ce n'est pas une définition du positivisme mais le fait de dépeindre la pathologie du système de droit sud-africain qui subordonne tout aux volontés du législateur sans aucun contrôle judiciaire, ce qui ne fait que subordonner les droits de l'homme à la préservation du *statu quo*[32].

Dans les systèmes parlementaires à la britannique[33], la souveraineté du Parlement est tempérée par la notion de *Rule of Law*. Dans les systèmes issus de Westminster, les droits de l'homme sont protégés par cette notion, véritable doctrine de droit constitutionnel. Le problème est de savoir si cette notion peut limiter les effets du législateur qui désire systématiquement violer les droits de l'homme[34].

Cette doctrine a été exposée par Dugard dans son livre *Human Rights and The South African Legal Order*, mais c'est Geoffrey de Q. Walker[35] qui a le mieux proposé une définition du concept en douze points :

– lois contre la violence privée ;

– gouvernement selon la loi ;

– certitude, généralité et égalité devant la loi ;

– rapport entre loi et valeurs sociales ;

– application des lois contre la violence privée ;

– action du gouvernement pouvant faire l'objet d'un contrôle ;

29. J.D. van der Vyver, Parliamentary Sovereignty, Fundamental Freedoms and a Bill of Rights, *South African Law Journal*, vol. 99, 1982, p. 560.

30. John Dubard, The Judicial Process, Positivism and Civil Theory, *South African Law Journal*, vol. 88, 1971, p. 184 et John Dugard, *ibid.* p. 192.

31. Christopher Forsyth and Johann Schiller, The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty II, *South African Law Journal*, vol. 98, 1981, p. 218-230.

32. John Dubard, Some Realism about the Judicial Process and Positivism. A Reply, *South African Law Journal*, vol. 98, 1981, p. 376.

33. M.G. Cowling, Judges and The Protection of Human Rights in South Africa : Articulating the Inarticulate Premiss, *South African Journal of Human Rights*, vol. 3, 1987, p. 178. Comme Cowling, nous considérons que la Constitution de 1983 est encore fondée sur les principes de Westminster, *op. cit.* p. 178, n° 3.

34. Pour Johann van der Vyver, la « *Rule of Law* » est le résultat de conventions constitutionnelles que le législateur s'impose à lui-même : « *Conventional Restraints* » *in* Parliamentary Sovereignty, Conventional Freedom and a Bill of Rights, *South African Law Journal*, vol. 99, 1982, p. 569.

35. Geoffroy de Q. Walker, *The Rule of Law, Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne, 1988, Melbourne University Press, p. 1-41.

— indépendance du pouvoir judiciaire ;
— indépendance des professions judiciaires ;
— justice naturelle, tribunaux impartiaux ;
— accès à la justice ;
— application impartiale et honnête ;
— attitude envers la légalité.

Depuis 1948 et l'arrivée du Parti nationaliste au pouvoir, il est évident que le législateur ne s'est pas considéré comme lié par des mesures d'auto-limitation mais au contraire la souveraineté parlementaire lui a assuré une position absolue et dominante dans la hiérarchie constitutionnelle[36]. En Afrique du Sud avec la Constitution de 1983, la *Rule of Law* ne peut être respectée. Comme le disent Hahlo et Kahn, aucune liberté civique n'est garantie par la Constitution sud-africaine. A tout instant, la vie, la liberté et la propriété peuvent se trouver menacées par les pouvoirs sans limites du Parlement[37].

A plusieurs reprises, le chef du gouvernement sud-africain a affirmé la prééminence absolue du Parlement[38]. Cette prééminence n'est pas limitée par la *Rule of Law* et pourtant même dans la tradition juridique néerlando-afrikaans, Johannes Voet peut être pris comme référence lorsqu'il nous dit que le droit doit avant tout être fondé sur justice et raison (*Commentarius ad Pandectas 1.3.5*). Il est évident que la *Rule of Law* ne peut absolument pas exister dans l'Afrique du Sud de 1991. Toutes les lois fondant l'Apartheid et en passe d'être abrogées ont réduit la notion à néant. Comme le législateur est souverain, il a légiféré pendant des dizaines d'années au seul profit d'une communauté. Les cours de justice se trouvant dans l'obligation d'appliquer les intentions du législateur quelle que soit la teneur de la loi en question ou son caractère attentatoire aux libertés[39]. Les cours sont aussi devenues l'objet de violentes attaques. Même si le juge Eksteen pouvait dire en 1971 : « Même les plus violents critiques sont prêts à concéder malgré leur haine de notre pays et de sa politique que notre magistrature est au-dessus de tout reproche et inspire le respect ». Pendant des années les juges partagèrent l'opinion du juge en chef L.C. Steyn qui déclarait en 1967 : « La seule tâche des cours de justice est d'appliquer l'intention du législateur (...) il est impropre pour le juge d'entrer dans le débat politique lorsque le Parlement a décidé d'établir une règle en connaissance de cause après avoir délibéré et en plein exercice de ses pouvoirs souverains ».

Mais depuis quelques années, on voit des juges comme J.A. Nicholas, J.A. Corbett, J.P. Milne, J. Leon et J. Didcott reconnaître qu'il faut un *Bill of Rights* pour protéger les droits de l'homme[40]. Devant de nombreuses violations de la *Rule of Law*, les cours de justice sont impuissantes pour intervenir. Ce qu'il faut, c'est que l'idée de *Rule of Law* se transforme en quelque chose de spécifique, de concret pour protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales. C'est précisément ce que ferait un *Bill of Rights*. Des limites seraient imposées au législateur par le *Bill of Rights*. Ceci renforcerait la *Rule of Law* vis-à-vis du législatif comme de l'exécutif. Un *Bill of Rights* n'est rien d'autre qu'un document constitutionnel précisant certains droits de l'homme et certaines libertés fondamentales ; ceux-ci devant être respectés par le législateur sous peine de voir ses lois déclarées anticonstitutionnelles par les cours de justice. Le législateur n'est alors plus souverain car le contenu des lois doit respecter et ne pas entrer en conflit avec les droits de l'homme et les libertés fondamentales spécifiés dans le *Bill of Rights*. C'est le contrôle de constitutionnalité, caractéristique essentielle d'une telle déclaration des droits.

36. M.S. Cowling, *op. cit.* p. 180.
37. Hahlo et Kahn *op. cit.* p. 136.
38. Le Premier ministre D.F. Malan déclara que la souveraineté législative du Parlement ne faisait aucun doute afin d'assurer l'ordre et la certitude (*House of Assembly Debates*, 25 mars 1952, col. 3124).
39. M.G. Cowling, *op. cit.* p. 181 et p. 188 n° 44 et 47.
40. John Dubard, Changing Attitudes towards a Bill of Rights in South Africa *in* J. van der West Huyzen and H. Viljoen (eds) *A Bill of Rights for South Africa*, Durban, 1988, Butterworths, p. 32.

Comme le dit fort bien Beinart, les limitations conventionnelles observées par le législateur font que la *Rule of Law* demeure intacte. Seule une limitation du pouvoir législatif peut garantir la *Rule of Law*[41]. La *Rule of Law* serait rétablie avec un *Bill of Rights* mais la pratique et le fondement d'un tel document sont parfaitement incompatibles avec la politique d'Apartheid, la classification raciale. Un *Bill of Rights* ne peut fonctionner que dans une démocratie représentative. Le *Bill* déclarerait l'égalité des droits sans distinction de race, sexe, religion ou opinion politique. Ce document condamnerait la torture, la détention sans procès et les atteintes à la liberté d'expression. En clair, un *Bill of Rights* ce serait la fin complète de l'Apartheid et de l'Afrique du Sud à domination blanche. Comme le dit G.E. Devenish[42], un *Bill of Rights* ne peut que sonner le glas de l'ordre ancien pour instituer un nouvel ordre constitutionnel fondé sur la *Rule of Law*. Toute la législation répressive s'effondrerait grâce au contrôle de constitutionnalité ; en bref, un *Bill of Rights* c'est une nouvelle Afrique du Sud.

IV. – UNE CULTURE DES DROITS DE L'HOMME

L'idée d'une déclaration des droits s'est matérialisée grâce à des auteurs comme J. Van Der Vyver[43] et J. Dugard[44]. Mais ce sont surtout les exemples tirés des Etats étrangers qui ont influencé les futurs rédacteurs de la Constitution sud-africaine. Comme le dit très justement M.M. Corbett[45], il ne peut être question d'une déclaration des droits alors que le Parlement est souverain. Et ce texte ne peut être appliqué que grâce au contrôle de constitutionnalité effectué par les cours de justice. L'exemple américain a fasciné les auteurs sud-africains, mais c'est en Afrique australe que les juristes de la République ont pu voir la mise en oeuvre de cette technique.

Le BophuthaTswana[46] et la Namibie[47] sont d'intéressants cas de déclarations des droits, car ces textes furent incorporés dans les Constitutions respectives de ces pays alors que la Division d'appel de la Cour suprême d'Afrique du Sud était encore le tribunal le plus élevé de ces deux entités politiques. On peut donc voir comment la Cour suprême d'Afrique du Sud interpréta un *Bill of Rights*. Le 6 décembre 1977, selon le *Status of BophuthaTswana Act 89 of 1977*, ce homeland devient indépendant. Sa Constitution, le *Republic of BophuthaTswana Constitution Act 18 of 1977* prévoit une déclaration des droits fondamentaux intitulée Charte de la liberté. En Namibie, le *Bill* des droits et objectifs fondamentaux fut adopté par l'assemblée générale de la Conférence multi-partis du Sud-Ouest-Africain-Namibie. Cette conférence consistait en tous les grands partis du territoire sauf la Swapo. Le président de l'Etat sud-africain promulgua la loi contenant le *Bill of Fundamental Rights and Objectives. Proc. R. 101 of 1985 Annexure I.* La Division d'appel de la Cour suprême siégea donc comme juridiction ayant pouvoir de contrôle de constitutionnalité pour ces deux entités politiques[48]. Dans l'arrêt *S. v. Marwane 1982 (3) SA 717 (A)* la Cour déclara que, comme il y avait conflit entre les lois de sécurité héritées de l'Afrique du Sud et la Constitution (du BophuthaTswana), Marwane devait

41. A. Beinart, The Rule of Law, *Acta Juridica*, 1962, p. 137.

42. G.E. Devenish, *op. cit.* p. 97.

43. J.D. van Der Vyver, *Die Beskerming van Menseregte in Sud-Afrika*, Cape Town, 1975, Juta.

44. J. Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, 1978, Princeton University Press.

45. MM. Corbett, Human Rights : The Road Ahead *in* CF. Forsyth et J.E. Schiller (eds), *Human Rights : The Cape Town Conference*, Cape Town, 1979, Juta p. 5.

46. Stephanie Luiz, A Bill of Rights : Is it Worth the Paper It's Written On ?, *South African Journal of Human Rights*, vol. 3, 1987, p. 105.

47. Christopher Forsyth, Interpreting a Bill of Rights : The Future Task of a Reformed Judiciary, *South African Journal of Human Rights*, vol. 7, 1991, p. 9.

48. *Kabinet van die Tussentydse Regering vir Suidwes-Afrika v. Katofa 1987* (I) SA 695 (A), *Cabinet of the Transitional Government for the Territory of South West Africa v. Eins 1988* (3) SA 369 (A) and *Cabinet for the Territory of South West Africa v. Chikane 1989* (I) SA 349 (A).

être acquitté. Dans un arrêt très proche et provenant du Sud-Ouest-Africain, la Cour refusa d'invalider des lois sud-africaines héritées de la période mandataire alors que le Sud-Ouest avait atteint le statut d'autonomie interne. Ces lois étaient pourtant contraires aux principes du *Bill of Rights and Objectives*.

Le juge en chef d'Afrique du Sud considéra, contrairement à l'arrêt *Marwane*, que les lois de sécurité continuaient à s'appliquer malgré leur incompatibilité avec le *Bill of Rights*[49].

En Afrique du Sud proprement dite, jusque dans les années 1980, le gouvernement avait fait montre de la plus grande réticence face à l'idée d'une déclaration des droits[50].

C'est le rapport de la Commission sur le droit instituée par le gouvernement : « Afin d'enquêter et faire des recommandations sur la définition et la protection des droits des groupes dans le contexte du cadre constitutionnel sud-africain et de l'élargissement de cette protection aux droits de l'individu ainsi que le rôle des cours de justice dans ce débat » qui a déclenché cette grande réflexion[51]. Les deux volumes qui constituent le rapport de cette commission forcent l'admiration par leur exhaustivité et le sérieux des problèmes posés. Dans cet ouvrage, la commission passe en revue la théorie des droits de l'homme et leur protection sur le plan international aussi bien que dans les différents Etats : au Royaume-Uni, aux Etats-Unis, en République fédérale d'Allemagne ; la commission n'oublie pas les problèmes techniques qu'impose l'introduction d'une déclaration des droits dans la Constitution sud-africaine. Le problème des droits de l'homme par rapport à ceux du groupe font aussi l'objet de débats très intéressants. Enfin, le rapport privilégie une déclaration des droits de l'individu tout en rejetant la notion des droits des groupes jugés incompatibles. La commission a clairement compris que la protection des droits des groupes serait une façon de réintroduire l'Apartheid car les groupes ont souvent été définis en Afrique du Sud selon des critères raciaux[52]. La commission a d'ailleurs affirmé ses *desiderata* : « Si ces droits se définissent dans un document constitutionnel approprié tel qu'une Constitution ou un *Bill* des droits de l'homme ou du groupe, ces droits seront protégés et interprétés par les cours de justice à la demande de quiconque se considère lésé par le non-respect desdits droits. C'est une erreur de logique que de croire que la protection de ces droits ne peut avoir lieu que dans le groupe. En fait, cette protection ne peut être assurée que par l'individu ».

Influencée par le modèle américain mais aussi par la constitution de l'Allemagne fédérale, la commission propose une réforme constitutionnelle radicale puisqu'elle accepte la fin de la souveraineté du Parlement avec nouvelle constitution et *Bill of Rights* enchâssé dans celle-ci avec droit pour les cours d'interpréter ce texte pour voir si lois et règlements sont compatibles avec les principes énoncés dans cette déclaration. La commission prévoyait un certain nombre de droits dans une future déclaration. Ces droits étaient répartis ainsi[53].

Droits de l'homme concernant la procédure : le rapport en énumère dix :

1. personne ne sera arrêté ou détenu de façon arbitraire. Toute personne appréhendée se verra notifier les charges pesant sur elle et sera présentée à une cour de justice ;

49. Christopher Forsyth, Interpreting a Bill of Rights : The Future Task of a Reformed Judiciary ?, *South African Journal of Human Rights*, vol. 7 1991, p. 7-12.

50. *Second Committee of the Constitutional Committee of the President's Council* PC4/1982, V. aussi, H.J. Coetese, Hoekom nie'n Verklaring van Menseregte nie ?, (1984) 9 *Tydskrif vir Regswetenskap 5*.

51. *South African Law Commission, Working Paper 25, Project 58 : Group and Human Rights*, Pretoria, 1989, vol. I et 2, 491 p.

52. *South African Law Commission, Working Paper 25, Project 58 : Group and Human Rights*, Pretoria, 1989, vol. 2, 13-12 (p. 386) où le rapport précise bien qu'il est possible de parler d'intérêt du groupe mais pas de ses droits, car celui-ci n'a pas de personnalité juridique. C'est l'individu à l'intérieur du groupe qui peut faire valoir ses droits. Le rapport conclut d'ailleurs qu'il est possible de protéger les droits culturels, religieux et linguistiques comme des droits de l'individu enchâssés dans un *Bill of Rights* et *ibid.* 13.12, p. 386.

53. *S.A. Law Commission, Working Paper 25, Project 58 : Group and Human Rights*, Pretoria, 1989, vol. 2 14.7 (p. 413).

2. toute personne accusée dans un procès pénal sera présumée innocente jusqu'à preuve du contraire ;

3. aucun accusé ne sera condamné pour un délit qui a déjà fait l'objet d'une condamnation ou d'une relaxe sauf au cours d'un appel ;

4. toute personne se verra bénéficier d'un conseil devant une cour de justice chaque fois qu'elle en fera la demande ;

5. personne ne sera condamné avant d'avoir été entendu ;

6. personne ne pourra témoigner contre soi-même ;

7. la magistrature sera indépendante et impartiale ;

8. les délits et les peines ne seront pas rétroactifs ;

9. il n'y aura pas de peines cruelles et inhabituelles ;

10. personne ne se verra privé de son droit à la vie, à la liberté et à la propriété si ce n'est par voie de droit.

Le rapport continue en classant vingt-trois droits touchant au fond[54] :

1. droit à la vie ;

2. droit à l'égalité devant la loi (non-discrimination) ;

3. droit à la dignité humaine ;

4. droit à la réputation et à la protection du nom ;

5. droit à l'intégrité physique et spirituelle ;

6. droit à la protection de la santé ;

7. droit à la personnalité juridique ;

8. droit à la citoyenneté ;

9. droit à la protection contre l'esclavage et le travail forcé ;

10. droit à la liberté et à la sûreté ;

11. droit à la vie privée ;

12. droit à la protection de la famille et du mariage ;

13. droit à la propriété privée ;

14. droit à la justice administrative ;

15. droit à la liberté d'expression, d'information de la presse et autre média de communication ;

16. droit à la liberté de religion ;

17. droit à la liberté de création, de recherche et des arts ;

18. droit à la liberté d'éducation et d'apprentissage ;

19. droit à la liberté de mouvement, de résidence et d'émigration ;

20. droit de s'assembler, de manifester et de pétitionner ;

21. droit à la liberté d'association ;

22. droit aux activités politiques ;

23. droit de vote dans les assemblées législatives et régionales.

La commission énumère aussi certains droits socio-économiques tirés des articles 23-28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Mais le rapport considère qu'un *Bill of Rights* doit protéger l'individu contre la législation et les décrets y afférant contrevenant aux droits et libertés fondamentales. Pour le rapport ce n'est pas le but d'un *Bill of Rights* que de publier un programme économique et social – une telle initiative relève

54. Id. 14.8 (p. 474). Id. 14.9 (p. 416). Id. 14.24 (p. 426). Id. 14.26 (p. 427). Id. 14.63 (p. 440). Id. 14.69 (p. 412).

d'un document ou d'un manifeste publié par un parti politique. La commission considère que les libertés, capacités et compétences économiques doivent être protégées dans un *Bill of Rights* comme tous les autres droits, c'est-à-dire dans un sens négatif afin que la loi ou le règlement ne les violent pas. Un *Bill of Rights*, selon le rapport, ne doit pas servir à faire appliquer de façon positive les obligations de l'Etat. La commission considère cependant qu'une disposition d'action positive (*affirmative action*) doit se trouver dans un *Bill of Rights* en n'obligeant pas le législateur à agir mais en lui permettant de voter certaines lois afin d'accorder à une minorité objet de discrimination des avantages, afin de rétablir l'égalité tout en n'avantageant pas systématiquement un groupe par rapport à un autre. La commission insiste sur le fait que la déclaration des droits doit pouvoir être interprétée par les cours de justice afin de voir les principes énoncés respectés et appliqués par les tribunaux. Enfin, la commission recommande l'abrogation systématique de tous les textes contraires au *Bill of Rights*.

V. – LA POSITION DE L'ANC

En 1988, l'ANC publia un document[55] sur une nouvelle Constitution sud-africaine. D'emblée ce texte considérait que la Charte de la liberté (1955)[56] devait se transformer de projet à réalité constitutionnelle. Les *Constitutional Guidelines* considèrent que la nouvelle Constitution doit comporter un *Bill of Rights* pour protéger les droits de l'homme, quels que soient la race, la couleur, le sexe ou la croyance des citoyens. Le texte prévoit qu'il y aura un mécanisme adéquat pour faire appliquer cette déclaration des droits. Dans ces *Guidelines*, l'Etat sud-africain aura pour devoir d'éradiquer toute forme de racisme et de discrimination. Les *Guidelines* citent aussi comme devoir constitutionnel de l'Etat les droits économiques, la réforme agraire, la protection des travailleurs, des femmes, de la famille et les engagements internationaux de cette nouvelle Afrique du Sud. Ce texte précise que le *Bill of Rights* doit être mis en oeuvre avec les principes de l'action positive à l'américaine « *Affirmative Action* ».

Albie Sachs[57] a analysé les points de convergence et de divergence entre les positions de l'ANC (les *Guidelines*) et celles de la *Law Commission*. L'auteur, qui est membre de la Commission constitutionnelle de l'ANC, considère que les deux enquêtes menées par l'ANC (*Guidelines*) et le gouvernement (*Law Commission*) arrivent à des conclusions similaires ou plutôt à des points de départ identiques. Sachs considère qu'il y a divergence pour l'inclusion de droits économiques et sociaux, de droits culturels, de droits de propriété ; l'auteur analyse aussi le problème de la liberté d'expression, le droit des travailleurs, celui des femmes et bien entendu il prend en compte l'action positive et la construction d'une nation sud-africaine. Sachs et Nathaniel M. Masemola[58] considèrent qu'on ne peut prendre en compte seulement les droits de première génération (liberté d'expression, de conscience, d'assemblée, de religion, d'association et de mouvement), qu'il faut aussi inclure ceux de deuxième génération (droits socio-économiques et culturels), mais ils plaident aussi pour l'incorporation dans le *Bill* des droits de troisième génération (comme les droits à l'auto-détermination, au développement, à l'environnement et à la paix).

55. *The Constitutional Guidelines for a Democratic South Africa*, Lusaka, 1988, African National Congress, P.O. Box 31791 cité *in Columbia Human Rights Law Review*, vol. 21, n° 1, Fall 1989, p. 235.

56. La Charte de la liberté (*Charter of Freedom*) se trouve *in* Gwendolen M. Charter, *The Politics of Inequality*, Londres, 1962 (3e éd.) Thames Hudson, p. 486-489 (Appendix IV).

57. Albie Sachs, A Bill of Rights for South Africa : Areas of Agreement and Disagreement, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 21, n° 1, Fall 1989, p. 17.

58. Nathaniel M. Masemola, Rights and a Future South African Constitution : The Controversial and the No Controversial, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 21, n° 1, Fall 198, p. 53-54.

Entre-temps, en 1990, l'ANC publia son *Bill of Rights*[59] *for a New South Africa*. Ce document de trente sept pages a été inspiré par les textes votés par les Nations Unies, par la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte européenne des droits sociaux, les Constitutions américaine, canadienne, indienne et namibienne[60]. Le *Bill* est le document de base de l'ANC dans les pré-négociations constitutionnelles. En garantissant les droits politiques et culturels comme droits individuels, le *Bill of Rights* refuse le droit des groupes. Comme le dit l'introduction[61] à ce document, le *Bill of Rights* est considéré comme le document fondamental contre l'Apartheid. Le *Bill of Rights* tire d'ailleurs, selon les rédacteurs de ce texte, sa légitimité de la Charte de la liberté de 1955. Selon le Comité constitutionnel de l'ANC, le *Bill of Rights* signifie : « Notre nouvelle Constitution sud-africaine devrait reconnaître et garantir les droits de tous les Sud-Africains sans acception de race, de religion, de sexe ou d'opinion publique. Elle devrait instituer l'unité de la nation sud-africaine et l'égalité de tous les citoyens Sud-Africains. Elle devrait reconnaître la diversité du peuple sud-africain mais déclarer que dans cette diversité découleront des droits fondamentaux pour tous. Notre but est que cette Constitution sera un texte qui reconnaîtra la valeur et la dignité de tout Sud-Africain noir, blanc, brun, homme ou femme, anglophone comme locuteur zulu. Ce sera la plus grande réalisation de notre long combat pour la démocratie et la fondation de la reconstruction de notre pays sur la base d'égalité et de nationalité commune »[62].

Le chapitre 4 de *What is A Constitution* (document explicatif) est consacré au *Bill of Rights*. Ce texte se divise en 16 articles qui recouvrent un champ très vaste de droits et leur protection. Le *Bill* doit être l'expression juridique des droits autrefois bafoués pour les Sud-Africains noirs, mais il doit aussi être source de sécurité pour tous les Sud-Africains[63]. Le *Bill* est donc un symbole de justice, de réconciliation et de nationalité commune. Le *Bill* est une garantie pour empêcher tout futur gouvernement d'empiéter sur les libertés individuelles comme auparavant.

L'article 1 pose les principes de non-discrimination et d'égale protection de la loi pour les Sud-Africains. L'article 2 traite du droit à la vie et abolit la peine de mort. Il s'occupe aussi du droit à la dignité et à un procès juste ; le droit au contrôle de constitutionnalité est invoqué (*judicial review*), comme le droit à la vie privée, à la protection du domicile, au mouvement et à la liberté de conscience. Dans l'article 3 ce sont les droits politiques qui sont évoqués ; dans l'article 4 ce sont les droits à la liberté d'expression, d'assemblée, de mouvement. L'article 5 pose les principes des droits d'association, des droits religieux mais aussi linguistiques et culturels. L'article 6 traite des droits des travailleurs et l'article 7 des droits des sexes. L'article 8 s'occupe des handicapés ; l'article 9 des enfants et l'article 10 des droits socio-économiques. L'article 11 a trait sur les droits de propriété, droits à la terre et l'article 12 traite du droit de l'environnement. Les articles 13 et 14 s'occupent de l'application pratique de tels principes et traitent de l'action positive et de l'action affirmative (à l'américaine). L'article 15 traite des restrictions possibles à ces principes et l'article 16 concerne l'application de la loi avec commission des droits de l'homme et médiateur.

Un tel document à la pointe des derniers développements pour la protection des droits et inspiré par les exemples des Cours suprêmes des Etats-Unis, du Canada et d'Inde appelle quelques commentaires.

59. *A Bill of Rights for a New South Africa*, Bellville, 1990, ANC Constitutional Committee, 37 p. ; V. le *Bill of Rights* adopté en 1945 par l'ANC et sensiblement différent *in* G.M. Carter ; *The Politics of Inequality*, Londres, 1962, 3e éd. Thames and Hudson, p. 484-485.

60. *A Bill of Rights for a New South Africa*, Bellville, 1990, ANC Constitutional Committee, p. VI et VIII. V. aussi Nicholas Haysom, Democracy, Constitutionalism and the ANC's Bill of Rights for a New South Africa, *South African Journal of Human Rights*, vol. 7, 1991, p. 102.

61. *A Bill of Rights for a New South Africa*, p. II-III. *A Bill of Rights for a New South Africa* : The Freedom Charter. The Source, p. IV.

62. *What is A Constitution ?*, Bellville, 1990, ANC Constitutional Committee p. 7.

63. Nicholas Haysom, *op. cit.* p. 104.

La protection des personnes discriminées fait l'objet d'une analyse approfondie : le *Bill* fait mention exprès des parents célibataires, des enfants hors mariage et des homosexuels. Les droits des travailleurs font aussi l'objet de protection afin que les droits syndicaux ne soient plus muselés comme ils l'étaient auparavant.

Le *Bill* prévoit aussi la protection des droits de l'environnement et reconnaît les droits des générations futures à un environnement intact. Le *Bill* contient aussi les principes de l'action positive et affirmative afin de démanteler l'Apartheid. Le texte prévoit une cour constitutionnelle pour l'interpréter[64]. Les cours auront donc un rôle central à jouer dans l'application de cette nouvelle Constitution. La magistrature actuelle pourra-t-elle siéger dans cette cour, nul ne le sait encore. L'article 11 essaie de réconcilier le droit à la propriété et l'idée d'une réforme agraire. Il en va de même des droits socio-économiques si difficiles à faire appliquer : les cours peuvent-elles obliger l'Etat à faire appliquer une certaine politique économique et sociale ? Des auteurs comme Zola Skweyiya considèrent que ces droits doivent figurer dans la déclaration des droits : « Certains juristes considèrent que de tels droits ne devraient pas se trouver dans un *Bill of Rights* puisqu'ils ne peuvent s'appliquer avec l'aide des cours. De tels droits se trouvent dans tous les textes sur les droits de l'homme. En Europe, ces droits se trouvent dans la Charte des droits sociaux. Dans les Constitutions irlandaise, indienne et namibienne, ce sont des directives de politique d'Etat. Nous pensons que certains besoins sont fondamentaux et constituent le fondement des droits de l'homme, les droits à l'alimentation, à l'éducation, à la santé, à l'habitation, à l'emploi et au revenu minimum. En Afrique du Sud, ce n'est pas seulement un problème de pauvreté comme dans tout autre pays mais une réponse aux indignités sociales et aux inégalités créées comme résultat direct de la politique d'Apartheid. Le but pour arriver à la concrétisation de tels droits est de les reconnaître comme des droits de l'homme fondamentaux et d'exiger de l'Etat qu'il alloue des ressources maximum pour qu'ils soient satisfaits »[65].

Le *Bill of Rights* qui fera partie intégrante de la nouvelle Constitution pourra être invoqué devant les tribunaux et ainsi la Constitution sera l'expression de la nouvelle politique de l'Afrique du Sud post-apartheid. Cette politique sera applicable grâce à ce mécanisme constitutionnel. Ce qu'il faut à l'Afrique du Sud, c'est comme le dit Albie Sachs[66], une culture des droits de l'homme dans un Etat qui les a si longtemps bafoués.

64. Zola Skweyiya, président du comité constitutionnel de l'ANC *in a Bill of Rights for a New South Africa*, Bellville, 1990, ANC Constitutional Committee, p. VIII-IX. Entretien avec Zola Skweyiya Johannesbourg août 1991. Le rapport intérimaire de la Law Commission qui se trouve actuellement (nov. 1991) sous presse prévoit une chambre constitutionnelle de la division d'appel de la Cour suprême afin de faire appliquer le *Bill of Rights*. Communiqué du président de l'Etat F.W. De Klerk le 3 nov. 1991. *South Africa News Backgrounder*, Paris, 6 nov. 1991, South African Embassy, p. 3. V. South African Law Commission Project 58 Group and Human Rights, Summary of Interim Report, Pretoria, 1991, South African Law Commission, 57 p. (bilingue).

65. Le gouvernement sud-africain est plus que réticent de voir la reconnaissance de droits socio-économique dans le *Bill of Fundamental Rights*. Il considère cette reconnaissance comme peu sage et déclare que le socialisme ne saurait être enchâssé dans une Constitution sud-africaine. Le gouvernement de Pretoria accepte l'action positive (*affirmative action*) mais ne partage pas le point de vue de l'ANC à ce sujet. Pour Pretoria, l'action positive ne doit pas entraîner la nationalisation, ni la redistribution de la terre, des minéraux et d'autres biens. Enfin, Pretoria accepte d'accorder sa législation anti-terroriste pour se mettre en conformité avec l'application du *Bill of Rights*, *Ibid*, p. 2 et 3.

66. Albie Sachs, *Protecting Human Rights in A New South Africa*, Cape Town, 1990, Oxford University Press, chap. 2, Evolving A Bill of Rights Culture, p. 32-42.

A. — CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

I. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

André VITU

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

1. *La date d'application d'un décret relevant les amendes de police*

Les contraventions aux dispositions du code de la route concernant la vitesse des véhicules sont frappées de l'emprisonnement et de l'amende prévus pour les contraventions de la quatrième classe (art. R. 232 c. route). Cette amende, le décret n° 89-989 du 29 décembre 1989 en a relevé le taux, fixé maintenant dans la nouvelle fourchette de 1 300 à 3 000 F, au lieu de 1 300 à 2 500 F. Or, voilà que, pour un excès de vitesse commis le 4 janvier 1990, un sieur Dartiailh est condamné, par la cour d'appel de Lyon, à une amende de 3 000 F et à la suspension de son permis de conduire.

Devant la Cour de cassation saisie de son pourvoi, Dartiailh a tenté de prouver que ledit décret n'était pas encore applicable le jour où il commettait sa contravention. En effet, ce texte a été publié au *Journal Officiel* du 31 décembre 1989, et le numéro de ce jour n'est parvenu que le 4 janvier 1990 à la sous-préfecture de Villefranche-sur-Saône, dans le ressort de laquelle l'excès de vitesse s'était produit : en application de la règle bien connue, établie par le décret du 5 novembre 1870 (art. 2, al. 1er), le décret du 29 décembre 1989 ne pouvait entrer en vigueur dans l'arrondissement de Villefranche qu'un jour franc plus tard, soit le 6 janvier 1990 à 0 heure. L'amende prononcée contre le demandeur n'aurait pas dû dépasser le taux ancien de 2 500 F, seul applicable au jour de l'infraction.

Cette belle démonstration n'a pas tenu devant la Chambre criminelle, qui a rejeté le pourvoi (Crim. 17 févr. 1991, inédit). Le demandeur avait oublié la seconde règle exprimée par l'article 2 du décret de 1870 : « Le gouvernement, *par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate* d'un décret » (al. 2). Cette disposition spéciale avait, précisément, été insérée *in fine* de l'article 5 du décret de 1989 où on lit : « ... l'exécution du présent décret, *qui entrera en vigueur le 1er janvier 1990...* ».Pourquoi, se demandera-t-on, cette urgence à faire appliquer immédiatement le décret du 29 décembre 1989 ? Tout simplement pour que son entrée en vigueur coïncidât avec celle de la loi du 10 juillet 1989, dont les dispositions relatives à la procédure de l'amende forfaitaire ainsi qu'à l'augmentation du taux de certaines amendes de police (art. 1er à 10) ne devaient prendre effet qu'au 1er janvier 1990 (art. 21-1 de la loi).

La chose était donc claire. Grâce à la simple et modeste formule insérée dans son article 5, le décret de 1989 était devenu applicable d'urgence et il a pu être utilisé valablement contre le sieur Dartiailh. Mieux encore, par cette disposition spéciale, le décret a pu avoir effet en France partout à la même date, comme la loi de 1989 elle-même, ce qui évitait les dispositions d'application entre les deux textes d'inspiration identique, la loi entrant en vigueur à une date uniforme pour tout le pays, le décret à des moments variables selon les jours d'arrivée du *Journal Officiel* aux chefs-lieux d'arrondissement.

Existe-t-il d'autres modes exceptionnels qui permettraient l'application immédiate d'un décret ? On songe aux techniques actuelles de communication (presse, radio, télévision). Mais, même bien rédigé, l'article d'un quotidien n'atteindra jamais la précision du libellé même du décret, qu'on peut consulter à la préfecture ou à la sous-préfecture ; quant aux informations radiotélévisées..., mieux vaut n'en rien dire. Reste alors le système de l'affichage effectué, à la diligence des préfets, « partout où besoin sera », tel que le prévoient les vieilles ordonnances des 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817, que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat regardent comme étant toujours en vigueur (Crim. 6 févr. 1874, *D.* 1874.1.185, concl. av. gén. Bédarrides ; Ch. réun. 22 juin 1874.1.322 ; Crim. 4 nov. 1918, *S.* 1920.1.377, rapport Bourgeon, note H. Delpech ; Crim. 23 mars 1928, *DP* 1929.1.5, note R. Beudant ; Civ. 4 mars 1931, *DH* 1931.201 ; Req. 6 juill. 1931, *DP* 1931.1.164, note E. P. ; Cons. d'Et. 24 nov. 1930 *Rec. Cons. d'Et.*, p. 571). Grâce à la transmission du texte aux préfets, le jour même de son insertion au *Journal Officiel*, par ce procédé moderne ultra-rapide qu'est le fax, les préfets peuvent faire afficher sur l'heure le décret reçu, qui devient applicable le lendemain de son affichage à 0 heure, en vertu d'une jurisprudence bien assise (Civ. 17 févr. et 9 nov. 1931, *Gaz-Pal* 1932.1.636 et 1933.1.164 ; Cons. d'Et. 19 juin 1959, *D.* 1959.370, rapport Braibant). Mais, à tout bien considérer, la simple mention, dans le décret même, de la date à laquelle il prendra effet est plus sûre, plus rapide et moins coûteuse que l'affichage : c'est celle qui devrait l'emporter, dans l'avenir, d'une façon quasi automatique.

2. *La règle du non-cumul des peines et son absence d'incidence en droit pénal international*

Poursuivi pour de multiples délits correctionnels et récidiviste notoire, un sieur Glaziou avait été condamné par la cour d'appel de Caen à la peine de sept ans d'emprisonnement. En même temps, la cour écartait la demande par laquelle il sollicitait la confusion de cette peine avec un emprisonnement de trois ans, prononcé contre lui en Belgique, pour des faits se trouvant en cumul réel avec ceux commis en France. La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par Glaziou contre ce refus d'ordonner la confusion « en cas de poursuites successives devant une juridiction étrangère et devant une juridiction française, il n'y a pas lieu, à défaut de dispositions spéciales, d'appliquer le principe du non-cumul des peines », affirme-t-elle (Crim. 20 août 1991, *Bull. crim.* n° 310, *Dr. pén.* févr. 1992, n° 30).

La solution n'est pas nouvelle (Crim. 5 déc. 1947, *Bull. crim.* n° 245 ; 26 mai 1964, *ibid.* n° 177, cette *Revue* 165.411, obs. A. Légal ; Paris, 1er févr. 1965, *D.* 1965.*Somm.*95, *JCP* 1965.II.14164, note A. P. ; Paris, 27 oct. 1978, *D.* 1979.502, note D. Mayer, solution implicitement confirmée, sur pourvoi, par Crim. 26 juin 1979, *Bull. crim.* n° 228). Le Conseil d'Etat lui-même l'a reprise, bien qu'en des termes différents (« le principe de confusion des peines prévu par l'art. 5 c. pén. ne trouve application qu'à l'intérieur de l'ordre juridique interne » : Cons. d'Et. 9 déc. 1983, *Gasparini, JCP* 1984.II.20193, concl. B. Genevois).

Dans certaines de ces décisions, la solution a été exprimée à l'occasion de situations proches de celles qui ont donné lieu à l'affaire Glaziou : ainsi pour des condamnations prononcées successivement par le tribunal correctionnel de Monaco et la cour d'appel de Paris (Crim. 26 mai 1964) ; ou encore, à l'époque du protectorat français sur le Maroc, pour deux condamnations émanées, l'une d'un tribunal chérifien (donc regardé

comme étranger) et l'autre du tribunal correctionnel (français) de Rabat (Crim. 5 déc. 1947). Dans d'autres cas, la règle a été évoquée dans le cadre de procédures d'extradition. Ainsi elle est opposée à un Allemand qui, condamné dans notre pays pour avoir recelé en France divers objets volés en Suisse, soutenait que, la pénalité légale ayant été totalement épuisée par cette condamnation française, on ne pouvait pas le livrer aux autorités helvétiques qui le réclamaient pour le recel d'un tableau (Paris 1er févr. 1965), — ou à un Français qui, livré par les autorités espagnoles, prétendait obtenir, en application de l'article 24 du code pénal, l'imputation, sur la peine qui venait de le frapper dans notre pays, de la détention qu'il avait subie en Espagne, non pas en exécution de la demande d'extradition (l'imputation eût été normale en ce cas), mais par suite d'une condamnation prononcée par une juridiction madrilène (Paris 27 oct. 1978). La même solution est donnée par le Conseil d'Etat (arrêt précité), sur le recours formé contre un décret accordant à l'Italie la livraison d'un trafiquant de drogue pour des faits se trouvant en concours réel avec d'autres agissements semblables déjà jugés en France.

Comment s'explique cette règle jurisprudentielle ? Dans les observations qu'il avait présentées sur l'arrêt de 1964, le doyen A. Légal avait fort bien montré qu'elle tirait sa justification du principe de l'inefficacité internationale des décisions pénales ou, si l'on veut, de l'absence d'autorisation de la chose jugée au criminel par une décision étrangère sur ce qui sera jugé au criminel en France : les principes de souveraineté interne et d'indépendance réciproque des Etats, qui sont à la base de la territorialité du droit pénal, impliquent nécessairement cette solution (A. Légal, *loc. cit.* ; cf. aussi l'arrêt de Paris 27 oct. 1978, qui reprend la même explication, tandis que les autres décisions citées se contentent d'exprimer la règle, sans l'assortir d'aucune argumentation). De ce principe classique d'inefficacité internationale des décisions pénales, on connaît d'autres conséquences, souvent citées par l'ensemble de la doctrine (cf. tout récemment R. Koering-Joulin et A. Huet, *J.-Cl. Procédure pénale,* art. 689 à 696, Fasc. 30, n° 98 et s.) : ainsi en va-t-il de l'interdiction de retenir, comme premier terme d'une récidive jugée en France, la condamnation prononcée par un tribunal étranger (Crim. 27 nov. 1828, *S.* 1829.1.193 ; 7 nov. 1968, *Bull. crim.* n° 290, *D.* 1969.220), — ou de l'impossibilité, pour une condamnation étrangère, de faire obstacle à l'octroi du sursis pour une infraction commise en France (Crim. 24 nov. 1910, *Bull. crim.* n° 578) ou d'entraîner révocation d'un sursis précédemment obtenu en France, — ou encore du refus d'appliquer à un individu condamné à l'étranger les interdictions, déchéances ou incapacités prévues par notre droit pour l'infraction commise par lui hors de nos frontières (Req. 14 avr. 1868, *S.* 1868.1.183).

Contre le chauvinisme dont s'inspire le refus de prendre en considération la *res judicata* étrangère, les critiques des auteurs contemporains sont vives, tant cette attitude paraît contraire à la solidarité qui devrait unir les Etats dans la lutte contre la criminalité. On ne s'étonnera pas qu'il ait dû céder du terrain, mais uniquement dans le domaine particulier des incapacités et déchéances, pour lequel diverses lois, qu'il est inutile de rappeler ici, autorisent les tribunaux français à étendre, à certains individus condamnés à l'étranger et quelle que soit leur nationalité, les incapacités et interdictions qui les frapperaient s'ils avaient été poursuivis et sanctionnés dans notre pays. En revanche, rien de tel n'existe pour l'octroi ou le refus du sursis, ni non plus, faute d'un véritable casier judiciaire international, pour le fonctionnement de la récidive.

Il en va de même en ce qui concerne le non-cumul des peines, et c'est à ce mutisme du droit interne et du droit conventionnel que fait allusion la Chambre criminelle dans les arrêts qu'elle a rendus en cette matière (« à défaut de dispositions spéciales », souligne-t-elle). Pour que la règle du non-cumul passe de l'ordre juridique interne, où elle est actuellement cantonnée, à l'ordre juridique international, quelles conditions devraient être réunies ? Il appartient aux spécialistes du droit pénal international d'en décider, mais on pourrait suggérer les exigences suivantes, dont certaines seraient sans doute difficiles à satisfaire.

1) Il serait indispensable, en premier lieu, qu'existe entre l'échelle des peines étrangères et celles du droit pénal français une identité ou, du moins, une suffisante similitude, établie par un tableau d'équivalences ; faute de cette communauté minimale, on voit mal comment pourraient être confondues, pour l'application de l'article 5 du code pénal, deux peines irréductibles l'une à l'autre.

2) D'un autre côté et par analogie avec les conditions qu'impose l'article 692 du code de procédure pénale pour faire obstacle au jugement, en France, d'un Français déjà condamné à l'étranger pour une infraction qu'il y a commise, il faudrait exiger, pour la mise en oeuvre internationale de la règle du non-cumul, que la condamnation étrangère invoquée ait été rendue par un tribunal internationalement compétent, – qu'elle soit devenue définitive (ce qui écarterait les décisions étrangères qu'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire pourrait faire tomber), – et peut-être aussi que la peine prononcée à l'étranger ait été déjà exécutée.

3) On admettra aisément qu'une réciprocité d'incrimination soit nécessaire entre le droit pénal français et le droit étranger au sujet de l'infraction sanctionnée par la justice étrangère ; car il serait anormal que puisse être prise en considération, pour venir se confondre avec une condamnation française, une peine prononcée pour des faits qui ne seraient pas incriminés par notre législation nationale.

4) Il faudrait enfin se demander – mais ceci peut être discuté – s'il convient de laisser au juge français un droit de regard sur les conditions dans lesquelles la condamnation étangère a été prononcée. Peut-on supporter que cette condamnation ait été décidée dans des conditions qui heurtent l'ordre public français ?

Le simple énoncé des exigences qu'il faudrait satisfaire pour que la règle du non-cumul des peines « franchisse un jour le seuil du droit pénal international » (A.P., note citée) permet de prendre conscience des difficultés auxquelles se heurterait, pour sa rédaction, un texte de droit interne ou une disposition de droit conventionnel. Peut-être un jour la création d'un espace judiciaire européen parviendra-t-elle à aplanir ces difficultés. En attendant l'avènement de cet espace, objet de voeux de certains criminalistes contemporains, rien n'interdirait actuellement au juge français, sans méconnaître le caractère purement national de la règle inscrite dans l'article 5 du code pénal, de tenir compte de la peine prononcée et exécutée à l'étranger : il lui suffirait de la considérer comme un simple fait matériel soumis à son appréciation avec l'ensemble des éléments de fait contenus dans son propre dossier, à l'occasion de la procédure nationale qui lui est soumise. Le tribunal répressif français parviendrait, de cette façon, à moduler la peine qu'il prononcerait pour l'infraction relevant de sa propre compétence. N'est-ce pas déjà ce que peuvent faire nos tribunaux, lorsqu'ils sont saisis des cas de récidivistes internationaux ? Sans faire jouer expressément les règles de la récidive légale, il leur appartient de se montrer sévères dans les limites de la fourchette des pénalités offertes par la loi française afin de juger, ainsi qu'ils le méritent, des délinquants dont on sait d'autre part qu'ils sont, internationalement parlant, des récidivistes avérés.

3. *Le travail d'intérêt général, modalité d'un sursis avec mise à l'épreuve*

Conçu comme un remède à la nocivité de l'emprisonnement correctionnel de brève durée appliqué à de petits délinquants, le travail d'intérêt général a maintenant près de neuf ans d'existence. Envisagé par la loi du 10 juin 1983, tantôt comme une peine principale substituée à un emprisonnement correctionnel (art. 43-3-1 et s. c. pén.), tantôt comme une modalité particulière, autonome, du sursis avec mise à l'épreuve (art. 747-1 et s. c. pr. pén.), cette nouvelle technique sanctionnatrice a vu sa portée s'étendre dans deux directions.

Alors qu'il ne pouvait, initialement, être décidé qu'en présence du prévenu et comme sanction immédiate du délit poursuivi, la loi du 6 juillet 1989 a permis d'en faire une application différée lorsque, sur la requête du juge de l'application des peines, la juridiction correctionnelle, après avoir prononcé hors la présence du prévenu un emprisonnement ferme de six mois au plus, accepte de remplacer cette privation de liberté par un travail d'intérêt général intégré dans un sursis avec mise à l'épreuve (nouvel art. 747-8 c. pr. pén.). D'autre part, dans un souci de répression plus efficace de l'alcoolémie au volant, la loi du 10 juillet 1987 a fait du travail d'intérêt général une peine complémentaire facultative, que le tribunal correctionnel peut ajouter à l'emprisonnement et à l'amende en cas de condamnation pour certains délits routiers (art. L. 1er-1 c. route, modifié ensuite par la loi du 10 juill. 1989) (Sur les divers aspects de l'institution, cf. P. Couvrat, Les trois visages du travail d'intérêt général, cette *Revue* 1989.158 et s.).

Si le travail d'intérêt général a soulevé de multiples problèmes pratiques pour sa mise en oeuvre, le contentieux pénal qu'il a provoqué est plutôt mince et se concentre en majorité sur l'un seulement des trois aspects qu'il peut revêtir, celui dans lequel il se trouve associé à un sursis avec mise à l'épreuve. Des quelques arrêts rendus par la Chambre criminelle qui pourraient illustrer ce contentieux, trois méritent d'être relevés (Crim. 3 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 314, *Gaz. Pal.* 1987.1.181, cette *Revue* 1987.682 ; 25 mars 1987, *Bull. crim.* n° 144, cette *Revue* 1987.735, obs. A. Braunschweig ; 4 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 162). Ils sont relatifs à la règle établie par l'article 747-3 du code de procédure pénale qui, à la différence de ce qui a lieu pour le sursis probatoire ordinaire où l'on connaît le sursis partiel (art. 738, al. 3, c. pr. pén.), interdit à la juridiction correctionnelle de greffer un travail d'intérêt général sur un emprisonnement prononcé ferme pour une partie, et assorti d'un sursis avec mise à l'épreuve pour le surplus : si, en effet, le travail d'intérêt général a pour objectif fondamental d'éviter au condamné le contact avec la prison, on ne peut admettre qu'il puisse être associé avec un emprisonnement ferme. Et c'est pourquoi apparaissent tellement incohérentes les lois de 1987 et 1989 qui ont voulu ajouter au travail d'intérêt général ce troisième aspect qui en fait une peine complémentaire, superposée à l'emprisonnement même lorsque celui-ci n'est pas accompagné d'un sursis (P. Couvrat, *op. cit.* p. 162).

Si, méconnaissant la règle posée par l'article 747-3, un tribunal correctionnel greffe un travail d'intérêt général sur une peine d'emprisonnement « mixte », il appartiendra à la cour d'appel, saisie par le parquet, de réformer cette décision illégale, et à la Cour de cassation de casser l'arrêt d'appel qui aurait refusé cette réformation. Il arrive cependant que le jugement correctionnel n'ait pas été attaqué et soit devenu définitif ; en ce cas, il y a lieu à cassation sur le pourvoi formé, d'ordre du Garde des Sceaux, par le procureur général près la Cour de cassation agissant en application de l'article 620 du code de procédure pénale (en ce sens, les arrêts précités de 1986 et 1987).

L'arrêt de 1991 a été rendu dans une hypothèse un peu différente. En l'espèce, la cour de Montpellier avait prononcé une peine d'un an d'emprisonnement, dont six mois avec sursis et mise à l'épreuve. Le juge de l'application des peines chargé du condamné avait sans doute estimé qu'il y avait mieux à faire que de laisser cet homme en prison ; pour l'en sortir, il avait saisi la cour d'appel d'une requête fondée sur l'article 747-8 précité et tendant à obtenir que la partie ferme de l'emprisonnement soit convertie en un travail d'intérêt général. L'intention était louable mais, examen fait de cette requête qui se révélait fort peu argumentée, les magistrats l'avaient rejetée.

Là était l'erreur. L'article 747-8 renvoie aux dispositions de l'article 747-3 et, de ce fait, il exclut comme celui-ci la possibilité de greffer un travail d'intérêt général sur un emprisonnement qui n'est pas, dans sa totalité, suspendu par un sursis probatoire. La Chambre criminelle a cassé la décision de la cour de Montpellier : les magistrats d'appel auraient dû, non pas rejeter la demande formulée par le juge de l'application des peines après l'avoir examinée, mais la déclarer irrecevable, ce qu'a fait à leur place la Haute juridiction.

4. *Les effets de la réhabilitation*

Pour déterminer la peine qui doit frapper un prévenu, les juges correctionnels peuvent-ils tenir compte des condamnations déjà prononcées contre lui, mais effacées par la réhabilitation ? Ne va-t-on pas méconnaître l'article 799 du code de procédure pénale, selon lequel « la réhabilitation efface la condamnation, nul ne peut en faire état, elle fait cesser pour l'avenir toutes les incapacités » ? Pourtant, à la question posée, la Cour de cassation vient de répondre par l'affirmative : les magistrats correctionnels peuvent puiser dans le bulletin n° 1 du casier judiciaire (qui continue, comme les fiches de ce casier, de mentionner ces condamnations, simplement assorties de la mention marginale de la réhabilitation obtenue) « tous éléments d'information utiles à l'application de la peine ». (Crim. 14 nov. 1991, inédit).

Cette solution de principe, la Haute juridiction l'avait déjà proclamée, il y a un demi-siècle, dans un arrêt rendu sous l'empire du code d'instruction criminelle et, là aussi, à propos d'une condamnation correctionnelle (Crim. 8 janv. 1942, *DC* 1942.69 : « aucun texte légal n'interdit ... de faire état ... à titre de moralité et de simple renseignement, d'une condamnation effacée par la réhabilitation » ; et, dans les mêmes termes, cet arrêt redit la même chose, à l'égard d'un co-prévenu, pour une condamnation effacée par un sursis devenu définitif). Solution identique encore, à propos de deux arrêts de mise en accusation, dans lesquels des chambres d'accusation faisaient mention, contre les accusés qu'elles renvoyaient aux assises, de condamnations effacées par la réhabilitation (Crim. 17 juill. 1976, *Bull. crim.* n° 258 ; 21 nov. 1989, *ibid.* n° 433, *D.* 1990.*Somm.*225, obs. J. Pradel ; mais l'argument, cette fois, est différent : « la disposition de l'article 799 c. pr. pén. n'est pas prescrite à peine de nullité »).

Rien de nouveau, donc, dans l'arrêt du 14 novembre 1991, si ce n'est sa motivation, autre que celles des arrêts précédents : la solution, dit la Chambre criminelle, « résulte des dispositions combinées des articles 796, alinéa 2 (texte qui interdit de mentionner aux bulletins n° 2 et 3 les condamnations effacées) et 799 du code de procédure pénale ». Au vrai, le raisonnement de ce dernier arrêt peut paraître sibyllin, et il faut essayer d'y porter un peu de lumière.

Commençons par l'article 799. Que dit donc ce texte ? Que « la réhabilitation *efface la condamnation* » ; mais on observera qu'elle n'opère rien de plus. En d'autres termes, la réhabilitation fait disparaître seulement la décision répressive qui avait frappé un comportement infractionnel, mais ce comportement lui-même demeure intact et il conserve ses caractéristiques d'offense à la loi pénale. Grâce à l'article 798 (al. 2), seconde disposition évoquée par la Chambre criminelle et interprétée *a contrario,* ce comportement laisse des traces sur la fiche du casier judiciaire et sur le bulletin n° 1, et ces documents permettent d'en connaître la nature par la qualification pénale qu'il a reçue, et la gravité par la peine qui l'a sanctionné.

Rien n'interdit donc de prendre en considération ce comportement infractionnel pour juger du passé et de la personnalité de l'individu poursuivi et d'en tirer des conséquences. Sans doute les juges ne pourront-ils pas l'utiliser pour retenir officiellement un état de récidive, puisqu'une condamnation peut seule constituer le premier terme d'une récidive, et qu'ici la condamnation est effacée par la réhabilitation. Sans doute encore ne devront-ils pas refuser un sursis au motif que, dans les cinq années précédant les faits actuellement poursuivis, l'intéressé a subi une condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle ; car là encore cette condamnation a disparu. Mais, ces points précisés, les magistrats peuvent retenir comme information nécessaire à leur décision ce passé de l'individu qu'ils jugent, malgré la réhabilitation judiciaire ou légale obtenue : les articles 798 (al. 2) et 799 combinés leur permettent d'y puiser « tous éléments d'information utiles » (arrêt de 1991) « à titre de moralité et de simple renseignement » (arrêt de 1942), et sans que l'article 799 fasse de cette démarche une cause de nullité (arrêts de 1976 et de 1989). Ces faits antérieurs, même s'il y a eu réhabilitation, permettront de

moduler le taux de la peine privative de liberté ou de l'amende, d'octroyer ou de refuser un sursis (cette fois sans faire allusion à une précédente condamnation, mais simplement en application du pouvoir souverain d'appréciation que les tribunaux possèdent ici comme en bien d'autres matières), de prononcer ou d'écarter les peines complémentaires facultatives attachées à l'infraction poursuivie, de décider éventuellement de l'application d'une peine de substitution, voire d'une dispense de peine.

L'analyse qui vient d'être présentée suggère un rapprochement avec le droit de l'amnistie (J. Pradel, *loc. cit.*). En cette matière, l'oubli voulu par le législateur fait disparaître la condamnation prononcée et le caractère infractionnel du fait qui servait de support à cette condamnation, mais il n'enlève pas à ce fait le caractère dommageable qui est le sien (d'où la réserve du droit des tiers que comportent, dans leur quasi-totalité, les lois d'amnistie), ni son caractère de faute disciplinaire (qui peut justifier l'infliction de sanctions de cette nature). Mieux encore, la Chambre criminelle a souvent jugé que ne sont pas édictées à peine de nullité les dispositions qui, dans les différentes lois d'amnistie, interdisent le rappel d'une condamnation amnistiée (Crim. 4 mars 1948, *Bull. crim.* n° 79 ; 7 déc. 1960, *ibid.* n° 568 ; 14 avril 1961, *ibid.* n° 196 ; 4 sept. 1982, *ibid.* n° 201 ; 12 mars 1985, *ibid.* n° 108, *Gaz. Pal.* 1985.1.644, cette *Revue* 1986.599) : n'est donc pas nul l'acte dans lequel ce rappel prohibé s'est produit, ni bien entendu la procédure au sein de laquelle cet acte était inséré.

Entre l'amnistie et la réhabilitation existe donc un certain parallélisme, et cette constatation invite à scruter d'un peu plus près, en les rapprochant l'un de l'autre, l'arrêt commenté du 14 novembre 1991 et celui du 12 mars 1985 précité.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 12 mars 1985, le prévenu avait vu son sort s'aggraver en appel, car les juges du second degré avaient expressément tenu compte d'une condamnation amnistiée, sur laquelle le tribunal correctionnel avait gardé le silence. Saisie du pourvoi formé par le prévenu, la Chambre criminelle rappelle la règle exposée ci-dessus : la méconnaissance des dispositions de la loi d'amnistie interdisant de rappeler une condamnation amnistiée n'entraîne pas la nullité de l'acte contenant la mention prohibée. Mais tout aussitôt la Haute juridiction apporte à cette affirmation un correctif de taille : « la nullité doit cependant être prononcée lorsqu'il résulte des motifs d'une décision que la prise en considération de la condamnation amnistiée a influé sur l'appréciation de la peine sanctionnant la nouvelle infraction poursuivie ». D'où la question : ne devrait-on pas en dire autant en matière de réhabilitation puisque, comme pour l'amnistie, les juges peuvent être amenés à tenir compte d'une condamnation effacée et mesurer la peine prononcée en fonction de cet élément ? En gardant le silence sur ce point, l'arrêt du 14 novembre 1991 ne serait-il pas en retrait sur celui de 1985 ?

A bien peser les choses, chacune de ces deux décisions est exacte dans son domaine propre. L'amnistie efface mieux que ne le fait la réhabilitation non seulement parce qu'elle opère aussi bien dans le passé que pour l'avenir mais aussi parce qu'elle expurge plus complètement le casier judiciaire et n'y veut plus laisser aucune trace (art. 769, al. 2, c. pr. pén.). Plus puissante dans ses effets, l'amnistie ne tolère pas que le taux de la peine frappant une nouvelle infraction puisse être fonction d'une condamnation qu'elle a effacée. Il en va autrement pour la réhabilitation, dont l'efficacité dans l'expurgation du casier judiciaire est moindre, et qui peut mieux s'accommoder du souvenir persistant d'une condamnation ancienne. D'ailleurs l'amnistie poursuit un but d'apaisement politique et social ; au contraire la réhabilitation, fondée sur le reclassement avéré ou présumé du délinquant, constitue une mesure de nature plus individuelle, qui vise l'ancien délinquant à qui elle rend la plénitude de ses droits ; si cet individu retombe, il est bon qu'on sache qu'il a mal mérité la faveur personnelle qu'on lui avait faite. Ainsi, le parallélisme existant entre les deux institutions a ses raisons d'être, mais il ne saurait être poussé au-delà de certaines limites logiques.

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. *La violation du secret de l'enquête ou de l'instruction (art. 11 c. pr. pén. et art. 378 c. pén.) peut constituer le délit de rattachement du recel (art. 460 c. pén.) : le recel de choses, infraction contre les biens, devient alors une infraction contre la chose publique*

Information (secret). Recel. Secret professionnel (violation)

On sait bien qu'en matière pénale, l'enquête judiciaire comme l'enquête policière sont en principe secrètes. L'article 11 du code de procédure pénale le rappelle en terme exprès et menace des sanctions attachées à la violation du secret professionnel (art. 378 c. pén.) ceux qui l'oublieraient. Ni les journalistes, ni le public n'ont donc à connaître des pièces figurant dans les dossiers traités par les services de police et par les juridictions d'instruction.

Cependant il est fréquent qu'hebdomadaires et quotidiens, en mal de sensationnel, publient des documents qui, manifestement, proviennent d'enquêtes en cours. Rien n'est précisé, bien sûr, quant aux circonstances qui ont permis aux responsables de ces publications de se procurer de telles pièces. Mais nul ne peut être dupe, leur origine frauduleuse est quasi certaine ; et s'il était possible de remonter les filières on trouverait corruption, vol, escroquerie, chantage...

Paradoxale est donc la situation qui se rencontre alors : la divulgation de ces documents constitue la violation certaine de la loi, mais sa fréquence même prouve qu'elle est, en fait, assurée de l'impunité.

L'affaire sur laquelle a statué la Chambre criminelle le 13 mai 1991 (*Bull. crim.* n° 200 ; aff. *Durieux et autres*) est révélatrice de ce paradoxe. Mais elle a un double mérite : d'une part elle explique celui-ci en mettant en évidence quelques-unes des difficultés auxquelles se heurtent, en la matière, les poursuites pénales ; d'autre part elle a fourni l'occasion à la jurisprudence de dégager une voie — négligée semble-t-il jusqu'ici — permettant d'assurer peut-être enfin la répression souhaitable.

En 1983 plusieurs revues (dont l'hebdomadaire *Paris-Match*) avaient publié les photographies des corps de victimes de morts violentes (certaines concernaient Jacques Mesrine dont l'arrestation mouvementée eut une issue fatale ; d'autres Renée Katerwelt, jeune femme supprimée par un meurtrier anthropophage...). Ces diverses pièces à conviction avaient été réalisées par les services de l'identité judiciaire et de la gendarmerie au cours d'investigations qui avaient été diligentées, d'abord au stade de l'enquête policière, puis à celui de l'instruction préparatoire.

Les trois responsables de ces publications avaient été poursuivis en première instance du chef de recel de documents provenant de *vols*. Mais devant l'impossibilité d'établir, en toute certitude, la réalité de ces vols, constatant que l'éventualité de ceux-ci n'était qu'*hypothétique*, le tribunal correctionnel avait prononcé la relaxe.

On sait en effet que le recel de choses, s'il a cessé, depuis la réforme opérée par la loi du 22 mai 1915, d'être punissable en tant que fait de complicité pour devenir une in-

fraction autonome, n'en demeure pas moins un *délit de conséquence* (A. Vitu, *Droit pénal spécial*, t. II n° 2451, Cujas 1982). Il n'a d'existence juridique que si l'objet recelé provient d'une infraction antérieure qualifiée crime ou délit (art. 460 c. pén.). Et cette infraction initiale, à peine de cassation, doit être caractérisée avec suffisamment de précision par la décision qui entre en condamnation du chef de recel (*ibid.* n° 2455) : on ne saurait se contenter, à cet égard, de l'affirmation d'une *provenance suspecte* des objets litigieux (Crim. 24 juill. 1956, *Bull. crim.* n° 580) ou de la référence à *un délit* (sans autre qualification) qui aurait procuré la chose recelée (Crim. 9 févr. 1956, *D.* 1956.501 note M.R.M.P. ; *JCP* 1956.II.9574 note J. Larguier).

Cette exigence de la jurisprudence ne signifie pas pour autant qu'il soit nécessaire, pour que le recel soit constitué, que toutes les circonstances tant matérielles que personnelles de commission de cette infraction initiale aient été déterminées : peu importe que la date, le lieu, les auteurs soient demeurés inconnus. L'essentiel est que l'existence de cette infraction de rattachement soit certaine : si elle est douteuse ou seulement hypothétique — ce qu'avaient estimé les premiers juges dans l'affaire commentée s'agissant des vols qui auraient procuré les photographies publiées — la relaxe s'impose.

Consciente du bien-fondé de cette solution, la chambre des appels correctionnels avait changé la qualification de l'infraction de rattachement. A celle de *vol* qui n'était pas opérationnelle, elle substituera celle de *violation du secret de l'enquête ou de l'instruction*. Elle fera valoir, d'une part, que la communication des documents litigieux aux journalistes n'avait pu se faire, à l'évidence, qu'en violation de l'article 11 du code de procédure pénale (cf. aussi, art. 139 Décr. 30 mai 1903 sur l'organisation et le service de la gendarmerie) — le point de savoir quels en étaient les auteurs, quelles en étaient les circonstances matérielles étant indifférent ; d'autre part elle relèvera qu'eu égard à la nature même de ces documents les trois prévenus ne pouvaient ignorer qu'ils provenaient nécessairement d'enquêtes policières ou judiciaires. En conséquence la cour d'appel condamnera ceux-ci du chef de recel de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction.

La Chambre criminelle approuvera la juridiction correctionnelle d'avoir retenu cette qualification et rejettera le pourvoi dirigé contre sa décision.

Cette solution répressive nous paraît bonne. Elle appelle deux remarques : d'une part, *au plan pratique*, on peut espérer qu'elle incitera une certaine presse à se montrer plus prudente dans l'exploitation des documents qu'elle peut se procurer. Jusqu'ici, le plus souvent, intouchable sur le terrain du recel, sachant s'abriter derrière l'impossibilité (une impossibilité en général bien organisée) d'établir l'origine des pièces reproduites, voilà que, désormais, elle devient vulnérable — d'autant plus vulnérable que les conditions exigées pour que soit constitué ce recel peuvent être très facilement réunies et établies.

Au plan théorique, on soulignera qu'une dimension inhabituelle est donnée en l'espèce au recel de choses : le délit, dans le cas considéré, cesse d'être une infraction contre les biens pour devenir une infraction contre la chose publique, plus précisément contre la bonne administration de la justice.

2. *Publicité illicite en faveur du tabac (art. 8, L. 9 juill. 1976) : fraude à la loi consistant à déposer comme emblème de la marque le message publicitaire utilisé*

Loi pénale (fraude à la loi ; interprétation stricte). Publicité illégale. Santé publique. Tabac.

La lutte engagée par l'Etat, au nom de la santé publique, contre les fabricants de cigarettes est difficile à mener à bonne fin : les murs de nos villes, les espaces publicitaires de nos champs, les pages des quotidiens et celles des hebdomadaires nous en révèlent chaque jour l'échec. Alors que la loi n'autorise qu'à des conditions très restrictives la publicité en faveur du tabac (L 9 juill. 1976 relative à la lutte contre le tabagisme), celle-

ci prospère et invente chaque jour de nouveaux artifices pour tourner les prohibitions légales.

Hier elle se camouflait sous d'habiles mécénats prétendant aider les jeunes cinéastes (Crim. 7 févr. 1984, *Bull. crim.* n° 41), ou sous le couvert d'innocentes publicités concernant des allumettes (Crim. 29 avr. 1986, *Bull. crim.* n° 146) ou des briquets (Paris 15 janv. 1991 ; *JCP* 1991.IV.203 ; trois arrêts). Aujourd'hui, tournant en dérision les dispositions de la dernière loi (n° 91-32, art. 6-II du 10 janv. 1991) et prescrivant que toute publicité en faveur du tabac soit assortie d'un « *message de caractère sanitaire* » rappelant la nocivité de celui-ci, voilà qu'à des dizaines de milliers d'exemplaires est diffusé un prospectus : il porte la mention lourde d'ironie « *selon la loi n° 91-32 fumer provoque des maladies graves* », mise en garde hypocrite dont l'inanité, de manière machiavélique, est démontrée par la pureté et la somptuosité des images reproduites au dessus : quatre tableaux représentant des levers et des couchers de soleil sur le désert, les pyramides, les palmiers, la colonne s'évasant en fleur de lotus... et l'inévitable dromadaire... autant de composantes bien connues du label de la marque de cigarettes Camel dont un paquet ne manque pas de figurer sur chacun des quatre paysages irrésistibles de beauté...

De ces mêmes cigarettes Camel et de publicité en faveur du tabac il était question dans l'affaire sur laquelle a statué la Chambre criminelle le 6 juin 1991 (*Bull. crim.* n° 244) : l'article 8 alinéa 1 de la loi du 9 juillet 1976 dispose que « dans le cas où elle est autorisée, la propagande ou la publicité en faveur du tabac ou des produits du tabac ne peut comporter d'autre mention que les dénominations du produit, sa composition, le nom et l'adresse du fabricant..., *ni d'autre représentation graphique ou photographique que celle du produit, de son emballage et de l'emblème de la marque* ».

La Société R.J. Reynolds Tobbaco France qui commercialise les cigarettes Camel, estimant que des pages publicitaires ne reproduisant (comme l'exige la loi) que l'emblème bien connu de sa marque et réunissant dans un dessin simplifié, le célèbre dromadaire, deux pyramides et trois palmiers, seraient insuffisamment attractives, avait eu recours, pour tourner la loi, à un astucieux artifice : elle devait déposer à l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) un nouvel emblème qui se présentait ainsi: un homme vu de dos, à contre-jour, en chemise aux manches retroussées et pantalon, s'appuie d'une main sur l'un des montants d'une paillote construite sur pilotis ; à ses pieds flotte, sur l'eau, une barque et, en bas à droite, est reproduit le paquet de cigarettes Camel traditionnel portant les mots « Camel extra mild », le dromadaire, les trois palmiers et les deux pyramides. Cette composition artistique très élaborée, déposée comme nouvel emblème de la marque Camel, deviendra une page publicitaire largement diffusée et portera – seule différence avec le modèle enregistré à l'INPI – la mention « nouveau ».

Poursuivis pour infraction à l'article 8 de la loi relative à la lutte contre le tabagisme, les dirigeants de la Société R.J. Reynolds Tobacco France avaient été condamnés en première instance par le tribunal correctionnel qui avait refusé d'être dupe de la fraude évidente à la loi commise par les prévenus.

La cour d'appel devait infirmer cette condamnation et ordonner la relaxe. D'une part, tout en relevant qu'il y avait sans doute « *quelque malice* » d'avoir déposé un modèle de marque particulièrement élaboré et attractif pour l'utiliser ensuite à des fins uniquement publicitaires, elle déclarait qu'à partir du moment où le document publié ne faisait que reproduire l'emblème même qui avait fait l'objet du dépôt les termes de la loi avaient été respectés. Et elle ajoutait que la *notion de fraude à la loi* telle que l'avaient entendue les premiers juges était à bannir, qu'elle était « *étrangère au droit pénal, les textes en matière répressive devant être d'interprétation stricte* ».

D'autre part, la chambre des appels correctionnels précisait que l'adjonction du mot « nouveau », qualificatif banal, destiné seulement à attirer l'attention du public sur la nouveauté du produit, ne pouvait, à elle seule, constituer l'infraction poursuivie.

La partie civile (le Comité national contre le tabagisme) se devait de critiquer cette attitude, sinon complaisante, du moins bien indulgente de la cour d'appel et de se pour-

voir en cassation. Elle l'a fait avec succès, car la Chambre criminelle, par l'arrêt commenté, a cassé la décision de relaxe et condamné ainsi la fraude à la loi qui, manifestement, avait été commise en l'espèce. Sans doute, pour justifier sa censure, n'a-t-elle pas mis en avant, comme l'avaient fait les premiers juges et comme l'y invitait de manière explicite le pourvoi, la notion de *fraude à la loi.* La Chambre criminelle en s'engageant dans cette voie se serait avancée sur le terrain très controversé de la détermination de la finalité de la loi pénale et celui des conséquences de sa méconnaissance – une timidité que l'on pourra toutefois regretter (rapp. G. Di Marino, Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application, cette *Revue* 1991.505).

Mais trois arguments qu'on ne peut manquer d'approuver ont été mis en avant pour ruiner la thèse des prévenus et, finalement, déjouer la fraude commise : d'une part le dépôt d'un modèle de marque à l'INPI n'autorise pas, par lui-même, son utilisation publicitaire de manière inconditionnelle ; c'est-à-dire qu'on ne saurait trouver, dans l'accomplissement de cette formalité, un fait justificatif au sens de l'article 327 du code pénal et susceptible de faire obstacle à l'application de l'article 8 alinéa 1 de la loi de 1976. D'autre part, le modèle de marque déposé qui devait devenir le support même de la publicité incriminée était trop élaboré et complexe pour être considéré comme un simple emblème. Enfin l'adjonction du terme « nouveau », élément étranger au modèle déposé, caractérisait à elle seule l'infraction poursuivie, la page publicitaire n'étant plus la reproduction pure et simple (seule autorisée par la loi) du document enregistré par l'INPI – on remarquera que la Chambre criminelle, non sans quelque ironie, faisait application, à la lettre, du principe dont la juridiction du second degré s'était prévalue pour condamner tout appel à l'idée de fraude à la loi : la nécessité, en matière pénale, de s'en tenir à l'interprétation stricte de la règle d'incrimination.

Espérons que cet arrêt encouragera les juridictions correctionnelles à se montrer plus vigilantes et fermes s'agissant de déjouer les fraudes, aux modalités sans cesse renouvelées, commises par les services publicitaires des puissantes entreprises qui s'accommodent mal des actions menées, au nom de la santé publique, contre le tabagisme.

3. *Les réticences jurisprudentielles à l'admission de l'excuse atténuante de dénonciation en matière de trafic de stupéfiants (art. L 627-5 al. 2 c. sant. publ.)*

Dénonciation. Excuse légale atténuante. Stupéfiants (trafic) Santé publique.

Instituer une véritable prime à la délation afin de lutter plus efficacement contre certaines formes de délinquance est une mesure qu'il ne répugne pas au législateur d'utiliser. Aux dispositions légales d'*hier* concernant le complot contre la sûreté de l'Etat (art. 101 c. pén.), le faux-monnayage (art. 138 c. pén.), l'association de malfaiteurs (art. 268 c. pén.), sont venues s'ajouter *aujourd'hui* celles relatives aux actes de terrorisme (art. 463-1 et 2 c. pén. ; L. 9 sept. 1986) et au trafic de stupéfiants (art. L. 627-5 c. sant. publ. ; L. 31 déc. 1987). Cette prime à la délation entraîne généralement pour son bénéficiaire un traitement de faveur : il échappera en tout (jeu d'une excuse légale absolutoire) ou en partie (jeu d'une excuse légale atténuante) à la peine attachée à l'infraction à laquelle il a participé.

Peu nombreuse est la jurisprudence rendue en application de ces dispositions inspirées d'une politique criminelle où les considérations de la morale sociale et utilitaire l'emportent sur celles de la morale individuelle – la morale traditionnelle du péché. Les rares décisions susceptibles de l'illustrer méritent donc, *a priori,* de retenir l'attention et ainsi en est-il de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 25 juillet 1991 (aff. *Bounaim, Bull. crim.* n° 307), riche d'enseignements sur l'attitude des juges quant à l'octroi du bénéfice de l'excuse atténuante prévue par l'article L 627-5 alinéa 2 du code de la santé publique au profit des auteurs et complices de trafic de stupéfiants. Ce texte vise « ceux

qui auront, avant toute poursuite, permis ou facilité l'identification des autres coupables ou, après engagement des poursuites, permis ou facilité l'arrestation de ceux-ci » : la prime à la délation consistant ici à réduire de moitié la peine maximale encourue.

En l'espèce, le prévenu, Mohamed Bounaim, avait été condamné du chef de trafic de haschich à douze années d'emprisonnement. Il avait en vain, en première instance comme en appel, demandé le bénéfice de l'excuse atténuante prévue par le code de la santé publique alors qu'en cours de procédure ses déclarations avaient permis de mettre en cause deux autres participants et de saisir une quantité importante de drogue. Par son pourvoi il reprochait à la chambre des appels correctionnels d'avoir refusé d'admettre qu'il avait, au sens de la loi, « permis ou facilité l'arrestation des autres coupables » et critiquait la double argumentation développée par celle-ci : quant aux faits dénoncés la Cour avait relevé que ceux-ci étaient *moins importants* que ceux qu'il avait lui-même commis et ne représentaient qu'une partie de l'ensemble des infractions réalisées. Quant aux deux personnes mises en cause, elle avait estimé qu'il ne s'agissait, en définitive, que de *comparses,* alors que les déclarations faites concernant le fournisseur du haschich (un certain Ali) et son destinataire (un certain Hollandais) étaient restées trop évasives. « En conséquence, affirmait le pourvoi, en ajoutant au texte des conditions relatives à l'importance des faits perpétrés par les autres coupables... et en subordonnant son application à la production de renseignements permettant l'identification de tous les responsables d'un réseau de trafiquants, si nombreux fussent-ils, l'arrêt critiqué avait violé la loi ».

Mais la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi et approuvé la juridiction du second degré d'avoir refusé de faire jouer l'excuse atténuante de dénonciation : « qu'en l'état de ces constatations souveraines, la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre mieux qu'elle ne l'a fait aux conclusions dont elle était saisie, a donné, affirme l'arrêt, une base légale à sa décision sans encourir les griefs allégués ».

Il ressort donc de cet arrêt qu'avec l'approbation de la Chambre criminelle les juridictions de jugement *doivent* se montrer très exigeantes quant à l'admission de cette excuse atténuante de dénonciation. Les seules révélations susceptibles d'entraîner la réduction de peine sont celles qui vont faciliter ou permettre, comme le précisent les termes mêmes de la loi, « *l'arrestation des autres coupables* » — sinon de tous les coupables, du moins des principaux — Les déclarations concernant des faits qui n'occupent qu'une place secondaire dans l'ensemble de l'activité délictueuse poursuivie, comme celles relatives à de simples comparses, n'ont pas à être prises en considération.

Une attitude de réticence se manifeste donc ici, bien différente de celle que la jurisprudence adopte à l'égard d'autres excuses atténuantes dont le bénéfice est accordé de façon souvent libérale (cf. par exemple l'excuse atténuante de provocation : art. 321 et s. c. pén.). Réticence que justifient sans doute les ambiguïtés de la « *repentance* » que la loi en la matière retient pour réduire la sévérité de la répression pénale. Car rien n'est clair en ce domaine, ni du côté du repenti (sincérité, motivation réelle de la dénonciation...), ni du côté des autorités, qu'il s'agisse de la police ou de la justice (autorités « complices » d'un allié encombrant dont la sécurité comme celle de sa famille vont engendrer des problèmes difficiles à résoudre...). (cf. sur ces questions : B. Bouloc, Le problème des repentis, cette *Revue* 1986.774).

4. *Usurpation d'état civil (art. 780 c.pr.pén.) : le nom mensonger utilisé doit appartenir à un tiers réellement existant*

Casier judiciaire. Etat civil (usurpation). Etranger. Infraction formelle (non).

Police et justice rencontrent de plus en plus fréquemment le cas où le délinquant de nationalité étrangère fait usage d'une identité mensongère : technique très habile et

« payante » pour le prévenu qui sait que, tant que son état civil véritable ne sera pas établi, la menace tant redoutée de l'expulsion ne pourra intervenir. Lorsque la fraude est démontrée, il est alors très tentant pour le parquet d'ajouter à la poursuite du chef de l'infraction principale retenue (trafic de drogue, port d'arme prohibé, entrée ou séjour irrégulier en territoire français...) celle fondée sur l'article 780 du code de procédure pénale qui sanctionne l'usurpation d'état civil.

Telle se présentait, une fois de plus, la situation dans l'affaire *Razgallah* à l'occasion de laquelle la Chambre criminelle a eu à statuer le 13 mai 1991 (*Bull. crim.* n° 201) : le prévenu, poursuivi pour trafic de stupéfiants, avait utilisé une fausse identité. En appel, la chambre correctionnelle, refusant d'être dupe de cette pratique quasi généralisée et destinée à faire obstacle à l'expulsion, la dénonçait expressément et ajoutait aux quatre années d'emprisonnement sanctionnant le délit principal poursuivi une peine de six mois pour usurpation d'état civil. Le condamné devait contester ce supplément punitif et faisait valoir dans son pourvoi en cassation qu'au regard des termes de l'article 780 du code de procédure pénale il ne suffit pas, pour que le délit défini par ce texte soit constitué, qu'il y ait usage d'un nom autre que le sien. Il est nécessaire que la fraude soit commise dans des circonstances telles qu'elle puisse conduire à l'inscription d'une condamnation au casier judiciaire d'un tiers. Or, en l'espèce, cette circonstance ne se rencontrait pas, le nom mensonger utilisé était de pure fantaisie et n'appartenait à aucune personne identifiable.

La Chambre criminelle a suivi la thèse du pourvoi et cassé l'arrêt de la cour d'appel dans ses dispositions portant condamnation du demandeur du chef d'usurpation d'état civil : ce délit, déclare la Cour de cassation, « n'est constitué qu'autant que la fausse identité est susceptible de déterminer *l'inscription d'une condamnation au casier judiciaire d'un tiers réellement existant* ».

Cette nécessité d'un *tiers réellement existant* a déjà été affirmée tant en jurisprudence qu'en doctrine (Limoges 26 déc. 1901, *S.* 1901.2.300 ; Crim. 14 déc. 1971, *Bull. crim.* n° 369 et obs. A. Vitu, cette *Revue* 1972.600). Et par là apparaît une différence fondamentale avec l'usage du faux nom que vise l'article 405 du code pénal, composante légale de l'escroquerie et qui peut concerner un nom qui n'appartient à personne.

A cette nécessité d'un tiers réellement existant s'en ajoute une autre : il faut que l'usurpation se soit manifestée dans des conditions telles qu'elle ait été *de nature à provoquer effectivement l'inscription d'une condamnation au casier judiciaire de ce tiers.* Il en résulte que si la fraude ne s'est localisée qu'au stade de la commission de l'infraction (pour tromper la victime par exemple), l'agent ayant révélé sa véritable identité lors de l'ouverture de l'enquête policière ou judiciaire, le délit ne sera pas non plus réalisé (cf. obs. préc. A. Vitu, 603). Et il devrait en être logiquement de même si, en cours de procédure, le prévenu se rétractait, empêchant ainsi, à l'évidence, la réalisation du dommage que le code de procédure pénale a voulu prévenir, l'inscription injuste d'une condamnation au casier judiciaire d'un tiers. Comme en matière de faux témoignage (autre infraction contre l'administration de la justice : cf. nos. obs. cette *Revue* 1987.420 § II) il devrait alors être décidé que, jusqu'à la clôture des débats devant la juridiction de jugement, la rétractation serait un obstacle à l'application de l'article 780 du code de procédure pénale. Or si des juges du fait en ont bien décidé ainsi (Limoges 21 mars 1901, *S.* 1901.2.29), la Chambre criminelle, rappelons-le, ne l'a pas admis (Crim. 13 janv. 1987, aff. *Bouteldja, Bull. crim.* n° 19) : solution au plus haut point contestable (cf. nos obs. sur cet arrêt, cette *Revue* 1987.419) qui conduit à faire entrer le délit d'usurpation d'état civil dans la catégorie des *infractions formelles,* ce qu'il n'est certainement pas comme le prouve à nouveau l'arrêt qui fait l'objet du présent commentaire.

III. — INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

Georges LEVASSEUR

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

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

IV. — INFRACTIONS CONTRE LES BIENS

Pierre BOUZAT

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

1. *Escroquerie*

La Chambre criminelle, le 4 mars 1991 (inédit), a statué sur une escroquerie commise par des moyens que l'on rencontre assez souvent. Le 30 avril 1979, sur demande de M. P. la Quatar National Bank (QNB) avait procéder à un virement de 165 000 F au profit de la SARL ATM dirigée de fait par M. B. laquelle acceptait une lettre de change de 165 000 F tirée sur elle par M. P. à échéance du 15 juillet 1979 et que ce dernier faisait escompter par QNB. Le 2 mai 1979, M. P. faisait escompter par QNB une lettre de change acceptée par la SARL ATM, créée le 30 avril 1979 pour un montant de 400 000 F et lui remettait en contrepartie cinq chèques de 80 000 F chacun, datés pour trois d'entre eux du 3 mai et pour les deux derniers respectivement des 4 et 5 mai 1979. M. P. ne contesta pas que ces opérations ne correspondaient à aucune relation commerciale réelle. Aussi, la cour de Paris, le 26 octobre 1989 décida justement que lesdites opérations, faites par ailleurs avec l'accord de M. D. salarié de la QNB au moment des faits, devaient être considérées comme des escroqueries ; la présentation à l'escompte par la QNB des lettres de change en cause, caractérisant les manoeuvres frauduleuses.

Le pourvoi en cassation déclara comme moyen de défense essentielle : « La simple traite de complaisance présentée à l'escompte en l'absence de procédés ou mises en scène susceptibles de donner aux sociétés signataires l'apparence d'une situation prospère ne constituait pas une manoeuvre frauduleuse au sens de l'article 405 du code pénal ». Ce n'était qu'une affirmation sans fondement. Aussi, la Cour suprême, le 4 mars 1991 (inédit), dans un attendu qui nous paraît meilleur encore que celui de la cour d'appel déclara : « Qu'en raison des circuits de trésorerie frauduleux ainsi mis en place, la QNB avait été spoliée de grosses sommes en l'espace de quelques mois ; que la remise des fonds avait été rendue possible par la complaisance de deux employés ayant, à l'insu de la direction de la banque, avalisé les traites malgré le caractère artificiel des crédits apparaissant aux comptes des clients ou même en l'absence de crédit » et qu'ainsi étaient caractérisées les manoeuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie.

2. *Escroquerie par remèdes trop vantés*

L'affaire jugée par le tribunal correctionnel de Nice le 10 avril 1991 (inédit) a suscité beaucoup de remous dans l'opinion publique comme dans les médias. Il est vrai qu'elle était assez extraordinaire tant en ce qui concerne les faits poursuivis et leurs qualifications que ce qui concerne la procédure.

I. — Faits poursuivis et leurs qualifications : francs-tireurs inspirés ou vulgaires charlatans ? Telle est la question simplificatrice à laquelle a été réduite l'affaire L.-R. La justice a reproché au Dr L. et au Dr R. (qui, en réalité, fit figure de comparse) une série de faits entraînant une série de qualifications dont nous ne retiendrons que la principale, celle d'escroquerie.

A. — Le Dr L., décrit comme touche-à-tout, s'était tourné rapidement vers la cancérologie, sans jamais avoir obtenu la qualification médicale requise, en s'intéressant à un test hématologique de dépistage expérimenté, dès 1946, par un médecin allemand, le Dr Henri Heitan. En 1977, il avait repris à son compte le test du Dr Heitan en l'associant à un autre test (celui de Vernes). En 1983, le Dr L. n'hésitait pas à présenter son test bicéphale sous un jour des plus favorables en affirmant qu'il était de nature à « permettre le diagnostic, l'évaluation de la maladie cancéreuse et le contrôle des thérapeutiques ». Il prétendit même qu'il pouvait donner des résultats positifs « allant de 70 % à 98 % ». Lors du procès, le test a été, en fait, unanimement jugé sans valeur par les sommités de la cancérologie. Or, malgré un avis défavorable de l'Académie nationale de la médecine, émis le 17 février 1987, le Dr L. a couramment pratiqué « son » test — 2 270 prescriptions en moins d'un an, de septembre 1986 à la mi-août 1987 — qu'il faisait payer, (non systématiquement), 200 F à ses malades. Seule, une expérimentation rigoureuse aurait permis de savoir si le test avait au moins une petite valeur. Cela n'a jamais été fait, ce qui est regrettable, il faut le reconnaître. Aussi, le Dr L. fut poursuivi pour avoir usé « de manoeuvres frauduleuses en vue de persuader l'existence d'un événement chimérique (en l'occurrence en prélevant du sang de malades en les persuadant qu'ils pourraient diagnostiquer l'existence d'un cancer et son évolution), obtenu la remise des sommes et escroqué ainsi partie de la fortune de leurs patients ».

B. — Le Dr L. avait exprimé l'intention, à la fin de 1987, d'utiliser un nouveau médicament, selon lui « quasi miraculeux », l'Interleukine II, qui était alors, au stade de l'expérimentation dans quelques établissements hospitaliers. Pour faire face aux dépenses occasionnées par ce traitement, il avait créé une association : Cancer-Espoir, qui lui avait permis de recueillir la somme de 45 000 F versés sur un compte spécial et non effectivement utilisés. Avait-il les moyens de se procurer ce médicament ? Aurait-il rempli les conditions — notamment la disposition d'une structure à compétence carcinologique — exigées pour être autorisé à procéder légalement à une expérimentation ? Ces questions n'ont pas trouvé de réponse irréfutable puisque les deux docteurs ont été arrêtés avant de pouvoir mettre en oeuvre leur projet.

Quoi qu'il en soit, les docteurs furent poursuivis pour avoir fait usage « de manoeuvres frauduleuses pour persuader l'existence d'un événement chimérique (en l'occurrence l'expérimentation d'Interleukine II alors que d'une part ils savaient pertinemment qu'ils n'auraient pas pu se procurer de l'Interleukine II auprès des laboratoires parce qu'ils n'avaient pas satisfait aux déclarations d'expertise clinique (demande d'AMM), qu'ils n'auraient pas disposé de l'environnement hospitalier indispensable et que les conditions d'expérimentation sans armature scientifique n'auraient pas présenté toutes les garanties de rigueur nécessaires et que, d'autre part, l'expérimentation d'un nouveau médicament est strictement gratuite) et d'avoir ainsi obtenu la remise de sommes et escroqué partie de la fortune des membres de l'Association Cancer Espoir ».

L'affaire prit rapidement un tour professionnel. Aucune plainte de malade ne figura au dossier. Au contraire, la défense fit citer de nombreux patients des deux médecins qui vinrent exprimer leur satisfaction et leur reconnaissance. Tous ont insisté sur le dévouement du Dr L qu'ils ont opposé à la déshumanisation des établissements hospitaliers.

Le parquet et le magistrat instructeur ont eu des opinions divergentes, etc. L'opinion publique attendit avec une certaine passion pendant un mois le résultat du délibéré du tribunal. Le parquet avait requis des peines de quinze mois de prison avec sursis contre le Dr L. et de neuf mois avec sursis contre le Dr R.

II. — Procédure : hélas !, la curiosité publique ne sera jamais satisfaite. Le tribunal ne statua pas sur le fond. La défense avait habilement soulevé des conclusions tendant à

faire admettre l'existence de vices de la procédure. Le tribunal les a examinés avec beaucoup d'impartialité et les a admis dans l'ensemble.

Ces problèmes de procédure débordant le cadre de notre chronique, nous révélerons simplement les points suivants :

a) « Il ne résulte aucunement de la formulation de la commission rogatoire délivrée par le magistrat instructeur que celui-ci ait prescrit la présence de l'Inspecteur départemental de la santé à la perquisition et à l'audition du Dr L. ; il apparut dès lors que l'instruction de cette personne au cours de la garde à vue des suspects constituait une violation des principes posés par les articles 151 et suivants du code de procédure pénale ».

b) « Il eut été nécessaire de donner connaissance, aux inculpés qui avaient admis certains faits, des dispositions de l'article 105 du code de procédure pénale et de mettre fin à leur audition en qualité de témoins ; cette omission, déclare le tribunal, peut avoir été commise dans le but de faire échec aux droits de la défense, la suite de l'instruction démontrant que l'inculpé revint sur ses aveux initiaux et contesta l'argumentation des enquêteurs ».

c) Les experts choisis n'appartenaient à aucune des listes agréées, soit au plan national, soit auprès de la cour d'appel d'Aix-en-Provence. « En conséquence, déclare le tribunal, conformément aux dispositions de l'article 160 du code de procédure pénale, ils eussent dû prêter serment devant le magistrat instructeur ou dans un écrit annexé à la procédure ; que cette lacune constitue une cause indiscutable de nullité des expertises figurant aux cotes D 192 et D 193 de la procédure ».

Toutes ces violations, un peu trop nombreuses, se rapportaient pourtant à des textes très connus du code de procédure pénale. On ne peut être que navré que de telles erreurs n'aient pas permis de connaître le sentiment de la Justice sur des problèmes d'éthique médicale et de droit pénal intimement liés, d'un très vif intérêt et d'une grande actualité.

Nous ignorons totalement si l'affaire aura une suite pénale : cela nous paraît peu probable.

3. *Abus de biens sociaux. Rapport entre diverses sociétés*

Nous avons exposé bien des fois dans cette chronique (V. cette *Revue* 1984.86 ; 1985.821-822 ; 1986.866) que pour échapper à une condamnation pour abus de biens sociaux, en cas de rapport frauduleux entre des sociétés liées par des rapports d'affaires, le moyen de défenses soulevé le plus souvent par les prévenus 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 de 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.

Confirmant ces décisions précitées, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 23 avril 1991 (*JCP* 1991.IV.309) décide : « Un dirigeant de droit ou de fait de société, qui opère des transferts de fonds à son profit ou au profit d'autres sociétés dans lesquelles il est intéressé, se rend coupable d'abus de biens sociaux au préjudice de ces sociétés-là, dès lors qu'elles n'étaient liées entre elles que par des jeux d'écritures, qu'il n'existait aucune politique décidée en conseil d'administration ou en assemblée générale, que les opérations financières critiquées sont dissimulées dans la comptabilité par des artifices sous le couvert de contrats commerciaux fictifs et qu'en définitive les agissements de l'intéressé, qui les qualifie lui-même de « non orthodoxes », avaient pour but de lui procurer de la trésorerie ».

4. *Recel*

Nous avons dit bien des fois dans cette chronique que la jurisprudence s'est manifestée de plus en plus sévère en ce qui concerne l'incrimination du recel qu'elle a élargie le plus possible.

a) On a discuté longuement si l'on pouvait tenir le prévenu comme coupable de recel lorsque le détenteur n'avait appris que tardivement, après sa réception, l'origine frauduleuse de l'objet à lui transmis. La jurisprudence est maintenant bien fixée puisque ses arrêts successifs (Crim. 23 janv. 1962, *Bull. crim.* n° 57, p. 113 ; 16 déc. 1969, *Bull. crim.* n° 346, p. 830 ; 15 juin 1973, *Bull. crim.* n° 270, p. 643), dans une formule de style, déclarent : « Le délit de recel est constitué dès lors que le vice inhérent à la chose possédée, sa provenance délictueuse, a été connue du prévenu à un moment quelconque de sa possession ». Un arrêt de la Chambre criminelle du 14 février 1991 (*Gaz. Pal.* 29 sept.-1er oct. 1991, *chron. dr. crim.*, comm. J.-P. Doucet, p. 9) reprend exactement cette formule.

b) On a discuté longuement sur la notion de détention. La Chambre criminelle l'a fortement élargie puisqu'elle semble admettre que le seul bénéfice de l'usage de la chose volée puisse au même titre que sa détention caractériser le recel (V. sur ce point, chron. de Vouin, Le recel et la détention de la chose, *D.* 1972.281). Ce qui a conduit certains à affirmer que la jurisprudence ne respecte plus le principe de l'interprétation stricte, en ce qu'il reconnaît qu'un recel délictueux puisse être consommé sans aucune détention de son objet.

c) La décision commentée aujourd'hui manifeste un nouvel élargissement en déclarant : « L'article 406 du code pénal définissant le recel n'exige pas que le prévenu ait tiré un profit personnel des sommes détournées ». Pourtant, de savants auteurs (V. not. Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982 n° 2460, p. 2005) déclarent que : « Plus encore que la notion de détention, c'est la notion du bénéfice tiré de la chose qui constitue l'essence même du recel : lorsque le coupable détient l'objet, le profit qu'il en retire est évident, mais dans certains cas le bénéfice peut exister seul et il suffit, le recel est certain. La notion de bénéfice tiré de la chose est, du reste, affirmée par le code pénal lui-même (qui est muet, en revanche, sur l'existence d'une détention), ainsi qu'il apparaît à la lecture de l'article 380 dont l'alinéa final prive de l'avantage de l'immunité existant entre parents ou alliés les tiers qui « auraient recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés ». D'après l'arrêt ici commenté, c'est l'inverse qu'il faudrait croire : pour qu'il y ait recel, le bénéfice n'est pas obligatoire mais la détention l'est.

En tout cas la Chambre criminelle semble bien déterminée. Dans un attendu synthétique, elle déclare : « Le recel n'exige pas que le prévenu ait tiré un profit personnel des sommes détournées mais seulement qu'il ait eu connaissance de la provenance délictueuse des fonds qu'il a détenus ».

d) Signalons (très rapidement parce que cette question est du domaine de la procédure) que la Chambre criminelle a déclaré : « Le devoir qu'ont les juges de restituer à la poursuite sa qualification véritable, dès lors qu'ils puisent les éléments de leur décision dans les faits mêmes visés par la prévention, n'est pas contraire à l'article 6 § 3*a* de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La défense avait prétendu que d'après cet article 6 le prévenu devait être informé non seulement de la cause de la prévention, c'est-à-dire des faits matériels retenus à sa charge, mais encore de la qualification juridique de ces faits. Décidément, le recours à la Convention des droits de l'homme va devenir de style dans chaque affaire.

5. *Chantage. Extorsion de signature*

L'affaire jugée par la Chambre criminelle (9 janv. 1991, *D.* 1991.*IR*.64 ; *JCP* 1991.IV. 144) avait un caractère nettement politique. C'est ce qui explique, peut-être, les décisions contraires qu'elle a suscitées. L'affaire était d'un caractère banal et malheureusement fréquent. Il s'agissait d'un prévenu poursuivi du chef d'extorsion de signature ou d'engagement, pour avoir exigé d'un inspecteur du travail séquestré lors d'une manifestation de viticulteurs la rédaction de deux lettres dans lesquelles celui-ci s'engageait à ne pas établir de procès-verbal et à ne pas exercer de poursuites ni exiger aucune amende ou pénalités à la suite d'un contrôle. Les juges du fait, peut-être parce qu'ils avaient été plus près des agitations régnant dans la contrée pendant quelques semaines, avaient relaxé en constatant « l'absence d'élément intentionnel du délit au prétendu motif que la rédaction des deux lettres aurait été la condition mise par les manifestants hostiles à la sortie de l'inspecteur du local où il se trouvait avec le prévenu et qu'effectivement l'inspecteur aurait ainsi quitté les lieux sans encombres (Bourges, ch. corr. 11 janv. 1990, *eodem ref.*).

La Chambre criminelle n'a voulu connaître que le droit. Elle a déclaré au début de son arrêt : « L'élément intentionnel du délit prévu par l'article 400, alinéa 1er du code pénal est caractérisé par la conscience d'obtenir par la force, la violence ou la contrainte, ce qui n'aurait pu être obtenu par un accord librement consenti. » Cet élément intentionnel, compris très strictement, existait incontestablement dans l'affaire, d'où cassation inévitable.

6. *Contrefaçon*

La cour de Paris avait condamné le 18 janvier 1990 M. B., pour contrefaçon et délit d'ouvrages contrefaisants, à quatre mois d'emprisonnement avec sursis et à la confiscation des objets contrefaits. Dans son arrêt, elle avait exposé : « que l'un des modèles contrefaisants constitue presque une « copie servile, tant la découpe et la combinaison des couleurs » sont proches de celles du vêtement contrefait, les légères différences existant « constituant des détails qui atténuent peu la ressemblance » et que, en ce qui concerne l'autre modèle, que si « l'imitation est moins nette ... la contrefaçon est établie ... par l'utilisation d'une bande sur le côté d'une couleur différente de celle du devant et du dos ... et surtout par l'utilisation d'un motif parabolique d'une troisième couleur, souligné par la bande d'une quatrième couleur, qui se retrouve dans les deux modèles au niveau de l'épaule et du bras sur la veste et du mollet sur le pantalon ... ».

La Cour suprême, dans un arrêt du 29 janvier 1991 (*JCP* 1991.IV.174), a rejeté le pourvoi en déclarant : « Ayant ainsi souverainement relevé les éléments d'originalité et de nouveauté du modèle contrefait, reproduits par celui commercialisé par le prévenu, la cour d'appel a justifié sa décision ». Et, dans un attendu plein de bons sens, elle conclut que « S'il est exact que la contrefaçon de modèles d'industries saisonnières de l'habillement et de la parure ne saurait résulter de la seule ressemblance, dans leur ligne générale, entre le modèle prétendument contrefait et celui argué de contrefaçon, lorsque l'un et l'autre se situent dans une même tendance de la mode, il en est autrement lorsque l'article contrefait comporte des éléments spécifiques de nouveauté et d'originalité reproduits par le modèle contrefaisant ». Cet attendu ne fait que se conformer à la jurisprudence habituelle en la matière que nous avons rapportée souvent dans cette chronique.

7. *Contrefaçon. Délit d'exportation et d'importation d'ouvrages contrefaisants*

Le tribunal correctionnel de la Seine avait prononcé condamnation dans une affaire de délit d'ouvrages contrefaits, en l'espèce des aquarelles et encres de Chine d'Henri

Michaux (art. 425 et 427 c. pén.). La cour de Paris a au contraire infirmé au bénéfice du doute. Il faut dire que l'affaire était quelque peu ténébreuse. En fait, elle a jugé « qu'avant de proposer les oeuvres à la vente M. M. les a présentées à M. H. gérant de la société Le Point Cardinal, sollicitant son avis sur leur authenticité ; que ce dernier, qui délivrait les certificats d'authenticité des oeuvres d'Henri Michaux dont il était l'ami et l'expert, non seulement n'a émis aucune réserve sur les oeuvres présentées, mais encore s'est porté éventuellement acquéreur d'autres oeuvres du même peintre ; qu'ils relèvent encore que les paiements effectués par chèques ont été régulièrement inscrits en comptabilité par M. M. qui en a délivré reçu ». Soit.

Les attendus juridiques sont plus intéressants. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 28 février 1991 (*JCP* 1991.IV.218) déclare qu'il était bien exact, comme l'a dit la cour de Paris, qu'une présomption de mauvaise foi s'attache à la contrefaçon elle-même. (la jurisprudence est bien établie sur ce point, V. Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982.856, note 2). Mais elle ajoute aussitôt : « Il n'en est pas de même à l'égard des infractions de délit d'exportation et d'importation d'ouvrages contrefaisants ». La différence de traitement pour les prévenus peut paraître un peu subtile. Mais, puisque la Cour suprême la proclame, admettons-la !

8. *Chèques sans provision. Autorisation tacite de découvert*

La cour de Limoges, dans un arrêt du 26 mars 1991 (*Gaz. Pal.* 4-5 oct. 1991, Somm.Jp.20) a décidé que : « Doit être considéré comme bénéficiaire d'une autorisation tacite de découvert le client d'une banque qui émet un chèque de 480 F en juillet, alors qu'au mois d'avril, mai et juin de la même année le compte avait été débiteur, sans que ces débits aient donné lieu à des observations de la banque » et qu'en conséquence c'était « à tort que la banque avait mis en oeuvre la procédure d'interdiction d'émettre des chèques ». Pour justifier sa décision, elle déclare : « Un dol spécial est exigé pour caractériser l'intention d'émettre un chèque sans provision et l'émetteur d'un tel chèque peut s'exonérer en établissant qu'en raison de ses rapports antérieurs avec le créancier il pouvait penser de bonne foi que le chèque serait payé ».

Sous le régime de la loi du 3 janvier 1975 qui décide que « pour que l'émission de chèques sans provision soit punissable, il faut que soit établie l'existence de l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui », la solution s'imposait sans discussion. On se rappellera peut-être que, bien avant 1975, la question de la non-punissabilité possible d'émission sur un compte à découvert avait fait l'objet de vives controverses entre les rigoristes, partisans de la sanction pénale dans tous les cas et les bienveillants qui avaient inventé la notion d'autorisation tacite justifiant dans certains cas un acquittement. Certaines juridictions du fait s'étaient laissées tenter par le courant bienveillant.

V. — INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE FINANCIER

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

1. *Fraude fiscale. Commission des infractions fiscales. Motivation de l'avis. Procédure (Crim. 21 oct. 1991 Georgeault ; adde Crim. 28 janv. 1991 Lavigne, Crim. 28 janv. 1991 Carles , Crim. 26 févr. 1990 Magnon)*

« L'avis de la Commission des infractions fiscales n'est pas motivé ». Ainsi dispose l'article R. 228-6 du livre des procédures fiscales (dans sa mouture issue du décret du 17 juillet 1984, reprenant celle du décret du 12 juin 1978). Et pourtant, c'est l'absence de motivation de l'avis de cette commission qui constituait le moyen principal du pourvoi formé par les époux Georgeault contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris (9e chambre correctionnelle), en date du 13 juin 1990, qui les avait condamnés pour fraude fiscale et omission d'écritures en comptabilité, pourvoi rejeté le 21 octobre 1991 par la Chambre criminelle.

Le pourvoi prétendait à l'illégalité de l'article R. 228-6 du livre des procédures fiscales, au moyen qu'il serait contraire au principe de motivation des actes administratifs posés par la loi du 11 juillet 1979. C'était donc affirmer que l'avis de la commission est une « décision administrative individuelle défavorable » (soumise à motivation de par l'article premier de la loi de 1979), le pourvoi ajoutant qu'il « constitue en soi une sanction administrative entrant dans l'énumération de l'alinéa 2 de l'article 1 de la loi précitée ». Pour soutenir une telle affirmation, l'argumentation essentielle était la suivante : l'avis favorable de la commission lie le ministre et l'oblige à engager des poursuites pénales à l'encontre du contribuable ; le grief résiderait donc là : l'avis favorable débouche nécessairement sur une plainte.

La réponse de la Chambre criminelle est sans surprise. « Les dispositions de la loi du 11 juillet 1979 sont sans incidence sur la validité des avis émis par la Commission des infractions fiscales, organe consultatif ». Elle s'inscrit dans une jurisprudence cohérente qui tend à modeler plus précisément la nature de la commission et celle des avis qu'elle émet.

La Commission des infractions fiscales est « un organe consultatif et non juridictionnel » (Crim. 28 janv. 1991 ; *Carles ; Lavigne*). Parce qu'organe non juridictionnel, le principe du contradictoire ne saurait trouver à s'appliquer devant la commission. Le Livre des procédures fiscales n'organise qu'une procédure purement administrative, respectant certes les droits de la défense mais impliquant seulement que le contribuable ait été averti des griefs formulés contre lui et invité à faire parvenir, dans le délai de trente jours, les informations écrites qu'il jugerait nécessaires (art. R. 228-2 LPF). (Crim. 28 janv. 1991 *Carles* ; pour rejet du moyen fondé sur la violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cf. Crim. 28 janv. 1991, *Lavigne*). Parce que de simple organe administratif consultatif, les avis que la commission émet ne peuvent être assimilés à des décisions, au sens strict du terme ; dès lors la loi du 11 juillet 1979 ne leur est pas applicable.

Que la nature de la Commission des infractions fiscales soit consultative découle logiquement des mesures qu'elle peut prendre, à savoir des avis. Toutefois, l'argumentation du pourvoi, dans l'espèce soumise le 21 octobre 1991 à la Cour de cassation, n'était pas dépourvue de toute pertinence. Normalement, l'avis ne lie pas l'autorité à laquelle il est

donné, ou ne la lie que s'il est défavorable à l'acte qu'elle envisageait de prendre. Or, le ministre qui a sollicité l'avis de la Commission des infractions fiscales est lié par cet avis, tenu de poursuivre s'il est favorable (art. L. 228 LPF). L'avis qui a force obligatoire n'a-t-il pas nature de décision ? En l'occurrence, de « décision individuelle défavorable » au sens de la loi de 1979 ? L'avis non conforme de la commission (même si ce genre d'avis est très rare) garantit au contribuable qu'il ne fera pas l'objet d'une sanction pénale ; à l'inverse, l'avis conforme lui fait courir un tel risque (mais ce n'est qu'un risque...).

Le raisonnement des rédacteurs du pourvoi (dans l'arrêt du 21 oct. 1991) repose sur une conception qui postule le partage en deux phases de la procédure : une phase administrative, une phase judiciaire. La phase administrative, isolée, préalable se clôturerait avec l'avis conforme de la Commission des infractions fiscales ; ensuite, s'ouvrirait la phase judiciaire avec le dépôt de plainte. Dans une telle conception, l'acte administratif majeur, parce que déterminant, serait l'avis conforme : il apparaîtrait comme une véritable décision.

On pourrait peut-être le soutenir si la Chambre criminelle, suivant en cela le Tribunal des conflits, n'adoptait une vision globale de la procédure de plainte préalable en matière de fraude fiscale.

Le Tribunal des conflits, le 19 décembre 1988 (cette *Revue* 1989.329), a décidé que « la saisine de la Commission des infractions fiscales et l'avis donné par elle, étant des actes nécessaires à la mise en mouvement de l'action publique, ne sont pas détachables de celle-ci et que dès lors il appartient aux tribunaux judiciaires saisis de la poursuite d'en connaître ». La Chambre criminelle, abandonnant sa jurisprudence par laquelle elle déclarait « le prévenu irrecevable à contester devant les juridictions répressives la régularité de la procédure administrative préalable à l'avis favorable de la Commission des infractions fiscales dont le juge pénal doit seulement constater la réalité et la date » (Crim. 2 déc. 1985, *D.* 1986.439) décide dorénavant que « les juges répressifs, saisis d'une plainte pour fraude fiscale, sont compétents pour statuer sur les exceptions tirées de la nullité de la procédure suivie devant la Commission des infractions fiscales dont l'avis conforme constitue un préalable nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique » (Crim 26 févr. 1990, *Magnon, D.* 1990.*IR*.101).

Compétentes pour apprécier la régularité de la procédure de plainte préalable parce que saisine et avis de la commission ne sont pas détachables de la mise en mouvement de l'action publique, les juridictions répressives n'envisagent pas l'avis dans ses conséquences administratives, mais dans ses conséquences judiciaires. Il n'est pas l'acte qui clôt une procédure administrative, il est le préalable d'une éventuelle procédure judiciaire, éventuelle car si l'avis de la commission lie le ministre la plainte de l'administration fiscale ne lie pas le parquet.

La création de la Commission des infractions fiscales a répondu au souci de protection des contribuables contre l'arbitraire de l'administration, comme le rappelle l'arrêt *Lavigne* : « l'avis qu'elle donne au ministre n'ayant pour but que de limiter le pouvoir discrétionnaire de ce dernier d'engager des poursuites ». L'avis conforme apparaît comme une autorisation donnée au ministre de saisir la juridiction répressive, autorisation de déposer plainte, comme tel élément de recevabilité de cette plainte. Or la plainte préalable ne s'analyse pas en un acte administratif, visé par la loi du 11 juillet 1979, mais fait partie intégrante de la procédure pénale dont elle suit les règles ; l'avis, élément de recevabilité de la plainte, aussi.

On conçoit, dès lors, le souci, qui fut celui des rédacteurs de la loi du 29 décembre 1977, instituant la commission, et qui ressort des travaux préparatoires, d'exclure la motivation des avis ; une telle motivation aurait pu entamer la liberté de la seule autorité susceptible de prendre la décision de déclencher les poursuites, à savoir le ministère public.

2. *Contributions indirectes. Procès-verbal. Signature (Crim. 28 oct. 1991 Reyne)*

La cour d'appel de Bordeaux avait prononcé la nullité d'un procès-verbal, base de poursuites fiscales, au motif que « trois agents seulement avaient signé le procès-verbal alors que cet acte avait été rédigé par quatorze agents, mention étant faite que les onze autres étaient retenus pour des raisons de service ; que certaines constatations avaient été effectuées par des agents non signataires ».

L'administration se pourvut en cassation au moyen qu'« en matière de contributions indirectes la loi n'exige pas que le procès-verbal soit signé par tous les agents qui ont participé à la constatation des infractions ».

La Chambre criminelle casse l'arrêt de la cour d'appel au motif « qu'il résulte de l'examen du procès-verbal que cet acte indique la part personnelle et directe prise à la constatation des faits constitutifs de l'infraction par tous les agents qui ont concouru à sa réalisation ; la cour d'appel devait en conséquence se borner à relever que les constatations faites par les agents non signataires ne valaient qu'à titre de renseignements ».

Le pourvoi de l'Administration reposait sur une analyse de l'article L. 213 du livre des procédures fiscales, lequel n'imposerait pas la signature de tous les agents qui ont participé aux constatations. A vrai dire, l'article L. 213 ne parle que de rédaction et non de signature. Faudrait-il pousser le raisonnement à son terme et conclure que les procès-verbaux n'ont pas besoin d'être signés ?

La formule utilisée par l'administration trouve, toutefois, sa source dans la jurisprudence. C'est la Chambre criminelle qui l'a, elle-même, utilisée (Crim. 7 janv. 1980, *Bull. crim.* n° 9 ; Crim. 1er oct. 1990, *Bull. crim.* n° 326, J. Beaume, cette *Revue*, 1991.586). Jacques Beaume, dans son commentaire, signalait le paradoxe de la jurisprudence, acceptant le « trop peu de signataires » mais rejetant le « trop de signataires ».

Même le procès-verbal, en matière de contributions indirectes, est largement dérogatoire ; peut-être serait-il bon, quant au point précis de sa signature, de faire retour au droit commun, ainsi qu'y invite l'article L. 213 du livre des procédures fiscales. Celui-ci s'ouvre, en effet, sur un tel renvoi — « Les procès-verbaux sont établis dans les conditions prévues à l'article 429 du code de procédure pénale » — ; or, le droit commun exige, à peine de nullité, que le procès-verbal soit signé, la Chambre criminelle allant jusqu'à parler de l'inexistence pour les procès-verbaux d'instruction non signés ; et la jurisprudence, de longue date, a décidé que les dispositions relatives aux procès-verbaux d'instruction sont applicables aux procès-verbaux des officiers de police judiciaire. Le procès-verbal d'enquête doit donc être signé à peine de nullité.

En l'espèce, le procès-verbal était signé mais par trois agents seulement et la cour d'appel de Bordeaux l'avait déclaré nul. La cour d'appel de Paris, le 10 juillet 1990, s'appuyant sur un argument de texte, il est vrai, a déclaré nul un procès-verbal dressé par deux agents mais signé par un seul en matière de concurrence (cf. J. Pradel, cette *Revue* 1991.101, approuvant l'unicité de régime ainsi donné aux procès-verbaux d'enquête quelle que soit la qualité des auteurs).

Malgré l'attitude des juridictions du fond, la Chambre criminelle affirme encore la validité du procès-verbal. Elle s'attache d'abord à la manière dont l'acte était rédigé, laquelle permettait de déterminer quelles constatations précises avait faites chaque agent, et par là-même d'assurer la cour qu'il n'y avait pas eu « trop de rédacteurs » ; c'est-à-dire que, conformément à l'article L. 213, n'avaient participé à la rédaction de l'acte que les seuls agents ayant pris une part directe et personnelle aux opérations de constatation. Implicitement, donc, elle maintient, sur ce point, sa jurisprudence.

Le « trop peu de signataires », en revanche, appelle une réponse quelque peu différente. La Chambre criminelle ne reprend pas la formule utilisée dans ses arrêts précédents et que l'Administration avait inscrite au moyen de son pourvoi. Elle se prononce

sur la force à accorder aux constatations non signées par leurs auteurs en leur donnant valeur de renseignements.

La nullité n'était sans doute pas, en effet, la bonne solution. Puisque le procès-verbal permettait de rendre à chacun sa part, il était envisageable de donner à chaque partie de l'acte un sort différent, sans méconnaître bien sûr les conséquences d'une telle dissociation sur la poursuite, le procès-verbal en étant la base nécessaire et fixant l'étendue de la saisine du juge.

Au regard des constatations faites par les trois agents signataires, le procès-verbal était régulier et devait valoir jusqu'à preuve contraire (art. L 238 LPF). Mais pour les onze autres ? Suffisait-il de considérer que l'absence de signatures n'avait eu pour effet que de faire perdre à ces constatations leur force particulière et de leur accorder la force qui s'attache aux procès-verbaux de droit commun ? Le procès-verbal, qui, selon le droit commun, vaut à titre de renseignements, est celui qui est régulier. L'irrégularité, lorsqu'elle touche à un élément substantiel comme la signature, prive le procès-verbal de tout effet, même de celui de valoir à titre de renseignements. N'aurait-il pas fallu juger que le procès-verbal gardait sa force probante quant aux constatations faites par les agents signataires, mais que toute autre constatation devait être considérée comme inexistante ?

Le formalisme n'est pas, en matière de contributions indirectes, très poussé. Il n'existe aucune obligation de dresser l'acte en présence des contribuables — ce qui dans l'hypothèse de nombreux constatants est une lourde formalité — ni même de les inviter à y participer (Crim. 23 mai 1973, *Bull. crim.* n° 237).

Ne pourrait-on au moins exiger, à peine de nullité, que ceux qui ont constaté prennent le temps — malgré leurs charges de service — de signer ce qu'ils ont rédigé ?

3. *Contributions indirectes. Procès-verbal. Preuve contraire (Crim. 14 oct. 1991 Laroche)*

La cour d'appel de Paris (13e chambre correctionnelle), le 17 mai 1990, avait relaxé Michel Laroche du chef de fausse déclaration de stocks de vins au motif que l'absence de précision, dans le procès-verbal, sur la manière dont les agents avaient opéré le contrôle des vins dans les chais ne lui permettait pas d'avoir l'entière conviction que la déclaration des stocks de vins était entachée de fausseté.

L'Administration, en cassation, fit valoir que ses agents avaient vérifié par « leurs moyens ordinaires », et qu'en l'absence de tout élément de nature à infirmer les constatations des agents les juges ne pouvaient, eu égard à la force probante attachée au procès-verbal, que tenir pour exactes les constatations faites.

La Chambre criminelle casse l'arrêt de la cour de Paris au double motif que la preuve contraire n'avait pas été rapportée et qu'aucun procédé n'est imposé aux agents verbalisateurs pour évaluer les quantités de vin.

Selon l'article L. 238 du livre des procédures fiscales, les procès-verbaux des agents de contributions indirectes valent jusqu'à preuve contraire. Selon le droit commun, pour contester la valeur probante du procès-verbal, tout moyen de preuve est admis et le juge garde son pouvoir d'apprécier souverainement les preuves débattues contradictoirement devant lui. Mais la force probante ne saurait être utilement combattue par les seules dénégations ou allégations du prévenu (Crim. 1er oct. 1980, *Bull. crim.* n° 240). En l'espèce, le prévenu s'était contenté de mettre en doute les résultats obtenus et de contester les méthodes que les agents de l'administration avaient utilisées. Il va de soi que, ce faisant, il n'apportait aucune preuve susceptible de combattre la force probante du procès-verbal.

Les agents verbalisateurs ne se voient imposer aucun procédé par la loi, déclare la Cour de cassation. Et l'administration, dans son pourvoi, d'indiquer que « les moyens

ordinaires » ont été utilisés. La formule est un peu laconique. Dans les matières techniques, il se peut que tous les procédés ne soient pas équivalents ni tous aussi fiables les uns que les autres. La preuve contraire n'étant pas facile à rapporter, à défaut d'imposer un procédé à l'administration, ne pourrait-on au moins lui imposer de préciser à quelle méthode ses agents ont eu recours ?

4. *Impôts indirects. TVA. Contrainte par corps (Crim. 21 oct. 1991 Dauzet)*

Si la contrainte par corps est applicable en matière de recouvrement d'impôts directs fraudés, elle ne peut pas être ordonnée pour celui de la TVA, impôt indirect.

5. *Fraude fiscale. Elément moral (Crim. 28 oct. 1991 Baudrillart)*

La fraude fiscale est-elle bien, en jurisprudence, un délit intentionnel ? Voilà une question qui régulièrement se repose.

M. Baudrillart crée, fin 1982, une entreprise, constituée sous forme de SARL, et la place sous le régime fiscal de l'article 44 *bis* du code général des impôts permettant aux entreprises nouvellement créées à compter du 1er janvier 1982 de bénéficier d'une réduction d'impôts pendant leurs cinq premiers exercices. A l'occasion d'une vérification opérée en 1987, il apparaît que la société avait, en fait, progressivement repris – cela de 1982 jusqu'en 1985 – l'activité d'une société créée par M. Baudrillart en 1977. Ce dernier est poursuivi pour avoir partiellement soustrait son entreprise à l'impôt sur les sociétés dont elle était redevable, la société créée en 1982 n'étant pas réellement « nouvelle ».

Malgré les allégations de M. Baudrillart, selon lesquelles l'activité, les produits, les techniques utilisées par les deux sociétés n'étaient pas exactement les mêmes, la cour d'appel de Rennes entre en condamnation.

La Chambre criminelle confirme l'arrêt d'appel. « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, dont se déduit le caractère volontaire des agissements constatés, la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments constitutifs, notamment intentionnel, le délit de fraude fiscale, reproché par la prévention ; qu'en effet le seul fait de se placer sous un régime fiscal indu, dans l'intention de se soustraire au moins partiellement à l'impôt, constitue le délit prévu par l'article 1741 du code général des impôts ».

On ne pourra guère objecter à la Cour de cassation son oubli de l'élément intentionnel de la fraude fiscale ! Elle le vise par trois fois dans un attendu de quelques lignes seulement. Mais trop d'insistance peut parfois être suspecte ... et la formule de principe l'est plus encore. « Le seul fait de se placer sous un régime fiscal indu » : détaché du reste de l'attendu, ce membre de phrase pourrait laisser croire à un délit matériel.

On sait que, malgré l'affirmation, par l'article 1741 du code général des impôts, du caractère conscient et volontaire de la fraude fiscale, la jurisprudence a, un temps, déduit l'élément moral de la seule constatation de l'élément matériel du délit, créant ainsi une présomption de mauvaise foi ; que la loi du 29 décembre 1977, voulant lutter contre cette jurisprudence, a précisé qu'en matière de fraude fiscale il incombait aux parties poursuivantes de rapporter la preuve du caractère intentionnel de l'acte ; que la jurisprudence postérieure à la loi fit retour à une position plus orthodoxe.

En l'espèce, peut-être la mauvaise foi de M. Baudrillart existait-elle. Mais il se pourrait aussi qu'elle ait été présumée de par sa double qualité de dirigeant. Quoi qu'il en soit de l'espèce, la formule de la Cour de cassation, malgré la révérence faite à l'élément intentionnel, laisse planer le doute. Le délit matériel ne s'avancerait-il pas, masqué ?

VI. — INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE ÉCONOMIQUE
Concurrence et consommation

Jean-Claude FOURGOUX

Avocat à la cour d'appel de Paris

Loi du 1er août 1905. Elevage des veaux. Substances médicamenteuses falsifiées. Code de la santé. Articles L. 617-6 et R 5149. Ventes de médicaments vétérinaires contenant des substances vénéneuses sans autorisation

Le roman des veaux aux hormones est à épisodes sans fin.

Un vétérinaire occupait sa retraite, comme peut-être il le fit pendant son activité professionnelle, à fabriquer et vendre des anabolisants destinés à augmenter le poids des veaux avant abattage.

Il allait faire l'objet d'une condamnation assez lourde (18 mois d'emprisonnement dont 12 avec sursis et 150 000 F d'amende) sur deux fondements :

— la vente de substances médicamenteuses falsifiées, articles 1er et 3-3 de la loi du 1er août 1905,

— la production, l'acquisition, la détention, l'offre, l'emploi et la cession de substances vénéneuses sans autorisation, en infraction avec le code de la santé.

Le vétérinaire avait essayé de convaincre, par une argumentation technique, la Chambre criminelle, qu'il n'était pas un falsificateur parce qu'il ne modifiait pas vraiment la composition des substances et qu'en ce qui concerne les substances vénéneuses la juridiction pénale s'était trompée de texte car les oestrogènes ne sont pas de banales substances toxiques ou vénéneuses : leur emploi fait l'objet d'une sanction atténuée, l'article 617-24 du code de la santé publique ne prévoyant qu'une peine d'amende donc la possibilité d'amnistie.

La Chambre criminelle, qui en a vu bien d'autres dans ce domaine, ne pouvait pas ne pas considérer d'une part que l'utilisation d'un composant non autorisé n'était pas une falsification et, d'autre part que le recours à ces composants au moyen parfois de contrebande, n'était pas contraire aux articles du code de la santé visés par la cour d'appel.

Le consommateur, amateur de veau, est réconforté.

Loi du 1er août 1905. Détention de denrées corrompues falsifiées ou toxiques. Constatations. Décret du 22 janvier 1919, article 9. Destruction. Atteinte au contradictoire (non)

Les agents de la répression des fraudes, intervenant dans les locaux d'un restaurant, constataient au cours de leur contrôle la présence dans la chambre froide, de denrées casher qu'ils considéraient corrompues. Ils dressaient un procès-verbal conformément à l'article 8 du décret du 22 janvier 1919 et procédaient à la destruction des produits conformément à l'article 9 du même décret du fait de l'état de la marchandise.

Certes il existe deux situations qui aboutissent à des mesures différentes :

— celle décrite par l'article 11 de la loi du 1er août 1905 inséré par la loi du 21 juillet 1983 qui entraîne la consignation « dans l'attente du résultat des contrôles nécessaires »

des produits susceptibles d'être falsifiés, corrompus ou toxiques (ou d'être impropres à la consommation, dont l'impropriété à la consommation ne peut être reconnue qu'en fonction du caractère organoleptique anormal ou de signes de pathologie lésionnelle).

La consignation permet évidemment des prélèvements aboutissant à la mise en oeuvre d'analyse des échantillons prélevés.

Si le produit est rapidement altérable le prélèvement ne comporte qu'un seul échantillon déposé dans un lieu propre à en assurer autant que possible la conservation en vue de l'expertise éventuelle accélérée (conformément aux dispositions des articles 17 et 29).

En tout état de cause l'article 7 donne le pouvoir à l'agent de reconnaître que la denrée est corrompue ou toxique aux termes des constatations opérées sur place rendant la saisie obligatoire.

Condamné à une peine d'amende avec publicité, le prévenu formait un pourvoi qui allait être rejeté le 12 décembre 1991 par la Chambre criminelle (*G. c/ MP*, inédit). Il invoquait la nullité de la procédure en faisant grief à la cour d'appel d'avoir écarté l'exception, alors qu'en détruisant les produits en son absence et avant toute analyse, les contrôleurs auraient méconnu le principe du contradictoire, violant ainsi les droits de la défense.

En réalité, le demandeur au pourvoi faisait une confusion entre le respect du contradictoire et les règles de preuve imposée par la nature des produits et organisées par le décret du 22 janvier 1919.

A cette occasion on voit apparaître un nouveau figurant dans le droit pénal des affaires « l'animateur de fait » (*sic*). S'agit-il d'un terme de cuisine juridique ou d'une nouvelle catégorie de dirigeant de fait ?

Loi du 1er août 1905. Composition et dénomination d'un produit textile. Importateurs. Défaut de vérification. Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Articles 30 et 36 du Traité de Rome

Le directeur général d'une société d'importation de textile était poursuivi du chef de tromperie sur la composition de tissu importé en France en provenance d'un autre Etat membre de la Communauté qui n'était pas conforme aux exigences de la réglementation française. Il sera finalement seul poursuivi jusqu'au bout à la place du président directeur général.

L'importateur se prévalait des mentions de garantie figurant sur les factures et des analyses effectuées dans le laboratoire du fabricant.

Avant de se prononcer, les juges du premier degré avaient décidé d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité des dispositions de l'article 11-4 de la loi du 1er août 1985 avec le principe édicté par l'article 30 du Traité de Rome sur la libre circulation des marchandises.

L'article 11-4 pouvait être considéré comme instituant des mesures d'effet équivalent au sens du Traité. Il dispose en effet :

« Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs ».

« Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur ».

« A la demande des agents habilités pour appliquer la présente loi, il est tenu de justifier des vérifications et contrôles effectués ».

Le 11 mai 1989, la Cour de justice répondait qu'« en l'état actuel du droit communautaire, une disposition imposant au responsable de la première mise sur le marché national d'un produit de vérifier, sous peine d'engager sa responsabilité pénale, la conformité de ce produit aux prescriptions en vigueur sur ledit marché et relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs, est compatible avec les articles 30 et 36 du Traité, à la condition que son application aux produits fabriqués dans un Etat membre ne soit pas assortie d'exigences qui dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé compte tenu, d'une part, de l'importance de l'intérêt général en cause, d'autre part, des moyens de preuve normalement disponibles pour un importateur », ajoutant que « s'agissant, en particulier de la vérification des informations sur la composition d'un produit, l'importateur doit pouvoir se fier aux certificats délivrés par les autorités de l'Etat membre de production ou par un laboratoire reconnu à cet effet par ces autorités, ou, si la législation de cet Etat n'impose pas la production de tel certificats, à d'autres attestations présentant un degré de garantie analogue ». (*Mme Wurmser, Vve Bouchara et Société Norlaine,* 11 mai 1989, Aff 25/ 88, *Rec. CJCE,* p. 1105).

Dans ses conclusions, l'avocat général M. Walter Van Gerven, avait dans un raisonnement relativement complexe fait une distinction entre les prescriptions nationales concernant la loyauté des transactions ou la protection des consommateurs et celles relatives à la santé ou à la sécurité des personnes pour en arriver à dire que cela revenait finalement au même et que « dans les deux cas, la mesure concernée ne peut être justifiée que si elle n'impose pas de contraintes qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis », citant l'arrêt *de Peijper* du 20 mai 1976 (Aff. 104/ 75, *Rec. CJCE* p. 613).

En fait il s'agissait simplement de se référer une fois de plus à l'éternel principe de proportionnalité.

Appliquant le droit ainsi interprété, la cour d'appel entrait en condamnation et le pourvoi de l'importateur allait être rejeté.

Il invoquait sa bonne foi. Il s'était fié aux mentions portées sur les factures, des vérifications systématiques de ces énonciations constituant selon lui une charge excessive qui serait « de nature à faire disparaître tout intérêt commercial à l'opération d'importation ».

La cour d'appel avait, quant à elle, déduit du défaut de vérification la mauvaise foi et reproché à l'importateur de n'avoir pas exigé au moins des attestations en provenance du pays producteur, présentant un degré de garantie analogue à celles qui auraient résulté de certificats délivrés par les autorités de l'Etat membre de production.

On peut se demander si ce raisonnement ne se heurte pas à l'heure actuelle au principe de subsidiarité qui a fait l'objet de l'adoption de l'article 3-B du Traité à Maastricht puisque la Commission entend renvoyer aux Etats membres la charge d'action communautaire quand l'intérêt de la Communauté n'est pas engagé de façon déterminante.

Deux thèses de toute façon sont en présence :

— l'une qui cherche à conserver le plus possible le pouvoir résiduel des Etats membres avec sa manifestation répressive. C'est celle qui a été adoptée par la Chambre criminelle. L'article 11-4 est bon du point de vue du droit communautaire, l'importateur devait ralentir les échanges, quitte à les compliquer, en exigeant des attestations, c'est-à-dire en fait des analyses, équivalentes à celles qui auraient été fournies par une administration de l'Etat membre exportateur ou d'un laboratoire agréé par lui.

— l'autre, qui nous paraît plus conforme à l'esprit européen et à la volonté d'assurer la fluidité des flux dans le marché unique qui consiste seulement à rechercher si la réglementation de l'Etat membre producteur ou exportateur est suffisante pour assurer la protection des intérêts des consommateurs et la loyauté des transactions, notamment parce qu'elle est conforme aux directives de la Communauté. C'est-à-dire qu'il ne faut

pas se contenter, comme le fait l'article 11-4 de la loi du 1er août 1905, de se référer aux prescriptions en vigueur en France, du moins lorsque les marchandises proviennent d'un autre Etat membre, supposé de même niveau de développement, mais, par préférence, à celles en vigueur dans l'Etat membre producteur.

Ce serait alors aux autorités de l'Etat importateur à faire la preuve le cas échéant de l'insuffisance de l'action interne de l'Etat membre exportateur qui n'assurerait pas convenablement l'application de sa propre réglementation.

Le débat est loin d'être clos. La Cour de justice notamment, en matière d'additifs, pas plus que la Commission, n'ont encore dégagé une doctrine parfaitement claire.

VII. — INFRACTIONS CONTRE LA QUALITÉ DE LA VIE : ENVIRONNEMENT

Jacques-Henri ROBERT

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

Comme beaucoup d'autres textes qui instituent des polices spéciales, les lois protectrices de l'environnement prévoient que les infractions à leurs dispositions seront constatées non seulement par des officiers de police judiciaire, conformément au droit commun, mais encore par des fonctionnaires spécialement habilités. L'article 15, 3° du code de procédure pénale prévoit cette compétence subsidiaire et son article 431 dispose que les procès-verbaux rédigés en application de telles lois font foi jusqu'à preuve du contraire.

Les fonctionnaires ainsi habilités sont des techniciens qui savent, mieux que les officiers de police judiciaire, démêler les problèmes scientifiques liés aux réglementations qu'il s'agit d'appliquer : il faut un ingénieur pour analyser avec précision la composition chimique des flux polluants issus d'une installation classée, un professionnel de la faune sauvage pour distinguer les espèces protégées ou un technicien de l'acoustique pour mettre en oeuvre les mesures de bruit telles que le décret du 5 mai 1988 les décrit avec une surabondance de détails.

Mais la contrepartie est lourde. Les scientifiques n'ont pas toujours de goût pour la procédure dont ils regardent les formalités comme d'encombrantes et inutiles tracasseries paperassières ou comme un refuge offert à la mauvaise foi des administrés. Et même quand ils en aperçoivent l'intérêt, ils peuvent encore commettre des erreurs de droit que les juristes eux-mêmes ne sauraient pas éviter : c'est qu'il n'existe, d'une loi à l'autre, aucune uniformité dans les règles qui définissent les temps et les lieux où l'agent peut opérer, ni dans les garanties dont disposent les justiciables, ni dans les détails établis pour la transmission des procès-verbaux ; un même fonctionnaire, habilité par plusieurs lois distinctes doit, par conséquent, adopter des comportements différents selon la loi qu'il met en oeuvre. Or, les erreurs très probables que cette complexité engendre sont généralement sanctionnées de nullité, car les prérogatives des fonctionnaires spécialement habilités sont de droit étroit (Ch. réun. 29 juin 1911, *S.* 1911.1.593, note Roux ; *DP* 1912.1.393, note Lacour. J.-H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *Droit pénal de l'environnement*, 1983, n° 319). L'efficacité de la répression en souffre, comme on va le voir à propos des règles concernant d'une part le droit de visite, et d'autre part les délais de transmission des procès-verbaux.

I. — SUR LE DROIT DE VISITE

Selon l'article L. 228-35 du code rural, la recherche du gibier capturé par le moyen d'une infraction de chasse « ne peut être faite à domicile que chez les aubergistes, chez les marchands de comestibles et dans les lieux ouverts au public ». Le législateur ne veut ainsi sacrifier l'inviolabilité du domicile que si le gibier est commercialisé, hypothèse dans laquelle le braconnage est le plus redoutable ; mais il épargne d'indiscrètes visites au braconnier qui se contente de nourrir sa famille avec le produit de son activité, s'il a

eu la chance d'éviter, hors de chez lui, la visite de ses « carniers, sacs et poches à gibier » (art. L. 228-37 c. rur.).

Une cour d'appel en a déduit que « sont entachées de nullité la recherche de gibier et la constatation d'infractions, effectuées par des gardes-chasse au domicile privé d'un prévenu qui n'a pas donné l'autorisation, ne serait-ce que verbalement, aux agents verbalisateurs de pénétrer dans son domicile » (Bourges, 14 déc. 1990, *Juris-Data* n° 050535). En l'espèce, ces agents avaient appris la présence du gibier capturé par une conversation tenue, devant le seuil, avec une personne qui habitait chez le prévenu.

La cour dit, dans une incidente, qu'elle aurait admis la validité de la visite si le consentement avait été donné au moins verbalement, c'est-à-dire sans que soit observée la règle de l'article 76 du code de procédure pénale qui prescrit la forme écrite. L'applicabilité des règles générales de ce code aux enquêtes diligentées en vertu de lois spéciales est une question difficile. Très raisonnablement, M. Bouloc a estimé qu'il contient des règles protectrices des droits de la défense destinées à gouverner toute recherche d'infractions, de la même manière que les règles générales du code pénal restent invariablement applicables quelle que soit l'infraction à sanctionner (B. Bouloc, Les droits de la défense dans la procédure applicable en matière de concurrence, cette *Revue* 1982.513 et spéc. p. 525). Mais la Cour de cassation admet la solution contraire et n'astreint pas les fonctionnaires spécialisés à l'observation de l'article 76 du code de procédure pénale (Crim. 8 oct. 1979, *Bull. crim.* n° 273 ; 27 avr. 1987, *ibid.* n° 164). Cette jurisprudence s'écarte des conceptions du Conseil constitutionnel qui, à l'imitation de la Cour européenne des droits de l'homme, tend à unifier la « matière pénale » même lorsque la répression est exercée par les autorités administratives (Cons. const., Décis. n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, *JO*, 31 déc. 1987, p. 15761 ; Décis. n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, *Dr. pén.* 1990, n° 99) donc, *a fortiori*, quand elle est proprement pénale mais se fonde sur des constatations opérées par des fonctionnaires.

Pour être entrés à tort chez un taxidermiste, d'autres gardes-chasse virent annuler le procès-verbal qu'ils avaient dressés pour infraction à l'article 3 de la loi du 10 juillet 1976 (devenu, depuis lors, l'art. L. 211-1, 1° c. rur.) qui interdit la naturalisation d'animaux de certaines espèces non domestiques protégées (Poitiers, 16 nov. 1990, *Juris-Data* n° 051856). Leur visite était, à vrai dire, très aventurée, car la loi de 1976 a négligé d'ouvrir les maisons des particuliers aux agents verbalisateurs que son article 29 (art. L. 215-5 c. rur) énumère (J.-H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *op. cit.* n° 331). Certes, l'article 2 du décret n° 77-1296 du 25 novembre 1977 (art. R. 212-2 c. rur.) prévoit des visites « d'établissements et de véhicules », mais il ne s'applique qu'aux installations soumises à autorisation administrative préalable en vertu de l'article 5 de la loi (art. L. 212-1 c. rur.) et ne vise pas la recherche des délits consistant en la violation d'autres réglementations. Le domicile de leurs auteurs ne peut donc s'offrir aux investigations judiciaires que s'ils y consentent ou s'il y a flagrance, auquel cas les officiers de police judiciaire pourront entrer d'autorité, en vertu des règles ordinaires du code de procédure pénale puisque les peines encourues sont correctionnelles (art. 32 de la loi, devenu art. L. 215-1 c. rur.).

Ces seules constatations auraient suffi à annuler la perquisition, mais la cour d'appel de Poitiers, dans l'arrêt commenté, s'est fondée sur un autre motif : les gardes-chasse étaient entrés chez le taxidermiste en qualifiant sa maison de local commercial et les juges le leur reprochent au motif que le prévenu « inscrit au registre des métiers exerçait une activité artisanale et non une activité commerciale ». Cette distinction n'avait, à la vérité, aucune pertinence en l'espèce, mais elle résulte probablement de l'application de l'article 372, alinéa 8 ancien du code rural (art. L. 228-36 nouveau) qui permet la recherche des infractions à l'interdiction du commerce de la chair des animaux de montagne, « chez tous les marchands de gibier mort ou vivant, qu'ils soient grossistes, demi-grossistes ou détaillants » ; la qualité de gardes-chasse des agents verbalisateurs leur aurait permis, si l'on devine correctement le raisonnement de la cour de Poitiers, de

visiter la maison du prévenu s'il avait été commerçant. Mais même cela n'est pas vrai, car le pouvoir qu'ont certains fonctionnaires de procéder à une visite domiciliaire ne leur est pas conféré par leur qualité, mais par la loi aux dispositions de laquelle ils recherchent les infractions ; la preuve en est qu'ils commettent un détournement de procédure s'ils invoquent fallacieusement une loi pour entrer dans un domicile en quête d'infractions que réprime un autre texte (Crim. 17 déc. 1974, *JCP* 1975.II.18154, note Guérin, et 8 août 1989, *Dr. pén.* 1990, n° 133, à propos du détournement de l'ordonnance sur les prix de 1945 aux fins de découvrir des infractions fiscales).

La cour de Poitiers statuait en se référant aux textes non codifiés de la loi du 10 juillet 1976 et de ses décrets d'application. La codification du nouveau livre II du code rural par le décret du 27 octobre 1989 a-t-elle changé le droit applicable ? Et plus particulièrement, serait-il possible de soutenir que, depuis que les dispositions de la loi de 1976 sont unies par cette codification à celles qui gouvernent la chasse, les infractions aux unes et aux autres obéissent aux mêmes règles ? Cela présentait l'avantage de remédier aux lacunes de la loi de 1976 en ce qui concerne le droit de visite. On pourrait notamment dire que la protection du gibier de montagne, établie par l'article L. 224-11 (ancien art. 371-1) est un cas particulier celle qu'institue l'article L. 211-1 (art. 3 de la loi de 1976), de telle sorte que les infractions aux règlements pris en application de ces deux textes peuvent être uniformément constatées par les visites domiciliaires que permet l'article L. 228-36 (ancien art. 372 al. 8).

La solution est tentante, mais méconnaît la règle selon laquelle un décret de codification ne peut pas modifier le sens des règles légales, auparavant éparses, qu'il réunit : la Cour de cassation a ainsi jugé, précisément à propos de la première compilation du code rural, que lorsqu'un texte de pénalité et un autre d'incrimination étaient primitivement séparés, leur réunion par le décret de codification ne signifie pas que le premier sanctionne le second (Crim. 10 mars 1965, *Bull. crim.* n° 72 ; 3 mars 1982, *ibid.* n° 66). La règle, énoncée à propos du droit pénal substantiel, vaut aussi bien à propos des règles de procédure pénale, que le pouvoir exécutif n'a pas le pouvoir de formuler.

La question de ces visites domiciliaires par des fonctionnaires spécialisés s'est compliquée depuis que, leur appliquant l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a décidé qu'elles devaient être contrôlées par l'autorité judiciaire (Cons. const. Décis. n° 83-164 DC du 29 déc. 1983, *JCP* 1984.II.20160, note Drago et Decocq ; *JCP* 1985.II.20325, note Franck ; *D.* 1985.*IR*.220, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac ; *AJDA* 1984.97, note Philip ; J.-H. Robert, Les investigations des fonctionnaires investis de certaines fonctions de police judiciaire, *in Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 431). Désormais, chaque fois qu'une loi octroie de nouveaux pouvoirs aux fins de telles visites ou modifie les textes anciens qui les établissent, elle doit se conformer aux règles énoncées par le Conseil. C'est ce qu'a fait, mais sommairement, l'article 20 de la loi du 3 janvier 1992 « sur l'eau » en disposant : « Le procureur de la République est préalablement informé des opérations envisagées en vue de la recherche des infractions. Il peut s'opposer à ces opérations ».

II. – SUR LE DÉLAI DE TRANSMISSION DES PROCÈS-VERBAUX

Les lois qui habilitent des fonctionnaires à constater des infractions disposent souvent que leurs procès-verbaux doivent être communiqués au procureur de la République avant l'expiration d'un certain délai. La computation de ce délai et la sanction de son inobservation ont donné lieu à jurisprudence.

A. — *Sur la computation du délai*

La longueur du délai de communication, quand il existe, n'est pas fixée de manière uniforme et varie d'un texte à l'autre, comme pour favoriser les erreurs : tantôt trois jours (art. L. 228-33 et L. 237-5 c. rur. et art. 29 c. pr. pén.), tantôt quatre (art. L. 228-32 c. rur.), tantôt cinq (art. L. 215-6 et art. 21 al. 2 L. préc. 3 janv. 1992).

Le point de départ de calcul n'est pas non plus toujours le même : reprenant la tradition imposée aux gardes-chasse, l'article 29 du code de procédure pénale les oblige à faire leur envoi « dans les trois jours au plus tard, y compris celui où ils ont constaté le fait, objet de leur procès-verbal » ; il a été imité par l'article 30 de la loi du 10 juillet 1976 (art. L 215-6 c. rur.) qui compte son délai de cinq jours à partir de « celui où l'infraction a été constatée ». Mais les autres textes qu'on a énumérés ci-dessus retiennent pour point de départ la « clôture » du procès-verbal, notion qui n'est pas définie par le code de procédure pénale car elle est une création de la pratique et résulte d'un sens particulier donné au mot « procès-verbal » : les policiers, gendarmes et fonctionnaires ne l'emploient pas pour désigner la relation d'un acte d'investigation (perquisition, interrogatoire, saisie etc...) comme le fait le code de procédure pénale en l'appliquant aux actes du greffier du juge d'instruction (art. 92, 93, 106, 114, etc.), ils entendent par là ce que le juge regarde comme son « dossier », c'est-à-dire la réunion des écrits par lesquels ils ont relaté chacun de leurs actes d'investigation relatifs à la même affaire ; un procès-verbal ainsi compris peut donc être élaboré en plusieurs semaines ou mois et le moment de sa clôture est celui où le rédacteur le date, le signe et s'interdit par là de le modifier, d'y apporter des additions ou d'en retrancher des mentions.

En conséquence et selon la Cour de cassation, un fonctionnaire spécialement commissionné en application de l'article L. 237-1 du code rural (anc. art. 445) pour la constatation des infractions de pêche fluviale a pu valablement, dans un procès-verbal « dressé » le 23 mars 1988, relater un fait observer le 29 mars suivant dès lors que son acte ne fut clôturé que le 20 avril de la même année (Civ. 2e, 3 oct. 1990, *Bull. civ.* II, n° 181).

Par la même décision, la Haute juridiction observe que, si l'indication sur les procès-verbaux de la date de leur clôture est nécessaire, « aucune disposition légale n'impose qu'ils mentionnent la date de leur transmission au parquet », quoique l'observation du délai de trois jours, fixé par l'article L. 237-5 (anc. art. 449), soit sanctionnée de nullité. Le prévenu qui allègue ce motif de nullité devra donc obtenir la production du registre du courrier du parquet pour faire prospérer son exception. On devine évidemment que la chose n'ira pas sans difficultés pratiques dont l'une a été résolue par la cour d'appel de Paris (Paris, 4 juill. 1990, *Droit de l'environnement*, 1991.68). Il s'agissait, en l'espèce, d'un procès-verbal dont le délai « d'envoi » se compte du jour du fait constaté, conformément à l'article L. 215-6 du code rural ; la date de cette formalité n'étant pas portée sur le document, la cour accepta de la déduire du jour de son arrivée à la « section compétente du parquet » soit le 29 octobre 1987 ; comme le délai légal expirait le 26 octobre, les juges du fond présumèrent que, compte tenu des délais postaux et de ceux du tri du courrier à l'intérieur du tribunal, le rédacteur du procès-verbal avait respecté ses obligations et ils rejetèrent l'exception de nullité soulevée par le prévenu.

B. — *Sur l'effet de la nullité*

La Chambre criminelle a défini l'étendue de cette nullité à propos du dépassement du délai de trois jours fixé par l'article 29 du code de procédure pénale pour la transmission d'un procès-verbal constatant un délit de chasse (Crim. 6 nov. 1991, *Dr. pén.* 1992, n° 66). Les juges du fond (Rennes, 19 avr. 1990) avaient décidé que cette irrégularité privait l'acte de sa qualité de procès-verbal et le dépouillait de la force probante

qui résulte ordinairement de l'article 431 du code de procédure pénale mais qu'il pouvait encore être accueilli dans le débat « à titre de simple renseignements ». Et pour plus de sûreté, croyait-on, le procureur avait interroger les gardes-chasse rédacteurs du procès-verbal et recueillir leur témoignage sur les faits pour lesquels une condamnation fut prononcée. Sur pourvoi des prévenus, l'arrêt fut cassé par le motif « qu'aucun renseignement ne saurait être tiré d'un procès-verbal annulé », pas même par le moyen artificieux d'une enquête préliminaire qui ne ferait que reprendre les indications de l'acte nul.

VIII. — INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT SOCIAL

Antoine LYON-CAEN

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

1. *Délégué syndical. Entreprise de moins de 50 salariés. Heures de délégation (non). Libre circulation à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise (non)*

Pour introduire l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le *8 octobre 1991* (*Procureur général près la cour d'appel de Versailles et autres*) une brève narration suffit. Premier acte : dans une entreprise de moins de cinquante salariés, un délégué syndical est désigné. Désignation non contestée dans le délai ouvert à cette fin. L'implantation syndicale est acquise. Deuxième acte : le délégué syndical s'efforce d'exercer son mandat et il s'absente pendant ses heures de travail. Troisième acte : cet effort lui vaut une sanction disciplinaire sous la forme d'une mise à pied. Quatrième acte, judiciaire : le dirigeant de l'entreprise est poursuivi devant le juge répressif du chef d'entrave à l'exercice du droit syndical. Premiers juges et cour d'appel le relaxent, cette dernière au motif que l'article L. 412-20 du code du travail ne prévoit un crédit d'heures de délégation pour l'exercice des fonctions de délégué syndical que dans les entreprises occupant au moins cinquante salariés. Décision justifiée, conclut la Chambre criminelle qui complète la motivation de l'arrêt de relaxe : « il résulte des articles L. 412-17 et L. 412-20 du code précité que, sauf circonstances exceptionnelles, c'est seulement pendant leurs heures de délégation ou en dehors de leurs heures habituelles du travail que les délégués syndicaux peuvent se déplacer librement dans l'entreprise ou en dehors de celle-ci ».

La démonstration de la Chambre criminelle semble donc épouser la forme d'un syllogisme : comme, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, un délégué syndical ne dispose pas d'heures de délégation, comme, par ailleurs, le droit de s'absenter et la liberté de déplacement pendant les heures de travail supposent des heures de délégation, l'employeur peut sanctionner un tel délégué qui s'est absenté en cette période. Ce raisonnement est-il irrésistible ? Auscultons les textes. L'article L. 412-20 du code du travail auquel l'arrêt du 8 octobre 1991 se réfère, débute par une affirmation sans réserve : « chaque délégué syndical dispose d'un temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions ». Certes, par la suite, le texte fixe l'importance du crédit d'heures de délégation et ne mentionne pas dans l'échelle qu'il fixe en considération du nombre de salariés, les entreprises occupant moins de cinquante salariés. Mais comment aurait-il pu le faire, alors que, logique commande, le droit à une présence syndicale en la personne d'un délégué n'est pleinement reconnu qu'au delà de ce seuil? Par ailleurs le principe initial ne devrait-il pas être regardé comme fondamental et les précisions quantitatives qui le suivent comme ses modalités d'application. Quant à l'article L. 412-17 du code du travail, il semble lier la liberté de déplacement du délégué, pendant les heures de travail, à l'usage du crédit d'heures de délégation. Une autre lecture est toutefois possible (V. J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical, Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, t. 5, vol. II, 2e éd. 1984, n° 222) : l'article L.412-17 est destiné à rappeler que le délégué syndical détermine librement le moment et le lieu d'exercice du droit de se déplacer. Au point qu'il peut exercer ce droit même s'il a épuisé son crédit d'heures ou s'il n'en a pas (V. les décis. citées par J.-M. Verdier, *op. cit.* n° 222, note 415).

En somme les textes autorisent un raisonnement bâti sur des propositions radicalement inverses de celles que la Chambre criminelle semble retenir. D'abord tout délégué syndical doit pouvoir disposer du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions. D'autre part et surtout la liberté de se déplacer et son exercice sont indépendants du droit à un crédit d'heures (V. J.-M. Verdier, *op. cit.* n° 205), ce qu'avait souligné le procureur général près la cour d'appel de Versailles dans le pourvoi qu'il avait formé contre la décision de relaxe. L'arrêt du 8 octobre 1991 conduit, au fond, à voir dans le crédit d'heures de délégation, un crédit de temps ou de fonction, alors que tout est là, dans le système français pour l'analyser en un crédit de rémunération (V. J.-M. Verdier, *op. cit.* n° 213). L'arrêt, qui clôt le quatrième acte de cette brève pièce sociale et judiciaire, annonce peut-être un cinquième acte : l'impuissance d'un délégué syndical, valablement désigné, mais dépourvu des moyens élémentaires requis pour l'exercice de ses fonctions.

Le résultat atteint n'est guère opportun. C'est le moins que l'on puisse dire. Il est d'autant moins heureux que, pour raison de rédaction différente des textes, et notamment d'une absence de mention du nombre de salariés de l'entreprise dans les textes relatifs aux crédits d'heures des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise, le droit de s'absenter et la liberté de circulation ne sauraient être déniés ni aux premiers ni aux seconds, lors même qu'ils auraient été élus dans des entreprises de moins de dix salariés ou de moins de cinquante salariés.

2. *Représentant du personnel. Statut protecteur. Liquidation judiciaire. Reprise de l'activité. Licenciement irrégulier. Réintégration. Article 227 de la loi du 25 janvier 1985. Article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail*

En l'un de ses arrêts du *15 octobre 1991* (*Syndicat Hacuitex CFDT d'Amiens et autres*, non encore publié), la Chambre criminelle livre deux formules d'une grande importance pour la protection des représentants du personnel.

A l'origine des poursuites se trouve un refus de réintégration de représentant du personnel licenciés moyennant une autorisation administrative, par la suite annulée par le ministre du Travail. Pareil refus constitue une entrave. Et l'arrêt du 15 octobre 1991 ne présenterait cependant aucune originalité si les circonstances n'avaient recelé quelques facteurs de complexité. Tout d'abord l'employeur était une société en liquidation judiciaire dont tout le personnel avait été licencié. D'autre part, l'actif avait, ensuite, été repris et l'activité poursuivie par une autre société qui avait procédé au réembauchage d'une partie du personnel, sans toutefois y inclure certains représentants du personnel. Or, après la décision des juges consulaires d'admettre le dirigeant de cette nouvelle société à reprendre l'actif — les fondements de cette décision ne sont pas précisés — le ministre du Travail annulait l'autorisation de licenciement des représentants du personnel.

Deux questions étaient alors soulevées auxquelles la Chambre criminelle répond.

a) Première question : la protection spéciale des représentants du personnel contre le licenciement est-elle applicable en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise ?

Force est de se référer à l'article 227 de la loi du 25 janvier 1985 qui a complété, dans des termes identiques, les articles L. 412-18, L. 425-1 et L. 436-1 du code du travail : « en cas de redressement judiciaire tout licenciement d'un salarié mentionné aux précédents alinéas est soumis à la procédure définie au présent article ». De cette rédaction, certains se sont parfois emparés pour prétendre que la procédure particulière, instituée en cas de licenciement d'un représentant du personnel, n'a point à être suivie dans la phase de liquidation judiciaire. Cette prétention est comdamnée avec netteté par la Chambre criminelle : « il résulte de l'article 227 de la loi du 25 janvier 1985 ... que les dispositions de protection prévues par ce texte pour le licenciement de salariés mentionnés aux articles L. 412-18, L. 425-1 et L. 436-1 du code du travail s'appliquent à

toutes les phases de la procédure instituée par ladite loi ». De cette interprétation, qui assure l'application de la procédure spéciale dans la phase de liquidation judiciaire, on retiendra les trois principaux mérites. Elle est, en premier lieu, source d'harmonie entre la Chambre criminelle et la Chambre sociale (V. Soc. 9 oct. 1991, *D.* 1991.*IR.*245) qui paraissent, en l'occasion, avoir voulu marcher à l'unisson. En deuxième lieu, la Chambre criminelle cultive sa meilleure tradition. En effet, sous l'empire du droit antérieur à la loi du 25 janvier 1985, elle veillait, de façon fort heureuse, à ce que la protection spéciale soit respectée tant que l'entreprise défaillante continue d'exister et que subsiste une incertitude sur son sort (V. Crim. 4 nov. 1982, *D.* 1983.*IR.*113 ; rappr. Crim. 20 oct. 1987, *Jurisp. soc. UIMM*, n° 503, p. 240, *Act. jur. CFDT* n° 69, p. 19). L'existence d'une liquidation de biens n'était donc pas exclusive de la protection spéciale des représentants du personnel. Enfin la formule utilisée dans l'arrêt du 15 octobre 1991 prend un parti également heureux sur la conception générale de la procédure instituée et organisée par la loi du 25 janvier 1985 : elle y voit une procédure en plusieurs phases et non pas plusieurs procédures parallèles, ce qui justifie à ses yeux une interprétation constructive de l'article 227 de la loi.

b) Surgit alors une seconde question : en cas de reprise d'actif et de poursuite d'activité (dans la phase de liquidation judiciaire), la continuité des contrats de travail est-elle assurée et à quelles conditions ? Au-delà de cette question, ce qui est en jeu, c'est l'obligation de réintégration du repreneur dans l'hypothèse d'un licenciement irrégulier d'un représentant du personnel. L'arrêt du 15 octobre 1991 dissipe l'incertitude qu'entretenaient des orientations apparemment différentes de la Chambre sociale et de la Chambre criminelle. La première, dans un arrêt du 28 mars 1989 (*Bull. civ.* V, n° 263, p. 154), avait admis le transfert de plein droit des contrats de travail de représentants du personnel au cessionnaire du fonds de commerce d'une société en liquidation de biens. Mais cet arrêt, rendu sous l'empire du droit antérieur à la loi du 25 janvier 1985, conservait-il son actualité ? Et puis, l'hypothèse litigieuse était, à sa façon, trop simple pour donner assise à une doctrine générale : la cession de fonds de commerce avait été autorisée une semaine après le jugement de liquidation de biens et il ne fait aucun doute qu'une telle opération constitue un changement d'employeur au sens de l'article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail.

De son côté, la Chambre criminelle, également sous l'empire du droit antérieur à la loi du 25 janvier 1985, avait décidé que les salariés, investis d'une fonction représentative, ne pouvaient se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2 à l'encontre du « repreneur », lorsqu'ils avaient été licenciés antérieurement à la reprise, sauf à démontrer que l'opération « a eu pour but ou pour effet de faire fraude à leurs droits » (Crim. 21 févr. 1990, *Jurisp. soc. UIMM*, n° 528, p. 239). La portée de cette dernière réserve était énigmatique, et surtout ce même arrêt ne mettait pas en cause la justification essentielle des juges du fond selon lesquels le régime protecteur des représentants du personnel était écarté en cas de licenciement de l'intégralité du personnel.

L'arrêt du 15 octobre 1991 apporte une clarté apaisante : « en cas d'annulation de l'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé, le contrat de travail d'un tel salarié se trouve transféré au repreneur de l'entreprise en application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail ».

Et, en contemplation de cette formule, la Chambre criminelle peut censurer la décision qui ne retient pas la responsabilité pénale du dirigeant de la nouvelle société « alors ... qu'avait été mise en évidence l'existence d'une continuité dans l'exploitation de l'entreprise » : il en résultait une obligation de réintégration à la charge du cessionnaire.

IX. — PROCÉDURE PÉNALE

André BRAUNSCHWEIG

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

1. *INSTRUCTION. Chambre d'accusation. Nullités de l'information. Requête du procureur de la République*

Dans une information suivie contre plusieurs personnes des chefs notamment, d'abus de confiance, faux et usage, le conseil de l'un des inculpés a dénoncé un certain nombre de nullités susceptibles d'affecter la procédure et le procureur de la République a alors saisi la chambre d'accusation comme le lui permet l'article 171 du code de procédure pénale. Dans sa requête aux fins d'annulation il a énuméré, en les analysant, les différents actes d'instruction critiqués par l'inculpé puis il a conclu « à ce qu'il soit statué sur la validité de ces actes ».

Interprétant de curieuse manière cette formule, la chambre d'accusation a déclaré cette requête irrecevable au motif « qu'elle ne proposait aucun moyen de nullité mais tendait, au contraire, à faire constater que la procédure n'était entachée d'aucune nullité » ... !

La Chambre criminelle a cassé cette décision en estimant, dans un arrêt prononcé le 14 novembre 1991 (*Bull. crim.* n°...) qu'en statuant ainsi, alors que la requête du procureur de la République précisait les actes critiqués, les juges ont méconnu le principe selon lequel le juge d'instruction et le procureur de la République peuvent saisir la chambre d'accusation en application de l'article 171 du code de procédure pénale, pour lui déférer des actes d'instruction qu'ils estiment susceptibles d'être entachés de nullité.

Rappelons que la seule restriction qu'a apportée la Cour de cassation dans des arrêts précédents (Crim. 21 mars 1989, *Bull. crim.* n° 139 ; 9 oct. 1990, *Bull. crim.* n° 336) est la suivante : la chambre d'accusation, saisie en application de l'article 171 par le procureur ou le juge en vue d'annulation d'actes de l'information, ne peut statuer que sur la validité des actes qui lui sont déférés et de ceux qui en découlent. Et c'est bien en tenant compte de cette jurisprudence qu'en l'espèce, la Chambre criminelle prend soin de relever que la requête « précisait les actes critiqués ».

En tout état de cause, on ne peut que s'étonner de l'interprétation du sens de ladite requête faite par la chambre d'accusation. Si le procureur en effet, utilisait les dispositions de l'article 171 c'est de toute évidence, qu'il estimait, quelle que fût son appréciation personnelle des observations présentées par la défense, que la réponse devait être apportée par la chambre d'accusation.

2. *INSTRUCTION. Mineurs. Actes urgents. Saisine du juge d'instruction du siège du tribunal pour enfants*

Un mineur s'est trouvé mis en cause parmi diverses personnes impliquées dans un vol avec effraction commis à Lisieux. Bien que le tribunal pour enfants du département du Calvados ait son siège à Caen, le procureur de la République de Lisieux, compétent en vertu de l'article 43 du code de procédure pénale, a saisi le juge d'instruction de son tribunal afin qu'il procède à tous actes urgents d'information, ainsi que le prévoit l'alinéa 3 de l'article 7 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifiée. Conformément à ces disposi-

tions le juge, après avoir exécuté les actes exigés par l'urgence, a rendu une ordonnance de dessaisissement au profit du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Caen. Les actes accomplis ensuite par ce magistrat ont été considérés comme parfaitement valides par la chambre d'accusation, saisie d'une demande en annulation formulée par le procureur de la République de Caen qui estimait que le juge n'avait pu valablement continuer à informer dès lors qu'il ne l'avait pas saisi d'un nouveau réquisitoire introductif.

Le procureur général près la cour d'appel de Caen a néanmoins formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre d'accusation en soutenant que « placé dans la Section I : Dispositions générales, du chapitre I du Titre III du code de procédure pénale, l'article 80 qui dispose que le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire introductif du procureur de la République, a une portée générale ».

La Chambre criminelle a écarté ce moyen après avoir déclaré qu'il avait été procédé « conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 7 de l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante, lequel prévoit, dans les plus brefs délais, le dessaisissement du juge d'instruction saisi, entre les mains de son collègue du siège du tribunal pour enfants, seul compétent ». Estimant qu'il n'y avait donc eu aucune violation des dispositions de l'article 80 du code de procédure pénale, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du procureur général le 26 juin 1991 (*Bull. crim.* n° 281).

3. *CHAMBRE D'ACCUSATION*

a) Détention provisoire - Comparution personnelle de l'inculpé - Délai pour statuer

Dans notre précédente chronique (cette *Revue*, 1992.117) nous avons cité un arrêt de la Chambre criminelle du 30 mai 1991 (*Bull. crim.* n° 230) portant sur le délai imparti à la chambre d'accusation lorsque l'inculpé demande à comparaître personnellement. Deux décisions rendues au cours des mois suivants concernent d'autres aspects de la même question.

Rappelons d'abord que lorsque l'inculpé présente une demande de comparution personnelle en même temps que sa déclaration d'appel, le délai imparti à la chambre d'accusation pour statuer est porté, aux termes de l'article 199 du code de procédure pénale de quinze à vingt jours. La durée de ce délai est alors irrévocablement fixée et ne saurait être modifiée par un revirement de volonté du requérant. C'est ce que vient de répéter la Chambre criminelle dans un arrêt du 25 juin 1991 (*Bull. crim.* n° 274) confirmant une précédente décision du 8 novembre 1990 (*Bull. crim.* n° 375) qui avait déjà déclaré que la renonciation ultérieure de l'appelant à se prévaloir des dispositions de l'article 199 précité, est dépourvue d'incidence sur la durée du délai.

De même la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 10 juillet 1991 (*Bull. Crim.* n° 296) a précisé que le délai est prolongé de cinq jours, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la chambre d'accusation siège en Chambre du conseil comme le prescrit le 1er alinéa de l'article 199 du code de procédure pénale ou en audience publique, comme l'inculpé, usant de la dérogation prévue par le même article, peut le demander dès l'ouverture des débats.

b) Appel d'une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté - Notification à l'inculpé de la date d'audience

Inculpé de trafic de stupéfiants K. a fait appel d'une ordonnance du juge d'instruction rejetant sa demande de mise en liberté, et l'affaire a été fixée à l'audience de la chambre d'accusation du 25 juin 1991 à 9 heures. Or, l'avis qui a été adressé à l'inculpé par l'intermédiaire du chef d'établissement pénitentiaire et lui notifiant la date de cette audience, n'a été reçue et enregistrée au greffe de la maison d'arrêt que dans la journée du 25 juin 1991. Bien que personne ne se soit présenté pour K. à l'audience, la chambre

d'accusation a statué sur l'appel dont elle était saisie, en confirmant l'ordonnance de rejet.

La Chambre criminelle estime qu'il y a eu là atteinte aux droits de la défense et que la cassation est encourue. Dans son arrêt du 28 octobre 1991 (*Bull. crim.* n° ...) elle déclare que les prescriptions de l'article 197 du code de procédure pénale sont essentielles aux droits des parties et doivent être observées à peine de nullité. Ces prescriptions en effet, ont pour objet de mettre en temps voulu les parties et leur conseil en mesure de prendre connaissance du dossier, de produire leurs mémoires, et, pour les conseils, de solliciter l'autorisation de présenter des observations sommaires à l'audience.

4. *JURIDICTIONS CORRECTIONNELLES. Droits de la défense. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Circonstance aggravante de récidive. Information du prévenu*

Poursuivi du chef de tentative de vol aggravé, Didier J. a été condamné le 21 mars 1991 à 2 ans d'emprisonnement par une cour d'appel dont l'arrêt énonce que le prévenu était « en état de récidive légale pour avoir été définitivement condamné ... une première fois à une année d'emprisonnement le 23 décembre 1985 pour vol simple ... et une seconde fois le 7 septembre 1987 à 8 mois de la même peine pour vol à l'aide d'une escalade et vol simple ... ».

Or, saisie d'un pourvoi formé par l'intéressé, la Chambre criminelle a constaté qu'il ne résultait d'aucune mention de cet arrêt que le prévenu, qui n'était pas assisté d'un conseil, ait été mis en mesure de s'expliquer sur cette circonstance aggravante, laquelle n'était pas visée à la prévention. La Cour de cassation, statuant le 2 juillet 1991 (*Bull. crim.* n° 290) a estimé qu'il y avait là violation des articles 58 du code pénal et 593 du code de procédure pénale, mais aussi des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et relevant d'office le moyen, a cassé l'arrêt attaqué.

Cette décision est conforme à l'arrêt de cassation que la Chambre criminelle a prononcé le 22 juin 1983 (*Bull. crim.* n° 193) dans un cas similaire et complète les deux arrêts de rejet qu'elle a rendus le 9 juillet 1980 (*Bull. crim.* n° 222) et le 13 novembre 1980 (*Bull. crim.* n° 299) dans deux espèces où le prévenu n'avait pas été informé en première instance d'une circonstance aggravante (tel l'état de récidive dans la seconde affaire) mais avait eu la possibilité en appel, de se défendre soit lui-même, soit en la personne de son conseil qui le représentait, de l'extension de la prévention.

Il est intéressant de noter que les cassations prononcées par les deux derniers arrêts sont en partie fondées sur la violation des articles 6 et 13 de la Convention européenne, et que l'arrêt du 2 juillet 1991 précise que s'il est vrai que Didier J. n'a été condamné qu'à 2 ans d'emprisonnement, peine inférieure au maximum fixé par l'article 382 du code pénal, la constatation de l'état de récidive toutefois, non soumise au débat contradictoire, a exercé une influence sur l'application de la peine et a ainsi préjudicié au demandeur.

5. *CASSATION. Chambre d'accusation. Arrêt de renvoi en cour d'assises. Dossier incomplet*

Dans une procédure criminelle les accusés ont formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre d'accusation les renvoyant devant la cour d'assises. Or, en examinant ce pourvoi, la Chambre criminelle a constaté que le dossier qui lui était soumis ne comprenait, en ce qui concerne l'information effectuée par le juge d'instruction, que des copies des actes établis, dont certaines n'étaient pas certifiées conformes dans les conditions prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 81 du code de procédure pénale. En outre, ne figurait dans ce dossier, soit en original, soit en copie, aucun des actes prévus par les articles

175, 181 et 183 du même code ! Pour ne citer que quelques uns de ces actes, rappelons qu'il s'agit pourtant de l'ordonnance de soit-communiqué du juge d'instruction, du réquisitoire définitif du parquet, de l'ordonnance de transmission de pièces au procureur général !

Aussi, la Cour de cassation a-t-elle relevé d'office un moyen pris de la violation des articles 586 et 587 du code de procédure pénale qui prescrivent les diligences que doit accomplir le greffier, dans un délai de vingt jours à dater de la déclaration de pourvoi, pour mettre le dossier en état et le remettre au magistrat du ministère public qui l'adresse immédiatement au procureur général près la Cour de cassation.

Dans son arrêt du 24 juillet 1991 (*Bull. crim.* n° 305) la Chambre criminelle a conclu qu'elle n'était pas en mesure de contrôler si la chambre d'accusation, comme l'article 206 du même code lui en fait obligation, a tiré toutes les conséquences découlant de l'examen qu'il lui appartenait de faire de la régularité de la procédure. Elle a donc cassé en toutes ses dispositions l'arrêt attaqué, et a renvoyé la cause et les parties devant la même chambre d'accusation, mais autrement composée.

6. *PEINES. Sursis. Obligation d'accomplir un travail d'intérêt général*

Bien que régulièrement cité, T. n'a pas comparu le 9 mai 1989 à l'audience du tribunal correctionnel, et a été condamné par jugement déclaré contradictoire en application de l'article 410 du code de procédure pénale, à la peine de 8 jours d'emprisonnement pour vol. Après avoir été saisi conformément aux dispositions de l'article 747-8 du même code, par le juge de l'application des peines et statuant par jugement contradictoire du 24 janvier 1990, le tribunal a converti la peine de T. en celle de quinze jours d'emprisonnement avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général d'une durée de 78 heures et ce, avec exécution provisoire.

Sur ordre du ministre de la Justice, le procureur général près la Cour de cassation a formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre ce jugement et la Chambre criminelle, se prononçant le 25 juin 1991 (*Bull. crim*, n° 276), a cassé la décision pour violation de l'article 747-8 précité. Le tribunal en effet, ne pouvait, aux termes de ce texte, qu'assortir le sursis qu'il ordonnait, de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, sans modifier la durée d'emprisonnement infligée par le jugement de condamnation initial. La Cour de cassation a donc conclu qu'en statuant comme ils l'ont fait les juges ont excédé leur pouvoir.

7. *FRAIS DE JUSTICE. Examen médico-psychologique. Expertise pratiquée par un psychologue*

Chargé par un juge d'instruction de procéder à une expertise psychologique, le sieur E. psychologue, après avoir déposé son rapport, a réclamé les honoraires que prévoit l'article R. 117-8° du code de procédure pénale pour un examen médico-psychologique, et le magistrat instructeur a taxé son mémoire à la somme demandée. Sur recours du procureur de la République la chambre d'accusation a confirmé l'ordonnance de taxe après avoir relevé que le psychologue « a procédé dans les mêmes conditions qu'un expert qui aurait été chargé d'une expertise médico-psychologique » et qu'il convenait donc de retenir le tarif prévu pour ce type d'expertise.

Le procureur général près la cour d'appel a formé un pourvoi contre cette décision en soutenant qu'elle avait été prise en violation de l'article R. 117 du code de procédure pénale. Statuant le 19 novembre 1991 (l'arrêt sera publié) la Chambre criminelle lui a donné raison en rappelant qu'il résulte des articles 81 et D. 23 à D. 26 du code de procédure pénale que le soin de procéder à un examen médico-psychologique ne peut être

confié qu'à un médecin, lequel est seul en droit de prétendre aux honoraires prévus par l'article R. 117-8° du code de procédure pénale.

Etaient en effet applicables, en l'espèce, les dispositions de l'article R. 117-7°, qui prévoient un tarif différent selon que l'expertise psychologique est pratiquée par un médecin ou par un psychologue agréé. La chambre d'accusation ayant méconnu ces principes, la cassation était encourue, et l'affaire a été renvoyée devant la chambre d'accusation d'une autre cour d'appel.

Si le motif de cette cassation peut paraître à première vue bien dérisoire, la décision de la Chambre criminelle n'en présente pas moins de l'intérêt dans la mesure où elle met l'accent sur la nécessité absolue de respecter les termes de l'article 81, en confiant un examen médico-psychologique à un médecin et non à un psychologue, comme elle l'avait déjà rappelé dans un arrêt de cassation rendu le 25 janvier 1978 (*Bull. crim.* n° 33).

8. *INFRACTION MILITAIRE. Juridiction spécialisée en matière militaire. Comparution immédiate*

Alors qu'il était militaire, B. ayant refusé d'obéir à l'ordre que lui donnait son supérieur de revêtir l'uniforme et de porter les armes, fait prévu et réprimé par l'article 447 du code de justice militaire, a été poursuivi selon la procédure de comparution immédiate, devant le tribunal correctionnel compétent, en application des articles 697 et 697-1 du code de procédure pénale, pour juger une telle infraction.

Devant la cour d'appel le prévenu a soutenu que ladite procédure était inapplicable en matière d'infractions dont la poursuite est prévue par une loi spéciale, comme c'est le cas pour les infractions de nature militaire, et que par voie de conséquence, le mandat de dépôt décerné contre lui alors que la comparution immédiate était nulle, était également nul.

Rejetant l'exception tirée d'une prétendue nullité commise en première instance, les juges d'appel ont condamné l'intéressé pour refus d'obéissance à un an d'emprisonnement dont huit mois avec sursis et mise à l'épreuve, et ont ordonné son maintien en détention, après avoir relevé que la procédure de comparution immédiate avait été régulièrement appliquée, le tribunal ayant statué, en ce qui concerne la détention, conformément aux dispositions de l'article 397-4 du code de procédure pénale.

A l'appui du pourvoi qu'il a formé contre cette décision B. a présenté un moyen reprenant les griefs développés devant la cour d'appel et prétendant en outre, que celle-ci ne pouvait user des pouvoirs de l'article 464-1 du même code pour prolonger sa détention. La Chambre criminelle, estimant que la cour d'appel a donné une base légale à sa décision, a rejeté ce pourvoi le 26 juin 1991 (*Bull. crim.* n° 280).

La Cour de cassation, en effet, déclare d'une part, qu'il se déduit des dispositions de l'article 698 du code de procédure pénale que la procédure de comparution immédiate prévue par les articles 395 et suivants dudit code, est applicable aux infractions militaires dont les juridictions de droit commun connaissent en application des articles 697 et suivants du même code ; que d'autre part, lesdites juridictions peuvent, en ce cas, ordonner par décision spécialement motivée, conformément à l'article 397-4, le placement ou le maintien en détention lorsque le prévenu est condamné à un emprisonnement sans sursis.

Cet arrêt a le mérite de bien souligner que selon l'article 698 précité, les infractions relevant de la compétence de ces juridictions sont instruites et jugées normalement selon les règles du code de procédure pénale, sous réserve des dispositions particulières édictées par les articles 698-1 à 698-8. Est donc applicable toute règle de procédure qui ne figure pas parmi les règles spécifiques contenues dans ces articles.

B. – CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1er octobre au 31 décembre 1991)

I. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

.....

II. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

1. *Lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants*

En application de la loi du 12 juillet 1990 et du décret du 13 février 1991, un *arrêté du 25 septembre 1991* (*JO* 3 oct. 1991, p. 12888) précise les obligations de vérification d'identité à respecter par les entreprises d'assurance et de capitalisation (art. A. 310-1 à 310-3 nouveaux c. assur.).

2. *Entrée et séjour en France des étrangers*

a) Un *décret n° 91-1019 du 1er* octobre 1991 (*JO* 6 oct. 1991, p. 13086) prévoit qu'en cas d'étranger autorisé à séjourner en France sous couvert d'un titre de voyage revêtu d'un visa pour un séjour n'excédant pas trois mois, ce visa peut être abrogé (*sic*) si l'étranger exerce une activité lucrative sans y avoir été régulièrement autorisé. Ce retrait est toutefois subordonné à l'existence d'indices concordants permettant de présumer que l'intéressé est venu en France pour s'y établir, ou à un trouble de l'ordre public par son comportement.

Le retrait est l'oeuvre du préfet du département de séjour de l'intéressé ou du lieu de contrôle de sa situation.

b) Un *décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991* (*JO* 14 nov. 1991, p. 14823) pris en application de l'article 20 de la loi du 2 août 1989, fixe les conditions du recours contre les décisions de maintien d'un étranger dans des locaux ne relevant pas l'administration pénitentiaire.

Le président du tribunal de grande instance compétent pour statuer sur le maintien est celui du tribunal dans le ressort duquel l'étranger est maintenu. Ce magistrat est saisi par une simple requête émanant du préfet (ou du préfet de police à Paris), qui a pris la décision de maintien. Cette requête est motivée, datée et signée et accompagnée de toutes pièces justificatives utiles ; elle doit être déposée au greffe du tribunal, avant l'expiration du délai de 24 heures prévu à l'article 35 *bis* alinéa 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (un timbre indique l'heure et la date d'arrivée).

Dès la réception de la requête, le président du tribunal fixe l'heure de l'audience (avis en est donné aussitôt, par le greffier au préfet, au procureur de la République, à l'étranger et à son avocat, s'il en a un). Il avise l'étranger de son droit de choisir un avocat et en fait désigner un d'office, sur la demande de l'étranger (art. 4). Les pièces jointes à la requête peuvent être consultées par l'avocat ou par l'étranger lui-même, assisté éventuellement d'un interprète, avant l'ouverture des débats.

A l'audience, ce représentant du préfet est entendu par le juge ; il en est de même de l'étranger (sauf s'il ne se présente pas, bien que dûment convoqué), et de son avocat (un interprète peut être désigné sur demande de l'étranger). Le ministère public peut faire connaître son avis.

L'ordonnance du président est rendue sans délai. Elle est notifiée sur place aux parties présentes à l'audience, qui en accusent réception. Le délai d'appel (24 heures) est indiqué aux parties présentes (art. 7).

L'appel est porté devant le premier président de la cour d'appel, saisi par une déclaration motivée faite ou remise au greffe du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel. La déclaration est enregistrée avec mentions de la date et de l'heure.

Le dossier est alors immédiatement transmis au greffe de la cour d'appel (art. 10). Le greffier informe toutes personnes qui auraient eu qualité pour faire appel de la date de l'audience. Le préfet et l'étranger peuvent demander à être entendus à l'audience.

Le premier président doit statuer dans les quarante-huit heures de sa saisine (art. 11). L'ordonnance est notifiée dans les trois jours par le greffier à l'étranger, à son conseil ainsi qu'au préfet, par lettre recommandée avec avis de réception. Elle est communiquée dans le même délai au ministère public.

Si elle n'est pas susceptible d'opposition, la décision peut, en revanche, être frappée de pourvoi en cassation, dans un délai de 10 jours. Ce recours est ouvert à l'étranger, au préfet et au ministère public. Il est formé par déclaration écrite ou verbale que la partie ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial, fait, remet ou adresse par pli recommandé soit au greffe de la cour d'appel ayant rendu la décision attaquée, soit au greffe de la Cour de cassation. La déclaration doit contenir, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, un énoncé des moyens de cassation invoqués et être accompagnée d'une copie de la décision attaquée.

Le greffier enregistre la déclaration, mentionne la date à laquelle le pourvoi est formé et délivre ou adresse un récépissé de la déclaration. Il informe les autres parties de ce pourvoi (art. 14).

Le dossier est transmis au greffe de la Cour de cassation dans les meilleurs délais. Le défendeur dispose d'un délai de deux mois pour remettre ses observations en réponse, le greffier devant notifier une copie par lettre simple au demandeur. Le pourvoi est dispensé du ministère d'avocat. S'il est fait choix d'un avocat, la notification de la copie du mémoire peut être faite à cet avocat, ou au besoin par voie de notification entre avocats (art. 17).

Le décret indique enfin que les délais des articles 11, 12 et 16 sont calculés et prorogés conformément aux dispositions des articles 640 à 642 du nouveau code de procédure civile.

c) Un *décret n° 91-1305 du 24 décembre 1991* (*JO* 27 déc. 1991, p. 16995) institue un document de circulation pour étranger mineur. Ce document est délivré au mineur dont l'un au moins de ses parents est titulaire de la carte de résident ou de la carte de séjour temporaire et qui a été autorisé à séjourner en France, au titre du regroupement familial, ou est entré en France avant le 7 décembre 1984.

Il est aussi délivré au mineur ayant le statut de réfugié, à celui qui justifie de trois ans de résidence régulière en France, à celui qui justifie d'une résidence habituelle d'au moins six ans en France, après avoir atteint l'âge de dix ans ou à celui qui est entré sous couvert d'un visa de séjour supérieur à trois mois.

La validité de ce document est de trois ans, sans pouvoir dépasser la date limite de validité du titre de séjour des parents résidant en France. Il peut être renouvelé, si les conditions requises sont réunies. Dans certains cas précisés par le décret (art. 4), il ne peut être délivré de document de circulation.

3. *Automobile*

a) Un *décret n° 91-1021 du 4 octobre 1991* (*JO* 6 oct. 1991, p. 13088) porte désignation d'un organisme technique central du contrôle technique des véhicules. Un arrêté du même jour (*JO* 6 oct. 1991, p. 13092) fixe les modalités de financement de cet organisme technique.

b) Un *arrêté du 18 septembre 1991* (*JO* 8 oct. 1991, p. 13161) modifie un arrêté du 29 juillet 1970 sur les caractéristiques et les conditions d'utilisation des pneumatiques des véhicules automobiles.

c) Un *arrêté du 19 septembre 1991* (*JO* 8 oct. 1991, p. 13161) a trait à l'homologation des rétroviseurs des véhicules à moteur à deux roues. Un autre *arrêté du 20 septembre 1991* (*JO* 8 oct. 1991, p. 13162) modifie un arrêté du 20 novembre 1989 sur les rétroviseurs des véhicules.

d) Un *décret du 7 octobre 1991* (*JO* 11 oct. 1991, p. 13357) permet à titre transitoire, la seule possession du permis « B » pour la conduite de véhicules de gendarmerie et de la police nationale dont le poids n'excède pas 3,5 tonnes et qui sont aménagés pour le transport de dix personnes au maximum non compris le conducteur (art. R. 126 al. 3 c. route).

Le permis « B » n'autorise la conduite des taxis, voitures de remise, voitures d'ambulance, véhicules affectés au ramassage scolaire, et des véhicules affectés au transport public des personnes que s'il est accompagné d'une attestation délivrée par le préfet, après vérification médicale de l'aptitude physique du titulaire.

e) Un *arrêté du 30 octobre 1991* (*JO* 20 nov. 1991, p. 15124) soumet à immatriculation les « voiturettes » (cyclomoteurs carrossés à plus de deux roues), à compter du 1er mars 1992.

Pour les véhicules mis en circulation avant le 1er mars, l'immatriculation sera faite sous forme simplifiée, au vu d'un document d'identification du véhicule et d'une pièce attestant l'origine de propriété. Le numéro d'immatriculation devra être reproduit à l'arrière du véhicule, sur une plaque identique aux véhicules automobiles, la plaque avant étant facultative. Le dispositif d'éclairage de la plaque est facultatif.

f) Un *arrêté du 4 novembre 1991* (*JO* 20 nov. 1991, p. 15125) concerne les conditions de délivrance et de validité des permis de conduire (nécessité d'un examen médical périodique pour les titulaires des permis C, D et E, pour ceux qui conduisent des véhicules aménagés en fonction de leur handicap et pour les conducteurs de taxis, voitures de remise, ambulances, véhicules affectés au ramassage scolaire, véhicules affectés au transport public de personnes et pour les enseignants de la conduite.

g) Un *arrêté du 15 novembre 1991* (*JO* 29 nov. 1991, p. 15588) supprime le paragraphe 4 de l'annexe à l'arrêté du 31 juillet 1975, introduite par un arrêté du 4 juillet 1984 (modalités pratiques de l'examen du permis A et du permis AL).

h) Un *arrêté du 8 novembre 1991* (*JO* 3 déc. 1991, p. 15791) modifie l'arrêté du 5 novembre 1984 sur l'immatriculation des véhicules. En cas de véhicules soumis à visite technique, la délivrance d'un certificat d'immatriculation est subordonnée à la fourni-

ture d'une preuve que le véhicule répond bien aux conditions requises par les articles 1 à 11 de l'arrêté du 18 juin 1991.

i) Un *arrêté du 4 novembre 1991* (*JO* 7 déc. 1991, p. 16025) modifie la liste des incapacités physiques incompatibles avec l'obtention ou le maintien du permis de conduire (normes de l'art. 1er de l'Arr. du 4 oct. 1988 pour les enseignants de la conduite automobile, les conducteurs de taxis, ambulances, véhicules de ramassage scolaire, etc.).

j) Deux *arrêtés des 5 et 6 décembre 1991* (*JO* 13 déc. 1991, p. 16292) ont trait à l'homologation des dispositifs de retenue pour enfants et à ces systèmes de retenue pour les enfants transportés à bord des véhicules automobiles.

Un autre *arrêté du 27 décembre 1991* (*JO* 29 déc. 1991, p. 17189) précise les conditions d'utilisation des systèmes de retenue pour enfants. Pour les enfants de moins de dix ans, un tel système homologué et adapté à la taille et au poids de l'enfant est obligatoire en circulation à l'arrière, l'utilisation de système de retenue est obligatoire ainsi que le port de la ceinture de sécurité pour les adultes. Toutefois, l'utilisation n'est pas obligatoire en cas de contre-indication médicale (attestée par un certificat médical) ou de transport en taxi ou dans un véhicule affecté au transport public de personnes.

Quant à la nécessité de placer à l'arrière les enfants, elle ne joue pas quand le véhicule n'a pas de sièges arrière, ou quand les sièges sont inutilisables (voitures commerciales). Il en est de même quand toutes les places arrière sont occupées par des enfants (familles nombreuses) ou quand il s'agit de transports en commun de personnes.

Un *décret n° 91-1321 du 27 décembre 1991* (*JO* 29 déc. 1991, p. 17187) modifie en conséquence le code de la route. De nouvelles dispositions sont insérées dans l'article R. 53-1 alinéas 3 et 4. Le port de la ceinture de sécurité est obligatoire pour les conducteurs et les passagers des véhicules d'un poids total autorisé en charge n'excédant pas 3,5 tonnes, les enfants de moins de dix ans devant être pourvus d'un système de retenue adapté à leur taille. Le conducteur doit s'assurer que, en circulation, tous les passagers de moins de 13 ans sont retenus par un système adapté ou par une ceinture de sécurité.

L'article R. 233 dernier alinéa, est modifié, afin que chaque infraction à l'une des dispositions de l'article R. 53-1 soit punie d'une amende correspondant à la 2e classe des contraventions.

4. *Fraudes et falsifications*

a) Un *décret n° 91-1039 du 7 octobre 1991* (*JO* 11 oct. 1991, p. 13344) modifie le décret du 15 avril 1912 pris pour l'application de la loi du 1er août 1905. Il a pour objet d'interdire à la vente, dans le domaine des produits alimentaires, les gyromitres fausses morilles.

b) Un *décret n° 91-1027 du 13 septembre 1991* (*JO* 23 oct. 1991, p. 13872) modifie un décret du 14 août 1985 relatifs aux confitures, gelées et marmelades de fruits et produits similaires.

c) Un *décret n° 91-1163 du 12 novembre 1991* (*JO* 14 nov. 1991, p. 14819) porte application au commerce des produits en fourrure de la loi du 1er août 1905, notamment en ce qui concerne l'étiquetage et la dénomination.

5. *Soldes périodiques*

Un *décret n° 91-1068 du 16 octobre 1991* (*JO* 18 oct. 1991, p. 13656) pris, pour l'application de la loi du 30 décembre 1906 précise que la date du début de la période des

soldes périodiques est fixée par arrêté préfectoral, après consultation des organisations professionnelles concernées, des chambres de commerce, des chambres des métiers et du comité départemental de la consommation.

Une *circulaire du 30 octobre 1991* (*BOCC* 26 nov. 1991, p. 324) précise les conditions d'application du dispositif législatif et réglementaire désormais en vigueur. Le contrôle du respect de la loi incombe aux officiers et agents de police judiciaire et aux agents de la direction générale de la concurrence, en vertu des dispositions de l'article 9 de la loi du 31 décembre 1989.

Il est rappelé, en outre, que l'utilisation irrégulière du mot « solde » expose aux sanctions des articles 2 et 3 de la loi de 1906, lesquelles comprennent la confiscation. Aussi il conviendrait, pour permettre le prononcé de cette peine, que les agents verbalisateurs établissent un inventaire des marchandises irrégulièrement offertes à la vente.

6. *Domaine public maritime ; occupation temporaire*

Un *décret n° 91-1110 du 22 octobre 1991* (*JO* 26 oct. 1991, p. 14087) concerne les autorisations d'occupation temporaire pour les zones de mouillage et les équipements légers sur le domaine public maritime. Le principe est que l'occupation temporaire en vue de l'aménagement, de l'organisation et de la gestion des zones de mouillages et d'équipements légers destinés à l'accueil et au stationnement des navires et bateaux de plaisance fait l'objet d'une autorisation.

Selon l'article 14 du décret, un règlement de police établi conjointement par le préfet et le préfet maritime définit les chenaux d'accès et les règles de navigation dans les chenaux et au voisinage de la zone, les mesures à prendre pour le balisage de la zone de mouillage, les prescriptions relatives à la conservation du domaine, la sécurité des personnes et des biens, la prévention et la lutte contre les accidents et les incendies et les pollutions de toute nature. Le titulaire adresse au chef du service maritime, les consignes précisant les conditions d'utilisation des ouvrages, outillages, installations et services, les règles prises pour la lutte contre l'incendie ainsi que toutes les mesures relatives à la conservation et la propreté du plan d'eau et à la protection des navires et embarcations.

Le règlement de la police du mouillage est assorti de sanctions : ce sont celles des peines d'amende prévues pour les contraventions de la 2e classe (et en cas de récidive de l'amende prévue pour les contraventions de la 3e classe (art. 19).

Par ailleurs l'article 20 punit des peines d'amende prévues pour les contraventions de la 4e classe (et de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe en cas de récidive) le refus d'exécuter les ordres donnés par les fonctionnaires et agents compétents en matière de police du mouillage : d'une part pour les mouvements des navires, bateaux et autres embarcations, d'autre part pour le respect des dispositions des règlements de police du mouillage, mentionnés à l'article 14 alinéa 1 du décret.

7. *Qualité de l'air et émissions polluantes*

Un *décret n° 91-1122 du 25 octobre 1991* (*JO* 29 oct. 1991, p. 14180) relatif à la qualité de l'air modifie le décret du 13 mai 1974 sur le contrôle des émissions polluantes dans l'atmosphère.

Compte tenu de la nouvelle rédaction des articles 1 à 5 du décret de 1974, l'article 13, comportant des sanctions d'amende de la 5e classe des contraventions, est réécrit. Sont punissables ceux qui à l'intérieur d'une zone de protection spéciale n'ont pas observé les mesures déterminées en application de l'article 3, ou ceux qui n'ont pas observé les prescriptions qui leur ont été imposées en application des articles 3-1, 3-2, 4, 5 ou 6 du décret (cas des appareils et dispositifs de combustion, cas des véhicules à moteur, etc.).

Il en est de même de ceux qui n'ont pas observé les prescriptions édictées en application des articles 8 et 9 du décret sur les matériels et équipements d'incinération de combustion ou de chauffage, ou qui n'ont pas procédé à la consultation préalable prévue à l'article 10 du décret.

Enfin, sont punissables ceux qui ont mis obstacle à l'accomplissement des missions prévues à l'article 12 alinéa 1 du décret ou qui ont contrevenu aux dispositions de l'article 12 alinéa 2.

8. *Crédit*

a) Un *décret n° 91-1137 du 31 octobre 1991* (*JO* 3 nov. 1991, p. 14405) détermine les sanctions applicables en cas de rémunération du vendeur en fonction du taux de crédit proposé.

L'article 19 du décret prévoit l'amende des contraventions de la 5e classe contre quiconque rémunère ou fait rémunérer un vendeur de bien mobilier, dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 22-1 de la loi du 22 janvier 1978. Le vendeur rémunéré dans ces conditions est puni de la même peine.

L'article 3 prévoit la même sanction en cas de rémunération d'un vendeur d'un bien immobilier dans des conditions contraires à l'article 30 A de la loi du 13 juillet 1979. Celui qui rémunère ainsi que le vendeur sont exposés à la même sanction.

b) Un *avis du 22 décembre 1991* (*JO* 22 déc. 1991, p. 16832) indique le taux effectif moyen des crédits pratiqués par les établissements de crédit au cours du 4e trimestre 1991, et fixe le seuil de l'usure, applicable à compter du 1er janvier 1992. Ce seuil est situé entre 15,53 et 16,36 % pour les prêts immobiliers entrant dans le champ d'application de la loi du 13 juillet 1979 ; entre 15,97 et 19,24 % pour les prêts aux entreprises et entre 19,83 et 26,75 % pour les prêts aux particuliers hors champ d'application de la loi de 1979.

9. *Protection du consommateur*

a) Un *décret n° 91-1175 du 13 novembre 1991* (*JO* 19 nov. 1991, p. 15033) porte application de la loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs. Il interdit la fabrication, l'importation, l'exportation, l'offre, la vente, la distribution à titre gratuit ou la détention par les professionnels de montres-bracelets comprenant un briquet incorporé, de briquets ayant la taille, la forme et l'aspect de jouets reproduisant un véhicule miniature et les masques de plongée comportant un tuba incorporé muni d'une balle de ping-pong destinée à l'obturer pendant la plongée.

Pour d'autres objets, l'importation, la fabrication, la vente, la détention ou la location est interdite s'ils ne répondent pas aux exigences de sécurité définies dans l'annexe, pour chacun d'eux. Ce sont les briquets imitant un autre objet, les sapins de Noël artificiels, les bougeoirs et les compositions décoratives de bougies et les vélos tout terrain.

Le non-respect de ces différentes interdictions expose à l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe.

b) Un *arrêté du 14 novembre 1991* (*JO* 23 nov. 1991, p. 15288) ordonne la diffusion de mises en garde et de précautions d'installation lors de la mise en vente d'inserts et de foyers fermés de cheminée utilisant le bois comme combustible.

c) Un *arrêté du 20 décembre 1991* (*JO* 21 déc. 1991, p. 16723), impose des mentions informatives sur certains générateurs d'aérosols contenant des composants inflammables.

d) Un *décret n° 91-1292 du 20 décembre 1991* (*JO* 24 déc. 1991, p. 16850) concerne la prévention des risques résultant de l'usage des articles de puériculture.

A compter du 1er septembre 1992, les articles de puériculture devront satisfaire aux exigences de sécurité figurant en annexe au décret. L'article de puériculture s'entend de tout produit destiné à assurer ou faciliter l'assise, la toilette, le couchage, le transport, le déplacement et la protection physique des enfants de moins de quatre ans (à l'exception des accessoires pour l'hygiène, les articles de literie et les équipements pour le transport d'enfants dans des voitures particulières).

Les articles doivent répondre aux conditions de sécurité et mentionner qu'ils le sont. Cette mention n'est autorisée que si l'objet a été fabriqué selon les normes françaises (le responsable de la mise sur le marché devant tenir à la disposition des agents de contrôle un dossier établissant le contrôle de ces normes) ou que s'il est conforme à un modèle bénéficiant d'une attestation de conformité, après examen par un organisme habilité agréé par le ministre de l'Industrie.

L'article de puériculture doit comporter le nom, la raison sociale, la marque et l'adresse du fabricant ou de l'importateur et comporter une mention permettant d'identifier le modèle.

L'article doit être accompagné d'une notice d'emploi indiquant, s'il y a lieu, le procédé de montage de l'objet, et en précisant les conditions d'utilisation et notamment les précautions d'emploi. Sans préjudice de toutes autres mesures, la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe frappe ceux qui auront mis sur le marché ou détenu en vue de la vente des articles ne comportant pas la mention « conforme aux exigences de sécurité », l'identification du fabricant ou la notice d'emploi. Elle sanctionne aussi le responsable de la première mise sur le marché qui ne sera pas en mesure de présenter les documents justifiant l'apparition de la mention de conformité.

Un *avis du 24 décembre 1991* (*JO* 24 déc. 1991, p. 16894) concerne l'application de ce décret.

10. *Abonnés aux réseaux des télécommunications*

Un *décret n° 91-1205 du 26 novembre 1991* (*JO* 30 nov. 1991, p. 15689) modifie l'article R. 10 du code des postes et télécommunications. Selon l'article L. 33-4 du même code, la mise à la disposition du public de listes d'utilisateurs des réseaux des télécommunications ouverts au public est soumise à déclaration préalable. Cette déclaration est effectuée pour chaque nouvelle édition de la publication.

Le non-respect de cette obligation expose la personne à la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe.

11. *Sociétés de gardiennage à distance*

Un *décret n° 91-1206 du 26 novembre 1991* (*JO* 30 nov. 1991, p. 15696) concerne les activités de surveillance à distance. Le non-respect de la procédure d'appel des services de police expose à l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe.

12. *Discipline des avocats*

Le *décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991* (*JO* 28 nov. 1991, p. 15502) organise la nouvelle profession d'avocat. On signalera les dispositions relatives à la discipline (art. 180 à 199). Le principe est l'examen au premier degré par le Conseil de l'Ordre siégeant comme conseil de discipline. Comme auparavant, toute contravention aux lois et règlements comme toute infraction aux règles professionnelles et tout manquement à la

probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extra-professionnels expose à une sanction disciplinaire (act. art. 183, anc. art. 106 Décr. 9 juin 1972). Les peines sont les mêmes, l'interdiction temporaire étant toutefois substituée à la suspension temporaire. Il faut toutefois remarquer que le sursis est admis (art. 184 dernier al.) pour l'interdiction temporaire, mais non pour les mesures accessoires (interdiction de faire partie du Conseil de l'Ordre, et publicité de la peine). Ce sursis est assimilable au sursis simple ; toutefois en cas de nouvelle faute dans le délai de cinq ans, la nouvelle peine « entraîne l'exécution de la première » sans confusion avec la seconde. L'article 186 du décret précise que l'interdiction temporaire, une fois qu'elle est passée en force de chose jugée, fait obstacle à l'accomplissement de tout acte professionnel.

Du point de vue de la procédure, l'avocat doit être entendu ou appelé au moins huit jours à l'avance. Une enquête peut être diligentée par le bâtonnier, lequel décide du classement ou du renvoi. Une fois le Conseil saisi, un des membres procède à l'instruction contradictoire de l'affaire. L'avocat est convoqué, la convocation ou la citation devant indiquer, à peine de nullité, les faits poursuivis et les textes réprimant les agissements reprochés, ainsi qu'une mention relative à la révocation du sursis. L'avocat comparaît en personne, éventuellement assisté d'un avocat. Les débats ne sont pas publics, à moins que l'avocat ne demande la publicité, auquel cas la décision fera mention de la réquisition de publicité. Au cours de l'enquête, toute personne peut être entendue contradictoirement, un procès-verbal signé par la personne entendue étant dressé.

La décision du Conseil de l'Ordre est notifiée à l'avocat et au procureur général ; le cas échéant le plaignant est informé de la décision passée en force de chose jugée.

Un recours peut être formé par l'avocat et par le procureur général. La cour d'appel statue alors. Si dans les deux mois d'une demande de poursuite ou dans les 15 jours d'une demande de suspension provisoire, émanant du procureur général, le Conseil n'a pas statué, la demande est réputée rejetée et le procureur général peut saisir la cour d'appel. La décision suspendant provisoirement un avocat est exécutoire nonobstant appel.

Dans tous les cas, le procureur général assure et surveille l'exécution des peines disciplinaires et de la suspension provisoire.

Dans l'ensemble, le décret nouveau reprend l'essentiel de l'ancienne réglementation, sauf en ce qui concerne la citation et la publicité de l'audience, afin semble-t-il, de mieux satisfaire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

13. *Aviation*

Une *circulaire du 2 août 1991* (*JO* 11 déc. 1991, p. 16151) porte application des dispositions de caractère pénal de la loi du 10 août 1989 renforçant la sécurité des aérodromes et du transport aérien, et du décret du 4 mars 1991 pris pour son application.

14. *Maladies des animaux*

Un *décret n° 91-1318 du 27 décembre 1991* (*JO* 29 déc. 1991, p. 17183) a trait à la lutte contre la fièvre aphteuse. Parmi d'autres dispositions, on relèvera l'article 6 qui impose de prendre toute mesure utile pour réduire au minimum la souffrance des animaux, en cas d'abattage en dehors d'un abattoir, étant indiqué que les infractions seront sanctionnées aux conditions de l'article 15 du décret du 1er octobre 1980.

Par ailleurs, la dissimulation d'informations de nature épidémiologique utiles à l'enquête mise en place en cas de suspicion ou en cas de confirmation est punie des peines encourues pour les contraventions de la 5e classe (art. 21). Les mêmes peines sont applicables en cas d'infraction à l'article 226 (sauf pour l'obligation de déclaration de la

fièvre aphteuse) aux articles 227 (al. 4), 228, 229, 230, 232, 233 alinéa 2 et 236 du code rural et aux textes pris pour leur application (art. 22 Décr. modifiant l'art. 328 c. rur.).

De plus, les infractions aux dispositions des articles 239 et 246 seront punies de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe (en cas de récidive, un emprisonnement de dix jours pourra être prononcé).

On observera que la réglementation nouvelle a été prise au vu de la directive CEE 85-511 du 18 novembre 1985 établissant des mesures communautaires de lutte contre la fièvre aphteuse, modifiée par la directive 90-425 du 26 juin 1990.

III. – RÉGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SÛRETÉ

15. *Mise en service d'établissements et classement*

a) Un *arrêté du 19 septembre 1991* (*JO* 9 oct. 1991, p. 13212) porte mise en service, à compter du 26 septembre 1991, d'un centre pénitentiaire à Varennes-Le-Grand (Saône-et-Loire).

b) Un *arrêté du 18 octobre 1991* (*JO* 26 oct. 1991, p. 14085) modifie la liste des établissements pénitentiaires classés dans la catégorie des centres de détention. Un quartier centre de détention est créé, à compter du 1er octobre 1991 à la maison d'arrêt de Marseille ; le quartier centre de détention du centre pénitentiaire de Fresnes est supprimé, le quartier maison centrale du centre pénitentiaire de Melun est supprimé tandis que la maison centrale de Nîmes est supprimée.

c) Un *arrêté du 30 septembre 1991* (*JO* 19 nov. 1991, p. 15039) porte mise en service d'un centre de détention à Salon-de-Provence.

IV. – DROIT PÉNAL DES MINEURS

.....

V. – PROCÉDURE PÉNALE

16. *Fichiers des renseignements généraux et du terrorisme*

a) Un *décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991* porte application aux fichiers gérés par les services des renseignements généraux de l'article 31 alinéa 3 de la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés.

Le principe de base est l'interdiction de mettre en mémoire des données nominatives faisant apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, ainsi que les appartenances syndicales (art. 1er).

Toutefois, pour le strict respect des articles 3 à 6, sont autorisés la collecte, la conservation et le traitement d'informations nominatives concernant des majeurs, qui font apparaître ou les signes physiques particuliers objectifs et inaltérables comme éléments de signalement (atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique) ou les *activités* politiques, philosophiques, religieuses, ou syndicales. Ce sont donc les activités et non les opinions qui peuvent être fichées.

L'objectif de ce fichier est de recenser les personnes pouvant, en raison de leur activité individuelle ou collective, porter atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité pu-

blique, par le recours ou le soutien actif apporté à la violence ainsi que les personnes entretenant ou ayant entretenu des relations directes et non fortuites avec celles-ci. Il vise aussi les personnes ayant obtenu ou sollicitant une autorisation d'accès à des informations protégées en application du décret du 12 mai 1981 (sur la protection des secrets et informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat), lorsque ces informations sont nécessaires pour apprécier leur vulnérabilité à des pressions exercées par des personnes physiques ou morales, susceptibles de porter atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique (l'information ne peut être conservée plus de cinq ans).

Enfin des informations peuvent être collectées relativement aux personnes physiques ou morales qui ont sollicité, exercé ou exercent un mandat politique, syndical ou économique ou qui jouent un rôle politique, économique, social ou religieux significatif, sous réserve que ces informations soient nécessaires pour donner au gouvernement les moyens d'apprécier la situation politique, économique ou sociale et de prévoir son évolution.

Malgré ces possibilités, l'article 4 du décret interdit de sélectionner une catégorie particulière de personnes à partir des seules informations mentionnées à l'article 2, comme d'en faire état dans les rapports d'enquête administrative ou de moralité.

Seuls les fonctionnaires des renseignements généraux dûment habilités ont accès aux informations recueillies. Elles peuvent être communiquées aux services de police et de gendarmerie, lorsqu'elles ont été collectées dans les deux premiers cas de l'article 3, une demande écrite devant être faite précisant l'identité du consultant, l'objet et les motifs de la consultation. Le directeur central (ou le responsable départemental) vérifie si la demande se rattache aux finalités de l'article 3-1° ou 2°.

La direction centrale des renseignements généraux est chargée, selon une procédure contrôlée par la CNIL, de la vérification et de la mise à jour des informations contenues dans les fichiers. Tous les cinq ans, sous le contrôle de la CNIL, il est procédé à un examen de la justification et du bien-fondé des informations nominatives détenues. Enfin, le droit d'accès s'exerce par l'intermédiaire de la CNIL, conformément à l'article 39 de la loi de 1978. Si le requérant n'est pas connu du service, la CNIL indique avec l'accord du ministre de l'Intérieur, qu'aucune information le concernant ne figure dans le fichier. Si des informations doivent être occultées, en raison de l'intérêt de la défense nationale, la CNIL informe le requérant qu'il a été procédé aux vérifications.

b) Un autre *décret n° 91-1052 du 14 octobre 1991* (*JO* 15 oct. 1991, p. 13499) concerne le fichier informatisé du terrorisme mis en oeuvre par les services des renseignements généraux du ministère de l'Intérieur. La direction centrale est autorisée à mettre en oeuvre un tel fichier pour « l'accomplissement exclusif de sa mission de lutte contre les entreprises individuelles ou collectives ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». La finalité du traitement concerne les personnes susceptibles de porter atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique par le recours ou le soutien actif apporté à la violence ainsi que les personnes entretenant ou ayant entretenu des relations directes et non fortuites avec celles-ci.

Pourront faire l'objet d'un traitement automatisé ce qui concerne l'état civil, l'adresse, la profession et les références du ou des dossiers les concernant. En outre pourront être ajoutés le signalement, le comportement, les numéros de téléphone, le motif du signalement et l'identité des personnes entretenant ou ayant entretenu des relations directes avec elle, ainsi que les déplacements et les antécédents judiciaires, lorsque ceux-ci ne sont pas suivis d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement.

La direction centrale est chargée de la mise à jour des informations enregistrées. Sous le contrôle de la CNIL, il est procédé, tous les cinq ans à un examen de la justification et du bien-fondé des informations nominatives détenues.

Seuls les fonctionnaires de la direction centrale dûment habilités sont autorisés à accéder aux informations contenues dans le traitement. Les services de police et de gendarmerie chargés d'une enquête entrant dans les prévisions de l'article 3-1° ou 2° peuvent seuls être autorisés à obtenir des informations. Une demande écrite doit être faite, précisant l'identité du consultant, l'objet et les motifs de la consultation. Si elle est autorisée, la fiche est conservée pendant deux ans à la disposition des autorités de contrôle.

Sous réserve d'une habilitation, personnelle, temporaire et révocable, les fonctionnaires de la direction de la surveillance du territoire, de la police judiciaire, de la police de l'air, des polices urbaines, les fonctionnaires et militaires de la direction générale de la sécurité extérieure et de la gendarmerie nationale peuvent accéder aux informations pour l'instruction des demandes de visa, le contrôle de la circulation transfrontière, ou les enquêtes diligentées dans la limite de la compétence des services.

Le droit d'accès s'exerce par l'intermédiaire de la CNIL. Le texte précise enfin (art. 7) l'interdiction de connecter le fichier prévu au décret avec tout autre fichier.

17. *Qualité d'officier de police judiciaire*

Un *arrêté du 4 octobre 1991* (*JO* 18 oct. 1991, p. 13656) modifie certaines dispositions des articles A 9 et A 11 du code de procédure pénale, concernant l'examen en vue de la désignation des gendarmes officiers de police judiciaire.

18. *Habilitation de fonctionnaires (Postes)*

Un *décret n° 91-1199 du 25 novembre 1991* (*JO* 29 nov. 1991, p. 15579) fixe les conditions dans lesquelles des fonctionnaires de l'administration postale peuvent être habilités et assermentés (en application de l'art. 28 c. pr. pén. et des art. L. 32-4 à L. 40 c. postes).

Un arrêté du ministre chargé des Postes habilite parmi les fonctionnaires ayant les connaissances techniques et juridiques nécessaires, après avis du procureur de la République du lieu de leur résidence administrative, les personnes pouvant rechercher et constater par procès-verbal les infractions prévues au chapitre III, titre I, du livre II du code des postes et des textes pris pour leur application.

L'arrêté précise l'objet de l'habilitation, la durée et la circonscription géographique dans laquelle le fonctionnaire a vocation, en raison de son affectation, à rechercher et constater les infractions.

Pour l'exercice des enquêtes prévues à l'article 32-4 du code des postes, le ministre habilite, aux mêmes conditions, des fonctionnaires de l'Etat, après avoir obtenu le cas échéant, l'accord du ministre sous l'autorité duquel ils sont placés.

Les fonctionnaires ainsi habilités, prêtent serment devant le tribunal de grande instance de leur résidence administrative, de bien remplir leurs fonctions et de ne pas révéler ce qu'ils auront appris à l'occasion de l'exercice de ces fonctions.

Ils seront porteurs d'une carte professionnelle mentionnant l'habilitation, son objet, sa durée et le ressort géographique. Le greffier du tribunal mentionnera la prestation de serment.

19. *Biens culturels maritimes*

Un *décret n° 91-1226 du 5 décembre 1991* (*JO* 7 déc. 1991, p. 16017) pris pour l'application de la loi du 1er décembre 1989 fixe les règles applicables à la découverte et aux enlèvements de biens culturels maritimes. Outre les règles concernant la délivrance des

autorisations, ce décret indique dans ses articles 17 et 18 que des agents du ministère chargé de la Culture sont spécialement assermentés et commissionnés, aux conditions prévues par le décret du 28 avril 1981 (pris en application de la loi du 15 juill. 1980 sur la protection des collectivités publiques contre les actes de malveillance), pour la recherche et la constatation des infractions en application de l'article 17 de la loi du 1er décembre 1989.

L'agent assermenté qui établit un procès-verbal d'infraction en informe sans délai le ministre chargé de la Culture.

20. *Frais et dépens*

Un *arrêté du 4 décembre 1991* (*JO* 11 déc. 1991, p. 16148) pris pour l'exécution de l'article R. 97 du code de procédure pénale sur les frais de translation des personnes, fixe à 1,13 F l'indemnité kilométrique, et ce à partir du 1er janvier 1992.

21. *Action civile des associations d'anciens combattants*

Une *loi n° 91-1257 du 17 décembre 1991* (*JO* 19 déc. 1991, p. 16530) permet aux associations d'anciens combattants et victimes de guerre d'ester en justice, et introduit à cette fin un article 2-11 dans le code de procédure pénale.

Selon ce texte nouveau, toute association, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et inscrite auprès de l'office national des anciens combattants et victimes de guerre, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, et qui se propose par ses statuts de défendre les intérêts moraux et l'honneur des anciens combattants et victimes de guerre et des morts pour la France peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les dégradations ou destructions de monuments ou les violations de sépulture qui ont causé un préjudice direct ou indirect à la mission qu'elle remplit.

Un nouvel article 48-3 est inséré dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse afin de reconnaître aux mêmes associations poursuivant les mêmes buts, la possibilité d'exercer tous droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les délits de diffamation ou d'injures qui ont causé un préjudice direct ou indirect à la mission qu'elles remplissent.

22. *Organisation des juridictions*

Une *loi n° 91-1258 du 17 décembre 1991* (*JO* 19 déc. 1991, p. 16530), procède à des adjonctions au code de l'organisation judiciaire. Selon l'article L. 630-I de ce code, « les règles concernant la compétence, l'organisation et le fonctionnement des juridictions des forces armées sont fixées par le code de justice militaire et le code de procédure pénale ». L'article L. 630-2 dispose, de son côté, que la compétence, l'organisation et le fonctionnement du tribunal maritime commercial sont fixés par le code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Quant aux dispositions concernant les greffes, elles sont déterminées respectivement par le code de justice militaire ou le code disciplinaire et pénal de la marine marchande.

23. *Infiltration des réseaux de trafiquants de drogue*

En vue de renforcer la lutte contre le trafic des stupéfiants, et afin d'éviter que des agents de l'administration des douanes ne soient inquiétés en raison de leur « participation apparente » à l'acheminement de stupéfiants, un projet de loi était déposé à l'Assemblée, puis discuté après déclaration d'urgence. C'est la *loi n° 91-1264 du 19 décembre 1991* (*JO* 20 déc. 1991, p. 16593). Elle autorise des agents de police judi-

ciaire et des agents des douanes à procéder à la surveillance de l'acheminement des stupéfiants ou des produits tirés de la commission des infractions, en vue de la constatation des infractions prévues par les trois premiers alinéas de l'article L. 627 du code de la santé publique. Pour pouvoir agir régulièrement, les agents en cause doivent en avoir informé le procureur de la République (art. L. 627-7 al. 1).

Lorsqu'ils agissent aux mêmes fins, mais après avoir obtenu l'autorisation du procureur de la République ou celle du juge saisi (lequel en avise préalablement le procureur de la République), ces agents ne sont pas pénalement responsables s'ils acquièrent, détiennent, transportent ou livrent des stupéfiants ou mettent à la disposition de personnes se livrant aux infractions définies à l'article 627 du code de la santé publique des moyens de caractère juridique ou des moyens de transport, de dépôt de stockage, de conservation ou de communication. L'autorisation ne vaut que pour des actes ne déterminant pas la commission des infractions (ce qui semble signifier que les actes de provocation sont exclus). Dans la limite de la loi, il y a fait justificatif excluant toute responsabilité pénale.

Les dispositions de la loi sont applicables aux substances qui sont utilisées pour la fabrication illicite de produits stupéfiants, dont la liste sera fixée par décret, ainsi qu'aux matériels servant à cette fabrication.

Le code des douanes est complété par une nouvelle section concernant « les livraisons surveillées » comprenant un nouvel article 67 *bis*. Les agents des douanes habilités par le ministre chargé des Douanes, selon les conditions fixées par décret, peuvent, après en avoir informé le procureur de la République et sous son contrôle, procéder à la surveillance de l'acheminement de stupéfiants, en vue de constater les infractions douanières d'importation, d'exportation ou de détention de substances ou plantes classées stupéfiants, d'en identifier les auteurs, complices ou intéressés à la fraude et d'effectuer les saisies prévues par la loi.

Ces agents ne sont pas pénalement punissables si, aux mêmes fins et avec l'autorisation du procureur de la République et sous son contrôle, ils acquièrent, détiennent, transportent ou livrent ces substances ou plantes ou mettent à la disposition des personnes les détenant ou se livrant aux infractions douanières mentionnées précédemment, des moyens juridiques ou des moyens de transport, dépôt ou de communication. L'autorisation ne peut être donnée que pour des actes ne déterminant pas la commission des infractions. Les dispositions nouvelles concernent aussi les substances utilisées pour la fabrication illicite des produits stupéfiants dont la liste sera fixée par décret, et les matériels servant à la fabrication.

Ne sont pas davantage punissables les agents des douanes accomplissant, en ce qui concerne les fonds sur lesquels porte l'infraction prévue par l'article 415 du code des douanes et pour la constatation de celle-ci, les actes mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article 67 *bis* nouveau du code des douanes.

Cette nouvelle législation n'a donc pas pour objet d'autoriser les agents à provoquer aux infractions, ni à pénétrer les réseaux de trafiquants en initiant des délits. Elle facilite seulement la constatation des délits et la découverte des auteurs, en permettant la surveillance des livraisons ou l'acheminement des marchandises, et à la condition qu'il y ait eu information (surveillance) ou autorisation du procureur (fourniture de moyens). Il semble que ces techniques soient nécessaires, même si elles paraissent difficilement conciliables avec les devoirs auxquels sont soumis des agents d'autorité.

Afin de mettre un terme aux poursuites en cours, la loi nouvelle a prévu une amnistie pour les délits mentionnés aux articles L. 626, L. 627 (al. 1 à al. 3) et L. 627-2 du code de la santé publique et pour les infractions d'importation, d'exportation ou de détention de substances ou plantes classées comme stupéfiants. Il suffit que les délits aient été commis avant le 19 novembre 1991 par des officiers ou agents de police judiciaire ou par des agents des douanes, agissant aux seules fins de constater et de rechercher les infractions à la législation sur les stupéfiants.

Les effets de l'amnistie sont ceux définis par le chapitre IV de la loi du 20 juillet 1988. Les contestations relatives au bénéfice de l'amnistie sont, si elles concernent des condamnations pénales définitives, soumises aux règles de compétence et de procédure prévues par l'article 778 du code de procédure pénale. En l'absence de décision définitive, elles relèvent de la juridiction compétente pour statuer sur les poursuites (juridiction d'instruction ou juridiction de jugement). Pour l'application de l'article 769 du code de procédure pénale (retrait du casier judiciaire des fiches concernant des condamnations effacées par l'amnistie), c'est le procureur de la République près la juridiction ayant prononcé la condamnation qui a qualité pour se prononcer. Cette décision du ministère public peut être contestée aux conditions prévues par l'article 3 de la loi du 19 décembre 1991.

24. *Contribution au fonds d'indemnisation des victimes*

Un *arrêté du 18 décembre 1991* (*JO* 20 déc. 1991, p. 16600), fixe à 4 F par contrat, pour l'année 1992, le montant de la cotisation destinée à alimenter le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions.

25. *Aide juridictionnelle*

Un *décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991* (*JO* 20 déc. 1991, p. 16609) précise les modalités d'application de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique. Ce décret fixe les modalités de fonctionnement des différents bureaux, ainsi que de présentation et d'instruction des demandes.

On notera seulement que l'avocat ou l'officier public ou ministériel commis ou désigné d'office en matière pénale ou en application de l'article 22 *bis* de l'ordonnance du 2 février 1945 est valablement désigné au titre de l'aide juridictionnelle si la personne pour laquelle il intervient bénéficie de l'aide juridictionnelle (art. 81). Par ailleurs, l'article 90 fixe la contribution de l'Etat à la rétribution des avocats prêtant leur concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, en fonction de la nature de l'affaire.

Enfin, l'article 162 apporte différentes modifications aux articles R. 93 et R. 244-2 du code de procédure pénale et ajoute un R. 241-8° au même code (frais de justice).

VI. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

26. *Convention européenne d'extradition. Extensions*

a) Un *décret n° 91-1090 du 16 octobre 1990* (*JO* 22 oct. 1991, p. 13830) publie l'accord sous forme d'échange de lettres entre le gouvernement français et le gouvernement du Royaume des Pays-Bas, dont l'objet est d'étendre aux Territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales françaises l'application de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

b) Un *décret n° 91-1092 du 16 octobre 1991* (*JO* 22 oct. 1991, p. 13832) concerne une extension comparable entre la France et le Grand Duché du Luxembourg.

27. *Extensions d'application de la Convention européenne d'entraide judiciaire, en matière pénale*

Deux *décrets n° 91-1091 du 16 octobre 1991* (*JO* 22 oct. 1991, p. 13831) et *n° 91-1093 du 16 octobre 1991* (*JO* 22 oct. 1991, p. 13833) publient l'accord intervenu entre la France et

d'une part le Royaume des Pays-Bas et d'autre part le Grand Duché du Luxembourg, relativement à l'extension d'application de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, du 20 avril 1959, aux Territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales françaises.

28. *Transmission des procédures répressives*

Une *loi n° 91-1115 du 25 octobre 1991* (*JO* 29 oct. 1991, p. 14175) autorise l'approbation de l'accord de Rome du 6 novembre 1990 intervenue entre les Etats membres des Communautés européennes, quant à la transmission des procédures répressives.

29. *Principe « ne bis in idem »*

Une *loi n° 91-1116 du 25 octobre 1991* (*JO* 29 oct. 1991, p. 14175) autorise l'approbation de la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987, entre les Etats membres des Communautés européennes, quant à l'application du principe *ne bis in idem* (V. déjà art. 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Conv. EDH ; comp. Stéfani, Levasseur et Bouloc, *Procédure pénale*, 14e éd. n° 140 et 799).

30. *Convention d'assistance administrative*

Une *loi n° 91-1286 du 21 décembre 1991* (*JO* 24 déc. 1991, p. 16847) autorise l'approbation d'une convention entre le gouvernement français et le gouvernement de Maurice, relative à l'assistance administrative mutuelle internationale, en vue de prévenir, rechercher et réprimer les infractions douanières.

C. — CHRONIQUE PÉNITENTIAIRE ET DE L'EXÉCUTION DES PEINES

À PROPOS DES RÉVOCATIONS DES SURSIS AVEC MISE À L'ÉPREUVE

Pierre COUVRAT

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Un arrêt de la Chambre criminelle en date du 22 octobre 1991 apporte des éléments importants à la construction de plus en plus délicate du sursis avec mise à l'épreuve. Les complexités législatives ne facilitent pas la tâche des juges.

Deux problèmes sont ici résolus par la Cour de cassation. Le premier concerne le moment du prononcé de la révocation d'un sursis par rapport à l'écoulement du sursis lui-même. L'autre, beaucoup plus difficile, est relatif aux conditions d'application des lois d'amnistie au cas de révocation partielle du sursis.

Les risques de révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve apparaissent plus grands que ceux d'un sursis simple puisque la perte du bénéfice du sursis à l'exécution peut provenir tout aussi bien d'un manquement aux obligations générales ou particulières imposées que de la commission d'une nouvelle infraction. Cette aggravation des risques est en quelque sorte compensée dans ce type de sursis par le caractère non automatique de la révocation puisque le principe est bien la non-révocation, le tribunal disposant seulement de la possibilité de la prononcer, comme celle de prolonger selon certaines conditions le délai d'épreuve (dans la limite de 3 ans) ou de s'abstenir de toute mesure à ce sujet (V. J. Larguier, La révocation du sursis avec mise à l'épreuve, cette *Revue* 1981. 603 à propos notamment du problème de la motivation des décisions de révocation). Reste encore une autre issue qu'est la révocation dite partielle qui s'avère être une solution moyenne mais dont il est difficile de saisir la véritable nature (sur les procédures de révocation, V. cette *Revue* 1990.611). Dans l'affaire soumise à la Chambre criminelle le 22 octobre 1991, tout cela s'est quelque peu entremêlé puisqu'il y eut d'abord une révocation partielle pour infraction nouvelle puis une révocation totale pour manquement aux obligations. Et s'est interférée entre-temps une loi d'amnistie.

1. Evoquons tout d'abord en inversant la chronologie l'attendu le plus simple qui est relatif à la révocation totale pour non-respect des obligations imposées dans la première condamnation. Selon la Cour de cassation « il n'importe que l'exécution de la peine ait été ordonnée postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve dès lors que le manquement aux obligations qui lui étaient imposées avait été commis au cours de ce délai ».

Sur ce premier point, la question était simplement de savoir s'il est encore possible de prononcer une révocation au-delà de l'expiration du délai d'épreuve. En l'espèce, une condamnation à un an d'emprisonnement dont dix mois et dix jours assortis d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant trois ans est prononcée par le tribunal correctionnel de Douai le 7 août 1985. Sur saisine du juge de l'application des peines en date du 12 février 1988, soit avant l'expiration du délai d'épreuve, le tribunal correctionnel de Cambrai le 27 mai 1988 ordonne la mise à exécution totale de la peine pour non-respect des obligations. Cette décision étant rendue par défaut, le condamné fait opposition et le tribunal prononce à nouveau la révocation le 30 mai 1990, c'est-à-dire au-delà de l'expiration du délai d'épreuve. Mais la cour d'appel de Douai le 11 octobre 1990 considère en revanche qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande tendant à voir ordonner la mise à exécution intégrale de la peine, considérant qu'entre-temps est intervenue la loi d'amnistie du 20 juillet 1988. Le pourvoi formé devant la Cour de cassation porte essentiellement sur l'autre question relative à l'application de la loi d'amnistie au cas de révocation partielle pour nouvelle infraction, mais la Chambre criminelle en profite, en renforçant sa cassation, pour rappeler que, si une nouvelle infraction ou un manquement aux devoirs d'assistance ou de surveillance commis pendant l'écoulement du délai de mise à l'épreuve peuvent conduire à la révocation, il n'est nulle part exigé que cette révocation soit, elle, prononcée pendant le délai. Seule compte la date de réalisation des faits.

Rappelons, entre autres difficultés, que le point de départ du délai d'épreuve n'est pas le jour du prononcé de la condamnation mais celui où elle est devenue définitive (Crim. 9 févr. 1988 *Bull. crim.* n° 65, p. 175) ; le délai peut aussi se trouver suspendu comme il en est pendant la durée de l'exécution de la partie ferme de l'emprisonnement (Crim. 27 juin 1984 *Bull. crim.* n° 249 et obs. A. Vitu, cette *Revue* 1985.286) ; ce délai peut encore être prolongé par le tribunal soit au cas de nouvelle infraction soit au cas de non-respect des mesures du sursis (art. 742 c. pr. pén.). Et la condamnation ne sera considérée comme non avenue que si le condamné n'a pas commis *au cours du délai d'épreuve* une nouvelle infraction ou un manquement aux obligations imposées, *suivis* d'une condamnation ordonnant la révocation ou l'exécution totale de la peine (art. 745 c. pr. pén.). L'expiration du délai constitue donc l'étape décisive du caractère non avenu de la condamnation, mais encore faut-il qu'il n'y ait pas « en attente » une procédure aux fins de statuer sur un incident qui se serait produit, lui, au cours du délai. La décision de révocation ou d'exécution de la peine peut se trouver postérieure à l'expiration du délai. La condamnation reste « avenue » et doit même être exécutée, ce qui a pour effet d'écarter l'application de la loi d'amnistie (V. dans le même sens Paris 11e ch. corr. 22 janv. 1982, *JCP* 1982.IV.356).

2. Venons-en à l'essentiel : le problème principal concernait l'éventuelle application de la loi d'amnistie du 20 juillet 1988 au cas de révocation *partielle* du sursis, révocation qui en l'affaire avait été prononcée en 1986, c'est-à-dire bien avant la loi d'amnistie.

La solution retenue ici par la Chambre criminelle était à vrai dire attendue ; elle avait même été prédite par notre collègue André Vitu qui s'était étonné en son temps de la décision de la cour d'appel de Douai du 11 octobre 1990 (V. A. Vitu, Amnistie et sursis avec mise à l'épreuve, cette *Revue* 1991.558). La Chambre criminelle le 22 octobre 1991 lui donne raison en réformant l'arrêt d'appel et en posant clairement que la loi du 20 juillet 1988 ne distingue pas entre les diverses décisions ordonnant l'exécution de la peine ou la révocation du sursis et par voie de conséquence qu'une simple révocation partielle suffit à empêcher l'application de la loi d'amnistie.

Voyons les choses de plus près. On sait que la première condamnation émanant du tribunal correctionnel de Douai remonte au 7 août 1985 et qu'elle est d'un an d'emprisonnement dont dix mois et dix jours avec sursis assorti de mise à l'épreuve pour une durée de trois ans. Indépendamment du manquement aux obligations imposées qui

s'est réalisé plus tard et dont nous avons déjà évoqué les suites, la personne s'est vue condamnée aussi par le tribunal correctionnel de Béthune le 24 juillet 1986, pour de nouveaux faits, à une peine de huit mois d'emprisonnement ferme à laquelle s'est ajoutée la révocation du sursis précédent mais dans la limite de deux mois. Cette révocation partielle qui est autorisée par l'article 742-2 du code de procédure et qui ne peut être prononcée qu'une fois et ne peut dépasser deux mois (V. Crim. 26 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 360, p. 941) nuit-elle à l'amnistie de la première infraction qui rappelons-le était sanctionnée d'un an d'emprisonnement dont dix mois et dix jours avec sursis probatoire ? Le sursis ne subsiste plus que pour huit mois et dix jours.

Sursis avec mise à l'épreuve et amnistie n'ont jamais fait bon ménage. Nombreux sont les auteurs à avoir relevé le caractère anachronique de l'amnistie d'infractions suivies de condamnations assorties d'un sursis avec mise à l'épreuve. Notre collègue Georges Levasseur notait déjà que la loi d'amnistie du 30 juin 1969 avait pris une position « incompatible avec la nature et les buts de la probation » (G. Levasseur, Un précédent inquiétant pour l'avenir de la probation, *D.* 1969.*Chron.*233) et que plus généralement le législateur amnistiant « saccage la probation ». Puisque la mise à l'épreuve est une sorte de tutelle sur un délinquant que le tribunal a jugé hors d'état de se tenir seul dans le droit chemin pendant quelque temps, cette tutelle ne doit pas être gommée par une loi d'amnistie et doit conserver son caractère de révisibilité. La doctrine ne manque pas à ce sujet de faire le parallèle avec les mesures de sûreté (V. Merle et Vitu, *Procédure pénale*, n° 830 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, n° 722 ; B. Bouloc, *Pénologie*, n° 318). Il est sûr en tout cas que les dégonflements périodiques des effectifs des probationnaires en raison des lois d'amnistie sont néfastes : ils sont surtout décourageants non seulement pour les statisticiens mais surtout pour ceux qui participent activement à l'effort de réinsertion de ces condamnés.

Chaque loi d'amnistie traite à sa façon les sursis avec mise à l'épreuve (Sur les conditions différentes de ce pardon V. A. Vitu, cette *Revue* 1991.558). Quant à la loi du 20 juillet 1988 ici concernée, elle amnistie les infractions punies d'une peine d'emprisonnement dont une part est assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve lorsque la fraction ferme de l'emprisonnement est inférieure ou égale à quatre mois et que la peine prononcée est inférieure ou égale à un an. Ces deux conditions étaient bien remplies en l'espèce. Mais il faut une troisième condition qui est, elle, alternative : soit la condamnation a été déclarée non avenue en application de l'article 743 (ce qui n'est pas le cas) soit *le condamné a accompli le délai d'épreuve sans avoir fait l'objet, en application des articles 742 ou 744-3, d'une décision ordonnant l'exécution de la peine ou la révocation du sursis.* Autrement dit, une décision ordonnant l'exécution de la peine ou la révocation du sursis, prise en application des deux articles cités ci-dessus, empêche la mise en oeuvre de la loi d'amnistie. La révocation partielle de deux mois qui a été prononcée en 1986 constitue-t-elle ce type de décision et a-t-elle cet effet ?

La cour d'appel considérait que la décision d'exécution de deux mois d'emprisonnement « ne faisait pas perdre au condamné le bénéfice du sursis avec mise à l'épreuve », ce qui est exact pour les huit mois et dix jours subsistants ; elle en concluait qu'il ne s'agissait pas là d'une décision ordonnant l'exécution de la peine ou la révocation du sursis au sens de la loi du 20 juillet 1988 et donc que cette loi prenait effet.

Pour la Chambre criminelle, le législateur ne fait aucune distinction parmi les diverses révocations ou exécutions : la loi du 20 juillet 1988, dans le paragraphe *d*) de l'article 7, auquel renvoie le paragraphe *f*) du même article, englobe toutes décisions ordonnant l'exécution de la peine ou la révocation du sursis en application de l'article 744-3 (nouvelle infraction) ou de l'article 742 (non-respect des mesures). Sont donc concernées aussi bien les révocations partielles que totales qui excluent toutes le bénéfice de l'amnistie. La cause est entendue et la décision interprétative du texte de loi est logique. Trois remarques tout de même. La première naît de l'arrêt lui-même : la cour fait remarquer que l'exclusion de l'amnistie n'empêche pas le condamné de bénéficier

des dispositions des articles 742-2 et 745 du code de procédure pénale « le cas échéant », ce qui signifie que le régime de la mise à l'épreuve continue et que l'espoir en une condamnation non avenue subsiste pour l'avenir. La révocation partielle est donc aussi pour une part une non-révocation. La seconde est d'ordre terminologique : les termes de révocation et d'exécution sont en eux-mêmes ambigus ; la révocation totale du sursis comme la révocation partielle correspondent bien à une exécution totale de la peine ou à une exécution partielle. Pourtant la loi d'amnistie de 1988 fait état d'une décision de justice ordonnant l'exécution de la peine *ou* la révocation du sursis. La Chambre criminelle retient la même alternative. Il semble à la lecture des articles 742 et suivants du code qu'il faille réserver le terme de révocation (totale ou partielle du sursis) au cas de nouvelle infraction et celui d'exécution (totale ou partielle de la peine) au cas de non-respect des obligations imposées. Mais on pourrait aussi concevoir dans l'absolu de réserver le mot révocation à l'hypothèse où le sursis disparaît complètement et celui d'exécution de la peine aux hypothèses où le sursis est pour l'essentiel maintenu (l'exécution étant alors dans cette acception toujours partielle). Mais il est vrai que l'expression révocation partielle est couramment admise. La troisième remarque est d'ordre évaluatif. Le condamné ne bénéficie pas de la loi d'amnistie en raison de « la révocation » de deux mois d'emprisonnement avec sursis. Mais s'il avait été condamné directement dès la première condamnation à un an d'emprisonnement dont huit mois (soit deux de moins) et dix jours avec sursis, il aurait bénéficié de la loi d'amnistie. Et il convient d'ajouter que la moindre « révocation » (ne serait-ce que de quelques jours) aurait le même effet au regard de l'amnistie que celle de deux mois.

La révocation partielle a donc une nature hybride. On l'a présentée comme « une sorte de sanction disciplinaire privative de liberté » (V. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général* 14e éd. n° 663). Pour le condamné en l'espèce elle est bien une peine pleine et entière.

D. — CHRONIQUE INTERNATIONALE

I. — DROITS DE L'HOMME

L.-E. PETTITI

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme
Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris
Président de l'Institut de formation en droits de l'homme au Barreau de Paris

I. — Arrêt *Clooth c/ Belgique* du 12 décembre 1991

L'affaire *Clooth c/ Belgique* portait sur la durée de la détention provisoire (art. 5 § 3). M. Clooth était poursuivi sous suspicion d'incendie volontaire et complicité d'assassinat. Il bénéficie finalement d'un non-lieu.

Sur les besoins de l'enquête

« La Cour reconnaît qu'il s'agissait d'une affaire très complexe exigeant des recherches malaisées. Par son comportement M. Clooth ne manqua pas de les entraver considérablement, voire de les retarder ».

« A terme, les impératifs de l'instruction ne suffisent pourtant plus à justifier la détention d'un suspect ».

« En l'espèce, rares furent les ordonnances ou arrêts qui ... précisaient la cause ou l'objet des recherches en cours empêchant de relâcher l'intéressé. La plupart d'entre eux se bornaient à mentionner, sans plus, les besoins de l'instruction ».

« Invoqués de manière aussi générale et abstraite, les besoins de l'enquête ne suffisaient pas à justifier le maintien de l'incarcération ».

Sur le danger de fuite

« En confirmant, le 16 avril 1987, la prolongation de la détention, la chambre des mises en accusation s'appuya, pour la première fois, sur le danger d'une fuite de l'intéressé ».

« Avec la Commission, la Cour estime cependant dénuées de pertinence les craintes relatives au danger de fuite de l'intéressé, eu égard à l'époque où elles s'exprimèrent, non moins de trente-et-un mois après l'arrestation du requérant ».

A la lumière de l'ensemble de ces considérations, la Cour conclut que la durée de la détention provisoire de M. Clooth (trois ans et deux mois) a dépassé le délai raisonnable prévu à l'article 5 § 3.

2. Arrêt *Muyldirmans c/ Belgique* du 23 octobre 1991

L'affaire *Muyldirmans c/ Belgique* s'est achevée par un arrêt de radiation entérinant un accord amiable.

La requérante, comptable à l'Administration des postes, avait été sanctionnée pour négligence dans son service à la suite d'un vol : amende de remboursement de 2 millions de francs belges. Elle se plaignait d'une violation de l'article 6 § 1 pour avoir été condamnée par la Cour des comptes sans débat contradictoire et public.

« Le gouvernement soutenait que l'on se trouvait en dehors du champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention. Cette thèse était d'ailleurs celle de la Cour de cassation. La Commission n'a pas suivi le gouvernement sur ce point. Elle a considéré que l'obligation du comptable revêtait « plutôt un caractère mixte dont les aspects privés sont prépondérants ». L'on peut ne pas se rallier à cette vision des choses. Il convient toutefois d'en tenir compte, dans l'optique d'autres recours qui seraient introduits par des comptables condamnés. En toute hypothèse, une réforme est justifiée par le caractère vieilli – et lacunaire – de la procédure actuelle, qui, si elle veille aux intérêts des pouvoirs publics, ne se soucie pas suffisamment de ceux des comptables. Le présent projet vise dès lors à ce que cette procédure soit désormais conforme à l'article 6 de la Convention, et de façon générale, soit caractérisée par plus de symétrie dans les rapports entre les pouvoirs publics et les comptables. Le gouvernement a, en outre, saisi cette occasion pour proposer des modifications sur quelques autres points.

Le projet tend à instaurer, devant la Cour des comptes, un véritable débat contradictoire et public. Dans le système actuel, il n'y a pas de débats ni même de parties : la Cour reçoit le dossier de l'administration (comprenant un mémoire justificatif établi par le comptable) et statue sur pièces, sans entendre ni le comptable ni un représentant de l'administration.

Si l'on se contentait de modifier la situation en prescrivant que la Cour doit entendre le comptable et doit le faire en audience publique, on répondrait sans doute aux critiques de la Commission européenne des droits de l'homme, mais l'on n'aboutirait pas pour autant à une solution entièrement satisfaisante. En effet, en l'absence de contradicteur, le comptable serait en quelque sorte amené à plaider contre son juge et aurait, au départ, l'impression d'un préjugé, la Cour le convoquant sur la base du dossier établi par l'administration.

C'est pourquoi le gouvernement a opté pour une solution changeant radicalement la procédure. Il est proposé que ce soit l'administration qui, en cas de déficit, cite le comptable devant la Cour, comme un demandeur en matière civile. Il n'y aura donc plus de saisine d'office : la Cour devra toujours être saisie par l'administration. De plus, c'est un réel débat contradictoire qui se déroulera devant elle, en audience publique, entre l'administration et le comptable ».

Dans ce nouveau cadre législatif les règles du procès équitable seront donc respectées, ce qui a pu conduire au règlement amiable et à la radiation.

3. Arrêt *Toth c/ Autriche* du 12 décembre 1991

L'affaire *Toth c/ Autriche* portait essentiellement sur la durée de la détention préventive dans le cadre de la procédure autrichienne d'instruction qui est proche de la procédure française ; et du caractère non contradictoire de la procédure d'examen de la détention. Cet arrêt se situe dans la lignée des décisions de la Cour européenne (*Letellier c/ France*, *Kemmache c/ France*), déjà commentés dans cette *Revue*.

M. Toth poursuivi pour escroquerie était resté en détention provisoire à partir du 11 janvier 1985 jusqu'au 18 février 1986 en dépit de plusieurs demandes de mise en liberté.

« M. Toth se plaignait de son défaut de participation à l'audience d'appel relative à la prolongation de sa détention » ainsi qu'à celle relative à sa demande d'élargissement, alors qu'un membre du parquet général avait assisté à ces diverses audiences.

« Selon M. Toth, il y eut ainsi rupture de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense ». « Selon le gouvernement, la comparution de l'intéressé devant la Chambre du conseil du tribunal régional de Salzbourg rendait inutile sa venue en appel ».

« La Cour constate que l'article 5 § 4 n'astreint pas les Etats contractants à instaurer un double degré de juridiction pour l'examen de demandes d'élargissement. Néanmoins, un Etat qui se dote d'un tel système doit en principe accorder aux détenus les mêmes garanties en appel qu'en première instance (V. entre autres, *mutatis mutandis*, les arrêts *Delcourt* du 17 janv. 1970, série A n° 11, p. 14, § 25 *in fine*, et *Ekbatani* du 26 mai 1988, série A n° 134, p. 12, § 24). »

« Faute d'avoir garanti l'égalité de traitement, la procédure ne fut pas réellement contradictoire (V. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Sanchez-Reisse* du 21 oct. 1986, série A n° 107, p. 19, § 51). Il y a donc eu violation de l'article 5 § 4 sur ce point ».

En ce qui concerne les prolongations de la détention provisoire la Cour constate que l'article 5 § 4 ne s'applique pas en l'occurrence. « La juridiction d'appel statue sur une demande du magistrat instructeur ou du parquet et se borne à tracer un cadre dans lequel celui-ci agira souverainement en la matière. Elle ne se prononce donc pas elle-même sur l'opportunité ou la nécessité de garder l'inculpé incarcéré ou de le relâcher, car elle ne substitue pas sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Elle ne se livre pas non plus à un contrôle de la « légalité de la détention », c'est-à-dire à un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de cette dernière (V. *mutatis mutandis*, l'arrêt *E. c/ Norvège* du 29 août 1990, série A n° 181-A, p. 21, § 50) ».

4. Arrêt *Pfeifer et Plankl c/ Autriche* du 25 février 1992

L'affaire *Pfeifer et Plankl c/ Autriche* portait sur l'article 6 (indépendance du tribunal, examen de l'affaire par un juge l'ayant déjà connue comme magistrat instructeur) et sur l'article 8 (respect de la correspondance). Les requérants étaient poursuivis pour escroqueries et vols.

Sur l'article 6 § 1

« M. Pfeifer fur renvoyé en jugement devant le tribunal régional, composé de deux magistrats de carrière — M. Kaiser, qui présidait, et M. Arnold — et de deux échevins (*Schöffen*).

Le 31 août 1983, le juge Kaiser le convoqua pour l'avertir qu'il avait connu de l'affaire jusqu'au 31 décembre 1982, en qualité de juge d'instruction, et que dès lors l'article 68 § 2 du code de procédure pénale l'empêchait de siéger lors du procès ; au cours de l'entrevue, M. Pfeifer renonça à son droit d'agir en nullité de ce chef (art. 281 § 1, première phrase, dudit code).

Le 1er septembre 1983, le président l'informa que le juge Arnold se trouvait lui aussi exclu par l'article 68 § 2, pour avoir mené l'interrogatoire du 21 novembre 1982 à titre de juge de permanence. L'inculpé renonça également à son droit de se pourvoir en nullité sur ce point.

Dans les deux cas, il signa les procès-verbaux pertinents en l'absence de son représentant, qui n'avait pas été convoqué pour l'occasion et qu'il avait déclaré ne pas estimer nécessaire de consulter.

Les débats eurent lieu les 16 septembre et 7 octobre 1983, avec la participation des deux magistrats susnommés.

Le défenseur du requérant n'éleva aucune objection contre la composition du tribunal régional, ni ne récusa les juges Kaiser et Arnold ».

« A l'audience du 7 octobre 1983 ... le tribunal infligea trois ans d'emprisonnement à M. Pfeifer pour recel qualifié de choses volées (art. 164 § 3 c. pén.) et détention illégale d'armes à feu (art. 36 de la loi sur les armes – *Waffengesetz*). »

« Aucun texte de droit autrichien ne prévoit – le gouvernement le reconnaît – la renonciation expresse d'un accusé à son droit à être jugé par un tribunal dont la composition obéisse à la loi ni, en conséquence, ne fixe la procédure à suivre à cette fin. Or un tel droit revêt une importance capitale et son exercice ne peut dépendre des seuls intéressés.

En l'espèce, il suffit de noter que le juge Kaiser approcha M. Pfeifer de sa propre initiative, en l'absence de l'avocat de ce dernier qui, malgré sa participation antérieure à la procédure, n'avait pas été convoqué. Il lui posa une question essentiellement juridique, dont M. Pfeifer – profane en droit – n'était guère en mesure de saisir toutes les implications. Un abandon exprimé sur le champ dans ces conditions paraît pour le moins sujet à caution. Le fait que le requérant ait déclaré ne pas estimer nécessaire la présence de son avocat n'y change rien.

Dès lors, à supposer même qu'un accusé puisse renoncer aux droits en question, les circonstances entourant la décision du requérant la privent de toute validité au regard de la Convention.

En conclusion, la Cour rejette l'exception préliminaire du gouvernement et considère qu'il y a eu infraction à l'article 6 § 1 ».

Sur l'article 8

« Les deux requérants se prétendent victimes d'une violation de l'article 8 de la Convention, aux termes duquel :

1) toute personne a droit au respect (...) de sa correspondance ;

2) il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

La correspondance avait été interceptée par le juge et en partie effacée.

La Commission souscrit à cette thèse, combattue par le gouvernement.

« D'après le juge d'instruction, les passages supprimés renfermaient « des plaisanteries de caractère insultant contre des gardiens de prison ». Leur texte n'a cependant pas été reconstitué devant les juridictions autrichiennes.

La Commission déduit à juste titre de la version livrée par Mme Plankl qu'il s'agissait plutôt de critiques visant les conditions de détention, et notamment le comportement de certains gardiens de prison. Bien que sans doute parfois plutôt fortes les expressions utilisées figuraient dans une lettre privée qu'aux termes de la législation pertinente (art. 188 c. pr. pén.) seuls auraient dû lire M. Pfeifer et le magistrat instructeur.

Dans l'affaire *Silver et autres*, la Cour a estimé que l'interception de lettres privées « visant à attirer le mépris sur les autorités » ou usant de « termes délibérément injurieux pour les autorités pénitentiaires » n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » (*arrêt du 25 mars 1983*, série A n° 61, p. 26 et 38, §§ 64 et 99 c). L'effacement de passages constitue assurément une ingérence d'une moindre ampleur, mais dans les circonstances de la cause il apparaît lui aussi disproportionné. Partant, la Cour a retenu la violation de l'article 8 ».

5. Arrêt *Observer-Guardian c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 1991

L'affaire *Observer-Guardian c/ Royaume-Uni* concernait l'article 10 de la Convention des droits de l'homme et la liberté d'expression, mais sous certains aspects elle aurait pu donner lieu en droit interne à une procédure pénale et soulever des questions relatives à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les mesures de suspension de publications décidées par le juge civil avaient pour support le reproche formulé à l'encontre de l'auteur M. Wright ancien fonctionnaire aux services secrets d'avoir enfreint l'obligation de réserve, révélé des secrets intéressant la sécurité intérieure de l'Etat et à la limite « diffamé » certains de ses collègues. Mais l'*Attorney General* n'avait pas poursuivi de ces premiers chefs et il n'y avait pas eu d'action en diffamation. On rencontre parfois des tentatives de détournement de procédure où le plaignant préfère éviter le terrain pénal pour ne pas être accusé de censure tout en utilisant l'argument de réprobation morale pour étayer son action civile. En France l'affaire *Delpey* avait connu quelques « acrobaties » de ce genre.

Rappel des faits

« Des injonctions provisoires prononcées en juillet 1986 (période du 11 juill. 1986 au 30 juill. 1987) interdisaient aux requérants (deux journaux *The Observer* et *The Guardian*) de publier des détails de mémoires écrits sans autorisation et faisant état d'activités prétendument illégales des services de sécurité, ainsi que des informations obtenues de leur auteur, M. Wright, un ex-agent desdits services. »

« Ces restrictions ont été confirmées par les tribunaux en juillet 1987 (période du 30 juill. 1987 au 13 oct. 1988) alors que le livre *Spycatcher* écrit par M. Wright et contenant ces informations avait été publié aux Etats-Unis ».

L'affaire portait sur l'article 10 (liberté d'expression) et l'article 14 (non-discrimination).

Sur l'article 10 de la Convention

— La période du 11 juillet 1986 au 30 juillet 1987

La Cour conclut que les autorités nationales étaient en droit d'estimer l'ingérence litigieuse « nécessaire dans une société démocratique ».

— La période du 30 juillet 1987 au 13 octobre 1988

« *D'après le gouvernement* les interdictions provisoires restaient, malgré la publication du livre *Spycatcher* aux Etats-Unis, néanmoins « nécessaires », au sens de l'article 10 de la Convention européenne, pendant la période du 30 juillet 1987 au 13 octobre 1988, pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire et défendre par là-même les intérêts de la sécurité nationale.

Il retenait la conclusion à laquelle la Chambre des Lords avait abouti en juillet 1987 : malgré la publication aux Etats-Unis, *a*) la thèse de l'*Attorney General* en faveur d'injonctions permanentes contre O. et G. demeurait valable, et l'on ne pourrait en juger équitablement que si l'on apportait des restrictions à la publication jusqu'au procès au principal ; *b*) on continuerait à servir les intérêts de la sécurité nationale en empêchant de vulgariser la substance du livre par voie de presse, et l'intérêt général en décourageant la publication non autorisée de mémoires où figuraient des renseignements confidentiels.

Le risque de voir la publication d'éléments tirés de *Spycatcher* nuire, si elle se poursuivait, à l'examen des demandes d'interdictions permanentes de l'*Attorney General* constituait sans doute, pour la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire, un motif « pertinent » de prolonger les injonctions litigieuses, mais en l'occurrence la Cour ne l'estime pas « suffisant » aux fins de l'article 10.

A la vérité, la Chambre des Lords prit en compte les exigences de la Convention, bien que celle-ci ne se trouve pas incorporée au droit interne, et il existe une certaine différence entre l'importation sporadique d'exemplaires de *Spycatcher* au Royaume-Uni et la publication à grande échelle de son contenu dans la presse. Cependant, même si le procès au fond avait débouché sur l'octroi des interdictions permanentes sollicitées par l'*Attorney General*, elles auraient porté sur des informations dont la confidentialité avait de toute manière disparu – indépendamment d'éventuelles révélations ultérieures d'O. et G. – avec la publication aux Etats-Unis. Considéré sous l'angle du respect des droits procéduraux de l'*Attorney General*, l'intérêt de protéger cette confidentialité avait, sous l'angle de la Convention, cessé d'exister au 30 juillet 1987 (V. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Weber* du 22 mai 1990, série A n° 177, p. 23, § 51).

Quant aux impératifs de la sécurité nationale, la Cour constate que les arguments de l'*Attorney General* connurent en la matière, pour emprunter les termes du juge Scott, « une curieuse métamorphose » (*Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd. (n° 2)*, Appeal Cases, 1990, vol. 1, p. 140F). Ainsi qu'il ressort du témoignage de Sir Robert Armstrong, les injonctions sollicitées avaient à l'origine pour but, entre autres, de garder secrets des renseignements qui devaient le rester. Or au 30 juillet 1987 ils ne l'étaient plus et les dommages potentiels s'étaient déjà réalisés pour la plupart.

Désormais, les ordonnances ne tendaient donc plus qu'à promouvoir l'efficacité et la réputation des services de sécurité, notamment en préservant la confiance dont ils jouissaient dans l'opinion, en montrant bien qu'on ne laisserait pas leurs anciens membres publier des mémoires sans autorisation et en dissuadant les personnes qui pourraient éprouver l'envie d'imiter M. Wright.

La Cour ne trouve pas ces objectifs suffisants pour justifier l'ingérence incriminée. On peut d'abord se demander si les actions intentées à O. et G. étaient capables de contribuer à les atteindre mieux que n'y avaient réussi les mesures adoptées contre M. Wright lui-même. En outre, vu la possibilité d'une action en versement de bénéfices, la Cour partage les doutes de Lord Oliver of Aylmerton sur le point de savoir s'il était normal, pour punir M. Wright et fournir un exemple aux autres, d'adresser des injonctions à des personnes, telles O. et G. étrangères à la publication de *Spycatcher*. Surtout, le maintien des restrictions après juillet 1987 empêchait les journaux d'exercer leur droit, et de remplir leur devoir, de donner des renseignements – déjà accessibles – sur une matière présentant un intérêt public légitime ».

En conclusion, ladite ingérence n'était pas « nécessaire dans une société démocratique », de sorte qu'il y a eu violation de l'article 10.

Sur l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 10

O. et G. se plaignent de ne pas avoir eu, comme les éditeurs aux Etats-Unis et ailleurs en dehors du Royaume-Uni, la liberté de communiquer à leurs lecteurs les informations et idées contenues dans *Spycatcher*. Il aurait subi de ce fait une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 10. Le premier d'entre eux est ainsi libellé : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Avec le gouvernement et la Commission, la Cour estime qu'il y a lieu de rejeter le grief.

La Cour européenne a retenu la violation pour la deuxième période de suspension de publication et non pour la première. La Cour a considéré notamment que l'ingé-

rence pouvait se justifier dans un premier temps, avant la publication du livre aux Etats-Unis.

Au contraire, plusieurs juges de la minorité ont opiné pour une violation de l'article 10 sur les deux périodes (V. notamment l'opinion dissidente de M. le juge Pettiti, approuvée par M. le juge Riveheiro Faeinha, *Gaz. Pal.* 5-6 juin 1992).

La Cour européenne a commencé l'examen de plusieurs affaires concernant la France *Beldjoudi* (expulsion d'étranger) ; *B.* (transsexualisme) ; *Drodz* (exécution en France de peine prononcée en Andorre) ; *Tomasi* (garde à vue, durée de la détention et de la procédure) ; *V. et P.* (refus du statut de réfugié).

Ces affaires venues en audiences publiques et mises en délibéré donneront lieu à des décisions au cours du premier semestre 1992. Actuellement le nombre de requêtes portées devant la Commission européenne des droits de l'homme concernant la France, surtout en matière pénale, est important. Le rôle des juges appliquant la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne revêt donc de plus en plus d'impact.

La subsidiarité est en effet un principe majeur du système européen.

II. — DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

L'ESPACE SCHENGEN
I. — TEXTES ET CONTEXTE, FIGURES DE L'INTÉGRATION DANS L'EUROPE COMMUNAUTAIRE

Michel MASSÉ

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

On désigne ainsi un nouvel espace géographique[1], pluri-territorial, de libre circulation des personnes : sans contrôle aux frontières intérieures. Consécutivement c'est également le « lieu » de (plus ou moins) nouveaux modes de collaboration interétatique dans la maîtrise des flux migratoires ainsi que dans la prévention et la répression de la criminalité. Dans une prochaine chronique nous nous intéresserons particulièrement à l'évolution de l'entraide répressive internationale. Mais cet aspect ne saurait être isolé d'un contexte particulièrement riche et complexe[2] que nous évoquerons ici à l'occasion d'une présentation générale des textes — il y en a deux — qui sont à l'origine de cette nouvelle expérience d'ouverture internationale.

Deux traités internationaux ont été signés à Schengen, au Luxembourg. Le premier, le 14 juin 1985, est un « Accord entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Bénélux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes ». Il sera ci-dessous désigné « l'Accord ». Le gouvernement de l'époque ayant considéré que ce texte n'était pas susceptible de modifier des dispositions de nature législative au sens de l'article 53 de la Constitution, il a été publié au *Journal Officiel*, sans être soumis à l'autorisation parlementaire de ratification, par un décret du 30 juillet 1986 (*D.* 1986, 427). Le second traité, du 19 juin 1990, est intitulé « Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements ... »[3]. Il sera ci-dessous désigné « la Convention ». Etudiée par le Parlement en mai et juin 1991, adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale (le 3 juin) et par le Sénat (le 27), déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une décision du 25 (n° 91-294, *JO* 27 juill. p. 10001), l'approbation en a été autorisée par une loi du 30 juillet 1991 (*JO* 1er août. p. 10193)[4]. Parallèlement, une loi du 10 juillet (D. n° 91-307) a

1. 1 242 765 km², soit 2,25 fois la France, selon un calcul approximatif comprenant le territoire de l'ex-RDA, mais laissant, encore, de côté ceux de l'Espagne et du Portugal. Incluant ces deux autres pays, on atteint 1 839 600 km², dont il convient cependant de retirer les territoires « outre-mer ». L'exclusion de ces territoires de l'espace Schengen a été critiquée, en France, comme portant atteinte à l'indivisibilité du territoire. Mais on sait depuis le Traité de Rome que la libre circulation (celle des travailleurs en l'occurrence) ne s'y exerce pas comme partout ailleurs. Demeure tout de même ce paradoxe : pour un Français (sans discrimination) le déplacement entre la métropole et les DTOM (ou inversement) donnera lieu à plus de contrôles qu'un passage en Italie ou en Espagne. Ce qui, du reste, était déjà le cas en fait.

2. V. déjà cette *Revue* 1991.815 et s. spéc. p. 821-822.

3. Entre-temps, l'Allemagne avait été réunifiée et d'ultimes négociations ont adapté le texte au report de sa frontière vers l'Est.

4. Sur la consitutionalité, V. comm. G. de La Pradelle, La rigueur de Schengen atténuée par le Conseil constitutionnel ?, *in Droit international* 1990, Situation n° 11 (sept.-oct. 1991). Plus largement, V. L. Hamon, La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations européennes en cours, *D.* 1991.301.

autorisé l'approbation de l'adhésion de la République italienne intervenue le 27 novembre 1990. L'Espagne et le Portugal ont également adhéré, le 25 juin 1991, mais ces autres traités d'adhésion n'ont pas encore été soumis au Parlement.

Quant au contexte, on remarquera que l'Accord était antérieur de 8 mois à l'Acte Unique Européen (17-28 févr. 1986) et que la Convention a été suivie par le traité de Maastricht sur l'Union Européenne intervenu 18 mois plus tard (7 févr. 1992). A.U.E., Schengen et Maastricht offrent en effet un saisissant accéléré de la construction de l'Europe communautaire depuis 1950. D'une part des transferts successifs de souveraineté – appelons les choses par leur nom – résultant du renforcement progressif des institutions communes et d'un corpus juridique de plus en plus consistant et cohérent[5]. Il y eut des pauses, jamais de retour en arrière et rarement d'accélération aussi rapide que celle à laquelle nous assistons maintenant. D'autre part, des mécanismes à géographie variable dans le temps (l'élargissement de 6 à 9, puis de 10 à 12) ou dans l'instant (12 signataires de l'A.U.E., 6 de Schengen et 11 ou 12 – selon les clauses – de Maastricht). Les Etats membres sont devenus trop nombreux pour avancer vite ensemble. Le pari, qui n'est pas sans risque, est de laisser chacun faire l'Europe à son propre rythme.

Après avoir exposé les données essentielles du problème issues de l'A.U.E., nous analyserons l'ensemble des solutions expérimentées par les accords relatifs à la suppression graduelle des contrôles aux frontières. Puis nous montrerons quelle place le droit de Schengen occupera au sein de l'ordre juridique commun aux douze Etats membres des Communautés européennes.

A. – *L'acte unique européen*

Son article 13 a introduit dans le traité de Rome un article 8.A aux termes duquel « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée ».

A l'intérieur du marché commun le problème est bien, désormais, celui du franchissement des frontières – en ce que, bornant les Etats, elles peuvent justifier tout contrôle voulu par la Souveraineté – et non plus celui de la douane au sens financier du mot : les « droits » de douane ont en effet été supprimés depuis 1967 et les panneaux « douane » enlevés au premier janvier 1988. Si l'allégement des contrôles aux frontières est une réalité que tout le monde a pu constater depuis déjà longtemps, leur suppression reste une étape délicate. Et il est remarquable – l'un des signes que la Communauté n'est pas

Dans l'attente du décret de publication on prendra connaissance du texte dans les travaux préparatoires, en annexe du projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 7 mai 1991 (seconde session ordinaire de 1990-1991, doc. 2028). En doctrine, V. F. Julien-Laferrière, L'Europe de Schengen : de la disparition des frontières aux transferts des contrôles, comm. à paraître à l'*ALD* ; B. Neel, L'Europe sans frontières intérieures, l'Accord de Schengen, *AJDA* 1991.659 ; P. Weckel, La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen, *Rev. gén. dr. int. pub.* 1991.405.

5. Cohérent ne signifie pas irréprochable. Ce droit est en effet marqué d'un syndrome technocratique et souffre d'un grave « déficit démocratique », d'autant plus regrettables que les abandons-transferts de souveraineté sont importants. D'un point de vue institutionnel le cercle est d'ailleurs vicieux : limiter les transferts de souveraineté, conserver le contrôle de la situation aux Etats, conduit à réserver un maximum de pouvoir aux Conseils (européen : celui des chefs d'Etats, ou de la Communauté : celui des ministres représentant les Etats) plutôt que les transférer au Parlement, seul instrument possible d'un rôle accru de la représentation populaire.

S'agissant de Schengen, le Parlement européen s'est officiellement plaint de n'avoir pas été consulté. Mais ces traités entre une partie seulement des Etats membres ne relèvent pas du droit communautaire. Au Parlement français, l'actuelle opposition a également souligné le « déficit démocratique » alors même qu'en 1985 ses représentants au gouvernement n'avaient pas jugé nécessaire de saisir la représentation nationale. Déficit d'information, compensé depuis par la création d'une commission (sénatoriale) de contrôle de l'application de la Convention (V. *Gaz. Pal.* 14-15 févr. 1992, l'intervention du sénateur Villepin à une réunion de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris). Et déficit de négociation dans l'obligation de se prononcer sur le texte sans aucun pouvoir d'amendement. Mais il en est toujours ainsi des traités internationaux et... le Parlement n'aurait même pas été saisi s'il s'était agi d'un règlement communautaire.

seulement un marché – qu'elle se réalise plus vite en faveur des personnes que des marchandises.

Concernant les marchandises, en effet, de nombreuses raisons (sanitaires, statistiques, fiscales : absence d'harmonisation des taux de TVA ou des droits d'accises, ou même spécifiquement douanières pour le contrôle des marchandises en transit sur le territoire communautaire ...) imposent encore des contrôles. Bien que des franchises aient été accordées aux touristes[6] et les formalités simplifiées pour les professionnels[7] par la mise au point d'un « document unique », les traités n'imposent encore que de « faciliter la circulation des marchandises » (point 5 de l'exposé des motifs de l'Accord) ou de « ne pas l'entraver de manière non justifiée » (article 120 de la Convention qui n'interdit pas que le dédouanement pour la mise à la consommation s'effectue lors du franchissement de la frontière, imposant seulement que « les Parties contractantes s'efforceront de promouvoir le dédouanement à l'intérieur du pays »).

Pour les personnes, il y a déjà des années que les disques (rapidement tombés en désuétude)[8] ou les couloirs « verts » ainsi que les passeports « bordeaux-mauve » dispensent en fait le plus grand nombre de ressortissants des pays membres de tout contrôle lors du franchissement des frontières intérieures[9]. Du fait au droit, de l'absence statistique de contrôle à leur suppression et même leur interdiction de principe, il reste cependant un pas essentiel à franchir.

Contrôle de l'immigration en provenance des pays tiers et préservation de la sécurité intérieure sont les principales difficultés. Une « déclaration » des Etats signataires de l'Acte Unique Européen, annexée au traité lors de sa signature, affirme d'ailleurs « qu'aucune disposition (de l'A.U.E.) n'affecte le droit des Etats membres de prendre celles des mesures qu'ils jugent nécessaires en matière de contrôle de l'immigration des pays tiers ainsi qu'en matière de lutte contre le terrorisme, la criminalité, le trafic de drogue et le trafic des oeuvres d'art et des antiquités ».

B. – *Les accords relatifs à la suppression graduelle des contrôles aux frontières*

Lors de la signature de l'Acte Unique, la France et la République fédérale d'Allemagne s'étaient déjà attaquées à ces problèmes par la signature, le 13 juillet 1984 à Sarrebruck d'un Accord relatif à la suppression graduelle des contrôles à la frontière[10]. Le singulier fut remplacé par un pluriel : « aux frontières communes », lorsque autour de « l'axe » franco-allemand de la construction européenne se sont ensuite regroupés les trois pays du Bénélux – entre lesquels une solide tradition d'entraide existait déjà – ainsi que l'Italie. Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas : les « six », fondateurs des Communautés européennes, auront été les premiers signataires des textes instituant l'espace Schengen.

6. En quantité pour certains produits (tabac, alcools, parfums...) en valeur (1 600 écus au 1er janv. 1992) pour les autres.

7. V. dernièrement, le règlement n° 4060 § 9 du Conseil du 21 déc. 1989 concernant l'élimination de contrôles aux frontières des Etats membres dans le domaine des transports par routes et par voies navigables (*JOCE* L. 390, 30 déc. 1989). Le règlement qui ne s'applique d'ailleurs pas qu'aux transporteurs de marchandises est spécifique aux contrôles de l'état du véhicule et des aptitudes du conducteur imposés par la nécessité d'assurer la sécurité routière et de la navigation.

8. Ce disque avait été prévu, à titre de mesure applicable à court terme par l'art. 3 de l'Accord de Schengen.

9. En cas de contrôle par sondage il suffit de se munir d'une pièce d'identité. Ne pas oublier le « formulaire E 111 délivré par les caisses de sécurité sociale ».

10. Décret de publication n° 84-748 du 1er août 1984 (*JO* 3 août 1984, p. 2564). Cet accord suivait, dans des délais extrêmement brefs, une déclaration du Conseil européen de Fontainebleau des 25-26 juin 1984 « relative à la suppression aux frontières intérieures des formalités de police et de douane pour la circulation des personnes et des marchandises ».

Revenons à ces textes. Le premier, l'Accord du 14 juin 1985, distingue entre des mesures applicables à court (titre I) et à long terme (titre II). Ces dernières sont présentées dans l'article 17 ainsi rédigé : « En matière de circulation des personnes, les parties chercheront à supprimer les contrôles aux frontières communes et à les transférer à leurs frontières externes. A cette fin, elles s'efforceront préalablement d'harmoniser, si besoin est, les dispositions législatives et réglementaires relatives aux interdictions et restrictions qui fondent les contrôles et de prendre des mesures complémentaires pour la sauvegarde de la sécurité et pour faire obstacle à l'immigration illégale des ressortissants d'Etats non membres des Communautés européennes ».

L'objectif à atteindre, clairement indiqué : supprimer les contrôles aux frontières communes (et non pas ces frontières elles-mêmes ainsi que l'article 8.A précité du Traité de Rome le laissait à penser) pour les concentrer aux frontières extérieures, suppose donc deux ordres de mesures préalables. Les premières relèvent de la technique, classique, « d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires ». Les mots sont repris aux articles 19 (qui précise :« notamment en matière de stupéfiants, en matière d'armes et d'explosifs, en ce qui concerne la déclaration des voyageurs dans les hôtels ») et 20 (qui complète avec : « les réglementations relatives à certains aspects du droit des étrangers en ce qui concerne des ressortissants des Etats non membres des Communautés européennes »). L'article 20 étend de surcroît l'harmonisation aux « politiques — et pas seulement aux textes — en matière de visa ainsi que des conditions d'entrée sur leurs territoires ». Le mot « asile » n'apparaît pas dans l'Accord.

Les autres mesures préalables, dites complémentaires, sont explicitées par l'article 18 aux termes desquels « les parties engageront des discussions notamment sur les questions suivantes : *a*) Elaboration d'arrangement concernant la coopération policière (...) ; *b*) Examen des difficultés éventuelles dans l'application des accords d'entraide judiciaire internationale et d'extradition (...) ; *c*) Recherche des moyens permettant la lutte en commun contre la criminalité, entre autres par l'étude d'un aménagement éventuel du droit de poursuite pour les policiers (...) ».

L'échéance fixée était d'aboutir aux objectifs « si possible avant le 1er janvier 1990 » (art. 30), certaines mesures devant être prises « à court terme » (titre I) « afin d'éviter les conséquences négatives que peut entraîner l'allégement des contrôles en matière d'immigration et de sécurité » (art. 7) ou « compte tenu des différences importantes existantes entre les législations relatives aux stupéfiants » (art. 8). Parmi ces mesures, relevons, à l'article 9, l'engagement « d'améliorer l'échange d'informations et de le renforcer en ce qui concerne les renseignements susceptibles de présenter un intérêt pour les autres parties dans la lutte contre la criminalité ». Mais un « échange systématique et automatisé des données » n'est prévu que pour faciliter le dédouanement des marchandises.

Les mesures appropriées ont été prises, après cinq années de négociations, par la Convention d'application du 19 juin 1990. Ce texte comprend 142 articles, sans compter un « acte final », un « procès-verbal » et des « déclarations communes » annexés. Il est divisé en huit titres. A l'exception de quelques articles cités par la suite, nous laisserons de côté les titres I, V, VII et VIII respectivement consacrés à des définitions, au transport et à la circulation des marchandises, au comité exécutif[11] et aux dispositions finales. Pour l'essentiel, la Convention crée un espace de liberté (1) compensé par un dispositif de sécurité (2). Elle innove tout particulièrement dans l'organisation

11. Ce comité, au sein duquel chacune des Parties contractantes dispose d'un siège, est institué pour l'application de la Convention. Il statue à l'unanimité (art. 131 et s.). En matière de stupéfiants, il reçoit des propositions d'un « groupe de travail » permanent chargé d'examiner des problèmes communs concernant la répression de la criminalité et d'élaborer le cas échéant des propositions aux fins d'améliorer, si besoin est, les aspects pratiques et techniques de la coopération entre les Parties contractantes (art. 70).

d'échanges internationaux d'informations sensibles, avec un souci marqué de protection des données à caractère personnel (3).

1. Création d'un espace de liberté

C'est l'oeuvre du titre II de la Convention : « Suppression des contrôles aux frontières intérieures et circulation des personnes ». La liberté instituée est celle de « franchir les frontières intérieures en tout lieu sans qu'un contrôle soit effectué » (art. 2)[12] et « de circuler sur le territoire de l'ensemble des parties contractantes » prolongement naturel expressément rappelé pour les étrangers aux articles 19, 20 et 21.

Les bénéficiaires en sont non seulement les quelques 217 millions de nationaux des six premiers Etats signataires (265 millions avec le Portugal et l'Espagne), mais également — et cela est remarquable — les ressortissants des autres pays membres des Communautés européennes ainsi que n'importe quel « étranger » — terminologie réservée par l'article 1 aux personnes « autres que les ressortissants des Etats membres des Communautés européennes — régulièrement entré dans l'espace Schengen pendant tout le temps où il remplit les conditions de son admission.

La limite est très clairement indiquée. La liberté est celle de circuler, tout particulièrement de franchir la frontière, sans être contrôlé, non pas de se soustraire « à l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes en vertu de la législation de chaque partie contractante sur l'ensemble du territoire, ni aux obligations de détention, de port et de présentation de titres et documents prévus par sa législation » (art. 2, § 3). La présence sur le territoire commençant ... au moment du franchissement de la frontière, des contrôles d'identité y sont possibles, selon la législation nationale, ainsi que l'interpellation des personnes recherchées ou l'arrestation en flagrant délit. La seule activité de police supprimée est la « police des frontières » en tant que telle.

Des exceptions existent, certes ; mais elles sont ou devraient être de droit strict. *Ratione materiae*, des contrôles frontaliers nationaux peuvent être rétablis « durant une période limitée » si l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent (art. 2, § 2). Cette clause est aussi inquiétante — ou réconfortante, c'est selon — dans son imprécision que fréquente dans les conventions d'entraide répressive. *Ratione personae*, il existe pour les non-nationaux de l'Etat de séjour deux obligations de « déclarations » :

— L'une, prévue à l'article 22, vise les étrangers au sens de la Convention (c'est-à-dire les non-ressortissants communautaires) régulièrement entrés dans l'espace Schengen, qui « sont tenus de se déclarer aux autorités compétentes de la partie contractante sur le territoire de laquelle ils pénètrent », soit qu'ils viennent d'arriver dans l'espace Schengen, soit que, résidant déjà sur le territoire d'une partie à la Convention, ils se rendent sur celui d'un autre Etat. Selon le choix des Etats cette restriction affectera la liberté de franchir la frontière (déclaration à l'entrée) ou celle de circuler au-delà (déclaration, dans un délai de trois jours ouvrables à partir de l'entrée, à l'intérieur du territoire). Cette déclaration doit être spontanée.

— Une autre obligation, prévue à l'article 45, vise tous les non-nationaux (ressortissants des autres parties contractantes, d'Etats membres des Communautés non signataires de la Convention ou étrangers au sens de la Convention) hébergés dans un « établissement d'hébergement » ou qui « logent en des lieux quelconques faisant l'objet d'une exploitation par des loueurs professionnels, notamment dans des tentes, des caravanes et des bateaux ». Ces personnes doivent « remplir et signer personnellement des

12. Le Conseil constitutionnel a considéré que « le franchissement des frontières sans qu'un contrôle des personnes soit nécessairement effectué n'est pas assimilable à une suppression ou à une modification des frontières qui, sur le plan juridique, délimitent la compétence territoriale de l'Etat ». Sur la définition des frontières intérieures et extérieures, incluant, pour certains vols ou liaisons, les aéroports et ports maritimes, V. l'art. 1.

fiches de déclaration » et « justifier de leur identité par la production d'un document d'identité valable ». L'accomplissement de cette formalité est confiée à la diligence des chefs d'établissements ou de leurs préposés et son entrée en vigueur à celle des Etats signataires engagés à prendre les mesures nécessaires pour garantir qu'il en sera ainsi.

Faut-il s'inquiéter de ces restrictions ainsi que l'ont fait, pour l'article 22, certains spécialistes des libertés publiques ? Un premier élément de réponse, en pratique, serait qu'il paraît bien difficile de faire respecter de telles exigences d'une manière systématique. Un second, en droit (français) est que ces obligations de déclaration existent respectivement depuis des décrets du 31 décembre 1947 (n° 47-2410, art. 1 modifié en 1969) et du 30 juin 1946 (n° 46-1574, art. 6). Le champ d'application du décret de 1947 pourrait cependant se trouver étendu[13]. Un troisième, en procédure pénale, est que les nouveaux engagements internationaux de la France viennent renforcer les arguments de ceux qui ont toujours soutenu que les contrôles des documents justifiant le séjour des étrangers était possible indépendamment de tout contrôle d'identité préalablement effectué dans les conditions du droit commun des articles 78-1 et suivants du code de procédure pénale[14]. Un dernier élément de réponse, en droit pénal de fond et en sens contraire, peut être tiré de la constatation que la Convention n'impose aucunement que le non-respect des obligations de déclaration soit pénalement sanctionné[15].

2. Compensation par des mesures de sécurité

Liberté et sécurité. Le risque consécutif à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, souvent évoqué, est celui d'un grave « déficit de sécurité », selon l'expression utilisée dans l'Acte final de la Convention d'application, d'une « Europe passoire », selon une expression lue dans les travaux préparatoires de la loi française autorisant la ratification. Pour y parer, des techniques compensatoires sont donc mises en oeuvre. Elles sont essentiellement de deux ordres : transférer les contrôles aux frontières extérieures et améliorer l'entraide répressive. Leur ensemble est impressionnant, inquiétant même pour certains qui redoutent la constitution d'une véritable « enclave » au sein du territoire communautaire, une « Europe forteresse ». Renforcement et coordination des contrôles aux frontières extérieures, accroissement des moyens de la police et de la justice, sont en effet le prix à payer.

a) Renforcement et harmonisation des contrôles aux frontières extérieures.

1) Règles générales

La technique est alors de concentrer les moyens dont on fait l'économie à l'intérieur sur le contrôle du franchissement des frontières extérieures. Elle est mise en oeuvre par le chapitre 2 du titre II de la Convention qui impose, quelle que soit la frontière surveillée, « un niveau équivalent de contrôle » (art. 6, § 5) exercé selon des « principes uniformes » (art. 6, par 2).

Sous menaces de sanctions à instaurer par les parties contractantes, les frontières extérieures ne peuvent être franchies qu'aux points de passage et durant les heures fixées (art. 3). La circulation transfrontalière y est soumise à des contrôles exercés dans le cadre « des compétences nationales et de la législation nationale », mais selon des principes uniformes longuement précisés au texte, « en tenant compte des intérêts de toutes

13. En France, la déclaration spontanée n'est actuellement imposée : 1. qu'aux étrangers astreints à la possession d'une autorisation de séjour ; 2. qui transfèrent leur lieu de résidence effective et permanente. Mais elle ne sera pas obligatoirement étendue à tous puisque l'article 22 § 3 de la Convention laisse aux Etats la possibilité de prévoir des exceptions à l'obligation ci-dessus décrite au texte comme une obligation générale.

14. V. le débat résumé dans le *Manuel de procédure pénale* de J. Pradel, 6e éd. 92, 324 et 325.

15. Non plus d'ailleurs que la non-exécution de l'obligation de quitter le territoire sans délai lorsqu'un contrôle a révélé que l'étranger ne remplissait plus les conditions requises pour y séjourner (v. art. 23).

les parties contractantes » et pour l'ensemble de leurs territoires (art. 6). A cet effet, « une assistance et coopération étroite et permanente » est instituée entre les parties contractantes ; elle suppose une formation et des instructions communes données aux services chargés des contrôles, des échanges permanents d'informations et même de fonctionnaires de liaison (art 7). « Le contrôle des personnes comprend non seulement la vérification des documents de voyage et des autres conditions d'entrée, de séjour, de travail et de sortie, mais encore la recherche et la prévention de menaces pour la sécurité nationale et l'ordre public des parties contractantes » (art. 6, § 2, a). « A l'entrée, les étrangers doivent être soumis à un contrôle approfondi » (c). A la sortie, le contrôle « est exercé dans tous les cas à l'égard des étrangers » (d). On le voit, même si l'insistance est par ailleurs (art. 71) mise sur l'importation illicite de stupéfiants, le contrôle de l'immigration est l'un des objectifs essentiels des mesures commentées. L'article 5, paragraphe 2 stipule qu'en principe l'entrée sur le territoire des parties contractantes doit être refusée à l'étranger qui ne remplit pas un ensemble de conditions.

2) Droit des étrangers

Le droit des étrangers constitue d'ailleurs l'objet exclusif des cinq autres chapitres du titre II : visas (chap. 3) ; conditions de circulation (chap. 4 déjà évoqué) ; titre de séjour et signalement aux fins de non-admission (chap. 5) ; mesures d'accompagnement (chap. 6) et responsabilité pour le traitement des demandes d'asile (chap. 7). D'une part, les parties contractantes s'engagent à adopter une « politique commune » — on reconnaît là le vocabulaire communautaire — en ce qui concerne la circulation des étrangers et notamment le régime des visas pour les séjours de courte durée (trois mois maximum)[16]. Cet engagement s'est d'ores et déjà traduit pas l'établissement d'une liste commune de pays dont les ressortissants devront présenter un visa pour pénétrer dans l'espace Schengen[17]. A terme, il doit conduire à l'institution d'un « visa uniforme valable pour le territoire de l'ensemble des parties contractantes » (art. 10). D'autre part, les Etats signataires s'engagent à « assurer le traitement de toute demande d'asile »[18] déposée par un étranger sur l'espace Schengen. L'une d'entre elles est instituée, selon des critères défi-

16. Les visas pour un séjour de plus de trois mois demeurent des visas nationaux délivrés par l'une des Parties contractantes selon sa propre législation. C'est de la liberté de circuler et non point de séjourner que traite la Convention.

17. Constituée par la somme des pays à l'égard desquels chacun des six signataires imposait l'obligation du visa, cette liste a d'abord compté 111 Etats. Il n'en reste que 110 depuis que la Pologne en a été retirée, décision qui n'a été prise qu'après signature d'un accord de réadmission avec chacun des Etats de l'espace Schengen.

L'effet s'est immédiatement fait sentir pour l'Italie (qui exige maintenant des visas pour l'entrée sur son territoire des ressortissants Maghrébins, Turcs ou Yougoslaves), l'Espagne (à l'égard des Maghrébins et de ressortissants des pays hispanophones d'Amérique Latine), la Belgique (vis-à-vis des Zaïrois).

Les accords de réadmission ne sont pas imposés par la Convention elle-même. Selon les déclarations ministérielles faites au cours des débats parlementaires sur la loi de ratification, la France en a signés avec l'Allemagne, le Benelux, l'Espagne ainsi que l'Autriche. Elle exigerait également du Portugal qu'il prenne un tel engagement avant de ratifier son adhésion. (Le problème est ici celui des Brésiliens qui ont la double nationalité. Seront-ils considérés comme des « étrangers » lors de leur entrée dans l'espace Schengen ?).

18. Art. 36. Ph. Weckel (préc. note 4) y voit l'accentuation et la consécration internationale d'une des caractéristiques essentielles, sinon la seule, du droit d'asile défini comme un « droit à la justiciabilité ». Il ne s'agit pas d'un droit subjectif à l'asile, mais « à l'examen de l'éligibilité au statut de réfugié ». En ce sens, il est vrai que la Convention réduit le phénomène de « mise sur orbite » de réfugiés ne réussissant pas à obtenir qu'un Etat se déclare compétent pour examiner leur demande. Mais en même temps (le rapporteur de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale a parlé de « double surenchère ») elle leur interdit « l'asylom shopping », c'est-à-dire des demandes successives auprès de différents Etats pour gagner du temps sinon avoir une chance.

Quoi qu'il en soit, on conviendra que de nombreux articles de cette convention apportent au droit d'asile ce qui lui fait gravement défaut : du texte. Ce faisant, non seulement elle en renforce le fondement, mais elle pourrait permettre d'en fixer certains concepts, et, par là-même, d'en faire contrôler l'application par les juridictions.

nis à l'article 30, « partie contractante responsable » devant assurer ce traitement « conformément à son droit national »[19].

Les mesures d'accompagnement prévus au chapitre 6 s'analysent en des obligations d'incrimination dans l'ordre juridique interne. Selon l'article 26, paragraphe 1, le transporteur doit être tenu de s'assurer que l'étranger transporté par voie maritime ou aérienne est en possession des documents de voyage requis pour entrer dans l'espace Schengen. Si l'entrée est refusée, le transporteur doit alors reprendre l'étranger en charge sans délai. Connues depuis longtemps de pays d'immigration traditionnelle comme les Etats-Unis, le Canada ou l'Australie, de telles obligations sont aujourd'hui inscrites dans l'annexe 9 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 modifiée relative à l'aviation civile. La Convention d'application va plus loin lorsqu'elle oblige les signataires « à instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent par voie maritime ou aérienne d'un Etat tiers vers leur territoire des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis » (art. 26, § 2). Depuis 1987, les droits allemand, belge et du Royaume-Uni sanctionnaient déjà les compagnies aériennes ou maritimes de lourdes amendes[20] multipliées par le nombre de passagers transportés sans vérification qu'ils étaient en possession des documents exigés. Ce n'était pas le cas en droit français où la responsabilité du transporteur n'était sanctionnée que par l'obligation de rapatrier l'étranger « indésirable ». Il a donc fallu légiférer, par une loi du 26 février 1992[21]. En revanche, l'obligation d'incriminer figurant à l'article 27 — qui exige « des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une partie contractante en violation de sa législation » — s'est trouvée d'emblée satisfaite, et même au-delà, par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée.

La situation des étrangers aura-t-elle été améliorée ou dégradée ? Les craintes manifestées par plusieurs associations humanitaires ou institutions protectrices des droits de l'homme[22] paraissant bien attester d'un réel renforcement des contrôles aux frontières extérieures. On ne saurait *a priori* le regretter et réfuter, pour l'Europe des années 1990, le bien-fondé d'une gestion commune des problèmes suscités par l'immigration. Mais il ne faudrait pas que la libre circulation intérieure soit acquise au prix d'un recul de la liberté fondamentale de trouver refuge sur des terres d'asile; à tout le moins de pouvoir

19. Art. 32. Pas d'harmonisation donc, en ce domaine, mais simplement, selon les termes de F. Julien-Laferrière (préc. note 4), « L'insertion du phénomène du demandeur d'asile dans une optique qui reste essentiellement celle de la maîtrise des flux migratoires ». Pour l'avenir, il convient toutefois de signaler (au point 5 de l'Acte final) que « les Parties contractantes procéderont à un inventaire des politiques nationales en matière d'asile, en vue d'en rechercher l'harmonisation ».

20. 5 000 marks, 1 000 livres ou 80 000 FB. V. rap. de M.-F. Loncle, *Doc. part. Ass. nat.* seconde session ordinaire 1990-1991, n° 2055, p. 35.

21. S.J. 92-65406. Un amendement ministériel a été déposé *in extremis* pour tenter de faire légaliser les zones de transit créées près des aéroports dans lesquelles des étrangers pouvaient être retenus sans que soient respectées les conditions de l'art. 35 *bis* de l'ordonnance du 2 nov. 1945 modifiée en 1986. Cette tentative faisait suite à une « remontrance » votée le 23 sept. 1991 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et à des actions en référé introduite en janv. 1992 pour séquestration arbitraire. Elle a échoué devant le Conseil constitutionnel dont une décision n° 92-307 du 25 févr. 1992 (SJ. 92 III.65397), à la suite de celles rendues en 1980 et 1986 sur le même problème, a réaffirmé la nécessité d'un contrôle de l'autorité judiciaire dès lors que la liberté individuelle est affectée. Antérieurement à la décision, V. un article de J.-P. Alaux dans *Le Monde diplomatique*, févr. 1992, p. 9.

22. On verra dans le rapport de M. X. de Villepin (*Doc. parl. Sénat, 2e* session ordinaire 1990-1991, n° 406, p. 98) que F. Julien-Laferrière, préc. note 4, es compétence de professeur, s'était manifesté ès-qualité de secrétaire général de France terre d'asile et membre du secrétariat permanent de la Commission de sauvegarde du droit d'asile (CSDA). D. Lochak, présidente du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) a également été entendue. Les observations d'O. Russbach pour l'Association droit international 90 sont résumées p. 111 et 112 (compléter par les n° 10 et 11 de *Situation*, la revue de cette association jumelle de DCRE, *Droit contre raison d'Etat*). Une note d'Amnesty International est reproduite p. 125 et s., P. 117 et s., on trouvera le texte de l'intervention du représentant du Haut commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. *Le Monde* (18 janv. 1992) s'est fait l'écho des réactions de la Commission nationale consultative des droits de l'homme...

en formuler la demande dans les meilleures conditions possibles, humaines et juridiques. A cet égard, une réserve générale, maintes fois répétée (art. 5, § 2, 23, § 5, 26, § 1) affirme que les obligations nées de la Convention ne font pas obstacle aux dispositions nationales relatives au droit d'asile ni à l'application de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés telle qu'amendée par le protocole de New York du 31 janvier 1967. Et dans l'article 28, les parties contractantes « réaffirment leurs obligations aux termes de cette convention » ainsi que « leur engagement de coopérer avec les services du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés ». En théorie, de telles affirmations donnent des garanties suffisantes[23]. Mais elles restent vagues et il faudra beaucoup de vigilance et d'engagement des juridictions de tous ordres[24] pour les faire prévaloir sur les dispositions claires, précises et très concrètes des articles 3, paragraphe 2 (sanction à l'encontre du franchissement non autorisé de la frontière), 23, paragraphe 2 (obligation de quitter sans délai le territoire), 26, paragraphe 2 (menace de sanction du transporteur dès lors qu'il aura acheminé des étrangers qui ne sont pas en possession de documents)...

Au fond, la réponse viendra moins des textes eux-mêmes que de l'esprit dans lequel ils seront appliqués et de la politique mise en oeuvre par le comité exécutif auquel les chapitres consacrés au droit des étrangers abandonnent énormément de modalités de mise en oeuvre[25]. Le mouvement de repli des Etats européens sur eux-mêmes n'a d'ailleurs pas attendu les traités de Schengen pour se manifester[26]. Mais, à cet égard, les conditions relativement clandestines et essentiellement administratives (avec une forte représentation des administrations policières) dans lesquelles les accords ont été élaborés, le fait que l'information du Haut Comité des Nations Unies pour les réfugiés n'ait été ni empressée ni spontanée et celui que, en France, on ait voulu profiter d'une loi d'application pour légaliser « en force » des pratiques trop expéditives (V. *supra* note 21), ne sont pas de très bon augure.

b) Développement de l'entraide répressive internationale

D'autres mesures compensatoires, pour parer aux risques nés de l'ouverture des frontières intérieures, font l'objet du titre III de la Convention : « Police et sécurité ».

23. La Convention d'application aura de surcroît conduit l'Italie à ratifier le protocole du 31 janv. 1967 interdisant toutes restrictions géographiques à l'application de la Convention de 1959. La France s'était déclarée engagée par ce texte dès 1971, après avoir longtemps restreint l'application de la Convention aux seules personnes se prévalant d'événements survenus en Europe avant 1951.

24. En ce qui concerne le respect du droit d'asile, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur la constatation que « le § 4 de l'art. 29 réserve le droit de toute partie contractante pour des raisons particulières tenant notamment au droit national d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité incombe à une autre partie » pour conclure que « ces stipulations sont appelées à recevoir application au profit des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ». De l'exception relevée par le Conseil on peut rapprocher celles de l'art. 9 § 2 (déroger au régime commun de visa à l'égard d'un Etat tiers pour des motifs impérieux relevant de la politique nationale qui exigent une décision urgente ») et de l'art. 25 § 1 (pour des motifs sérieux, notamment d'ordre humanitaire ou résultant d'obligations internationales – voir les accords bilatéraux existant entre la France et certains pays d'Afrique du Nord ou entre l'Allemagne et la Hongrie – délivrer un titre de séjour à une personne signalée aux fins de non-admission). Quant au fond, mais aussi au regard des exigences de formes dans lesquelles elles sont insérées, ces exceptions paraissent cependant devoir demeurer... très exceptionnelles.

Le Conseil d'Etat néerlandais (V. *Doc. parl.* préc. note 20, p. 51) ainsi que la deuxième Chambre du Parlement (V. *Le Monde* 23 févr. 1992) n'ont pas été aussi rapidement convaincus. Le rapport de M. F. Loncle indique en outre (p. 34) que certaines juridictions allemandes ont considéré que les dispositions législatives sanctionnant les compagnies de transport étaient incompatibles avec le droit d'asile reconnu par la Constitution.

25. V. art. 12, 17, 24... Le Conseil d'Etat français (dans un avis reproduit p. 23 du rapport de M. M. Pezet pour avis au nom de la Commission des lois, *Doc. parl.* Ass. nat. seconde session ordinaire 1991-1991, n° 2058) et le Conseil constitutionnel ont estimé que cette procédure n'était pas contraire à la Constitution dès lors que les décisions du comité « n'avaient pas d'effet direct sur le territoire des parties contractantes ».

26. V. les analyses de J. Costa-Lascoux, dans une « perspective 93 », *in Bulletin du CLCJ* n° 23 (1990) 155.

Malgré l'intitulé, les 52 articles que comprend ce titre (9 p. au *JO*) ne traitent pas que de la coopération policière (chap. 1) mais également, et plus longuement, de l'entraide judiciaire en général (chap. 2) ou s'agissant en particulier de l'application du principe *non bis in idem* (chap. 3), de l'extension de l'extradition (chap. 4) et de la transmission de l'exécution des jugements répressifs (chap. 5). Des dispositions spécifiques sont consacrées aux stupéfiants (chap. 6)[27], armes à feu et munitions (chap. 7).

Les développements conséquents qui en résultent pour le droit pénal international seront étudiés dans une prochaine chronique. On ne saurait cependant les détacher totalement de l'une des innovations les plus remarquables du « droit de Schengen » qui est une organisation très élaborée de l'échange international d'informations sensibles.

3. Organisation de l'échange international d'informations sensibles

A peine évoquée dans l'Accord, la nécessité d'échanges d'informations entre les parties contractantes est omniprésente dans la Convention : articles 5, 38, 44, 46, 91, 123 ... Deux titres lui sont exclusivement consacrés, les titres IV : « Système d'Information Schengen » (S.I.S.) et VI : « Protection des données à caractère personnel », souci auquel le titre précédent consacre lui-même seize articles dans un chapitre III : Protection des données à caractère personnel et sécurité des données dans le cadre du Système d'Information Schengen. L'organisation dont il s'agit est à la fois matérielle (outre le S.I.S., il est prévu la création de lignes téléphoniques, radio, télex et autres liaisons directes ...) et juridique (définition des informations susceptibles d'être transmises, protection de celles qui ont un caractère personnel ...). Le Conseil constitutionnel a vu dans ces dernières mesures « un dispositif très important de mesures protectrices ».

a) Le Système d'Information Schengen

Le « Système » ainsi désigné est un « système d'information en commun » créé et entretenu par les parties contractantes, dont l'objet est ainsi défini par l'article 93 : « préserver l'ordre et la sécurité publics, y compris la sûreté de l'Etat, et l'application des dispositions sur la circulation des personnes de la présente Convention, sur les territoires des parties contractantes à l'aide des informations transmises ».

Entièrement automatisé, interrogeable à distance et en temps réel, les aspects informatiques et télématiques en sont décrits par l'article 92. En résumant et simplifiant : il est prévu des fichiers nationaux, désignés « parties nationales » et un fichier central baptisé « fonction de support technique » installé à Strasbourg[28]. Chaque partie nationale, matériellement et logiquement construite selon des normes arrêtées en commun, est alimentée en données par les seules autorités de la partie dont elle relève mais « rendue identique (...) à chacune des autres (...) par le recours à la fonction de support technique », laquelle « comprend un fichier de données assurant l'identité des fichiers de données des parties nationales par la transmission en ligne d'informations ». Le système peut être dit « en étoile » avec point de passage obligé de tous les flux par la partie centrale. Autrement dit encore, chaque fichier national correspondra pratiquement à une copie du fichier central et sera constamment tenu à jour par ce dernier pour les informations introduites par les autres pays.

Si la normalisation des réseaux de télécommunications avait été plus avancée en Europe, il aurait été plus simple et probablement beaucoup moins cher de créer un fichier

27. Cf. émanant de la CSCE (Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe rassemblant 32 pays européens, y compris de l'Est, ainsi que les Etats-Unis et le Canada) un document adopté à Vienne sur les mesures de confiance et de sécurité (MDCS), qui introduit dans les questions de sécurité une problématique non exclusivement militaire, incluant la lutte contre le terrorisme et le trafic de drogue.

28. Aucune utilisation des installations récemment financées à Lyon ni des réseaux de communication d'Interpol n'a été prévue. Sur les moyens informatiques et en télécommunications de l'OIPC, V. récemment *RIPC*, nov.-déc. 1991, n° 433, 24 et s. *Adde Le Monde*, 11 janv. 1992.

unique directement alimenté par les autorités désignées et interrogeable à distance de n'importe quel point de l'espace Schengen. En l'état, c'est le fichier de chaque partie nationale qui sert à l'interrogation automatisée à partir de son territoire. L'interrogation des fichiers des autres parties contractantes est exclue.

Aucune connexion n'est prévue entre le fichier de données des parties nationales et d'autres fichiers de police ni entre le fichier géré par la fonction de support technique et des fichiers de l'OIPC-Interpol.

Les utilisateurs sont les services de police, des douanes et de l'immigration disposant ainsi « grâce à une procédure d'interrogation automatisée (...) de signalements de personnes et d'objets, à l'occasion de contrôles de frontières (il s'agit ici, sauf exceptions, des frontières extérieures et de contrôles de marchandises aux frontières intérieures) et vérifications et autres contrôles de police et de douanes exercés à l'intérieur du pays conformément au droit national ainsi que, pour la seule catégorie de signalements visés à l'article 96 (à savoir : les données relatives aux étrangers signalés aux fins de non-admission) aux fins de la procédure de délivrance des visas, de la délivrance des titres de séjour et de l'administration des étrangers dans le cadre de l'application des dispositions sur la circulation des personnes de la présente Convention » (art. 92, § 1).

Les catégories de données figurant dans le S.I.S. sont doublement délimitées, en nature (pour les personnes, l'article 94, § 3 donne une liste limitative des mentions autorisées et souligne que d'autres sont formellement prescrites) et en finalité, (six cas de « signalement » prévus, par les articles 95 à 100, à l'exception de tous autres : personnes recherchées pour l'arrestation aux fins d'extradition ; personnes signalées aux fins de non-admission ; personnes disparues ou recherchées dans l'intérêt de leur propre protection ; témoins ou personnes citées à comparaître devant les autorités judiciaires dans le cadre d'une procédure pénale ; personnes ou véhicules signalés aux fins de surveillance discrète ou contrôle spécifique[29] ; objets recherchés aux fins de saisies ou de preuves dans une procédure pénale).

b) La protection des données à caractère personnel

Les textes, extrêmement nombreux, consacrés à cette protection souffrent manifestement d'avoir été intégrés tardivement et dispersés dans la Convention sans autres liens explicites que des redites et une série d'exclusions en cascade[30]. Nous ne reprendrons pas ici les différentes exigences formulées par le droit ni les modalités pratiques de leur mise en oeuvre concernant l'intégrité des données et leur actualité, la durée de conservation et la destruction, le droit d'accès et les obligations de rectification, la finalité de leur utilisation et l'interdiction des détournements, les destinataires exclusifs ... La loi française du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés nous a maintenant familiarisés avec ces différentes techniques que l'on retrouve ici mises en oeuvre. Signalons seulement que dans la Convention commentée, comme d'ailleurs dans celle du Conseil de l'Europe à laquelle elle se réfère, l'expression donnée n'implique pas nécessairement que l'information en cause fasse l'objet d'un traitement automatisé. Donnée à caractère personnel signifie donc, tout simplement, information nominative.

La seule question développée sera celle des degrés – osons dire, pour reprendre l'expression utilisée par la Convention, des niveaux, – de protection accordée aux données à caractère personnel. Il apparaît en effet qu'il en existe plusieurs, variables selon les domaines et modalités de l'échange d'information. La lecture proposée – d'un ensemble excessivement complexe – conduit aux distinctions suivantes.

29. Il s'agit de la fouille des personnes, des véhicules et des objets transportés lorsque le droit national le permet. cf. art. 99 § 4 et 5.

30. Sur les travaux préparatoires V. le rapport préc. (note 20) de F. Loncle, p. 42 et s. *Adde* la déclaration du sénateur J. Thyraud, vice-président de la CNIL, selon laquelle cette Commission avait obtenu satisfaction sur tous les points, p. 115, dans le rapport de X. de Villepin (préc. note 22).

1) Données ne faisant pas l'objet d'un traitement automatisé.

Signalons d'emblée que les échanges d'informations nominatives liés à une opération d'entraide judiciaire (au sens des chapitres 2, 3, 4 et 5 du titre III) ne sont pas justiciables des règles de protection énoncées dans la Convention d'application[31]. Non plus d'ailleurs qu'aucune autre protection spécifique : les règles propres à la matière, relevant de la procédure pénale, et la qualité des interlocuteurs, nécessairement des magistrats, sont par elles-mêmes des garanties suffisantes. Dans les autres domaines, une double distinction apparaît, d'une part entre les dispositions générales et le droit spécial de l'article 38 de la Convention, d'autre part selon que les données sont intégrées ou non dans un fichier.

— Lorsque les données ne sont pas fichées (soit avant, soit après la transmission, c'est-à-dire lorsqu'elles ne sont ni issues d'un fichier par l'Etat qui les transmet, ni destinées à y être incorporées par celui qui les reçoit), il résulte de l'article 127, paragraphe 3 que leur protection se réduit à l'application de l'article 126, paragraphe 3 imposant de vérifier l'exactitude des données et limitant l'usage que l'on peut en faire. La protection à garantir par la partie destinataire est réduite au minimum de la non-discrimination puisqu'elle doit être « d'un niveau au moins égal à celui que son droit prévoit pour une utilisation de donnée de nature similaire » (art. 127, § 3 *b*) ; l'accès des particuliers reste dépendant du droit de l'Etat auquel il présente sa demande, qui peut très bien ne pas le prévoir. Telles sont les règles générales applicables lorsque des données à caractère personnel sont échangées en application des articles 7 ou 91 notamment.

Il existe cependant des règles propres aux échanges d'informations nécessaires pour déterminer l'Etat responsable du traitement d'une demande d'asile (titre II, chap. VII). Ces règles sont développées dans l'article 38 heureusement plus protecteur. Cet article (§ 7) impose en effet un droit d'accès même dans l'hypothèse où les informations non traitées par informatique ne sont pas davantage intégrées dans un fichier. A la différence de l'article 126, paragraphe 3 a, il n'accepte par ailleurs (§ 5) aucune dérogation à la finalité des informations transmises.

— Dès lors que les données sont incorporées dans un fichier, manuel par hypothèse, l'article 127, paragraphe 1 étend les textes applicables : non seulement la paragraphe 3 de l'article 126, mais également ses paragraphes 1 et 2 ainsi que l'article 128. Il en résulte une augmentation de la protection que doit offrir l'Etat utilisateur des données transmises : « niveau au moins égal à celui découlant des principes de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel » (art. 126, § 1) garanti par « un contrôle indépendant » effectué par une autorité désignée à cet effet (art. 128). Ces deux conditions sont préalables à toute transmission de données en application de la Convention (art. 126, § 2 et 128)[32].

Ces exigences, générales, ne sont pas applicables en matière d'asile. L'article 38, en effet, en l'absence de traitement automatique des données, ne fait pas référence à la Convention du Conseil de l'Europe[33]. Quant au contrôle, il n'exige des Etats que des « mesures appropriées » pour assurer « un contrôle effectif ».

— Fichier ou pas, les règles générales de protection contenues dans les articles 126 et 127 sont expressément déclarées applicables, par l'article 129, aux transmissions de données effectuées en application du titre III, chapitre 1, c'est-à-dire aux opérations po-

31. Déduction de 126 § 4, 127 § 3 et 128 § 3.

32. Les pays qui n'avaient pas ratifié la Convention du Conseil de l'Europe se trouvent ainsi contraints de le faire et d'en assurer la mise en oeuvre dans de brefs délais. Il en est ainsi de la Belgique et des Pays-Bas. Cette convention, applicable en France, a été publiée par décret n° 85-1203 du 15 nov. 1985. On en trouve le texte dans le *J.-Cl. Pénal.* Annexes aux mots Informatique et Libertés.

33. La Convention n'est pas de plein droit applicable aux fichiers manuels. Cette application suppose une déclaration explicite en ce sens des Etats signataires (art. 3 c), démarche dont on peut rapprocher le renvoi opéré par l'article 127-I à l'article 126 (§ 1 en particulier). Même remarque pour l'article 129.

licières qui se déroulent en dehors de tout signalement au S.I.S. Dans l'hypothèse où une partie contractante a communiqué spontanément, « sans y être invitée » (art. 46), des informations à caractère personnel, l'article 129 précise les dispositions générales relatives aux destination et finalité de la transmission en obligeant l'Etat destinataire à respecter les conditions particulières dont l'informateur aurait assorti la transmission de telles informations. Dès lors que les données transmises sont intégrées dans un fichier l'article 128 est également applicable[34].

2) Données faisant l'objet d'un traitement automatisé.

Qu'elle résulte du droit commun du titre VI de la Convention (Protection des données à caractère personnel) ou des règles spéciales du chapitre 3 du titre IV applicables au Système d'Information Schengen, la protection — renforcée — obéit alors à des principes communs dont les exceptions, en plus ou en moins, s'écartent assez peu.

— Dans le titre VI, une protection de base résulte de l'article 126 complété par l'article 128 dès lors qu'il existe un fichier, ce qui sera l'hypothèse la plus fréquente pour des informations traitées par l'informatique. Applicable à des transmissions de données telles que prévues par les articles 7 ou 91, elle impose à la partie contractante qui transmet les données d'en vérifier l'exactitude (126 § 3 *c*) sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard d'une personne lésée (*d*), et à celle qui en est le destinataire de respecter la finalité de leur transmission (*a* et *b*). L'une et l'autre doivent prendre, avant l'entrée en vigueur de la Convention, « les dispositions nationales nécessaires aux fins de réaliser un niveau de protection (...) qui soit au moins égal à celui découlant des principes de la Convention du Conseil de l'Europe » (126 § 1). Aucune transmission ne pourra avoir lieu avant que ces dispositions ne soient entrées en vigueur (§ 2). Dès lors que les données à caractère personnel sont intégrées dans un fichier, « une autorité de contrôle nationale » doit être « chargée d'exercer un contrôle indépendant » sur les dispositions précédentes (art. 128).

La référence au droit du Conseil de l'Europe est renforcée pour les échanges de données entre polices effectuées en dehors du S.I.S. (titre III, chapitre 1). Dans ce cas, l'article 129 précité exige, sans préjudice des dispositions de l'article 126 (§ 1 et 2 en particulier), « un niveau de protection des données à caractère personnel qui respecte les principes de la recommandation R (87) 15 du 17 septembre 1987 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe visant à réglementer l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police »[35].

Les articles 126 et 128 excluent, *in fine*, de leur champ d'application les transmissions de données nécessaires pour déterminer l'Etat responsable du traitement d'une demande d'asile (titre II, chapitre 7). Mais, dans ce cadre, l'article 38 paragraphe 12 de la Convention d'application impose cependant les mêmes exigences, avec les mêmes références, dès lors que des parties contractantes « souhaitent informatiser le traitement de tout ou partie des données transmises »[36].

Seule exception : les échanges d'informations liées aux opérations d'entraide judiciaire prévues aux chapitres 2, 3, 4 et 5 du titre III. L'application des articles 128 et 126, paragraphe 3 leur est expressément écartée. Reste tout de même, lorsque les données

34. Pas d'exclusion du titre III chapitre I par l'art. 128 § 3.

35. Cette recommandation, on en trouvera le texte à la *RICPT* 1988.366, ne s'applique qu'aux données faisant l'objet d'un traitement automatisé, tout en spécifiant « qu'un traitement ne devrait pas être effectué par voie manuelle dans le but d'échapper » à ses dispositions.

36. Le bilan des protections accordées par l'article 38 est en définitive contrasté : il n'impose pas l'application de la Convention du Conseil de l'Europe aux fichiers manuels, mais exige une autorité de contrôle (indépendant en cas de traitement automatisé) sans considération du fichage ou non des données. L'explication, s'il y en a une, pourrait être qu'il est difficile de vérifier la qualité des données dont il s'agit (art. 5 Conv. du Conseil de l'Europe) ou que celles-ci sont, par hypothèse, relatives aux opinions politiques ou convictions religieuses... (art. 6, à l'égard duquel l'art. 38 § 3 de la Convention d'application paraît toutefois donner suffisamment de garanties).

nominatives échangées font l'objet d'un traitement automatisé, l'obligation, préalable à la mise en oeuvre de la Convention (art. 126, § 2), d'un niveau de protection au moins égal à celui de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 (§ 1). Reste également, pour les transmissions opérées en application les articles 95 (signalement aux fins d'arrestation pour demande d'extradition) et 98 (signalement de témoins et personnes cités) la mise en jeu des règles propres à l'exploitation du S.I.S.

— Le chapitre 3 du titre IV met en oeuvre des techniques de protection comparables et même renforcées puisque le Système d'Information Schengen constitue, par définition, un ensemble de fichiers automatisés. Préalablement à toute mise en oeuvre, l'article 117 impose à la législation des parties contractantes de respecter la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 et la Recommandation de 1987 visant à réglementer l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police. L'article 94, lorsqu'il définit les catégories de données nominatives susceptibles d'être intégrées dans le S.I.S., fait une application directe de ce droit en précisant (§ 3, al. 2) : « D'autres mentions, notamment les données qui sont énumérées à l'article 6, première phrase de la Convention du Conseil de l'Europe (...) ne sont pas autorisées ». Deux catégories d'autorités de contrôle sont prévues : nationales, pour chaque partie nationale du système (art. 114) et commune pour la fonction de support technique (art. 115). Les premières exercent leurs attributions conformément au droit de l'Etat ; la seconde applique directement le droit du Conseil de l'Europe.

On voit ainsi, et c'est la seconde fois dans cette chronique[37], combien le droit international des flux transfrontières de données (FTD) nominatives particulièrement sensibles se sera développé grâce à l'entraide répressive et particulièrement policière internationale.

C. — *Les autres conventions applicables aux douze Etats membres des communautés européennes*

L'erreur, en tout cas l'imprévoyance, serait cependant de se laisser « enfermer » dans le droit de Schengen. Ce droit est conçu comme un « laboratoire », une « étape » et fait lui-même référence à de nombreuses autres conventions internationales. Les relations entre ces différents textes sont complexes, évolutives. Nous nous limiterons, pour terminer cette chronique, à la présentation de quelques perspectives d'avenir.

1. L'avenir à court terme

La Convention d'application prévoit elle-même, en de nombreuses dispositions, son insertion dans le droit communautaire. Elle n'impose certes pas d'être prise en modèle par les autres Etats membres, mais ce mouvement a déjà commencé.

L'insertion des accords de Schengen dans le droit communautaire répond à un certain nombre de principes, non exprimés en ces propres termes par la Convention, mais tout à fait manifestes. C'est d'abord le principe d'exclusivité qui se déduit de l'article 140 au terme duquel « tout Etat membre des Communautés européennes peut devenir partie à la présente Convention ». L'Autriche, la Suède ou d'autres Etats, proches pourtant de l'espace Schengen, en sont donc *a priori* exclus. C'est ensuite le principe de solidarité des signataires actuels dans les négociations, discussions et mécanismes d'élaboration du droit communautaire, plusieurs fois exprimé à propos de la libre circulation des marchandises notamment. Dans l'Accord, ce sont les articles 21, 22 et 24 : « les Parties contractantes prendront des initiatives communes entre elles et au sein des Communautés européennes » ; « s'efforceront tant entre elles qu'au sein des Communautés européennes ». Dans la Convention on mentionnera les articles 120, paragraphe 4 et 122,

37. V. cette *Revue* 1989.376.

paragraphe 2, alinéa 2 : « collaboreront étroitement (...) dans le cadre des Communautés européennes » ; « s'efforceront d'adopter une position commune en ce qui concerne la modification des directives communautaires (...) et l'établissement d'actes communautaires ». C'est enfin le principe de subsidiarité du droit de Schengen par rapport au droit communautaire. Deux textes y sont consacrés. A l'égard du droit communautaire *stricto sensu* (Traité de Rome modifié et droit dérivé y compris jurisprudentiel), c'est l'article 134 : « les dispositions de la présente Convention ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire ». On peut parler de primauté. Par rapport au droit communautaire issu de conventions particulières signées par les douze, c'est l'article 142 : « lorsque des conventions sont conclues entre les Etats membres des Communautés européennes en vue de la réalisation d'un espace sans frontières intérieures, les Parties contractantes conviennent des conditions dans lesquelles les dispositions de la présente Convention sont remplacées ou modifiées en fonction des dispositions correspondantes des dites conventions ». Il manque seulement – cela a maintes fois été reproché – une attribution expresse de compétence à la Cour de justice des Communautés, qui le sera cependant pour contrôler la conformité de toutes les mesures nationales d'application au droit communautaire.

L'extension aux douze de certaines dispositions applicables aux six, bientôt huit, est amorcée. Elle s'effectue déjà par voie de conventions. Avant même la signature de la Convention d'application, mentionnons la Convention de Bruxelles du 27 mai 1987 entre les Etats membres des Communautés européennes relative à l'application du principe *ne bis in idem* (loi française d'autorisation du 25 oct. 1991, D. 91.465). Concomitante à la Convention d'application, on connaît la Convention de Dublin du 15 juin 1990 sur la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre (actuellement signée par onze Etats, manque le Danemark, mais pas encore ratifiée). Postérieurement, a été ouvert à la signature à Rome le 6 novembre 1990 un accord entre les Etats membres des Communautés européennes relatif à la transmission des procédures répressives (loi française d'autorisation du 25 oct. 1991, *D.* 1991.465). L'extension s'effectuera bientôt par voie de directive. La Commission a d'ores et déjà fait des propositions sur les armes à feu et la protection des données personnelles ...[38].

2. L'avenir à moyen terme

Entre les six, une déclaration commune des ministres et secrétaires d'Etat réunis le 19 juin 1990 et annexée à la Convention d'application envisage cet avenir dans les termes suivants : « les gouvernements des Parties contractantes de l'Accord de Schengen entameront ou poursuivront des discussions notamment dans les domaines suivants :

– amélioration et simplification de la pratique en matière d'extradition ;

– amélioration de la coopération en ce qui concerne les poursuites contre les infractions en matière de circulation routière ;

– régime de la reconnaissance réciproque des déchéances du droit de conduire des véhicules à moteur ;

– possibilité d'exécution réciproque des peines d'amende ;

– établissement de règles concernant le rapatriement de mineurs qui ont été soustraits illicitement à l'autorité de la personne chargée d'exécuter l'autorité parentale ;

– poursuite de la simplification des contrôles dans la circulation commerciale des marchandises.

Entre les douze le Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 prévoit que :

38. V. Ph. Weckel, préc. p. 430.

« Aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, notamment de la libre circulation des personnes, et sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, les Etats membres considèrent les domaines suivants comme des questions d'intérêt commun :

— la politique d'asile ;

— les règles régissant le franchissement des frontières extérieures des Etats membres par des personnes et l'exercice du contrôle de ce franchissement ;

— la politique d'immigration et la politique à l'égard des ressortissants des pays tiers : les conditions d'entrée et de circulation des ressortissants des pays tiers sur le territoire des Etats membres, (...) ;

— la lutte contre la toxicomanie ;

— la lutte contre la fraude de dimension internationale ;

— la coopération judiciaire en matière pénale ;

— la coopération douanière ;

— la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de la drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale, y compris, si nécessaire, certains aspects de coopération douanière, en liaison avec l'organisation à l'échelle de l'Union d'un système d'échanges d'informations au sein d'un office européen de police (Europol) ».

Au-delà de la seconde partie de ce travail, qui sera spécifiquement consacrée aux nouvelles données de l'entraide répressive entre les pays membres de l'espace Schengen, on voit que les aspects pénaux de l'intégration communautaire n'ont pas fini d'être étudiés dans la présente chronique.

En attendant, la Convention d'application de l'Accord de Schengen relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes entrera en vigueur deux mois après le dépôt du dernier instrument de ratification. A ce jour, seule la France l'a ratifiée.

E. — CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

CRIMINOLOGIE ET PROCÉDURE PÉNALE
RÉFLEXIONS SUR UNE DIFFICILE RENCONTRE

Reynald OTTENHOF

Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour
Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal

Si la question des rapports entre le droit pénal et la criminologie figure parmi les questions classiques, largement abordées par les auteurs, qu'ils soient pénalistes ou criminologues[1], il n'en est pas de même des rapports qu'entretient la criminologie avec la procédure pénale. Il suffit pour s'en convaincre d'opérer une rapide revue des ouvrages consacrés à l'une et l'autre de ces disciplines[2]. La collecte est décevante, au point de se demander aujourd'hui si le problème évoqué dans la présente chronique ne ferait pas partie de ces « faux problèmes », auxquels peut conduire parfois l'examen systématique des rapports entre la criminologie et l'ensemble des sciences criminelles[3].

Il est permis, cependant, de rechercher si le vaste mouvement de réforme de la procédure pénale que l'on observe non seulement en France mais aussi dans le monde, pourrait s'effectuer en marge et dans l'ignorance des développements actuels de la criminologie, et plus généralement des sciences de l'homme et de la société.

La tentation de répondre par l'affirmative est grande, dans la mesure où, autant à la lecture des ouvrages de procédure pénale qu'à l'examen des travaux des commissions de réforme, les considérations d'ordre criminologique paraissent étrangères aux préoccupations des uns et des autres.

Une première explication réside dans l'acception large de l'expression « droit pénal ». En évoquant les rapports que la criminologie entretient avec le droit pénal (*lato sensu*), les auteurs englobent dans cette expression la procédure pénale.

Une seconde explication semble devoir être recherchée dans la conception généralement très technique de la procédure pénale, considérée comme un ensemble de règles de forme destinées à la mise en oeuvre de la norme pénale au travers du procès pénal. Ce dernier apparaît, dès lors, plutôt comme un mécanisme d'horlogerie, plus ou moins bien conçu, réglé et huilé, dont la finalité réside dans la recherche d'un équilibre

1. V. sur ce point, J. Pinatel, Criminologie et droit pénal, cette *Revue* 1953.595 et s. ; R. Gassin, *Criminologie*, Précis Dalloz, 2e éd. 1990, n° 20 et s. et les nombreuses références citées en note.

2. V. cependant une rapide allusion *in* M.L. Rassat, *Procédure pénale*, Coll. Droit fondamental, PUF, 1990, n° 4.

3. Sur la part de l'enseignement des ces différentes disciplines, V. Ch. Lazerges (sous la direction de), *L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui*, Coll. Criminologie et Sciences de l'homme, éd. Erès, 1991, et la très pénétrante préface du professeur G. Levasseur.

satisfaisant entre ces deux grandes abstractions que sont la protection de l'ordre public et la protection des libertés individuelles.

Voire ! Cette vision désincarnée, souvent héritée d'une conception dérivée de la procédure civile méconnaît la spécificité de la procédure pénale, à la fois science contribuant à l'analyse du *système de justice criminelle*, avec le concours d'autres disciplines, et science du *procès pénal*, lieu unique de mise en oeuvre de la norme pénale, comme l'exprime clairement l'article 1er de notre code de procédure pénale aux termes duquel l'action publique est « l'action pour l'application des peines ».

Comment, dès lors, ne pas s'attacher à considérer comme essentielle cette finalité assignée à la procédure pénale ? Une telle exigence implique l'irruption dans le processus sous analyse de la personne du délinquant, considéré comme « protagoniste du procès pénal », selon l'expression chère aux positivistes, ou encore comme le « personnage central »[4] du procès.

Mais il y a plus. Jadis « refoulée » du prétoire, comme étrangère voire comme élément perturbateur dans le duel que se livrent le ministère public et la défense, la victime se voit aujourd'hui entourée de plus de sollicitudes de la part du législateur et des juges. En ce sens, l'article 1er, alinéa 2 du code de procédure pénale confère à la « partie lésée » des droits concurrents de ceux du ministère public.

Si le procès pénal a bien pour objet d'analyser, conformément à la loi, l'acte criminel comme commis par un délinquant au préjudice d'une victime, la « criminologie du passage à l'acte » retrouve là ses principaux centres d'intérêt. Et si, plus généralement, la procédure pénale contribue à structurer le *système de justice criminelle*[5] la « criminologie de la réaction sociale » trouve dans l'analyse critique du système un objet d'étude.

Telle est bien la vision qui se dégage aujourd'hui des réflexions qu'inspire aux criminologues la confrontation de la criminologie et de la défense sociale, au travers de ce « dialogue à voix multiples » qui constitua le thème du XLIVe Cours international de criminologie (San Marin, 6 - 10 mai 1991). Les conclusions de ce cours, dégagées par le Président Denis Szabo, et rapportées dans la précédente chronique de criminologie[6] se font l'écho de manière très pertinente de l'intérêt que les criminologues portent aujourd'hui au procès pénal.

Ces préoccupations rejoignent-elles celles des spécialistes de la procédure pénale ? La réponse n'est pas certaine, tant la nécessité du dialogue paraît rencontrer des obstacles (I) dont l'importance nécessite la recherche d'indispensables passerelles (II).

I. – LES OBSTACLES

Si l'on s'efforce d'analyser les raisons susceptibles d'expliquer la difficile rencontre entre criminologues et spécialistes de la procédure pénale, il semble bien que les réponses se situent au sein même de la théorie générale du droit pénal. Le premier obstacle réside dans la notion de procès pénal (A) ; le second participe de la différence d'objet entre la criminologie et la procédure pénale (B).

A. – La notion de procès pénal, telle qu'elle est généralement conçue par les processualistes, présente deux caractères essentiels :

a) De sa parenté avec le procès civil, le procès pénal a hérité son caractère contentieux, découlant de l'existence d'un litige. Le schéma procédural qui commande la re-

4. J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 5e éd. 1990, n° 4.
5. V. la remarquable étude de G. Picca, La contribution de la criminologie à la justice pénale, *in RICPT* 1986.87 et s.
6. Cette *Revue* 1992.161.

cherche de la solution repose sur l'idée de prétentions contradictoires, d'intérêts antagonistes entre lesquels le juge doit trancher. Le passage de la vengeance privée à la justice publique n'a pas complètement estompé l'image de duel, et par conséquent d'affrontement, que traduisent les règles mêmes qui président au déroulement du procès. La légalisation du rituel qui doit entourer les débats, la fonction symbolique qui s'attache à l'oeuvre de justice imprègnent le mécanisme procédural, de façon plus ou moins caricaturale. Dans ces conditions, la recherche de l'égalité des armes, la démonstration de la culpabilité ou de l'innocence, le prononcé de la peine ou du pardon obèrent à ce point le déroulement du combat, comparativement à l'importance de l'enjeu, que nulle autre considération ne doit interférer. En introduisant une dose de subjectivisme dans le procès, la criminologie romprait les équilibres recherchés.

b) L'application de ce schéma à la « matière pénale »[7] a souvent pour effet d'accentuer le trait. Que le modèle procédural soit de type accusatoire ou de type inquisitoire ne change rien au fond ; il en résulte seulement un aménagement interne des équilibres recherchés selon des modalités différentes. La spécificité de la matière pénale se manifeste sur deux plans. D'une part, le procès constituant le seul mode de réalisation du droit pénal, les règles de procédure doivent être conçues à la mesure des enjeux : risque d'atteinte aux libertés, prononcé d'une peine. D'autre part, l'application stricte du principe de légalité à la phase du jugement (*nullum judicium sine lege*) enferme le déroulement du procès dans un carcan rigide, qui laisse peu de place aux considérations d'ordre criminologique.

B. — Les constatations qui précèdent laissent entrevoir, en définitive, une différence d'objet telle, entre la procédure pénale et la criminologie, qu'une rencontre s'avère très difficile.

a) On peut, avec notre collègue J. Pradel, considérer que la procédure a pour objet « l'étude du procès pénal », et qu'elle devrait être seulement la science du procès[8]. Or la notion même de procès pénal, telle que nous l'avons définie ci-dessus, laisse apparaître une vision essentiellement technicienne du processus pénal, dans laquelle le procès constitue un moment essentiel, une sorte de phase crisique, étroitement réglementée, à la fois « juridicisée » et « judiciarisée ». Le juridisme exacerbé, que légitime l'importance de l'enjeu, tant pour la société que pour le justiciable, apparaît souvent comme un moment singulier du processus pénal et un lieu sacré où s'accomplit l'oeuvre de justice[9].

Il ne fait aucun doute que de telles considérations pèsent lourdement sur l'aménagement des règles de procédure. Si l'on y ajoute, pour donner force et crédit à ces préoccupations d'ordre théorique, les impératifs de célérité de la décision, de certitude, de sauvegarde de l'ordre public, mais aussi de garantie des droits de la défense, la complexité de la tâche paraît suffisante pour n'y point ajouter des considérations d'ordre criminologique trop souvent reçues, en ce domaine, comme plus sentimentales qu'objectives. Aussi, ne faut-il guère être surpris que le criminologue ressente bien souvent que les réformes entreprises en la matière visent davantage à aménager le système dans une perspective d'efficacité, de moindre coût, voire de moindre inconfort pour les acteurs, plutôt que d'améliorations indispensables dans la lutte contre le phénomène criminel.

7. Au sens procédural de « matière à juger ». Pour une acception moderne de cette expression, au sens de la Cour EDH, V. M. Delmas-Marty, Réflexion sur la matière pénale, *in L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui, op. cit. supra*, p. 15 et s.

8. J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.* n° 1. On écarte ici l'aspect organique de la procédure, à savoir les règles d'organisation judiciaire en matière pénale.

9. Ce qui constitue, nous en convenons, une vision plus systématique que réaliste.

b) Etudier le phénomène criminel dans son ensemble, tel est l'objet généralement assigné à la criminologie[10]. Si, comme le reconnaissent d'ailleurs les auteurs, cet objet recouvre des réalités différentes, il présente le mérite d'exprimer l'étendue du domaine et la diversité d'orientation de la science criminologique. Or l'étude du phénomène criminel ne saurait se cantonner en amont ou en aval du procès pénal. Ce dernier ne doit pas constituer une parenthèse, un isolat, échappant à toute considération autre que celles plus haut évoquées.

Pour l'essentiel, les trois moments du procès pénal concernent directement le criminologue. En premier lieu, l'analyse de *l'acte* criminel ne consiste pas seulement dans l'établissement de l'infraction, par la réunion de ses éléments constitutifs, tels que définis par le texte incriminateur. La connaissance des données factuelles, des circonstances de commission, procure des éléments d'appréciation sur les circonstances *du passage à l'acte*, et l'évaluation de *la situation*.

En second lieu, la détermination de la responsabilité pénale de l'auteur est certes juridiquement distincte, mais criminologiquement inséparable de l'évaluation de sa *personnalité*. Enfin, le choix de la peine ou de la mesure constitue, pour l'essentiel, le cadre juridique assigné au *traitement*, surtout si l'on veut bien rattacher à la procédure pénale la phase d'exécution qui constitue de nos jours, dans les législations les plus modernes, une phase inséparable du procès lui-même.

Dès lors, les obstacles qui semblaient se dresser sur la voie qui conduit entre criminologie et procédure pénale n'apparaissent pas infranchissables. La nécessaire synthèse qui doit s'opérer aux points de jonction entre les deux disciplines commande la recherche de passerelles susceptibles de favoriser le dialogue.

II. – LES PASSERELLES

La différence d'objet entre criminologie et procédure pénale assigne à chacune de ces disciplines un domaine distinct. Mais, plus encore, les divergences d'esprit, sinon de méthode, favorisées par des différences de formation des spécialistes propres à chaque discipline, ne facilitent pas l'instauration d'un dialogue.

Cependant, la nécessaire complémentarité entre les différentes disciplines regroupées au sein des sciences criminelles, oblige à la recherche de points de convergence. A cet effet, des passerelles doivent être jetées, afin de surmonter les obstacles évoqués. Pour l'essentiel, deux terrains de rencontre doivent permettre d'opérer les jonctions : celles-ci doivent en effet s'opérer sur le terrain de la politique criminelle (A) et dans la perspective commune du respect des droits de l'homme (B).

A. – Comme il apparaît souvent, c'est sur le terrain de la politique criminelle que doit s'opérer la rencontre entre les deux disciplines. Si l'on veut bien considérer, avec la majorité des auteurs contemporains, que la politique criminelle constitue l'une des branches de la science politique[11], le procès pénal constitue par delà la diversité des réponses à la délinquance, l'instrument privilégié du respect de l'ordre dans la cité. Il y participe selon le modèle choisi, autoritaire ou libéral, à l'aide des moyens privilégiés, répression ou réinsertion. Il est, le plus souvent, le meilleur critère permettant de juger de l'état des libertés proclamées par la Constitution, garanties par le pouvoir judiciaire.

La criminologie poursuit la même ambition. Et nous ne pouvons mieux l'exprimer qu'au travers de ces deux citations, empruntées à M. Jean Pinatel, pour qui les progrès réalisés par la criminologie « sont ceux d'une science de l'homme particulière et spécia-

10. J. Pinatel, *Le phénomène criminel*, éd. M. A. 1987 ; R. Gassin, *Criminologie, op. cit.* n° 2.
11. V. notamment, Ch. Lazerges, *La politique criminelle*, Coll. « Que sais-je ? ».

lisée, certes, mais dont le but ultime n'en est pas moins d'ordre général, car c'est, en définitive, de la promotion de l'humain dont il s'agit »[12]. Et cet auteur de poursuivre, quelques années plus tard « Plus je vais, plus je considère que le droit pénal est essentiellement d'ordre politique. Il est, dans nos sociétés évoluées, ce que veut le législateur. Or ce dernier est influencé, beaucoup moins par l'acquis scientifique, que par des considérations utilitaires et des tendances humanitaires ... Avant donc d'influencer le droit pénal, la criminologie doit devenir une source de la science politique »[13].

B. — La prophétie s'est réalisée. La question des droits de l'homme est devenue le terrain d'élection où doivent désormais se rencontrer criminologues et processualistes[14]. Le choix du modèle de procédure dépend désormais du désir plus ou moins grand d'atteindre un tel objectif. Il faut reconnaître aux criminologues, inspirés pour partie des enseignements de l'école positiviste, d'avoir contribué à restaurer la place du sujet de droit, qu'il soit auteur ou victime, dans le mécanisme abstrait du procès pénal. Tout récemment encore, participant à une réunion d'experts sur la création d'une cour pénale internationale et d'un code pénal international (Courmayeur, mai 1992), grande fut notre satisfaction d'entendre les spécialistes du droit international, plus souvent attachés à satisfaire « les préoccupations des gouvernements » ou à défendre « les prérogatives attachées à la souveraineté des Etats » faire appel au concours des criminologues pour une meilleure compréhension de la criminalité internationale, et des enjeux qui s'attachent au choix de tel ou tel modèle de juridiction pénale internationale.

Ce n'est donc pas l'effet du hasard si cette chronique de criminologie trouve sa place, au sein de cette *Revue*, entre celle de procédure pénale, de politique criminelle, ou de défense sociale ...

12. J. Pinatel, *Traité, op. cit.* avertissement de 2e éd.
13. J. Pinatel, Traité, *op. cit.* avertissement à la 3e éd.
14. V. en dernier lieu, Mireille Delmas-Marty, (sous la direction de), *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne*, Coll. Les voies du droit, PUF, 1992.

F. — CHRONIQUE DE POLICE

L'AVANT-PROJET DE DIRECTION « P.J. 2000 » : UN ESPOIR ?

Jean SUSINI

Président honoraire de l'Association française de criminologie

I. — RÉTROSPECTIVE

1908[1] Clémenceau crée les brigades de police judiciaire. Une brigade centrale les représente à l'Intérieur. A. Briand, Garde des Sceaux, souligne que : « instituées pour seconder l'autorité judiciaire, elles ne peuvent être appelées que pour des infractions intéressant à haut degré la sécurité publique ». L'exclusivité judiciaire de l'activité de la police judiciaire et sa séparation topologique du système judiciaire la plaçait en situation d'équilibre entre les deux pouvoirs. Le Garde des Sceaux ajoutait que les commissaires de police mobile « ont des pouvoirs propres qui laissent une large part à leur *initiative* personnelle. L'exercice des attributions qui leur sont propres ouvre un vaste champ à leur activité ». Tâche nouvelle s'inscrivant dans le champ du contrôle de la criminalité non dénoncée ou chronique. Ainsi pouvait se constituer une véritable criminologie spéciale, extraite des documentations réunies pour décrire les spécialités criminelles professionnelles et d'habitude. Clémenceau fit cette intéressante remarque : « les brigades seront jugées non seulement d'après leurs produits propres mais en outre d'après les résultats *généraux* obtenus ».

1992 « P.J. 2000 » : un projet pour la police judiciaire

Une démarche introspective originale a été choisie. Dans l'ambiance des réadaptations fonctionnelles et organisationnelles de l'ensemble de la Police nationale, le directeur central de la police judiciaire, M. Jacques Genthial[2] a engagé l'ensemble de ses personnels dans un « travail de diagnostic et de réflexion prospective ».

1. Jean Susini, L'impasse de la recherche criminelle moderne, cette *Revue* 1961.159.

2. Quarante deux groupes de propositions ont travaillé. 3 200 avis ou propositions ont été émis. Un comité d'orientation représentatifs des services et des personnels, puis un comité de pilotage ont utilisé la contribution des services à l'élaboration d'un projet de direction pour la police judiciaire. Trois groupes de réalisation recevront mandat pour : poser la nouvelle architecture des structures, l'implantation territoriale des services de la police judiciaire et leurs missions, redéfinir les métiers par la nomenclature des postes et emplois de toutes les catégories de personnels ... et régler l'implantation et les missions de la police technique et scientifique.

Nous remercions M. Bernard Gravet de la Direction générale de la police judiciaire pour son aide, son accueil et le bénéfice de son ouverture d'esprit.

II. – PROSPECTIVE

La trajectoire et la progression des travaux en groupes dits de proposition a traversé plusieurs étapes. D'abord la description de l'état des lieux. Puis une réflexion sur le devenir de l'activité et sur le contour des missions. Cela permit d'esquisser les nouvelles structures et s'acheva sur l'inventaire des ressources et des moyens à mobiliser en vue d'une efficacité accrue.

Il n'est pas possible de résumer de tels travaux. La phase initiale, dite d'auto diagnostic a évalué l'impact des évolutions du milieu global que la police judiciaire devrait prendre en charge : transformation de *l'espace physique* des territoires de compétence... Accélération des processus d'européanisation ; mobilité démographique prévisible ; intégration mondiale de l'économie, des flux financiers ; universalisation de certaines déviances, écarts grandissants des richesses ; crises des espaces urbanisés (ghettos, xénophobie, concentration... changement dans les moeurs) ; importance de la mobilité transfrontière ; banalisation des déviances, dépénalisation de fait, le marché privé de la sécurité ; l'évolution de la délinquance (en qualité et en quantité) ; la grande délinquance (mobile, organisée, intégrée, parasitaire) ; réseaux internationaux de trafics de stupéfiants, d'oeuvres d'art et de blanchiment des profits, imbrication des milieux financiers et étatiques selon des modèles mafistes ; évolution des modes opératoires, notamment sophistication et hypertechnicité de la criminalité (utilisation et piratage des moyens de paiement, d'accès et de traitement de l'information, complexité des montages financiers, protection par le biais des législations nationales, course aux nouveaux moyens et technologies avancées...).

En ce qui concerne [le cadre institutionnel, la situation se caractérise par une absence d'harmonie entre les intervenants et les partenaires de la police judiciaire. Les cadres territoriaux sont inadéquats, mal adaptés à la carte de la criminalité... Trop de situations de concurrence, intervention de la politique, montée du pouvoir des médias...].

On vit dans une ambiance de réformes toujours en cours !

L'auto diagnostic, qui fut aussi un sociodrame, souligne des points forts, au crédit de la police judiciaire : bonne technicité liée à la spécialisation des services – organisation souple et réactive – capacité d'adaptation – grande proximité du terrain – un principe d'indépendance affirmé – des valeurs communes fortes.

En ce qui concerne les relations avec l'environnement on évoque « des règles du jeu mal définies, mal respectées, mal arbitrées, des relations insuffisantes ou dégradées avec les autres intervenants dans la chaîne d'interventions où s'inscrit l'activité de la police judiciaire ».

On demande, un redéploiement territorial, une redéfinition des missions, l'affirmation de la spécificité et de la technicité des missions, la prise en compte des évolutions de l'environnement et de la criminalité. On insiste beaucoup sur le besoin d'améliorer les échanges entre les services (synergie). On a conscience des difficultés dans la conception d'une politique criminelle. On souhaite la reprise d'une évolution de la police judiciaire, qui souffre d'un blocage excessif, d'un isolement préjudiciable à l'ensemble de la marche vers une politique criminelle.

On reconnaît qu'il faut que les mentalités évoluent... On réagit contre les risques de sous-culturation...

Propositions des groupes

La démarche sociodramatique semble avoir réussi. Les réactions agressives ont fait place à une vision rationnelle modérée et constructive.

Les propositions des groupes concernent le rôle de la police judiciaire dans la mission de sécurité et la lutte contre la criminalité et la délinquance soit :

— *parfaire* la connaissance du double phénomène criminel et délictuel ;

— favoriser la recherche du renseignement ;

— participer à des actions de sensibilisation et d'information ;

— adapter *l'article D. 4* du code de procédure pénale à l'évolution de la criminalité organisée et à la compétence des offices centraux. Extension des compétences territoriales pour faire face à la mobilité criminelle. On souhaite des pouvoirs d'investigation plus adaptés à la *réalité* du travail de la police judiciaire. On souhaite, même, la légalisation de procédés « visant à révéler certains trafics et des livraisons contrôlées pour certaines infractions, voire l'utilisation de certains moyens techniques et le renversement de la charge de la preuve en matière de blanchiment... ».

D'autres missions : la police judiciaire doit être confirmée dans sa fonction de noeud de l'information criminelle qu'elle collecte, traite et met en valeur au profit de tous les services (renseignements *opérationnels*, données générales et statistiques)...

Elle doit animer et coordonner la coopération au-delà des frontières. Par le biais du Bureau central national pour l'OIPC-Interpol[3]... Les offices centraux ont une vocation internationale. On estime qu'il revient à la direction centrale de la police judiciaire de coordonner les cas de coopération internationale impliquant l'ensemble des forces de sécurité intérieure...

La technicité et la spécificité de la police judiciaire lui imposent de participer à la formation de tous ses partenaires.

En ce qui concerne les relations avec les différents partenaires, les groupes estiment qu'il faut maintenir la *police judiciaire en direction autonome* (et non la fusionner au sein de grandes entités territoriales de police nationale). Elle doit conserver l'appellation *police judiciaire.*

On insiste souvent sur le besoin « d'une politique pénale concertée » (?)

On s'interroge sur les attributions des services centraux (et des offices centraux) : doivent-ils être opérationnels ou chargés d'un rôle de coordination, d'animation et de synthèse ? Ils ne devraient pas être en concurrence avec les implantations territoriales largement autonomes (Clémenceau prévoyait que les brigades devaient *agir* d'elles mêmes).

La police technique et scientifique (PTS) devrait voir son rôle renforcé et être mieux organisée : les uns souhaitent le rattachement des services d'identité judiciaire à la police technique et scientifique. Pour d'autres il faut les regrouper au niveau des grandes régions. Enfin, les services centraux et les laboratoires de police scientifique voudraient voir autonomiser la police technique et scientifique et en faire une direction centrale spécifique !

Il est clair que la police scientifique va jouer un rôle de plus en plus essentiel dans l'activité policière. Ses capacités s'élargiront certainement. D'où de nouvelles problématiques très graves.

Commentaires et suggestions

Nous étudierons de plus près la réalisation en cours (fin 1992) lorsqu'elle aura été définitive.

Les points que nous avons inventoriés, succinctement, seront probablement pris en compte dans le projet définitif.

3. Et pour l'Europol.

Nous commenterons pour l'immédiat les points suivants :

a) « *Enrichir les compétences* : disposer d'une variété d'inspirations, s'ouvrir sur l'environnement, mettre à niveau les ressources... »

En revivant le récit du sociodrame qui, selon sa propre finalité analytique, doit être un processus thérapeutique producteur de rationalité, nous serions plutôt enclin à nous demander si la police judiciaire n'a pas été victime de son propre esprit. Et si une demande qui, sous diverses formes ne cesse de s'énoncer, recouverte de prétextes organisationnels et fonctionnels, n'aurait pas pour *motivation* un appel pour une ouverture qui soit la compensation à un *enfermement* dans les discours sur la spécificité et la technicité !

N'assistons nous pas à une sorte de révolution culturelle interne qu'il convient d'aider à ne pas tout simplement répéter son enfermement à une échelle plus grande et par la quête d'un élitisme fondé sur l'ailleurs, le lointain ou la garde des grands secrets que l'on doit servir, malgré les libérations que l'homme s'octroie et qui semblent dans un paradigme hérité d'un passé rigide, être vécues comme attentatoires à une mission de police toujours orientée vers la garde et la conservation. Ce qui signifierait que la crise de la police judiciaire serait un des aspects de la crise des institutions animées par des modèles politistes ayant dépassé leur compétence[4].

Le sociodrame a bien fonctionné comme diagnostic, mais il convient d'interpréter les énoncés qui rationalisent la thérapeutique impliquée. Il nous semble en effet que de nombreuses contradictions méritent d'être interprétées afin de ne pas manquer l'occasion d'une ouverture multidimensionnelle que la rhétorique de la spécificité et de la technicité masque trop agressivement pour une ouverture éclairée par les idées en marche de notre époque, qui doit intégrer en des temps historiques accélérés, d'extraordinaires changements qui n'ont rien d'irrémédiablement catastrophique. Pour corriger ce pessimisme de la police judiciaire il suffit de noter qu'on se plaint de toutes les évolutions qui dérangent les routines, les rentes de situation, et qui orientent vers une représentation de la criminalité plus large et ouverte (à tout un ensemble d'autres interprétations que celles qui sont condensées dans le contre-activisme criminel) ? Nous ignorons bien sûr quel sera le modèle réactif qui sous-tendra le projet définitif. Mais nous réagissons avec prudence. Car l'enfermement dans une mission dite répressive, de façon stricte, formelle et agressive à l'égard de tous ceux qui ne partagent pas la vision pessimiste à l'égard d'un changement qui déplace les lignes, nous paraît conduire de nouveau la police dite police judiciaire à un enfermement culturel mais cette fois à une plus vaste échelle. L'élargissement d'une dimension culturelle d'une institution évolutive doit être un contrepoids aux conduites dites de spécificité, de technicité. D'où, en fait c'est d'une évolution au niveau des mentalités trop liées à une vision répressive que l'on n'ose pas relativiser qu'il s'agirait !

La thérapeutique sociologique ne peut se réduire à un énoncé rhétorique fondé sur une vision du monde fermée, sur une fonction strictement répressive. Notre époque, qu'on le déplore ou non, est celle de l'ouverture, de la reprise des évolutions bloquées. On ne peut imaginer une police qui, sous des formes neuves, modernisées, soit victime de sa déformation professionnelle. La dimension « ouverture » doit donc être largement animée.

Nous avons noté : les sources d'inspirations. Un modèle pour une ouverture qui devrait envelopper un panorama soulignant le caractère dialectique des notions passablement éculées telles que « répression-prévention » nous est fourni par le développement de la *Revue Police Science Abstracts*[5]. Elle définit un décor pour les inspirations culturelles pouvant éclairer la démarche policiologique. Lui permettant de retrouver sa fluidité, sa logique (telle qu'entrevue en 1908) d'adaptation au changement, pour l'assister. Il s'agit

4. V. D. E. Apter, Un regard neuf sur l'institutionnalisme, *Rev. int. sciences sociales* août 1991.
5. *Police Science Abstracts*, Kugler Publications, Amsterdam, n° mai 1991.

d'un champ culturel propédeutique pour l'éclosion des spécificités et des technicités. Rien n'est plus inefficace qu'une *technicité fermée*. Il se peut que l'entrée en police judiciaire soit postérieure à une formation générale de grande ouverture, c'est-à-dire qui ne soit pas un défilé formel d'informations ? Il faut être en mesure de prendre en charge le conditionnement opérationnel en gardant son « âme ». Il faut donc se garder de tomber dans les méfaits de l'élitisme sous-culturel. La partie générale de la Revue *Police Science Abstracts* propose à l'intelligence de l'homme, en mission policière, une grande variété d'aperçus. Une version *française* de ce périodique devrait être envisagée, où la police judiciaire, comme maître d'oeuvre, soulignerait une ouverture réellement *ouverte*, c'est-à-dire dépassant un antagonisme relevant d'un débat dépassé entre le répressif et le préventif (d'autant que la notion de prévention risque fort d'être à son tour déformée, comme cela se produit dans la publicité pour le marché de la sécurité et de la protection, lequel est hostile à l'idée de donner au public une exacte connaissance de *ses risques victimologiques*[6]). La partie générale de la *Revue*[5] propose un *tableau* des choses devant d'une manière ou d'une autre, s'intégrer à l'esprit de l'homme en exercice de police, et qui se passe de paroles explicatives : aperçus criminologiques – interférences du politique et du policier – la police japonaise – des recherches variées (rapport entre l'âge et les attitudes conservatrices – les soupapes de sûreté contre l'éventuel disfonctionnement d'un organisme trop intégré) – liberté d'accès à l'information (USA) – peut-on privatiser l'exercice de la police ? – police et public dans l'ouest-européen – qu'en est-il du concept de l'*Underworld* (Netherland) – pour des statistiques de *délinquants* concrets – les aspects de l'aporie qui fonde l'art de la police c'est-à-dire de la Commission de police. Déjà dans les débats rationnels sur le devenir de la police judiciaire, nous l'avons noté, cette question a été posée pour les groupes dans la pure vision prospective : celle du *devenir de la police technique et scientifique et des rôles de services centraux*...

La *Revue*[5] met donc l'accent sur les nouveaux besoins culturels des acteurs de police : on s'intéresse à Londres aux sciences de l'application des lois...

Si la police judiciaire ne dépasse pas les dualismes périmés et n'organise pas une nouvelle image de l'action de recherche sur la criminalité réelle (la fameuse connaissance parfaite du double phénomène de criminalité et de délinquance...) qui s'en chargera ?

N'est-ce pas à une véritable ouverture de l'esprit qu'il lui revient de s'attacher !

Il faut mettre en état de *ressources* toutes les approches du phénomène criminel que la communauté des criminologues souhaite que l'on développe. C'est l'ouverture la plus indiquée pour une police judiciaire *ouverte* et en mesure de restituer son rôle dans la participation à une véritable politique criminelle.

b) Ceci conduit au second point qui concerne le « perfectionnement de la connaissance du double phénomène de criminalité et de délinquance ». De quelle sorte de connaissance s'agit-il ? De celle qui s'enferme dans l'herméneutique pénaliste ou de celle qui tend à compléter la démarche d'activisme répressif par une référence anthropologique grande ouverte ? S'agit-il de nier l'ouverture criminologique au nom d'un criminalistique clos ? Les gens de 1908 avaient bien distingué entre le travail d'application singularisé pour le procès, (lequel implique le franchissement d'un point critique : le face à face d'un être humain avec la justice de son pays) et le contrôle ni administratif ni judiciaire de la criminalité comme phénomène exprimant tout autant des lacunes socio-criminogènes que des tératologies individuelles et même les conditions d'une dimension parasitaire liée aux évolutions socio-économiques et sociales (lesquelles font partie intégrante des moeurs)... Cette division est de plus en plus d'actualité. Elle nécessite un effort moral et intellectuel incontournable. Il est souhaitable que la police judiciaire, par exemple, se constitue comme valeur de refuge en cas de crise grave de la structure politique du système social : ayant alors à exiger le respect par les antagonistes, des

6. Cette *Revue* 1981.446.

droits humains essentiels. La police judiciaire ne peut donc être intégrée dans un projet politique. L'expérience des « épurations » doit servir de base à la confection d'une image crédible et rassurante d'une police judiciaire en mesure de traverser les turbulences en vivant sur le terrain sa référence à des valeurs qui peuvent être provisoirement dévitalisées, mais transcendantes et irréductibles. Il faudra bien que la police judiciaire énonce clairement sa relation avec les codes de déontologie ou de conduite (ONU et CEE) relatifs à sa mission. Dans la charte dont son projet doit dessiner les contours, cela est de valeur substantielle, et relève de son aporétique.

La connaissance de la criminalité doit donc aller jusqu'au bout et ne pas se limiter aux besoins criminalistiques. Mais cela implique, d'autre part, des réserves quant à l'organisation de la recherche criminologique en France[7].

A ce point de nos réflexions nous ne pouvions que nous étonner que la criminologie, approche essentiellement interdisciplinaire ait été oubliée par ceux prétendant savoir la vérité sur le phénomène criminel... Car les rapports entre la criminologie et la police « judiciaire » ont été altérés malencontreusement. Et, ayant été chef du Bureau de la criminologie et des sciences humaines de la police nationale, nous le déplorons et estimons qu'il faut réviser ces rapports[8]...

c) Quant aux pouvoirs d'investigation, ils dérivent naturellement des postulats institutionnalisés et posent des problèmes ne pouvant être réglés par le seul argument de la technicité. Cela met en jeu bien d'autres risques. Nous pensons que les besoins d'investigation sont d'autant plus graves que la culture et l'engagement criminologique diminuent. Car la criminologie, pour la police, est la seule science fondamentale pouvant accompagner son évolution et justifier son autonomie.

d) On parle beaucoup de coordination, de concertation, de communication, de complémentarité...

e) La plupart des conflits de valeurs qui incitent à une nouvelle notion directive de l'action de police judiciaire vont, probablement, s'intensifier à propos de la conception de l'idée de police technique et scientifique.

Qu'on le veuille ou non le débat sur l'originalité, la spécificité et la technicité de la police judiciaire ne pourra contourner les risques de voir le contrôle social (dans tous ses états) affronter le grand risque, toujours menaçant, que la « technique et la science » ne deviennent une idéologie (J. Habermas).

L'option, en termes de police judiciaire, doit justement nous faire revenir aux sources mêmes de l'idée, bien française de police judiciaire englobant la notion de police judiciaire comme groupe de praticiens et celle d'officier de police judiciaire pour mieux encore pouvoir représenter les limites de l'unidimensionnalité technique, sous prétexte d'un rapport mystique à la loi. C'est ce que nous appellerions volontiers l'aporie police judiciaire incompressible[9].

L'option de police judiciaire qui discute sur le rôle du point central est bien un problème de valeurs, et non de technicité : on souhaite pour la commission de police les conditions d'un exercice en quelque sorte transcendant les crises (où le pouvoir des médias joue un rôle dénoncé[10] où les émotions, les passions et les illusions relevant des phénomènes de [modifications fictives des moeurs (de Greeff)] bien connus des criminologues, usurpent le témoignage de la réalité...

La recherche criminelle, selon une méthode criminologique adaptée à la mission de la police judiciaire, doit retrouver ses donnes et ses références.

7. La carence de la police judiciaire dans le domaine criminologique ne serait-elle pas systématique ?
8. Cette *Revue* 1968.
9. Jean Susini, Une autre idée de la police : La Commission de police, cette *Revue* 1982, n° 2.
10. J. Keane, La démocratie et les médias, *op. cit. Rev. int. sciences sociales*, août 1991.

C'est, selon nous, la seule façon de modérer le besoin en pouvoirs d'investigation dangereux, parce qu'ils relativisent certaines valeurs essentielles à notre civilisation. D'où la nécessité de placer la direction de police judiciaire dans une situation d'indépendance. Notre hypothèse, pour consacrer l'indépendance de la police judiciaire (jumelée avec celle qui s'exprime par l'indépendance de la justice) est qu'il faut que la police « exclusivement instituée pour seconder celle-ci, reconnaisse que l'élaboration d'une connaissance de la criminalité dans toutes ses manifestations visibles, exprimées, symptômatiques, typiques, parasitaires, réactionnelles, singulières ou collectives fait partie de son obligation d'agir et d'exister et aussi de penser. C'est pourquoi nous sommes inquiets que, en raison d'un malentendu entre la criminologie et la police judiciaire on ne précise pas que seule la connaissance ouverte peut permettre de sortir de l'impasse où l'on s'enferme : une criminalité trop compliquée pour être affrontée et déconditionnée dans l'état actuel du droit policier, toujours d'inspiration externe et toujours indifférent à la dimension « connaissance » qui, c'est évident, peut seule aider l'imagination à modifier les données d'une aporie lorsqu'elle conduit à l'impasse.

G. — CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

DÉFENSE SOCIALE, PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET DROITS FONDAMENTAUX

CONSIDÉRATIONS FINALES DU XIIe CONGRÈS INTERNATIONAL DE DÉFENSE SOCIALE DÉDIÉ À MARC ANCEL*

Mireille DELMAS-MARTY

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

La protection de l'environnement a longtemps été perçue, pour reprendre la belle formule de M. Beria di Argentine au congrès de Milan, comme « un problème simple, fait pour des coeurs simples ». Et nos travaux ont montré, après ceux de Milan, que le constat est exactement l'inverse : c'est celui d'une extrême complexité des problèmes posés et, du coup, c'est la nécessité, qui s'est affirmée tout au long de ces travaux, de réponses de défense sociale extrêmement diversifiées. Complexité pour ce qui est des phénomènes, diversité pour ce qui est des réponses, tels sont les fils conducteurs que je vous propose de suivre avec moi, pour une dernière promenade ensemble sur les chemins que vous avez ouverts les uns et les autres pendant ces Journées.

I. — D'abord, la *complexité des phénomènes observés*. Malgré l'évidence apparente des mots « protection de l'environnement », cette complexité est apparue dès le rapport introductif du professeur MacClintock, qui nous a rappelé la rude réalité des chiffres et notamment l'instabilité croissante des équilibres écologiques, si l'on tient compte de données, telles que, par exemple (il en a cité beaucoup d'autres) la croissance démographique galopante, l'urbanisation ou la désertification. Cela dit, ce constat de complexité tient à la fois à ce qu'on pourrait appeler les phénomènes physiques — on n'ose plus parler de nature tant celle-ci a déjà été transformée par l'homme — et à la pluralité des acteurs.

A. — Du côté des phénomènes physiques, de nombreux rapporteurs ont montré à quel point, dès qu'il s'agit de l'environnement les causalités sont multiples. J'ajouterai aussi qu'elles sont « combinatoires », en ce sens que les atteintes à l'environnement sont généralement la résultante de facteurs divers et nombreux qui interagissent : tantôt l'interaction aboutit à des effets de neutralisation, tantôt elle aboutit, à l'inverse, à des effets de stimulation et de multiplication. Ce qui fait qu'il est extrêmement difficile d'établir un lien de causalité entre un comportement isolé, repérable, et une atteinte déterminée à l'environnement. Au fond, tout le problème est global, comme l'ont montré notamment M. Röstadt dans son rapport, et beaucoup d'autres rapporteurs. Global,

* Paris, 8-12 oct. 1991. V. compte-rendu dans cette *Revue* 1992.175.

d'autant que les secteurs protégés sous le nom d'environnement sont eux-mêmes très divers. Le document de l'UNICRI établi en juillet 1991[1] – et beaucoup de rapports nationaux vont dans ce sens – fait clairement apparaître que les premières sanctions pénales sont généralement nées dans le domaine de la protection des eaux. Je dirai que dans beaucoup de pays, comme notamment la France, il s'agissait surtout à l'origine de protéger le poisson contre le braconnage. Et il y avait même des sanctions très sévères car c'était une atteinte au droit de propriété : on ne pensait pas à l'environnement, mais à la propriété privée. Puis, on a protégé l'air, et plus récemment sont apparus des textes sur l'élimination des déchets et sur la pollution sonore, tandis que parallèlement se développait la protection de la nature – animaux, végétaux – ; puis est aussi apparue la nécessité de protéger les populations autochtones, parfois intégrées à cette protection de l'environnement. Non pas que l'on considère ces populations en voie de disparition comme objet de protection, mais parce qu'on leur reconnaît, comme à tout être humain, le statut de sujet, sujet d'un droit nouveau, le droit à un environnement dont la qualité leur permette de vivre « dans la dignité et le bien-être ». Je cite la formule de la Déclaration adoptée à Stockholm en 1972 par la Conférence des Nations Unies sur la protection de l'environnement.

C'est dire que la question se trouve bien, comme l'annonçait l'intitulé de notre colloque, à l'intersection de la politique criminelle et des droits fondamentaux de la personne et j'y reviendrai dans la seconde partie de mon exposé. C'est reconnaître aussi que l'environnement se situe dans un espace (aérien, maritime, fluvial par exemple) qui coïncide rarement avec les frontières nationales, mais se développe soit au plan local, régional, soit au plan inter ou transnational, et on a cité plusieurs exemples des cas célèbres de pollution transfrontières : Tchernobyl, Sandoz, l'Amococadiz, la Montedison, la pollution du Rhin et d'autres encore. Et c'est bien sûr, une difficulté supplémentaire pour la politique criminelle que l'on sait traditionnellement attachée, comme le droit de punir qui est le noyau dur de la politique criminelle, à la souveraineté nationale des Etats. Je voudrais citer ici un article publié récemment dans *Le Monde* par Michel Prieur qui est le fondateur de la société française de droit de l'environnement et le fondateur également de la *Revue juridique de l'environnement*. Il disait, qu'à l'échelle mondiale, l'Etat est devenu un cadre dépassé pour analyser les problèmes économiques et écologiques contemporains : « le marché mondial se partage de plus en plus entre quelques grands groupes transnationaux qui transcendent les frontières et il devient donc de plus en plus nécessaire de sensibiliser les firmes, et non seulement les Etats, aux conséquences de leurs stratégies sur l'environnement, notamment en matière d'élimination des déchets ». Et le rapport qui a été rédigé pour ce colloque à propos des pays en voie de développement donne des exemples très frappants d'élimination de déchets décidée par accord bilatéral entre un Etat et une multinationale et se situant précisément dans ce type de pays. A la fin de son article, M. Prieur souligne toute la complexité des espaces qui « s'emboîtent les uns dans les autres » mais fonctionnent avec des logiques différentes – espace local, régional, national, international, mondial.

Il reste, pour en terminer avec la complexité des phénomènes physiques liés à la protection de l'environnement, l'importance du temps – du temps et parfois de la longue durée –, notamment dans la manifestation de ce qu'on appelle le « dommage écologique ». M. Campiglio dans son rapport « Economie et environnement » a fort bien souligné cette nécessité de prendre en compte le temps et la durée et je pense que c'est peut-être l'un des obstacles les plus difficiles à surmonter pour les juristes que nous sommes. Et plus difficile sans doute pour les décideurs politiques – mais les deux sont liés, puisque nous appliquons les textes qu'ils vont voter –, car eux se trouvent en pleine contradiction, dès lors que les contraintes politiques privilégient l'instant sur la durée, leur objectif étant de proposer une réponse immédiate et visible à chaque événement marquant, en somme de gérer l'instant. Or, il est clair, et il faut le redire, que les dom-

1. *Environmental Crime, Sanctioning Strategies and sustainable development.*

mages écologiques n'apparaissent que rarement à l'instant même où survient le comportement, ou l'un des comportements, qui en est l'origine. Et pourtant, même d'apparition tardive, ces dommages sont souvent irréversibles. Cela veut dire qu'il faut arriver à prendre en compte les risques d'irréversibilité. Or ces risques sont impossibles à déterminer avec suffisamment de certitude et de précision pour qu'on puisse raisonner selon l'approche traditionnelle du droit pénal, l'approche binaire : coupable ou innocent, légal ou illégal. En fait on est obligé d'avoir une approche très nuancée car il serait aussi absurde de prétendre interdire tout comportement qui peut participer à une modification négative et irréversible de l'équilibre écologique que de se résigner à tout autoriser. On ne peut ni tout interdire, ni tout autoriser, sauf à remettre en cause les innovations technologiques ou bien à les soumettre à des contraintes qui sont l'équivalent d'une interdiction. Il faut donc bien admettre un certain risque écologique, comme on admet, en matière de traitement médical un certain risque médical. Et on rejoint la distinction qui est connue surtout des civilistes, mais qui doit jouer un rôle en politique criminelle aussi, entre les obligations de résultat et les obligations de moyen : s'agissant de protéger l'environnement, on privilégiera les obligations de moyen.

B. — A cette résistance opposée par les phénomènes physiques au travail de qualification juridique des faits s'ajoute encore l'enchevêtrement des rôles joués par les différents acteurs.

Du côté des pollueurs, on l'a dit et redit, les responsabilités sont particulièrement difficiles à situer lorsque l'acte incriminé est commis au sein d'une ou de plusieurs structures elles-mêmes complexes, des structures où la décision est séparée de l'exécution, parfois déléguée, parfois partagée, qu'il s'agisse d'entreprises nationales ou multinationales, de collectivités territoriales ou même des Etats eux-mêmes. Autrement dit, l'imputabilité des faits à une personne, physique ou même morale, responsable (pénalement, civilement ou administrativement) est une opération particulièrement délicate. Encore plus délicate du fait que le principe de territorialité de la loi pénale est souvent inadapté — j'ai souligné le caractère fréquemment transnational de ces phénomènes. C'est pourquoi, dans un certain nombre de cas, le droit va être amené à « construire » un responsable en le désignant à l'avance, préalablement à la commission de l'infraction. Il y a ainsi des systèmes qu'on pourrait appeler de responsabilité « canalisée » vers des personnes nommément désignées : par exemple en matière de pollution de mer par rejets d'hydrocarbures, on désigne le capitaine ou l'armateur. Ou bien, il y a des systèmes — cela a été évoqué par plusieurs rapporteurs — de responsabilité « présumée » : par exemple au Japon, en cas d'accident de santé dû à la pollution, également en Allemagne. Enfin, on pourrait même parler d'un troisième système qui consiste à « reporter » la responsabilité, par le jeu d'un fonds d'indemnisation, qui est alimenté par les cotisations des industriels (ce qui aboutit à une sorte de report de la responsabilité).

Maintenant si on se place de l'autre côté, du côté des acteurs du contrôle social, la situation n'est pas beaucoup plus simple. D'abord, il y a les acteurs institutionnels : police, justice, administrations spécialisées qui interviennent quelque soit le type de procédure. La difficulté est qu'il y a un nombre élevé de ministères et d'organismes concernés par la protection de l'environnement et un nombre considérable de lois. Pour l'Italie, on a cité, dans le seul domaine de la pollution atmosphérique le chiffre de 136 textes qui seraient intervenus depuis 1966. Donc il devient de plus en plus difficile de coordonner une poursuite[2] et on constate qu'en pratique la constatation des infractions relève surtout des administrations spécialisées qui sont quasiment les seules à détenir suffisamment de compétence et d'informations pour analyser les faits et pour fixer le seuil de tolérance acceptable. Ces administrations jouent aussi un rôle-clé en ce

2. V. Matharan et Mondon, Parquet et protection de l'environnement, pour une politique volontariste, cette *Revue* 1991.301.

qui concerne les décisions de justice : soit lorsque le tribunal utilise une procédure d'injonction en vue d'assurer la remise en état des lieux, soit lorsqu'il prononce des sanctions de ce type, car les administrations vont aider à définir, avec le tribunal, les actes à accomplir et elles seront les mieux placées pour assurer le suivi de la décision. La coordination des services relevant d'autorités différentes est donc une absolue nécessité.

Elle est d'autant plus nécessaire que, selon la procédure suivie, peuvent apparaître aussi d'autres acteurs, des acteurs non institutionnels.

D'abord, bien sûr, les victimes, victimes individuelles ou le plus souvent collectives. Il faut évoquer ici le rôle des associations de victimes et, plus récemment apparu, le rôle des collectivités publiques locales, comme par exemple des municipalités qui peuvent jouer dans certaines affaires de pollution dans ce rôle de victime. Ces victimes, elles, ne sont pas toujours présentes et la situation est variable selon le type de procédure. Elles sont toujours présentes, par définition même, dans le procès civil, où elles sont demandeurs à l'action. Dans le procès pénal, tout dépend des systèmes de droit : elles sont parfois associées par le jeu de la constitution de partie civile, elles ont même dans un pays comme le nôtre l'initiative des poursuites (l'action civile met en mouvement l'action publique), mais ce n'est pas le cas partout. Enfin, en toute hypothèse, elles sont écartées en principe quand il s'agit d'une procédure administrative où la victime n'a aucune place.

Cela rappelé, si on étudie de plus près le travail de terrain des associations, on s'aperçoit qu'il est assez difficile d'analyser leur rôle. Ce rôle est loin d'être homogène entre ce que l'on pourrait appeler l'action revendicatrice, l'action protestataire et puis ce qui devient une sorte de participation à une gestion para-publique où les associations interviennent à côté des acteurs institutionnels. Bien sûr le discours officiel proclame volontiers la nécessité d'une participation démocratique des associations et de la société civile à la gestion de l'environnement. Et diverses procédures le permettent. Mais sur le terrain, une étude faite en 1988[3] par plusieurs chercheurs sociologues du droit a montré que le travail des associations se heurte à des résistances multiples. Ces chercheurs ont essayé de regrouper ces résistances selon l'attitude des pouvoirs publics. D'abord il y a une attitude d'exclusion: on rejette telle association pour incompétence, on refuse l'agrément, on la met à l'écart des concertations. Il y a aussi une attitude de marginalisation qui consiste à cantonner les associations dans un rôle d'alibi. Troisième type d'attitude, l'instrumentalisation, c'est-à-dire qu'on ne fait appel aux associations que lorsque leur action est conforme à la politique publique envisagée par les institutions. Enfin on observe ce que ces chercheurs ont appelé la « phagocytation », c'est-à-dire la captation progressive d'associations qui ont perdu, en fait, toute autonomie protestataire.

L'image se brouille encore un peu plus si l'on ajoute que surgissent des acteurs imprévus qui sont les pollueurs eux-mêmes car, depuis une vingtaine d'années, des négociations ont été menées dans différents pays entre les industriels et les pouvoirs publics pour organiser une auto-surveillance qui est définie par des accords contractuels conclus par secteur et au coup par coup entre l'Etat et les responsables concernés. Le ministre italien de la Justice a évoqué ces « actions-programmes« comme nouvelles stratégies de protection de l'environnement ; en France aussi, et ailleurs, cette stratégie est déjà utilisée depuis une vingtaine d'années. Elle présente l'intérêt de favoriser la décentralisation, ce qui avait été souligné dans le rapport économique : la décentralisation c'est-à-dire la périphérie. Mais les analyses sociologiques faites en France sur ce nouveau mode de régulation par négociations bilatérales sont quelquefois un peu décevantes. Analysé comme un exemple de « dédifférenciation » ou de « déspécialisation » des rela-

3. Lascoumes et Joly-Sibuet, Conflits d'environnement et intérêts protégés par les associations de défense, ministère de l'Environnement, 1988.

tions entre l'Etat et la société civile, ces pratiques auraient, semble-t-il, plus une fonction « stabilisatrice d'une relation au potentiel conflictuel » qu'une fonction créatrice d'effets vraiment nouveaux. On a surtout fait observer que le problème majeur de ces accords contractuels bilatéraux est l'opacité : opacité souvent totale car la négociation est bipartite, sans débat contradictoire. Egalement une sorte de force réductrice car cette procédure aboutit à ce que les enjeux soient cantonnés sur des dimensions économiques et techniques « qui ne sont qu'un aspect parmi d'autres des situations visées »[4].

Face à ce bilan, – cette complexité des phénomènes observés – on ne peut évidemment répondre que par une *politique criminelle diversifiée et évolutive*. C'est le thème que vous avez abordé hier.

II. – Nous savons tous ici à quel point le président Marc Ancel était attaché aux « caractères premiers » du mouvement de défense sociale que sont selon lui « l'antidogmatisme, la mobilité et le dynamisme », auxquels il ajoutait, « la nécessité de dépasser le particularisme des systèmes nationaux », donc une dimension universaliste et comparative » (cf. M. Ancel, *La défense sociale*, PUF, coll. Que sais-je ? 1985, p. 35). Si l'on songe aussi à ses nombreuses références à « la recherche d'une stratégie diversifiée », ou « stratifiée » disait-il aussi, on mesure à quel point ce colloque, dédié à Marc Ancel, s'inscrit directement dans le prolongement de sa pensée, plus vivante que jamais, car c'est bien la recherche d'une « stratégie diversifiée » qui aura animé tous nos débats. J'essaierai de le montrer tant au plan national qu'au plan inter ou supranational.

A. – Au plan national, il ressort de la plupart des rapports et des interventions qu'aucun type de réponse, que ce soit une sanction ou plus largement une mesure, n'est à lui seul suffisant. Il n'y a pas de « solution miracle ».

Commençons par la sanction pénale. Certes, nous avons constaté ici, comme il apparaissait déjà lors du colloque de l'Association internationale de droit pénal à Hambourg en 1979, que divers pays ont donné au droit pénal de l'environnement une place croissante et qu'il y a eu au plan national un travail législatif et réglementaire intense en la matière. Le Docteur Heine du Max-Planck de Freiburg a d'ailleurs remarquablement synthétisé, dans des tableaux qui figurent dans son rapport écrit, les principales variantes consacrées par les divers systèmes de droit pénal ; il a montré aussi – et beaucoup de rapporteurs et d'intervenants ont insisté sur ce point –, les faiblesses du droit pénal, au moins du droit pénal traditionnel, mal adapté au domaine de l'environnement. Notamment M. Joutsen a insisté sur l'écart entre la norme et sa mise en oeuvre concrète.

Je retiendrai principalement deux types d'inadaptation, sur le plan pratique et conceptuel. Au plan pratique, le droit pénal classique est mal adapté, d'abord parce que la réponse arrive tard, trop tard quand le dommage est déjà survenu – car même quand l'infraction est une infraction définie comme une infraction de moyen et de mise en danger, en pratique c'est le plus souvent parce que le dommage survient qu'on va déclencher des poursuites. Quand ce dommage est irréversible, les peines sont la plupart du temps dérisoires au regard de celui-ci. Dans certains systèmes s'ajoutent les difficultés d'accès des victimes, individuelles ou collectives au procès pénal.

De plus il y a une inadaptation qui est peut-être plus théorique, plus conceptuelle, mais qui n'en est pas moins gênante ; le droit pénal repose sur le principe de la faute personnelle et exige un lien de causalité entre la faute et le dommage. Or – je l'ai dit au début à propos des acteurs – il est très difficile de situer la faute et quant aux causalités il est presque impossible de les établir, d'autant qu'intervient le facteur « temps », certaines causalités apparaissant longtemps après le dommage, longtemps après le procès

4. V. P. Lascoumes, Le volet discret de la politique publique dans la protection de l'environnement, les contrats de branche et d'entreprise, *in Le droit de l'environnement*, éd. CNRS, 1990.57 et s.

et l'ensemble étant quasiment impossible à reconstituer avec certitude. S'ajoute le fait que le droit pénal est traditionnellement fondé sur le principe de la territorialité et que la plupart des atteintes à l'environnement, il faut encore une fois le redire, ont un caractère transfrontière.

Bien sûr, des efforts d'adaptation du droit pénal ont été tentés un peu partout. Me Huglo a parlé notamment des efforts de la jurisprudence pour étendre la compétence territoriale et un peu partout les juridictions pénales sont favorables à cette extension de leur compétence. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, j'y reviendrai tout à l'heure, on l'a d'ailleurs préconisée officiellement.

En outre Me Lepage-Jessua, rejoignant d'ailleurs sur ce point le docteur d'Angelo, a évoqué plusieurs mesures possibles d'adaptation du système pénal : recours systématique à des délits de mise en danger, à des présomptions de faute ; instauration de mesures provisoires qui permettent d'agir plus vite ; simplification de la procédure, notamment pour l'action civile ; amélioration des techniques de preuves ; utilisation de mesures pénales plus souples comme l'ajournement avec injonction, assorti d'une dispense de peine. Enfin, elle a signalé que la Commission française Ecologie et actions publiques (rapport juin 1991) propose de créer trois types d'infractions pénales selon le type de fautes : volontaire, faute d'imprudence ou faute purement matérielle. De son côté M. Joutsen a montré que l'on pourrait réduire l'écart entre les textes et leur mise en oeuvre en instaurant une gradation de la réaction et en utilisant une gamme de mesures « progressives », ce qui est sans doute effectivement une excellente réponse. Il a souligné aussi que la publicité donnée à certaines affaires pouvait être en soi une sanction dissuasive, qui peut être prononcée dans le cadre des juridictions pénales. Cela dit, la plupart des intervenants ont insisté sur l'importance de la régulation administrative qui paraît à première vue mieux adaptée à des comportements qui sont, précisément, plus collectifs qu'individuels.

Je dirai simplement que cette régulation administrative, si elle est utile, nécessaire même, n'est certainement pas suffisante, et pour plusieurs raisons. D'abord parce que la victime est totalement absente en matière administrative et parce que la publicité est très réduite ; ensuite parce que les sanctions ne sont pas toujours efficaces par elles-mêmes si bien que finalement la plupart des pays sont amenés à combiner régulation administrative et sanctions pénales. On utilise la sanction pénale en cas de non-respect du système de régulation administrative. Ici encore je vous renvoie au tableau qui figure dans le rapport écrit de M. Heine qui dégage plusieurs modèles de relations entre droit pénal et droit administratif : indépendance de circuits parallèles qui ne communiquent pas, subordination relative de la loi pénale aux dispositions administratives ou finalement dépendance absolue de la loi pénale qui n'est plus là que pour sanctionner le non-respect de la régulation administrative.

Enfin, on a évoqué souvent les sanctions civiles, ce qui paraît évidemment adapté puisque la notion même de « réparation du dommage » est au coeur du droit civil. Pourtant, même en matière civile, une adaptation est nécessaire. D'abord pour renforcer l'autonomie du juge civil par rapport à l'administration : si l'administration a autorisé tel ou tel projet, ou telle ou telle activité, dans beaucoup de systèmes le juge civil ne peut pas passer outre. Ensuite se pose la question des méthodes d'évaluation. Je crois que c'est l'un des problèmes les plus difficiles du droit de l'environnement. Comment évaluer le dommage écologique en monnaie, puisque finalement la réparation est bien souvent une réparation en monnaie ? Aux Etats-Unis, il y a quelques années, à la suite d'une pollution marine de très grande ampleur, on avait mis au point quatre méthodes alternatives d'évaluation : soit calculer la valeur du remplacement des organismes marins qui avaient été détruits, soit évaluer le coût de la remise en état effective, soit une évaluation forfaitaire, soit le coût de la compensation qui consisterait non pas à remettre en état mais à restaurer une surface équivalente dans le voisinage de la zone polluée. Et plus largement ceux qui ont réfléchi à ce problème du dommage écolo-

gique, en viennent à dire que l'évaluation peut se faire de deux façons : soit par l'évaluation forfaitaire des dommages (qui peut passer d'ailleurs par une négociation), soit par la conversion en monnaie les dommages causés à des biens qui, au départ, sont des biens non marchands (par exemple on traduira des dégradations en milieu marin en termes de pertes pour les activités de pêche ou en termes de pertes pour des activités de tourisme).

Par delà tout cet arsenal de sanctions, sanctions pénales, administratives, civiles, il est apparu aussi qu'une vraie stratégie différenciée ou diversifiée supposait l'emploi de mesures plus larges. J'en énumère quelques unes sans prétendre à l'exhaustivité. Mesures de formation et d'information d'abord : formation des opérateurs économiques et information du public. Dans la première perspective, la formation des opérateurs économiques peut aller jusqu'à la promotion du respect de l'environnement comme élément de valorisation de l'image de l'entreprise (l'environnement est comme intégré dans une stratégie de marketing). Quant à l'information du public, le relais naturel pourrait être soit le tissu associatif, soit la création d'Ombudsman et M. Nelson, notamment, dans son rapport, a évoqué ces formules. Il faut aussi tenir compte (M. d'Angelo en a fait état) du fait qu'il faudrait distinguer selon que les pollueurs ont essayé de nier ou de cacher l'information sur l'environnement ou au contraire ont accepté de la diffuser. Et par delà la formation ou l'information, on a évoqué beaucoup les incitations directes qui pourraient être des incitations économiques (des primes), ou fiscales, ou même des incitations comptables (faire figurer dans le bilan l'impact écologique de telle ou telle activité économique). On a encore évoqué, je n'y reviens pas, l'utilité des politiques contractuelles : j'ai signalé qu'elles présentaient aussi des faiblesses mais ce n'est pas une raison suffisante pour y renoncer complètement car elles permettent une décentralisation des réponses. Enfin beaucoup de rapporteurs et d'intervenants – je pense notamment à M. Beiderman et à l'intervention de M. Screvens – ont insisté sur les stratégies de prévention. A cet égard M. Morishita, dans son rapport écrit, montre que le programme adopté en 1990 par le gouvernement japonais s'inscrit dans cette perspective de la prévention. Il définit des objectifs précis (un volume d'émissions à ne pas dépasser) et des mesures concrètes (promotions de certains types d'automobiles, de certains procédés de chauffage).

Pour terminer avec les stratégies nationales, je voudrais insister sur l'apparition de stratégies nouvelles, plus symboliques peut-être mais chargées en fait de prolongements juridiques potentiels, avec la reconnaissance d'un droit à l'environnement, ou peut-être faudrait-il dire d'un droit « à la préservation de l'environnement »[5]. Ce droit est apparu, sous une forme ou une autre, dans les constitutions de nombreux Etats (il figure actuellement dans la Constitution de cinquante Etats) et plusieurs fois les rapporteurs ont évoqué cet aspect constitutionnel. Ainsi la Constitution brésilienne de 1988 a inscrit le droit de l'environnement et a même consacré tout un chapitre au droit de l'environnement et aux devoirs des pouvoirs publics et de la collectivité de défendre l'environnement et de le préserver « pour les générations présentes et futures ». Et le Professeur Pisani a montré la signification de cette promotion constitutionnelle du droit à la « qualité de la vie ». Une promotion qui introduit une conception moins individualiste et plus solidariste des droits fondamentaux et qui peut avoir une réelle effectivité quand il existe un contrôle de la constitutionnalité des lois.

B. – Cela posé, aussi diversifiées qu'elles puissent être les réponses de défense sociale ne peuvent évidemment pas rester nationales car l'environnement est par excellence l'une des composantes de ce que l'on commence à nommer le « patrimoine commun de l'humanité ». Pour protéger ce patrimoine commun de l'humanité, il faut bien sûr des réponses de droit inter ou supranationales.

5. V. Kiss, Le droit à la conservation de l'environnement, *Rev. universelle des droits de l'homme*, 1990.445 et s.

A cet égard, on observe un développement progressif, d'abord à l'échelle interrégionale, puis aussi un peu à l'échelle universelle, à l'échelle de l'ONU. Et c'est la seule façon d'arriver un jour à répondre à la question des relations nord-sud qui a été relevée avec beaucoup de pertinence par Mme Violante dans son rapport et a été reprise par plusieurs rapporteurs et plusieurs intervenants.

A l'échelle interrégionale je commencerai par rendre hommage à la Charte africaine. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée en 1981, un an après le plan d'action de Lagos pour la défense de l'environnement, et cette Charte contient la première énonciation obligatoire d'un droit à l'environnement, inscrit dans les grands textes sur les droits fondamentaux. Tous les peuples ont droit « à un environnement satisfaisant et global propice à leur développement » (art. 24 de la Charte africaine). Ce texte est d'autant plus important qu'il a été adopté par des pays en voie de développement qui ont des difficultés encore plus grandes que nous à assurer cette sauvegarde, difficultés qui ont été d'ailleurs très bien expliquées dans le rapport de Mme Rogobe sur les pays en voie de développement.

Le principe se retrouve aussi dans un autre instrument interrégional, un peu plus récent, qui est le Protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme adopté en 1988 à San Salvador. Là encore, les Etats s'engagent à promouvoir la protection, la préservation et l'amélioration de l'environnement (V. art. 11, le droit à un environnement sain).

Pour ce qui est de l'Europe, il existe d'autres textes : la Charte de 1989 sur l'environnement et la santé, le projet de Charte d'Oslo de 1990. Melle Tsitoura nous a exposé avec beaucoup de précisions, le travail du Conseil de l'Europe depuis la Résolution de 1977 : toute une réflexion s'est développée, stimulée d'ailleurs par la rencontre à Istanbul des ministres européens de la Justice en 1990. A l'heure actuelle, nous a-t-elle dit, une Convention européenne est en cours d'élaboration sur la responsabilité civile et le Comité européen pour les problèmes criminels a constitué un groupe d'experts qui est chargé d'élaborer notamment une liste d'infractions pénales et de mener une réflexion plus large sur le recours au droit pénal en la matière. Il faudra en outre songer à créer des mécanismes efficaces pour protéger les pays de l'Europe de l'Est contre la tendance à exporter vers eux des déchets dangereux pour la santé et l'environnement.

Quant à l'Europe des douze, elle s'est aussi préoccupée de la question car à présent le Traité de Rome, amendé par l'Acte unique européen, donne expressément compétence à la Communauté pour préserver, protéger et améliorer la qualité de l'environnement. A vrai dire, avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique en 1987, des directives avaient déjà été adoptées par la Communauté en matière d'environnement, mais la doctrine soulignait à leur propos l'absence de compétences communautaires. Maintenant il n'y a plus d'incertitude et ces directives sont parfaitement conformes à la compétence définie par l'Acte unique. Elles sont très nombreuses : on cite le chiffre de 150 à 160. Je signale, parce qu'elle me paraît particulièrement importante, la directive de 1990 sur la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement qui rejoint la préoccupation que j'évoquais plus haut. Complétant d'ailleurs le droit du public à être informé de l'impact de certains projets sur l'environnement, la Commission européenne a instauré une procédure de plainte individuelle qui n'exclut pas le recours devant les juridictions nationales mais qui permet de pallier d'éventuelles réticences des juridictions nationales. C'est un processus qui évoque d'un peu loin le système du recours ou plutôt de la « communication » individuelle, à l'échelle plus large des Nations Unies, devant le Comité des droits de l'homme et je voudrais en venir maintenant à ce plan universel, à vocation planétaire, de la protection de l'environnement.

Celle-ci s'est développée, directement ou indirectement, essentiellement dans le cadre de l'ONU. Directement, on peut citer quelques grands textes comme la Déclaration de Stockholm de 1972, déjà évoquée, la Charte mondiale de la Nature de 1982 et dans différents secteurs des textes importants comme la Convention sur le droit de la Mer de

1982, sur la protection de l'atmosphère, 1979, la Convention de 1985 sur l'ozone et le Protocole de Montréal également sur l'ozone. A l'heure actuelle, et je ne vais pas les énumérer bien sûr, il y aurait environ 300 Traités multilatéraux qui touchent de près ou de loin à la protection de l'environnement[6]. Cela dit, je voudrais aussi évoquer la prise en compte par l'ONU du droit à l'environnement, de façon plus indirecte mais non moins intéressante, comme composante des droits fondamentaux de la personne et je citerai deux exemples. La Convention sur les droits de l'enfant de 1989, impose aux Etats de prendre des mesures appropriées pour protéger la santé des enfants, notamment en tenant compte des dangers et des risques causés par la pollution de l'environnement (art. 24). Autre exemple, la Convention 169 du 27 juin 1989 de l'Organisation internationale du Travail relative aux peuples indigènes dans les pays indépendants, engage les Etats à prendre des mesures spéciales pour sauvegarder l'environnement de ces peuples (art. 4, al. 1).

Enfin, j'aimerais souligner le rôle que pourrait jouer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 en matière d'environnement. L'article 1er du Pacte reconnaît le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ce qui implique le droit d'assurer librement leur développement économique, social et culturel : il n'y a pas le mot d'« environnement », mais l'idée n'est pas loin. Ce même texte reconnaît le droit des peuples de disposer librement de leur richesse et de leurs ressources naturelles, avec cette conséquence précise qu'en aucun cas un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance (art. 1er, § 2) ; enfin l'article 27 reconnaît aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques le « droit d'avoir en commun avec les autres membres du groupe leur propre vie culturelle ». J'insiste sur le Pacte parce qu'il existe des applications de celui-ci en matière d'environnement. C'est sur la base de ces textes, principalement de l'article 27 précité, que des populations autochtones du Lac Lubicon au Canada ont été amenées à saisir le Comité des droits de l'homme de l'ONU. Or, le Comité des droits de l'homme, dans une décision du 26 mars 1990[7], qui a été publiée par la *Revue universelle des droits de l'homme* en 1991, a effectivement constaté qu'il y avait eu violation du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle le gouvernement canadien avait procédé à des opérations de prospection de pétrole dans la région du Lac Lubicon et le Comité a estimé qu'en raison de ces opérations de prospection, il y avait menace pour le mode de vie et la culture de la population concernée. En définitive, le Canada a proposé de « remédier » à la situation en offrant une réparation qui a été acceptée par le Comité des pactes.

Bien sûr il ne s'agit là que de l'amorce d'une nouvelle stratégie qui ferait passer la défense de l'environnement par le tout nouveau « droit des droits de l'homme », mais je crois que l'affaire méritait d'être signalée, notamment parce qu'elle montre, et ce sera ma conclusion, combien forte était l'intuition du Président Marc Ancel lorsqu'il insistait sur la liaison entre défense sociale et droits de l'homme[8]. Une liaison inscrite, disait-il, « dans la logique des faits comme dans celles des doctrines ». Et bien la logique des faits, d'ordinaire récalcitrante, aura, dans cette affaire du Lac Lubicon, rejoint pour une fois la logique des doctrines.

6. Kiss, Le droit international peut-il assurer la protection de l'environnement, *in Le droit de l'environnement*, préc. éd. CNRS, 1990.
7. *Rev. universelle dr. homme*, 1991.69.
8. Cette *Revue* 1989.810.

INFORMATIONS

CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

LA FRAUDE EN DROIT COMMUNAUTAIRE
(Bruges, 19 et 20 septembre 1991)

Les 19 et 20 septembre 1991 s'est tenu à Bruges (Belgique), au Collège de l'Europe, un séminaire résidentiel relatif à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes, organisé par la Direction générale du contrôle financier de la Commission des Communautés européennes et le Centre d'étude pour l'application du droit communautaire en matière pénale et financière.

La première journée était consacrée à l'analyse du phénomène de la fraude sous ses différents aspects ainsi qu'aux mécanismes de contrôle tant au niveau communautaire qu'international. C'est à l'examen des dispositions de droit général et spécial belge applicables ainsi qu'à la question de l'alternative civile à la répression qu'était réservée la seconde journée.

La qualité et la diversité des exposés ainsi que la présence stimulante des présidents de séance n'ont pas manqué de susciter un grand intérêt auprès d'une nombreuse assemblée composée entre autres de magistrats belges, européens, de professeurs d'université, de membres de la Commission des Communautés européennes, des ministères de la Justice et des Finances, de la Gendarmerie et de la Douane.

Dans son allocution d'ouverture, M. de Angelis, directeur au contrôle financier de la Commission des Communautés européennes, a notamment souligné l'importance d'une sensibilisation des magistrats quant à la problématique de la lutte contre la fraude communautaire.

En introduisant le séminaire, M. le procureur général Van Camp, président du Centre, a rappelé la nécessité d'une collaboration entre les institutions communautaires et nationales ainsi que d'une coordination entre les différents droits pénaux nationaux.

Durant la première matinée, sous la présidence de Mme A. Goedmakers, membre de la Commission de contrôle budgétaire du Parlement européen, MM. N. Martyn, administrateur à la Commission des Communautés européennes, et E. Mennens, directeur de l'UCLAF, à cette même Commission, ont décrit concrètement les différents aspects que peut revêtir la fraude, notamment au niveau de la perception des recettes destinées à la CEE (prélèvements agricoles sur l'importation en provenance de pays non CEE, TVA, droits de douane), des primes et subventions accordées (Feoga, Fonds social, recherches, etc.). Les tâches respectives de la Communauté et des Etats membres, les raisons de l'ampleur de la fraude ainsi que les obstacles matériels, institutionnels et psychologiques à un contrôle efficace ont également fait l'objet d'un intéressant développement.

La séance de l'après-midi, qui s'est déroulée sous la présidence de M. J. Schutte, professeur à l'Université d'Amsterdam, avait pour objet l'examen des mécanismes de contrôle de la fraude. M. J. Vervaele, professeur à l'Université d'Utrecht, en a démonté les rouages au niveau de la CEE. L'orateur a ainsi analysé les relations existant entre les

institutions communautaires et les Etats membres, notamment quant à la possibilité réservée au Conseil ou à la Commission de vérifier le contrôle effectué par les Etats, ainsi qu'aux récupérations et aux compétences de sanctions administratives qui y sont liées.

Les aspects internationaux du contrôle ont été commentés avec précision par Mme Ch. Van den Wyngaert, professeur à l'Université d'Anvers, qui a relevé que l'obligation pesant sur les Etats membres de veiller à la sauvegarde du droit communautaire implique un système de coopération internationale adéquat en raison du caractère transfrontalier de la fraude. Diverses initiatives ont été discutées *de lege ferenda*, ainsi « l'espace judiciaire européen », le projet « Eurocrimes », les Accords de Schengen. Devra aussi être résolue la question du choix entre la création d'un droit pénal européen et l'harmonisation des diverses lois nationales.

La dernière intervention de la journée consistait en l'exposé de M. P. Cubero, administrateur à la Commission des Communautés européennes. Celui-ci a donné un aperçu du contrôle juridictionnel, direct et indirect, en ce compris les questions préjudicielles, exercé par la Cour de justicie des Communautés européennes.

La deuxième journée s'est déroulée sous la présidence de MM. H. Bosly, professeur à l'Université catholique de Louvain, L. Lenaerts, juge au tribunal de première instance des Communautés européennes et du baron J. Mertens de Wilmars, ancien président de la Cour de justice.

Certaines questions de droit pénal général ont été examinées minutieusement par M. J. Messine, conseiller d'Etat et professeur à l'Université libre de Bruxelles, ainsi les difficultés de preuve dues à la complexité des affaires pénales, le cas des personnes morales, l'élément moral particulier à certaines infractions de nature financière.

Mme F. Tulkens, professeur à l'Université catholique de Louvain et vice-président du Centre, a ensuite dressé un inventaire précis des infractions de la partie spéciale du code pénal, susceptibles d'entrer en ligne de compte dans la lutte contre la fraude, tels le faux et l'usage du faux en écriture, la corruption, le vol, l'abus de confiance, la tromperie quant à l'origine du bien vendu. Contrairement à l'Allemagne, le code pénal belge ne prévoit aucune disposition spécifique à la fraude communautaire. L'élaboration de pareille règle poserait toutefois quelques problèmes liés à la description de la fraude et à l'élément moral exigé.

La question du blanchiment des capitaux n'a certes pas été oubliée. M. J. Spreutels, avocat général à la cour d'appel de Bruxelles et maître de conférence à l'Université libre de Bruxelles, ainsi que M. D. Flore, conseiller juridique-adjoint au ministère de la Justice, en ont effectué une analyse approfondie et se sont notamment référés à la nouvelle législation belge sur la confiscation des avantages patrimoniaux résultant d'une infraction et des biens ou valeurs qui leur ont été substitués, dans le cadre de la coopération internationale.

Peu après, M. A. De Nauw, professeur à la Vrije Universiteit Brussel, a procédé à une étude fouillée des systèmes punitifs des lois particulières pouvant s'appliquer, selon certaines modalités, en matière de prélèvement et de restitutions. Les avantages et inconvénients du droit administratif primitif ont également été retracés.

M. C. Fijnaut, professeur à la Katholieke Universiteit Leuven, a mis en évidence la recherche des infractions et la coopération policière en soulignant le rôle croissant de la Commission européenne dans l'organisation du maintien du droit communautaire.

Quant au droit pénal fiscal et douanier, M. L. Huybrechts, conseiller à la cour d'appel d'Anvers, a défendu avec à propos le système conférant à l'administration la compétence des poursuites et le droit de transiger en matière douanière.

M. I. Verougstraete, conseiller à la Cour de cassation, a émis de pertinentes réflexions concernant l'alternative civile à la répression de la fraude. Il convient de favoriser des

procédures de prélèvements adéquates et la coopération entre les Etats membres en raison de l'efficacité assez limitée des sanctions pénales en droit économique.

Présidant la séance de clôture, le baron J. Mertens de Wilmars a mis l'accent sur le rôle essentiel des magistrats dans la lutte contre la fraude dont l'importance est néfaste pour une saine concurrence.

Dans ses conclusions, M. M. Wathelet, vice-Premier ministre, ministre de la Justice et des classes moyennes, a envisagé avec optimisme l'extension future des barrières à la fraude. Cette question doit être discutée au Conseil des ministres de la Justice des Communautés européennes. La suppression en Belgique de la peine de mort favorisera la ratification de différents traités. En outre, un projet de loi est en préparation, visant à rendre directement punissables en Belgique les agissements communautaires frauduleux.

Il convient enfin de signaler que les idées et les analyses développées durant le séminaire par les rapporteurs ainsi que par les membres de l'assemblée seront rassemblées en un ouvrage qui ne manquera pas d'intéresser toute personne sensibilisée à la fraude en droit européen.

Geneviève SCHAMPS

LA MÉDIATION PÉNALE*
(Paris, 25 octobre 1991)

Interrogé par un parlementaire qui lui demandait de bien vouloir fournir des précisions sur les procédures de médiation mises en oeuvre de façon expérimentale auprès de certains tribunaux répressifs, le Garde des Sceaux répondait le 29 avril 1991 (*JO* 7 oct. 1991, p. 4130) que de telles procédures s'inscrivent « dans le cadre des pouvoirs des magistrats du parquet relatifs à l'appréciation de l'opportunité des poursuites et visent à apporter une réponse rapide, efficace et utile aux victimes d'infractions. Selon les cas, cette tentative d'accord est recherchée par le magistrat lui-même ou, plus souvent, par un tiers qui travaille sous mandat du magistrat. Il s'agit principalement d'associations d'aide aux victimes et de contrôle judiciaire à qui le ministère de la Justice a apporté un soutien financier pour l'aide au démarrage de cette activité. Ainsi pour l'année en cours, 70 tribunaux de grande instance ont-ils mené des actions de médiation. Cette activité s'exerce également au sein des maisons de justice, structures expérimentales implantées localement, qui permettent de réaffirmer le droit dans les quartiers connaissant de multiples dysfonctionnements ».

C'est pour cerner davantage cette notion et pour en examiner la mise en oeuvre pratique et concrète, que le Centre de recherches de politique criminelle, présidé par le bâtonnier Philippe Lafarge, a organisé, le 28 octobre 1991, dans les locaux de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, un colloque consacré à la médiation en matière pénale. Aussi les exposés introductifs de M. le bâtonnier Philippe Lafarge et de M. Pierre Fayon, secrétaire général du CRPC, M. Finielz, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil et Mme Michèle Bernard-Requin, substitut près le tribunal de grande instance de Paris, ont donné connaissance des expériences concrètes menées au sein de leur juridiction respective depuis 1990 et visant à apporter une solution amiable et adaptée au règlement des petits litiges secrétés par la société moderne, la solution recherchée étant tout entière orientée vers l'avenir et ne reposant plus alors nécessairement sur la sanction. Les orateurs ont fait ressortir que la médiation apparaît comme « un besoin réel et actuel » dans la mesure où les récriminations

* V. *Archives de politique criminelle*, n° 14.

(plaintes, mains-courantes) n'ont pas forcément, à l'origine, une motivation unique de répression.

Michèle Guillot et Sophie Rojare ont exposé les résultats de leur recherche sur le rôle du ministère public dans la genèse et le suivi des processus de médiation, ainsi que l'articulation entre l'action du parquet et les différents partenaires amenés à prendre en charge la gestion des médiations.

Ont été exposés dans une approche comparative les points suivants : fondements des pratiques (médiation réparation/ médiation conciliation) ; modalités de reconnaissance par le parquet de l'activité de médiation (Décr. 20 mars 1978, convention, accord verbal) ; caractéristiques du médiateur (désignation, formation, règles déontologiques) ; mise en oeuvre du processus de médiation (critères de sélection, modalités de saisine du médiateur, rôle du médiateur dans l'évaluation du préjudice, impact de la médiation sur la décision judiciaire).

M. le bâtonnier Pettiti s'est appliqué pour sa part à situer l'institution de la médiation au regard des droits de l'homme et, en particulier, de l'article 6 de la Convention européenne, tandis que M. le bâtonnier Mario Stasi et M. le bâtonnier Taisne (du barreau de Cambrai) faisaient connaître le point de vue de l'avocat souvent et nécessairement associé à cette démarche de conciliation. Des discussions riches d'enseignement ont été menées, notamment avec des éducateurs et des médiateurs, concernant tout à la fois les problèmes de formation et de méthodologie des médiateurs. Enfin, Mme Lazerges, professeur à la faculté de droit de Montpellier, présentait, au terme de son rapport de synthèse, un essai de classification des diverses procédures de médiation pénale.

La très grande tenue de ce colloque comme la qualité des interventions ont permis de vérifier, s'il en était besoin, que même si les expériences de médiation sont encore limitées, les résultats sont très encourageants. Comme l'écrivait déjà, en 1989, Mme Jacqueline Morineau, directrice du Centre de médiation et formation de la médiation (*in Non-violence Actualité,* oct. 1989, p. 20-21) : « Pouvoir exprimer ses sentiments, dialoguer, aide souvent à dévoiler des conflits qui vont bien au-delà de la plainte. La médiation offre alors une possibilité de résolution beaucoup plus durable et réelle. Une porte s'ouvre, une alternative existe pour mieux vivre avec son voisin, son patron, entre membres d'une même famille... Le conflit n'est plus nécessairement un élément destructeur. S'il est accepté, vécu, transformé, il peut devenir un élément positif de la vie de tous les jours ».

Pierre FAYON

XIes JOURNÉES DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT PÉNAL
ENFANCE ET DÉLINQUANCE
(Rennes, 28-30 novembre 1991)

Les XIes Journées de l'Association française de droit pénal se sont déroulées les 28-29 et 30 novembre 1991 successivement dans les locaux de la Faculté de droit (les 28 et 29 nov.) et dans la Grand'Chambre de la cour d'appel de Rennes (le 30 nov.).

Les organisateurs (Mmes Yvette Coppard et Claire Geffroy, maîtres de conférences, et M. Jean-Yves Chevallier, professeur à l'Université de Rennes, avec le très précieux concours de leur collaboratrice Mlle Marylène Bercegeay) ont rassemblé plus de trois cents participants qui ont écouté avec attention les seize rapports présentés. Malgré le temps relativement limité laissé à la discussion, un certain nombre de participants ont pu s'exprimer librement et avec pertinence sur certains points sensibles.

Le thème choisi était volontairement très large, embrassant à la fois les problèmes de protection de l'enfance, de prévention et de répression de la délinquance juvénile. Tous les aspects, civils et pénaux, devaient être abordés.

Après la cérémonie d'ouverture, présidée par le président de l'Association française de droit pénal, le professeur Albert Chavanne, professeur émérite à la faculté de droit de Lyon, et où les hautes personnalités universitaires rennaises (dont le doyen de la Faculté de Rennes qui fit un exposé richement illustré de citations pertinentes) prononcèrent leurs allocutions de bienvenue, le programme, dont la plaquette était talentueusement illustrée par Mme Claire Geffroy, se déroulait à un rythme soutenu.

Il convient de saluer la présence active des hautes personnalités du monde judiciaire ou universitaire qui ont accepté d'assurer successivement la présidence des différentes séances : M. le professeur Albert Chavanne, président de l'Association française de droit pénal, M. le premier président Jean-Louis Peraud, M. le procureur général Jacques Brun, M. le directeur du bureau de la législation à la Chancellerie Michel Allaix représentant la direction de la protection judiciaire de la jeunesse, M. le président Claude Champaud, M. le bâtonnier Michel Hardouin, M. le bâtonnier Michel Arion, et M. le doyen Pierre Bouzat, président honoraire de l'Association internationale de droit pénal.

Les rapports de la première matinée furent consacrés à la présentation générale, historique, législative et prospective de la minorité.

Dans un rapport introductif, le professeur Jean-Yves Chevallier présentait en effet en termes très généraux le thème choisi et les nombreux problèmes à aborder, en soulignant d'entrée le caractère antinomique des deux concepts juxtaposés, enfance et délinquance. Il précisait les ambitions des instigateurs du colloque et annonçait les grands thèmes devant être successivement traités par les différents conférenciers.

L'histoire du droit pénal des mineurs était présentée avec une rigueur scientifique largement teintée d'humour par le professeur André Laingui, de l'Université de Paris II. Celui-ci, après avoir montré l'influence de la minorité sur la procédure et les peines, qui poussait les juges de l'ancien droit à une certaine mansuétude, analysait les exceptions au droit commun de l'indulgence en cas de crimes d'une énorme atrocité qui ne pouvaient être que le fruit « d'une malice réfléchie » et appelaient une particulière sévérité parce qu'à l'époque il était admis que *malitia supplet aetatem*, la malice supplée l'âge...

Il revenait à Mme Yvette Coppard, pour clore superbement cette première matinée, de présenter la législation applicable aux mineurs et les réformes envisagées, tant sur le plan civil que sur le plan pénal. Elle le fit dans un rapport très remarqué, exhaustif, clair et très documenté où après avoir analysé la couverture législative pénale du mineur (responsabilité pénale, procédure, mesures applicables), elle présentait sa protection civile et sociale (assistance éducative et aide sociale), et concluait sur une note d'espoir en souhaitant des réformes inspirées par le triple souci de respecter la dignité du mineur et de sa famille, de consacrer le droit à l'éducation de tous les jeunes, et de faire respecter par les mineurs eux-mêmes les droits d'autrui.

L'après-midi de la première journée fut consacrée à « la protection de l'enfant et la prévention de la délinquance juvénile ». Le président Claude Champaud, professeur à Rennes, ancien assesseur au tribunal pour enfants, qui présidait une séance, fit un certain nombre d'observations particulièrement appréciées des participants.

Mme Claire Geffroy, maître de conférences, et M. Michel Huyette, juge des enfants à Rennes, firent sur le thème de « l'assistance éducative et la prévention » de savants rapports dans lesquels ils insistèrent sur les difficultés que rencontre le juge des enfants (ce « samouraï des temps nouveaux », homme ou femme, qui doit manier à la fois le chrysanthème et le sabre, c'est-à-dire la persuasion et la contrainte, selon Mme Geffroy) pour faire appliquer la loi, et la nécessité corrélative d'adapter celle-ci aux besoins pressants d'une société en rapide évolution. « Si les mesures éducatives sont prises dans le cadre de l'ordonnance de 1945, dit M. Huyette, les frais sont payés par le ministère de la

Justice. Si elles sont prises dans le cadre d'un dossier civil d'assistance éducative, elles sont financées par le département... Le coût des mesures... est tel que les financiers peuvent être tentés de le réduire en faisant pression pour qu'un cadre juridique soit préféré à un autre ». Plus loin, M. Huyette s'interroge : « ... il faut se demander quelle est la mission du service public de la protection judiciaire de la jeunesse et en quoi elle se différencie de celle des services privés ? Faut-il maintenir des *foyers publics* et des *foyers privés* s'ils ne se différencient pas ?... ». Puis, M. Huyette fait remarquer que l'ouverture d'un dossier civil d'assistance éducative peut avoir pour conséquence de banaliser l'acte délictueux du mineur qui se croit assuré de l'impunité parce qu'il est mineur et est ainsi d'une certaine façon invité à la récidive. « Certains mineurs s'ancrent alors dans la délinquance parce qu'ils n'ont pas en face d'eux la fermeté et l'autorité nécessaires ». M. Huyette propose alors de bien dissocier les procédures civile et pénale, cette dernière devant être conduite à son terme et déboucher sur une sanction réelle et efficace qui responsabilise et dissuade le mineur, tandis que parallèlement la procédure civile doit permettre de traiter, grâce à l'intervention d'un service éducatif pluridisciplinaire, aussi bien les problèmes du mineur que ceux souvent complexes de son environnement dégradé. Il faut supprimer, dit-il, l'étiquetage de l'enfant « délinquant » et réformer l'ordonnance de 1945 en l'adaptant à cette nécessaire dissociation des deux types de procédures.

Puis, M. Yvon Guillerm, directeur des affaires sociales d'Ille-et-Vilaine, et M. Jean Royer, directeur honoraire à la sauvegarde de l'enfance du Rhône, devaient apporter leurs précieux témoignages sur la mise en oeuvre d'une politique d'aide sociale à l'enfance, l'un par l'administration départementale, l'autre par le secteur associatif.

Le premier, avant de présenter le descriptif technique des moyens mis en oeuvre pour élaborer une politique d'aide sociale à l'enfance depuis la décentralisation, définissait en ces termes l'un des objectifs poursuivis, l'autonomie des personnes : « Il s'agit de parier sur leurs aptitudes, leurs capacités, leurs potentialités, d'inciter chacun à se mobiliser, en d'autres termes, d'adopter une démarche responsabilisante. Nous l'exprimons également dans une autre formule : il n'y a pas de droit sans devoirs, c'est-à-dire d'obligations adaptées aux potentialités de chacun en s'inscrivant dans une perspective positive de progrès individuel et collectif ».

Le second devait montrer, à la lumière de son expérience lyonnaise, la nécessité d'une « Prévention dite spécialisée », tout en soulignant les dangers de l'officialisation et l'utilité des initiatives individuelles, et tout en présentant les méthodes préconisées qui s'articulent autour de six grands axes (présence, intervention, dépannage et animation d'ordre social, création institutionnelle et relation avec les partenaires), et s'organisent sur cinq champs d'intervention (un territoire géographique, une clientèle prioritaire, des lieux prioritaires, un réseau de partenaires librement consentis et de partenaires institutionnels).

M. Francis Casorla, président de chambre à la cour d'appel de Rennes, enfin, mettait sa riche expérience de haut magistrat au service d'un rapport extrêmement documenté et sans complaisance sur les difficultés et les ambiguïtés de l'instruction préparatoire pour les mineurs. Il s'interrogeait, en conclusion de son très riche rapport, sur l'opportunité de dissocier le dossier pénal, en confiant les faits au juge d'instruction, le dossier de personnalité et les mesures provisoires au juge des enfants, ou au contraire de donner compétence exclusive au juge des enfants, avec éventuellement possibilité de donner commission rogatoire au juge d'instruction. Ou bien, se demandait-il, le juge des enfants « va-t-il dériver vers le pénal, et à l'insuffisance de spécialisation du juge d'instruction ne va-t-on pas répondre par l'insuffisance de spécialisation du juge des enfants en procédure pénale ? » Il rappelait alors comment fait son chemin l'idée de redéfinir les rôles et de donner au ministère public la poursuite et l'*instruction* des affaires de mineurs, qui seraient ensuite confiées au juge des enfants pour qu'il fasse son office de juge. « Le risque est grand, conclut-il, de la spécialisation à la dépénalisation, de glisser

soit vers l'autonomie d'un nouvel ordre de juridiction..., soit vers une *déjudiciarisation* de la délinquance des mineurs... ».

La deuxième journée devait être consacrée au vaste et délicat problème de « la délinquance des mineurs et de ses remèdes ». En raison d'une panne d'avion, le professeur R. Ottenhof, secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal fut remplacé au pied levé par le docteur Yves Roumajon, expert psychiatre de longue expérience et criminologue de grande renommée, qui improvisa en virtuose un brillant exposé, hélas pessimiste, sur « les aspects criminologiques de la délinquance des mineurs », dénonçant notamment le mythe de « l'enfant précieux » développé depuis quelques décennies avec les retombées diverses que cela peut entraîner.

Lui succéda le très intéressant rapport de M. Arnaud Le Brishoual, substitut chargé des mineurs au parquet de Rennes, qui, en exposant très clairement la pratique rennaise, développa en particulier la nouvelle « médiation-réparation » si contestée par certains (car bien qu'encouragée par la Chancellerie, présentant des intérêts certains, elle est parfaitement illégale). Constatant la spécificité de la délinquance des mineurs et des moyens qui doivent lui être affectés (rapidité d'intervention d'un magistrat spécialisé du parquet en liaison avec les services policiers, sociaux, et éducatifs compétents notamment...), M. le Brishoual préconise une politique pénale cohérente liée à l'intervention *rapide* du parquet selon l'un des modes prévus par la loi (du classement sans suite à la présentation au juge des enfants en passant par le « *rendez-vous judiciaire-inculpation* » notamment). Il conclut avec ferveur à la nécessité de faire jouer au parquet des mineurs un rôle primordial et « *innovant* ».

Mme Catherine Glon, du barreau de Rennes, plaidait pour « l'avocat des mineurs ». Avec beaucoup de conviction elle fit certaines remarques et propositions fort intéressantes pour remédier aux lacunes que, au nom de la défense de l'enfant, elle dénonçait avec vigueur. Ainsi, remarqua-t-elle que l'enfant délinquant doit avoir droit au *respect de la procédure*, comme l'enfant victime devrait être entendu et écouté *lui-même*, au-delà de toute représentation légale, l'enfant étant un sujet de droit, et aussi propose-t-elle dans la logique de cette reconnaissance l'assistance d'un avocat qui comprenne l'enfant et assure la défense de ses intérêts sans trahir sa volonté : « pas d'enfant sublimé, dit-elle, l'enfant respecté doit suffire !... ». Quant à la rémunération de l'avocat du mineur, c'est aux partenaires institutionnels, aux collectivités locales et territoriales... et prioritairement à l'Etat d'y pourvoir.

Les « remèdes de la délinquance » furent analysés, d'abord par le doyen Pierre Couvrat (Poitiers) dans une savante présentation des « mesures de protection », puis par le professeur Bernard Bouloc (Paris I) dans un exposé très riche et rigoureux portant sur les « aspects pénologiques » généraux. Le premier présenta la grande variété des mesures de protection (admonestation, placements familiaux...) et leurs caractères principaux (protectrices, judiciaires, ...) avant de conclure sur la nécessité d'affirmer la primauté des mesures éducatives, alors même que « sous un manteau législatif quasi immuable les méthodes de prise en charge ont totalement changé ». Le second, M. Bouloc, présenta tour à tour les sanctions privatives, puis les sanctions non privatives de liberté, toujours applicables malgré la primauté accrue reconnue à « l'éducatif » dont il souhaite que soient largement améliorés les moyens matériels, humains et financiers, pour conclure en formulant le voeu que les mesures prises sanctionnent l'agissement tout en préservant la société mais surtout permettent une réinsertion sociale. Il suggère alors, pour le traitement de la délinquance, de distinguer entre les atteintes aux valeurs essentielles et celles qui relèvent du droit pénal artificiel, « de sorte que seules les premières pourraient éventuellement donner lieu à *des peines* ».

Dans l'arsenal des mesures envisagées pour lutter contre la délinquance « l'emprisonnement des mineurs » pose, on le sait, depuis longtemps, de sérieuses difficultés. Il appartenait à M. Jean-François Renucci, maître de conférences à Nice, très spécialisé dans le droit des mineurs, de traiter de cette épineuse question. Il s'acquitta

de cette tâche difficile avec une remarquable concision. Dénonçant les effets néfastes bien connus de l'emprisonnement sur la personne du mineur, M. Renucci en démontre l'absolue nécessité dans certains cas, que ce soit à titre préventif ou à titre de punition (fût-ce *exceptionnellement* et dans des conditions d'exécution particulières).

La dernière matinée rassemblait sous les lambris dorés de la Grand'Chambre de la cour d'appel, bondée pour la circonstance, tous les participants qui attendaient le bouquet final. Sous la présidence toujours active, dynamique et spirituelle de M. le doyen Pierre Bouzat, président honoraire de l'Association internationale de droit pénal, les spectateurs « médusés » selon le mot du président ont pu d'abord entendre le professeur Reynald Ottenhof, enfin rentré d'Italie, qui voulut bien résumer la teneur de son rapport prévu pour la veille sur « les aspects criminologiques de la délinquance des mineurs » en exposant rapidement des conceptions différentes de celles du docteur Roumajon, mais en parvenant à des conclusions tout aussi pessimistes.

Puis, ce fut le passionnant témoignage de M. Lionel Sonnet, directeur du Foyer de réinsertion ADSAO-Revivre, lucide et ô combien courageux. Il constate et dénonce la spirale de l'échec... dans tous les domaines et montre les difficultés à surmonter pour aider les pensionnaires à en sortir ; ils ont une haute conscience de leurs droits, mais ignorent le mot « devoir ». Les méthodes de réinsertion reposent alors sur la notion pédagogique de *contrat* « engagement moral d'homme à homme », manière d'exprimer son sens des responsabilités. Contrat, affrontement, vérité : trois mots clefs, dit M. Sonnet, pour « réussir l'insertion », parce que, conclut-il, les mineurs délinquants cherchent non pas des adultes copains, mais un homme qui leur dira « Tu seras un homme, mon fils... vers la trentaine... ».

Ce fut enfin le brillant rapport de synthèse du professeur Jean Pradel (Poitiers) qui livra à son auditoire l'un de ses plus beaux feux d'artifice juridiques où il présenta, avec son enthousiasme volcanique légendaire, les failles d'un système juridique en pleine mutation et les espoirs dont il est néanmoins porteur grâce aussi bien à une répression aménagée qu'à une prévention privilégiée. Et de conclure : « ... lorsque l'enfant paraît aujourd'hui, c'est toujours l'homme de demain qui se forme » ... « le droit des mineurs délinquants est manifestement sous le signe du multiple... » (organes, techniques, textes...). « Or ce multiple tend à l'unité... Notre Congrès de Rennes aura eu le mérite de faire comprendre cette dualité du multiple et de l'unité dans le droit des mineurs délinquants... ».

Les réceptions à l'Hôtel de Ville et à la cour d'appel agrémentèrent avantageusement ces journées placées sous le signe de la recherche, de la réflexion et de la cordialité. Les Actes du colloque seront publiés dans le courant de l'année 1992.

Jean-Yves CHEVALLIER

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION GRECQUE DE DROIT PÉNAL (Thessalonique, 29 et 30 novembre 1991)*

Le groupe national grec de l'Association internationale de droit pénal a tenu un congrès à Thessalonique. Les thèmes traités, dans le cadre prestigieux de l'Université Aristote de cette ville, peuvent être regroupés autour de sept lignes directrices :

1) l'infraction économique, sa délimitation avec les autres catégories d'infraction ;

2) la concurrence des infractions économiques avec les délits de droit commun ;

* L'auteur tient à remercier l'Institut français de Thessalonique qui a permis sa participation à ce congrès en raison de la chaleur de son accueil, pour lequel il souhaite mentionner particulièrement M. Béranger, le dynamique directeur du Centre, et son collaborateur M. Dumont.

3) la réaction pénale aux infractions économiques commises par le personnel politique ou les hauts fonctionnaires ;

4) les infractions économiques contre la politique financière de l'Etat et de la Communauté économique européenne ;

5) le délit d'initié ;

6) le blanchiment de l'argent ;

7) les délits informatiques ;

8) la sanction des infractions économiques.

En marge de ce congrès, dont le contenu était trop riche pour que quelques lignes puissent en rendre compte, les responsables de son organisation, et en particulier le professeur Iannis Manoledakis de l'Université de Thessalonique, avaient songé à une manifestation réservée à des spécialistes étrangers de droit pénal économique. Deux hôtes avaient été pressentis en vue d'une communication sur l'actualité du droit pénal des affaires : le professeur Ulrich Sieber de l'université de Würzburg et nous-même.

Le 29 novembre au soir, au Goethe Institut admirablement situé en front de mer, le professeur Sieber entamait sa communication intitulée « Le droit pénal économique dans la République fédérale d'Allemagne ». La première partie consacrée au droit pénal économique national partait d'une définition des notions de délit économique et de droit pénal économique d'un point de vue criminalistique, sociologique, phénoménologique puis légal. Un aperçu historique du développement du droit pénal économique, de 1914 à nos jours, préludait une présentation de la signification et du domaine de cette branche juridique.

Enfin des principes généraux guidant la matière pénale étaient développés : la fraude d'un intérêt particulier ou « *per se bans* » (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) ; la protection d'un intérêt collectif (*Schutz über individueller Rechtgüter*) ; la technique fréquente du recours à une autre loi ou à un acte administratif (une définition médiate du délit économique) ; la distinction avec les délits mineurs (*Ordnungswidrigkeiten*) dont la poursuite et la sanction sont laissées à l'administration ; la responsabilité pénale des personnes morales et de leurs organes de gestion.

Cette première partie s'achevait par la définition en extension du « droit pénal économique » selon la doctrine allemande — distinct de « notre » droit pénal des affaires — comme l'ensemble des atteintes au système financier (monnaie nationale et emprunts d'état, impôts et subventions), à l'économie nationale (liberté de la concurrence, protection de certains secteurs, contrôle du marché), à l'économie privée (droit de la vente des produits, du crédit, des biens de l'entreprise, des données et programmes informatiques ... et des salariés), ou encore au consommateur ou à la communauté sociale en son entier.

La seconde partie plaçait, en premier lieu, le droit pénal dans la perspective de l'intégration européenne, pour en décrire les formes, les mécanismes d'harmonisation des contenus répressifs et la coordination nécessaire entre les Etats. En second lieu, il dressait un bilan d'un droit pénal européen en décrivant l'influence des institutions sur les législations nationales, les mécanismes propres de la CEE, les sanctions supranationales de cette même communauté et la compétence des instances européennes en matière de droit criminel, noyau d'un futur droit européen. Tous ces niveaux d'analyse révèlent les signes, certes encore faibles, mais, replacés dans une perspective historique, croissant rapidement, d'un système confédéral de droit pénal. En troisième lieu, l'avenir s'oriente autour de lignes générales de politique pénale, d'une théorie sophistiquée de répartition de compétence entre juridictions nationales et européennes et un plan concret d'action à proposer.

Cette intervention était immédiatement suivie de notre contribution concernant des « Actualités de droit pénal des affaires français » avec deux sous-titres : « La répression

de l'oralité sournoise » et en extension « L'initié, le blanchisseur, le sportif et le politicien ».

Un liminaire montrait que le droit pénal des affaires est la partie du droit pénal spécial soulevant le plus de difficultés, non tant en raison de la complexité des délits, mais surtout parce qu'il suppose la définition préalable d'une politique pénale pour le Parlement et pour les juridictions. La constante de la dernière politique pénale est le mouvement vers la dépénalisation. Autre thème récurrent : la volonté de partir à la recherche de l'argent indu. Quatre fraudeurs en puissance furent soumis au travail législatif, faisant suite à la vindicte de l'opinion publique : les initiés des opérations boursières, les laveurs de fonds ou blanchisseurs, les sportifs et les politiciens. Ce quadriptyque peut paraître étonnant de prime abord : si les deux premiers délinquants peuvent être considérés comme des aventuriers de l'argent indu, les deux autres sont à la recherche d'une morale perdue.

Nous présentons successivement, et dans la seule mesure où ces délits peuvent intéresser un auditoire international :

– le délit d'initié tel que remanié par les lois des 22 janvier 1988 et 2 août 1989, à la lumière de la Convention du Conseil de l'Europe du 20 avril 1989 et de la directive CEE du 13 novembre 1989 ;

– le délit de blanchiment, certes ancien dans notre droit, mais réactualisé par la loi du 12 juillet 1990 instituant la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants, notamment par une obligation de vigilance afin de faciliter l'identification d'opérateurs intervenant sur le marché et une obligation de déclaration de toutes sommes ou opérations susceptibles d'être suspectes. Après avoir établi la liste des personnes assujetties à ces obligations et avoir détaillé la répression de la violation de ces textes, nous doutions de l'efficacité du dispositif en raison de la difficulté pour un banquier de distinguer l'argent sale, l'argent blanchi et l'argent propre ;

– le dopage sportif, délit réprimé par la loi du 19 juin 1965, mais sans cesse remis sur l'ouvrage afin de mieux assurer une pleine efficacité, et pour la dernière fois par la loi du 28 juin 1989 ;

– l'infraction commise par le politicien, autre hypothèse de moralité perdue, fût l'objet de deux lois du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique, puis – cette innovation n'ayant pas influé sur les moeurs de la politique – les lois ordinaire du 15 janvier 1990 et organique du 11 mai 1990. Cette nouvelle vague législative créa l'obligation d'un compte de campagne et son dépôt dans les deux mois suivant le scrutin, des règles quant à la durée et aux formes de collecte des fonds, et enfin des plafonds de dépenses. Le sujet du politicien retint particulièrement l'auditoire grec à l'heure où un procès célèbre avait lieu devant la Haute Cour.

Nous concluons par le fait que l'argent est le socle de toutes ces infractions, qui tentent de remédier à ce qui est d'origine frauduleuse ou utilisé à des fins contestables. Un autre dénominateur commun est la volonté de réprimer l'oralité, c'est-à-dire les discours et gestes, sournoise, cachée ou tout au moins commise en dehors du regard du public. L'évaluation des résultats est difficile du fait que le législateur s'est attaqué à des ombres.

F. J. PANSIER

TABLE RONDE ORGANISÉE PAR L'ASSOCIATION DE RECHERCHES PÉNALES EUROPÉENNES (ARPE)
(Paris, 16 décembre 1991)

Dans le cadre d'une action des Communautés européennes destinée à la promotion de recherches concernant la matière pénale au sens large du terme (y compris les sanc-

tions administratives à caractère répressif), des associations ont été créées dans la plupart des pays de la Communauté. En France, l'Association de recherches pénales européennes (ARPE) a été créée le 7 juin 1991. Cette Association a pour objet de réunir des universitaires et des praticiens pour effectuer des études et des recherches dans la perspective d'harmonisation européenne (plus particulièrement au sein de la Communauté) et dans le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La valorisation de ces travaux fera l'objet notamment de colloques et journées de sensibilisation organisés par l'Association.

Dans cette perspective, l'ARPE organisera, les 23 et 24 octobre 1992 à l'Abbaye de Royaumont, un colloque sur le thème *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*.

De même, l'ARPE s'associera à la manifestation « Justices d'Europe » organisée par la cour d'appel de Paris, les 12, 13 et 14 novembre 1992. A l'initiative de Mme le premier président Ezratty et du procureur général Pierre Truche, ces trois journées seront consacrées, d'une part, à des simulations de procès types par des magistrats, avocats et greffiers (Allemagne, Espagne, Italie, Royaume-Uni), et d'autre part à des exposés sur les différents systèmes nationaux et sur les juridictions européennes de Luxembourg et de Strasbourg.

Enfin sont envisagées des collaborations avec l'Institut de formation continue du barreau de Paris pour exploiter la recherche sur « le phénomène de la punition dans la société française » et l'Institut des hautes études sur la justice.

*
* *

Le 16 décembre 1991, à la 1re chambre de la cour d'appel de Paris, la séance inaugurale de l'Association a donné lieu à une table ronde relative à « la lutte contre la fraude communautaire. – L'expérience française ». Animée par Marie-Charlotte Piniot, avocat général à la cour d'appel de Paris, avec la participation de Mireille Delmas-Marty, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) président de l'Association, Jean-Claude Marin, premier substitut, chef de la Section financière du parquet de Paris, François Urbino-Soulier, avocat à la cour d'appel de Paris, et M. Ruel, représentant de l'Administration des douanes, cette table ronde se clôtura par une allocution du procureur général R. Van Camp, président du Centre d'étude belge de l'application du droit communautaire en matière pénale et financière (Belgique), évoquant l'expérience belge en la matière, que nous publions ci-après.

« Evoquer après cette table ronde l'expérience belge de la lutte contre la fraude anti-communautaire, c'est frôler la quadrature du cercle. En effet, de brèves interventions en disent trop et trop peu.

M'inspirant donc à la belge de « l'impossible n'est pas français », j'essaierai d'en esquisser les grandes lignes.

1° *Qu'en est-il de la lutte contre la fraude dans le contexte national belge ?*

Déjà en droit pénal commun (qu'il soit général ou spécial) on doit malheureusement constater que certaine criminalité en col blanc, surtout la fraude avec des tenants ou aboutissants fiscaux, n'est pas suffisamment perçue dans la société belge comme un comportement antisocial de premier ordre.

Frauder-voler l'Etat n'a pas la même connotation qu'outre-Atlantique.

Et aussi bizarre que cela puisse paraître, le législateur belge a, en ce qui concerne la fraude fiscale à répercussions pénales, une attitude assez équivoque.

En effet, depuis la loi du 4 août 1986, dite Charte du contribuable, le rôle et l'intervention de l'inspection spéciale des impôts en matière pénale à caractère fiscal ont été fort réduits et les parquets mis en garde contre des investigations jugées intempestives.

Ainsi, à moins que sa connaissance des faits ne résulte d'une plainte déposée ou d'une dénonciation faite par les fonctionnaires des administrations fiscales du ministère des Finances, dûment autorisés, le procureur du Roi doit, s'il veut engager des poursuites pour des faits pénalement punissables aux termes du code des impôts sur les revenus ou du code de la taxe sur la valeur ajoutée ou des arrêtés pris pour leur exécution, demander l'avis du directeur régional compétent, qui ne doit répondre que dans les quatre mois à la demande qui lui sera adressée...[1].

Le ministère public n'est toutefois point lié par l'avis de l'administration des finances, c'était bien un minimum...

Cela pose toutefois le problème de l'inégalité du justiciable selon qu'il relève du droit pénal commun ou de ce droit pénal spécial.

Mais même en droit international nous retrouvons cette approche différente, e.a. dans l'excellent Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale. Point de possibilité de faire opérer une saisie ou une perquisition pour des faits ne pouvant justifier l'extradition, ce qui en absence d'un protocole à ce sujet est toujours le cas en matière de taxes, d'impôts, de douane, d'importation, d'exportation et de transit[2].

Toutefois, depuis la loi du 17 juillet 1990 concernant le blanchiment et la directive du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, nous avons ou aurons bientôt de nouvelles armes à notre disposition dans la lutte contre la fraude, y compris la fraude anticommunautaire[3].

Il faudra toutefois dans la lutte contre ces fraudes, déjà au niveau national, une motivation spéciale et une sensibilisation soutenue tant parmi les opérateurs de droit que parmi les responsables politiques.

Cela donne donc matière à réflexion quant à la façon d'aborder la lutte contre la fraude anticommunautaire.

2° *Qu'en est-il donc de la lutte contre la fraude anticommunautaire ?*

Il y a – en tout cas en ce qui concerne mon pays – lieu de constater qu'il n'y a pas si longtemps que pour nombre d'opérateurs de droit il devient de plus en plus évident que la notion et l'applicabilité du droit communautaire sont loin de s'identifier à la notion et à l'applicabilité du droit international.

Il n'y a pas si longtemps non plus que l'on réalise que le droit économique communautaire prend de plus en plus le dessus sur le droit économique national.

Il n'y a pas si longtemps que dans les sphères politiques et gouvernementales on ose aborder publiquement le problème de la fraude anticommunautaire, cf. e.a. à ce sujet le rapport de la Commission sur les travaux et progrès réalisés en cette matière en 1990[4].

Il est récent que la Cour de justice somme les instances nationales de procéder à l'égard des violations du droit communautaire avec les mêmes diligences que celles dont elles usent dans la mise en oeuvre des législations correspondantes[5].

Mais où en sommes-nous en matière pénale dans l'ordre juridique communautaire ?

1. M. B. L. 4 août 1986 portant des dispositions fiscales (art. 62, art. 71, p. 11418-11419).

2. M.B. 1er juin 1964, loi portant approbation du Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché du Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas, art. 4 et 24, p. 11098 et 11103.

3. L. 17 juill. 1990 modifiant les art. 42, 43 et 505 c. pén. et insérant un article 43 *bis* dans ce même code, M.B. 15 août 1990, p. 15886-15887, *Doc. parl. Sénat*, 890-2, session 1989-1990, rapport fait au nom de la Commission de la Justice ; *JOCE* 28 juin 1991, n° L. 166/77 à L. 166/83.

4. Com. Com. européennes, *La lutte contre la fraude*, Rap. sur les travaux et progrès réalisés en 1990, Sec. (91) 456 final. 20 mars 1991.

5. Arrêt 68/88 du 21 sept. 1989, *Commission c/ République hellénique*.

Il est vrai que dans ce domaine – comme l'a souligné votre président lors du séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles – que ni le Traité de Rome de 1957, ni l'acte unique de 1986 ne confèrent aux autorités communautaires de compétence pénale.

Mais il est également vrai – dira-t-elle à juste titre – qu'il devient de plus en plus visible que le droit communautaire a des implications sur le droit pénal national, tout particulièrement en ce qui concerne le droit des affaires[6].

Il faudra donc – comme l'a dit mon ministre lors du Conseil des ministres de la Justice des Communautés européennes qui s'est tenu à Bruxelles le 13 novembre 1991 – un jour prendre les dispositions qui s'imposent pour assurer une application efficace du droit communautaire, et accorder à la Communauté les compétences indispensables qui lui manquent.

Il faudrait pouvoir aller plus vite – plus vite en tout cas que les fraudeurs – et plus loin dans l'intégration de la sphère pénale dans l'orbite communautaire[7].

Mais ne nous leurrons pas, eu égard à des réflexes de souveraineté surtout en matière pénale, il est à prévoir que malgré les efforts entrepris depuis 1962[8] jusqu'au rapport Theato de septembre 1991[9], un long chemin reste à parcourir avant d'aboutir à un traité concernant la protection pénale des intérêts financiers des Communautés. J'en suis d'autant plus convaincu qu'ayant assisté à ce Conseil des ministres de la Justice des Communautés européennes du 13 novembre 1991 j'ai pu vivre l'accouchement douloureux de la résolution relativement anodine de ce Conseil concernant la protection des intérêts financiers des Communautés européennes[10].

Entre-temps, si nous refusons d'harmoniser, ou dans un premier temps – comme le préfèrent nos amis anglais – de prendre des mesures pour réaliser une plus grande compatibilité entre nos législations, je ne donne pas cher dans notre lutte en commun contre la fraude communautaire[11]. Il y va de la crédibilité de l'Europe qui nous tient tant à coeur et où il fait bon vivre.

C'est donc dans ce contexte que se situe l'activité du Centre d'étude belge de l'application du droit communautaire en matière pénale et financière.

Son statut : une association internationale indépendante de tout pouvoir, avec personnalité civile[12].

Son objectif : la sensibilisation générale et en priorité celle des opérateurs de droit pour la protection des intérêts financiers des Communautés.

Son optique : une approche multidisciplinaire. Il est fait appel à des magistrats, avocats, professeurs d'université, officiers des services de police, fonctionnaires des ministères de la Justice, de l'Agriculture et des Affaires économiques, fonctionnaires de l'Administration des douanes et des impôts, etc.

6. M. Delmas-Marty, L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne ; La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, *Actes* du séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes les 27-28-29 nov. 1989 à Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1990, p. 233.

7. M. Wathelet, Vice-premier ministre, ministre de la Justice et des Classes moyennes, « Intervention au Conseil des ministres de la Justice des Communautés européennes », à Bruxelles, le 13 nov. 1991.

8. J.A.L. Vervaele, EEG-fraude en Europees Economisch Strafrecht ; Europese monografieën, Kluwer nr. 35, 1991, blz. 71 tot 80.

9. D. Theato, Rapport de la Commission du contrôle budgétaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté européenne, Parl. europ. 27 sept. 1991, n° A3-0250/91.

10. Résolution du 13 nov. 1991 du Conseil et les représentants des gouvernements des Etats membres de la Communauté européenne réunis au sein du Conseil.

11. M. Wathelet, *op. cit.*

12. *Moniteur belge*, 18 janv. 1991, p. 1159.

Sa méthode de travail et ses activités

Une approche théorique-juridique-scientifique par :

– l'analyse de la notion et du phénomène de la fraude anticommunautaire ;

– l'étude des mécanismes de contrôle existant au plan communautaire et international ;

– l'examen en droit belge des dispositions de droit général et spécial applicable à la protection des intérêts financiers de la Communauté ;

– l'examen de l'alternative civile ou administrative à la répression[13].

Cela se fait et continue à se faire grâce au soutien et à l'apport financier de la Commission des Communautés européennes par l'intermédiaire de sa dynamique direction générale du contrôle financier, par l'organisation de séminaires (Cambridge, Florence, Londres, Bruges, Rotterdam, Tilburg, Paris et autres), de conférences et d'études.

Une approche pratique – une présence sur le terrain :

– en approfondissant et vérifiant cette approche juridique et scientifique par l'étude et l'analyse de dossiers concrets par des équipes spécialisées et multidisciplinaires ;

– en tirant de cette étude et analyse des conclusions tant au niveau juridique qu'au niveau de l'enquête ;

– en faisant rapport aux membres et en les communiquant aux autres centres, dans le but d'échanger des idées et des études comparatives.

En effet, sans support réel les meilleurs textes et prescriptions ne sont qu'un piètre outil.

Il y va de l'effectivité, notion qui a été fort bien approfondie par votre président dans une de ses remarquables publications[14].

Il s'agit donc dans cette lutte contre la fraude anticommunautaire d'une sorte de course poursuite, qui se livre entre le législateur et le fraudeur.

Ou comme le décrit plus juridiquement le professeur G. Kellens : « La permanence et l'évolution du droit pénal au regard du renouveau de la fraude »[15].

Madame le président, à l'approche de l'année 1993, année européenne par excellence, j'estime pouvoir affirmer que malgré les difficultés rencontrées sur le chemin de l'intégration il apparaît tout de même que les facteurs de progrès l'emportent. Et ce qui vaut pour les institutions, vaut également pour l'évolution de l'ordre juridique communautaire[16]. Je suis donc particulièrement heureux d'avoir non seulement pu assister à la séance inaugurale de l'Association française de recherches pénales européennes, mais d'avoir pu apporter à cette séance une modeste contribution.

R. Van CAMP

RENCONTRES INTERDOCTORALES
(Goutelas-en-Forez, 19-22 mars 1992)

C'est dans le splendide cadre du château de Goutelas-en-Forez qu'ont eu lieu, du 19 au 22 mars 1992, les Premières rencontres interdoctorales de droit pénal. Conjointement organisées par les équipes doctorales des Universités de Montpellier I (DEA Droit

13. L.M. Henrion, Séminaire sur la fraude communautaire, Bruges, Collège de l'Europe, 19-20 septembre 1991, *JT* 1991.753.

14. M. Delmas-Marty, La criminalité, le droit pénal et les multinationales, *JCP*, 4 janv. 1979.

15. G. Kellens, Nouvelles fraudes. Permanence et évolution du droit pénal au regard du renouveau de la fraude, *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1991, n° 2.

16. G. Thorn, Préface. Trente ans de droit communautaire, Perspectives européennes, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, ISBN, 92-825-2653-4, p. 1.

pénal et sciences criminelles et Equipe de recherche sur la politique criminelle), Poitiers (DEA Droit pénal et sciences criminelles et Equipe poitevine de recherche et d'études doctorales en sciences criminelles) et Paris I, X et XI (DEA Droit pénal et politique criminelle en Europe) ; ces rencontres ont réuni une trentaine de doctorants à divers degrés d'état d'avancement de leur thèse et huit enseignants directeurs de recherche : P. Couvrat, M. Delmas-Marty, J. Francillon, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges, M. Massé, P. Poncela, D. Thomas.

Ces trois jours ont été consacrés à un travail en commun sur les thèses en cours, regroupées en trois thèmes : droit pénal des affaires, procédure pénale et pénologie. C'est autour d'une table ronde que chaque doctorant a présenté l'état de ses recherches mais aussi les difficultés, essentiellement méthodologiques, tenant à l'élaboration d'un plan, à l'approche comparative, aux techniques d'enquête, d'entretien, de questionnaire, auxquelles il se heurtait dans l'avancement de ses travaux. Chaque présentation a laissé place à un débat au cours duquel les participants purent échanger opinions et informations sur le sujet et donner des conseils. Ces séances de travail furent utilement complétées par deux conférences méthodologiques, l'une de P. Lascoumes, sur les problématiques de type sociologique appliquées aux sciences juridiques, l'autre de M. Miaille sur la théorie du droit, présentant la démarche théorique d'une recherche et la construction d'une problématique. Cette dernière suscita intérêt, mais aussi un certain trouble au sein des participants qui s'interrogèrent alors sur la valeur (voire sur l'existence) de la problématique de leur thèse, ce qui modifia en partie la formulation de la présentation des travaux ultérieurs. Enfin, sortant de ce cadre studieux, le séminaire fut agrémenté de deux dîners-débats, animés par M. Colin, professeur de médecine, président de l'Association française de criminologie, et par P. Bouchet, conseiller d'Etat, président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

Agnès CERF et Marina KRIVITZKY

X^es^ JOURNÉES MÉDITERRANÉENNES DE MÉDECINE LÉGALE (Montpellier, 13-17 septembre 1992)

Les X^es^ Journées méditerranéennes de médecine légale auront lieu à Montpellier du 13 au 17 septembre 1992. Au cours de ces journées seront étudiés différents sujets regroupés sous les grands thèmes suivants :

1) Environnement et armes :

– protection des eaux et des lagunes, par le professeur Coulet (Toulouse) ;

– les armes et la loi, par M. Caranta (Aix-en-Provence).

2) Psychiatrie :

– protection des malades mentaux en Europe, par le professeur G. Canepa (Gênes) ;

– violences sexuelles et familiales, rapport fait par le docteur H. Richou (Paris).

3) Thanatologie et thanatopraxie :

– la datation de la mort, par les professeurs P.H. Muller et D. Gosset (Lille) ;

– la thanatopraxie en France et son développement dans les pays du Marché Commun, par M. J. Marette (Paris).

4) Eco-toxicologie :

– médecin légiste et toxicomanie, par le professeur Baccino (Brest) ;

– intoxications – Toxicologie analytique, par le docteur E. Della-Casa (Naples) ;

– alcool et stupéfiants, par M. Devaux (Lille) ;

— Forensic toxicology, par le professeur H. Tsoukali-Papadopoulos (Thessalonique).

Enfin un Symposium Satellite sera consacré à la question : « La médecine légale a-t-elle une place dans les essais thérapeutiques ? », objet d'une table ronde dirigée par le professeur J.-P. Olie (Paris, CHU Sainte-Anne) et le docteur J.-P. Chabannes (Chambéry).

Pour des renseignements complémentaires, s'adresser au : Secrétariat de Faculté, Service de psychologie médicale et psychiatrie de l'adulte, Hôpital de la Colombière, 34059 Montpellier CEDEX. Tél. (33) 67.33.97.01.

LABORATOIRE EUROPÉEN POUR L'ÉTUDE DE LA FILIATION ENTRETIENS SUR DES QUESTIONS DIFFICILES À FORMULER *LE PARRICIDE*

(Paris, 9 avril, 1er octobre et 10 décembre 1992)

Le laboratoire européen pour l'étude de la filiation et l'Université de Paris 1 organisent des « Entretiens sur des questions difficiles à formuler », qui auront lieu à Paris les 9 avril, 1er octobre et 10 décembre 1992 et seront consacrés au thème *Le parricide.*

Les travaux du laboratoire s'articulent selon trois champs distincts : la référence (savoirs historiques, politiques et anthropologiques), le droit (la normativité comme phénomène de légalité et tiers social), la subjectivité (psychanalyse fondée sur la découverte de l'inconscient). Les entretiens autour du thème *Le parricide* suivront ce schéma et seront répartis en trois journées, au cours desquelles seront étudiés successivement :

— « la question politique du parricide » (déjà traitée le 9 avr. 1992) ;

— « le parricide n'est jamais excusable (art. 323 c. pén.) » (1er oct. 1992) ;

— « le sujet du parricide », (10 déc. 1992).

Pour des renseignements complémentaires, s'adresser au Laboratoire européen pour l'étude de la filiation, Université de Paris I, 9, rue Mahler, 75004 Paris. Tél. 42.78.33.22.

BIBLIOGRAPHIE

A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. – POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques, par F. Tulkens et M. van de Kerchove, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, 426 pages.

Cette *Introduction au droit pénal*, éclairée de criminologie, nous offre une approche d'ensemble du droit pénal général au travers de six chapitres, successivement consacrés à l'approche historique, au droit pénal, à l'infraction, à son auteur, à la peine, et enfin au droit de la procédure pénale.

Quoiqu'ayant pour principale source le droit pénal belge positif, enrichi des travaux de réforme du code pénal, cet ouvrage s'adresse néanmoins à l'ensemble des pénalistes au-delà des frontières de la Belgique, car il présente le grand intérêt de ne pas être un simple manuel consacré aux incriminations et aux peines, mais une véritable introduction à la matière pénale, « au sens étymologique du terme », ainsi que le soulignent ses auteurs dans leur présentation. Le droit pénal y est en effet abordé, au-delà du strict carcan des règles techniques, au travers des principes fondamentaux le gouvernant, tout en tenant compte de l'évolution que ceux-ci ont pu subir. Ainsi, par exemple, le principe de légalité, abordé dans le cadre des trois chapitres correspondant à ses trois aspects, le chapitre 2 pour la légalité des incriminations, le chapitre 5 pour la légalité des peines, et le chapitre 6 pour la légalité des règles de procédure pénale, est mis en lumière au regard de la légalité multiforme, élargie, qui est celle de la fin du XXe siècle. L'intérêt de l'ouvrage à ce propos est de mettre l'accent, au-delà des sources réglementaires traditionnellement étudiées, sur le double mouvement, s'inscrivant dans le cadre du renforcement de l'Etat de droit, de constitutionnalisation et d'internationalisation des règles pénales, au travers du Pacte de l'O.N.U. de 1966 et surtout de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, texte dont tout juriste ne peut plus faire abstraction.

L'approche historique à laquelle se consacre le premier chapitre est absolument remarquable et fait de cette introduction au droit pénal un véritable ouvrage de référence. Loin d'être un succinct rappel chronologique, elle a été conçue comme une « généalogie » du droit pénal, abordée en deux temps. Tout d'abord, les auteurs retracent les « points de repères de la pensée pénale » sous un angle à la fois juridique et criminologique, étudiant les notions de crime, de criminel, mais aussi la peine et la procédure pénale, dans le cadre des principaux courants doctrinaux ayant influencé le droit pénal européen continental : les pensées classiques et positivistes, les théories sociologiques fonctionnalistes et de la réaction sociale. Ensuite seulement est abordée l'histoire à proprement parler du droit pénal belge contemporain, de la fin de l'Ancien Régime en France, dans la mesure où les bouleversements de ce pays ont fortement in-

fluencé le droit belge, à l'entreprise de réforme du code pénal mise en oeuvre à la fin des années 1970.

Les chapitres 2 et 3 sont plus traditionnels d'un ouvrage de droit pénal. Le chapitre 2 permet de cerner la matière en abordant sa définition et son objet, sa place face aux autres branches du droit, ses divisions internationales et internes, ses multiples sources, son champ d'application dans le temps et l'espace, et les règles gouvernant son interprétation. Le chapitre 3 est consacré à l'infraction. Il se penche tout d'abord sur les classifications classiquement proposées, la classification tripartite fondée sur la peine et maintenue malgré les nombreuses critiques qui lui sont adressées, puis la classification fondée sur l'objet de l'infraction, le droit belge distinguant, à côté des infractions de droit commun, les infractions politiques et les délits de presse qui partagent une origine et un régime largement communs. Les auteurs en viennent logiquement ensuite à étudier les éléments constitutifs de l'infraction, retenant, après avoir examiné les diverses conceptions doctrinales dominantes sur ce point, trois éléments : l'élément légal et ses causes de justification, le droit belge connaissant, à côté de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime, de la légitime défense et de l'état de nécessité, la « résistance légitime aux abus d'autorité » ; l'élément matériel, au travers de l'acte consommé ou tenté, l'élément moral enfin, présenté comme élément subjectif constitutif de la responsabilité morale, les auteurs distinguant à son égard deux composantes, « l'imputabilité morale », commune à toutes les infractions, et « l'état d'esprit », dol ou défaut de prévoyance, variable selon le type d'infraction.

Les chapitres 4 et 5 nous offrent une dimension plus criminologique du droit pénal. Le chapitre 4, « l'auteur de l'infraction », s'intéresse à la responsabilité pénale des personnes morales et à la participation criminelle. Entre autres intérêts, elle permet au pénaliste français de prendre connaissance du traitement réservé par le droit belge à l'instigateur, peut-être plus satisfaisant que le régime français. De plus, ce chapitre présente l'originalité d'aborder le thème de la récidive, considéré ainsi non plus seulement comme un élément objectif d'aggravation de la sanction, mais comme une question étroitement liée au délinquant lui-même. La peine, objet du chapitre 5, est abordée sous un angle véritablement pénologique. Les auteurs ne se contentent pas de nous donner un catalogue détaillé des diverses sanctions, de leur mesure et modalités, étude qui permet d'ailleurs au pénaliste français de s'intéresser une fois encore aux particularités belges, telle la prise en compte par le code pénal de la notion de « concours idéal d'infractions ». Ils poussent plus loin leur recherche et ne nous parlent pas seulement « des » peines, mais plus largement de « la » peine, tentant de cerner cette notion aux contours flous pour la distinguer des mesures non pénales. A cette fin, ils l'envisagent dans le cadre des trois contextes dans lesquels elle se présente, la Convention européenne des droits de l'homme, la Constitution, et le droit pénal au sens strict. En bons pénologues, ils se penchent aussi sur ses diverses fonctions, des traditionnelles prévention, réparation et rétribution, à la plus moderne fonction socio-pédagogique.

Le dernier chapitre permet à cet ouvrage de faire le tour complet de la matière. Consacré au droit de la procédure pénale le thème est abordé au travers des principes généraux le gouvernant : la légalité, la séparation des fonctions de justice, la procédure accusatoire et inquisitoire.

Complète, sans tomber dans la complexité et la lourdeur, et synthétique sans être trop simplificatrice, cette *Introduction au droit pénal* ne peut que séduire tous ceux qui s'intéressent à la matière.

Agnès CERF

Principles of Criminal Law par Andrew Ashworth, Oxford, Clarendon Press, 1991, 434 pages.

Le titre de cet ouvrage est trompeur : le lecteur pourrait croire qu'Andrew Ashworth avait pour fin un passage en revue des grands principes régissant tout système pénal. L'objectif est, en réalité, tout autre : il s'agit pour lui de définir ce que Mme le professeur Delmas-Marty avait conçu pour une autre matière – la procédure pénale – comme étant les « principes directeurs du procès », c'est-à-dire un certain nombre de principes relativement concrets orientés selon une politique pénale qui déterminent, ou devraient le faire, les buts du droit pénal, les critères de la responsabilité pénale, les définitions et la hiérarchisation des infractions. L'ensemble de ces principes, à la fois puisés dans et illustrés par la pratique, constitue ce que notre auteur retient comme « l'idéologie du droit pénal anglais ».

La difficulté de l'entreprise est, une fois un principe directeur identifié puis isolé – ce qui n'est pas en soi tâche facile –, de mener un questionnement sur sa raison d'être en tant que structure interne du droit, en d'autres termes de s'interroger sur les valeurs essentielles du droit pénal définies en perspective de la politique poursuivie et révélée (*e.g.* la *Home Office Circular* du ministère de l'Intérieur ou le *Code for Crown Prosecutions* publiés annuellement par le Crown Prosecution Service).

Un premier constat s'impose : ces principes directeurs naissent d'un conflit permanent entre deux différentes forces du corps social, d'une part la nécessaire reconnaissance de l'individualité, personnalisation ontologique d'anarchie ou d'autonomie de l'individu et, d'autre part, la poursuite d'un intérêt commun par le corps social, ces règles contraignantes que la société impose à ses membres au nom de l'ordre public. Le problème surgit de savoir comment le législateur et les tribunaux mesurent la part de ces deux forces antagonistes et opèrent le juste équilibre, et pourtant, de ce conflit naît la lumière, comme l'aurait suggéré Héraclite.

Andrew Ashworth consacre la première partie de son livre à la définition des politiques et principes fondamentaux, explicites ou implicites, pour la compréhension du droit pénal général anglais. Le chapitre premier présente globalement le droit et la procédure pénale anglaise. Le chapitre deuxième décrit les différentes méthodes d'évaluation de la gravité des infractions, notamment en fonction du préjudice particulier ou social ressenti. Le chapitre troisième dresse l'inventaire des principes fondamentaux : *1*) la politique du choix de l'incrimination minimum quand deux qualifications pénales sont envisageables ; *2*) la politique de défense sociale ; *3*) le principe de la responsabilité réservée à l'action et non à l'omission ; *4*) le principe de responsabilité sociale au nom de la solidarité nationale ; *5*) le principe de la justification sociale de certains actes de par leurs mobiles ou objectifs ; *6*) le principe de proportion, imposant que la réponse sociale soit proportionnée à la gravité du délit ; *7*) le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ; *8*) le principe dit « de glace fine », c'est-à-dire « ceux qui patinent sur de la glace fine peuvent difficilement s'attendre à ce qu'un panneau leur indique l'endroit précis où ils vont tomber » selon la phrase célèbre de Lord Morris *in Knuller v. D.P.P.* (1983), autrement dit ceux qui ont des comportements à la frontière de la délinquance peuvent s'attendre à être poursuivis ; *9*) le principe de certitude maximum de la peine déjà mis en relief par Henry Fielding ; *10*) le principe de « strict constriction », c'est-à-dire le doute interprétatif profite à l'accusé ; *11*) le principe de juste étiquetage « fair labelling » de l'infraction, c'est-à-dire, une fois l'infraction définie, son positionnement dans l'échelle des peines doit correspondre à sa place dans la hiérarchie sociale ; *12*) la politique de grande efficacité de l'administration de la justice ; *13*) la présomption d'innocence en faveur de tout interpellé et *14*) la politique visant à faciliter la preuve pénale.

Le chapitre quatrième traite du comportement criminel révélé – ce qui exclut l'aliénation ou la contrainte – et A. Ashworth montre ensuite l'extension de l'élément moral

partant de la faute intentionnelle à la négligence parfois simplement passive (chapitre 5) ou son amodiation par les faits justificatifs et les excuses admis par la loi (chapitre 6).

La seconde partie de ce livre fait application à nombre d'infractions de droit pénal spécial des principes directeurs ainsi définis. Tour à tour sont envisagés : les homicides, simples ou aggravés, volontaires ou involontaires (chapitre 7), les atteintes aux personnes – les infractions sexuelles étant incluses – (chapitre 8), les atteintes aux biens (chapitre 9). Puis, dans un curieux retour aux sources, A. Ashworth s'interroge sur les concepts de complicité (chapitre 10) et de délit non consommé regroupant les notions de tentative et complicité (chapitre 11).

Cette relation du plan démontre qu'il ne s'agit pas d'un manuel classique de droit pénal anglais, notamment en raison des oublis considérables dans la présentation du droit spécial. A l'actif de notre auteur, il convient de souligner le style clair et la permanence didactique tendant à montrer comment les principes directeurs du droit pénal sont appliqués. C'est une aide et un questionnement indispensables en parallèle d'une vision trop scolaire. Le lecteur apprend beaucoup de cette présentation en perspective et en discussion des délits spéciaux.

Au passif, la première critique consisterait à s'étonner que l'on puisse étudier des principes généraux et considérer le droit pénal comme un système rationnel de normes exprimées par la loi et la jurisprudence, alors qu'il conviendrait au préalable de réfléchir sur les forces politiques et sociales à l'origine de ces notions. Le réel impact de la loi sur le citoyen dépend de la politique pénale des procureurs et de l'activité policière. Cela est vrai, mais A. Ashworth est conscient de ce que ce retour à la réalité n'empêche pas une réflexion sur des principes généraux : ceux-ci sont un modèle de la réalité qu'ils décrivent mais non la réalité elle-même. Cette critique confondrait à tort modélisation et description. C'est à une description que se livrent les ouvrages classiques de droit pénal. Il n'est pas interdit, dans le cadre d'une autre démarche, de tenter la modélisation du réel.

La deuxième critique est plus pertinente : le lecteur pourra se sentir frustré du maniement de concepts peu expliqués et, en toute hypothèse, pas assez développés pour évincer tout risque de confusion. Ce point fut la pierre d'achoppement de la critique d'Anthony Duff (*The Times Literary Supplement*, du 10 janv. 1992) qui reprochait le défaut de définition et de statut implicatif de « l'intérêt social », « l'ordre public », « l'autonomie individuelle », « social welfare » ... le juriste français sait que l'entreprise est ardue.

Enfin, la troisième critique considérerait qu'il y a plus de questions que de réponses dans ce livre. Ce n'est pas là une gêne : cet ouvrage est destiné aux étudiants trop habitués aux certitudes, aux règles simples que la matière juridique leur paraît implicitement imposer. Or d'aucuns l'ont souligné avec grand talent, la caractéristique essentielle du droit, même positif, n'est ni l'unicité ni la simplicité : croire que la règle de droit par son énoncé explique tout est douce illusion. En réalité, toute affirmation d'une solution concrète doit être modalisée d'après une échelle allant du « plus certain » au « moins certain ». C'est une opération subtile que réalise en permanence A. Ashworth (sans le dire certes) et la critique tombe.

La conclusion rejoint un de nos thèmes : il n'y a pas de préalable du modèle (principe directeur) à la réalité (loi ou décision) mais échange permanent avec influence réciproque de l'un sur l'autre. Le principe général est un modèle modélisable par la réalité, laquelle elle-même est modalisée à son tour par l'espèce. Héraclite avait raison : nul homme ne peut se baigner deux fois dans le même fleuve et pourtant c'est ce que le juriste de common law croyait pouvoir faire : c'est d'avoir oublié cette réalité que la règle du précédent, qui était fondée sur l'identité, a vécu de rapprochements fictifs. A. Ashworth avait déjà démontré la relativité de tout principe immuable dans son ouvrage sur la détermination de la peine *Sentencing and Penal Policy* (Weidenfeld, 1983) et la vit

comme « editor » de la *Criminal Law Review* : le flot des législations nouvelles et des décisions rappelle au juriste qu'aucune solution n'est certaine ni définitive et c'est tant mieux. C'est grâce à cette capacité d'adaptation dans le cadre d'un flou juridique et judiciaire que le droit peut trouver sa légitimité et l'Europe de demain ayant sainement fait son deuil de l'unification des législations, une harmonisation ... certaine.

Frédéric-Jérôme PANSIER

The Irish Legal System, par Raymond Byrne et J. Paul McCutcheon, Dublin, Butterworths, 2e éd. 1990, 384 pages.

En Irlande, le droit anglais fut d'abord uniquement appliqué dans le « Pale » c'est-à-dire la région de Dublin aux XVIe et XVIIe siècles. A partir de 1800 et de l'Act d'Union, c'est le parlement de Westminster qui légifère directement pour toute l'île. Le traité anglo-irlandais de 1921 donne l'indépendance aux vingt six comtés d'Irlande du sud qui devient un « Dominion » sous le nom d'Etat libre d'Irlande. En 1922, comme en 1937, des constitutions sont votées par le Dail Eireann. Bien évidemment ces documents ne pouvaient refondre complètement le système de droit en vigueur avant l'indépendance. De nouvelles cours furent instituées mais les grands principes du droit anglais régissent encore le droit irlandais. Seuls le droit foncier et le droit constitutionnel diffèrent de celui en vigueur sur l'autre rive de la mer d'Irlande. Les Irlandais n'en ont pas moins voulu faire montre d'indépendance et dès 1922, le parlement irlandais instituait de nouvelles cours de justice comme la *District Court* qui remplaçait les *Justices of the Peace*, la *High Court* était reconstituée sans « divisions », la *Supreme Court* remplaçait la cour d'appel comme cour finale d'appel de l'Etat. Mais une cour d'appel criminelle était instituée en 1924. En 1933, un amendement à la Constitution abolissait les appels devant le comité judiciaire du conseil privé siégeant à Londres. Aujourd'hui encore, il est impossible de faire référence au droit irlandais sans parler du droit anglais dont il provient en grande partie. Dans la Constitution de 1937, il y a des articles comme l'article 40 qui contient un véritable *Bill of Rights*. Ces droits fondamentaux protecteurs de l'individu peuvent être invoqués devant les cours. Ainsi, l'article 34.3.2° de la Constitution de 1937 précise que la compétence de la *High Court* comme de la *Supreme Court* s'étend au contrôle de constitutionnalité des lois. Ces deux cours exercent leur juridiction grâce à des dispositions de la Constitution. Ces deux cours ne peuvent donc pas être abolies par une simple loi. Il faudrait abroger les différents articles de la Constitution les établissant. Mais ce qui est le plus intéressant dans le droit irlandais si proche du droit anglais, c'est qu'il a hérité du droit américain le contrôle de constitutionnalité des lois : *judicial review*. C'est l'article 40 intitulé « droits personnels » qui forme une véritable déclaration des droits protecteurs de l'individu.

Dans le chapitre 13, les auteurs de cet excellent livre nous expliquent la technique d'interprétation de la Constitution. Comme le disent Byrne et McCutcheon, la Constitution n'est pas un document rigide figeant le droit tel qu'il était en 1937. Depuis vingt cinq ans, Walsh ou Henchy J.J.. ont apporté une contribution décisive à l'évolution du droit constitutionnel irlandais dans son interprétation des lois. A lire les arrêts cités dans cet ouvrage, on peut voir la prégnance de la technique américaine ; les juges se réfèrent souvent aux grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis. Pour la Constitution irlandaise, les articles 40, 41, 42 et 44 forment les droits fondamentaux ; ces droits fondamentaux s'opposent à la théorie qu'il n'y a pas de droits sans lois, pas de droits contraires à la loi et pas de droits antérieurs à la loi. Ces droits indiquent que la justice est au-dessus de la loi et reconnaissent que droit naturel et droits de l'homme ne sont pas créés par la loi mais que la Constitution affirme leur existence et leur accorde protection. L'individu possède des droits sur lesquels l'Etat n'a pas prise. Cette technique d'interprétation est particulièrement intéressante car elle existe dans un système qui a

voulu limiter la souveraineté du parlement et qui considère que le contrôle de constitutionnalité est un acquis de l'indépendance républicaine. Il n'empêche que le système de droit irlandais est pratiquement identique à celui de l'Angleterre excepté ce contrôle de constitutionnalité. En droit privé comme en droit commercial, les arrêts anglais sont abondamment cités. Les grands principes de droit comme de procédure sont toujours les mêmes et il n'y a aucun problème de connaissance pour un barrister irlandais qui plaide en Angleterre.

Voici un livre qui nous donne une excellente introduction à un système de droit peu connu en France. Un tel ouvrage devrait trouver sa place dans toutes les bibliothèques de droit comparé car l'Irlande fait partie de la Communauté et aura un rôle important à jouer à cause de la langue anglaise et du système de droit qu'elle utilise. L'ouvrage comprend, bien entendu, une table des arrêts mais aussi des lois avec un index. On appréciera les longues citations d'arrêts incluses dans le corps du texte. On fera un seul reproche à cet ouvrage, il ne possède pas de bibliographie ce qui aurait permis, à partir de ce manuel de base, de poursuivre une recherche sur ce droit qui emprunte tant au droit anglais mais qui refuse la souveraineté à la *Westminster* en acceptant le contrôle de constitutionnalité très protecteur des droits de l'homme.

Antoine J. BULLIER

Les noms de la loi, par Gérard Timsit, Paris, Presses universitaires de France, 1991, 199 pages.

Longtemps la loi s'est réfléchie dans un seul nom. Nomination issue d'un auteur unique (verbe divin), politique (Etat) ou encore sociologique (groupe social), dans tous les cas, le sens de la loi est défini exclusivement par une parole prononcée une fois pour toutes, *in illo tempore*. Or, dans cet ouvrage, M. Timsit montre l'unité fondamentale d'une telle représentation des noms de la loi, en particulier à travers les développements doctrinaux (école de l'exégèse, conception kelsénienne ou vision sociologique de l'école objectiviste). Au rebours de ces conceptions unitaires sur lesquelles est porté le « regard d'Orphée », l'hypothèse théorique de cet essai est de saisir le droit non du point de vue vertical de l'auteur mais au niveau de l'engendrement des normes conçu comme un processus associant à la fois instance d'émission et de réception des normes : « la signification d'une norme lui vient en fait plus généralement du « code » – au sens linguistique du terme : « répertoire des possibles » – qui s'applique à elle et qui commande à l'interprétation – aux interprétations – qu'elle reçoit. C'est donc dans les conditions du décodage de la norme que réside la juridicité de la norme. Et c'est cette propriété de juridicité qui définit la science juridique ». (p. 46).

Répondre à la question de l'engendrement du droit – comment une norme acquiert-elle une signification ? – met en lumière l'intégration de trois modes de décodage de la norme qui lui permettent d'accéder à la juridicité. La parole, l'écriture et le silence forment un socle triangulaire de la démonstration. A la *prédétermination* du sens de la loi par la parole souveraine de son auteur sont associées une *co-détermination* par les destinataires de la norme et une *surdétermination* cas de silence de la loi. La juridicité de la loi – le sens retenu en l'espèce – passe par le contrôle du processus de décodage de la norme : c'est selon que l'auteur de la loi manifeste plus ou moins sa volonté dans un texte qu'il laissera une place variable à la co-détermination par les instances de réception ou à la surdétermination par des valeurs extérieures au droit. Ainsi, le droit pénal déplace le centre de gravité vers la prédétermination (principe de légalité des délits et des peines) alors que le droit international, où domine la souveraineté des Etats, laisse une place décisive à la co-détermination (p. 118). Ainsi encore, la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les principes généraux du droit ou celle du Conseil constitutionnel sur les principes fondamentaux reconnus aux lois de la République sont des éléments

essentiels de surdétermination car « il y a dans le silence de la loi tout ce qu'elle ne dit ni n'écrit et qui pourtant fonde tout ce qu'elle a, jusque-là, écrit et dit » (p. 166). La juridicité est donc « dissémination du sens » et combinaison de sens divers : parole proférée, trace laissée par son écriture, silence qui l'entoure. Du dévoilement des trois noms de la loi naît sa signification. De l'intégration de ses différents sens procède la juridicité.

Au-delà de cette thèse très brièvement résumée, on relève, notamment, au fil des pages, l'évocation récurrente de la figure de Gény (p. 21 et 64), les lectures de M. Blanchot et P. Ricoeur qui occupent une place centrale dans l'argumentaire (p. 51 et s.), la discussion critique de la grande thèse de S. Rials sur les standards (p. 122 et s.) ... On relève aussi l'ancrage de l'auteur dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle, et surtout la discussion poursuivie avec la philosophie du droit française — P. Amselek, P. Weil, J. Combacau ou S. Sur — qui montre la richesse des pistes explorées dans tous les champs du droit positif. Même si elle n'est pas explicitement soulignée, on notera, à notre sens, la parenté avec l'école belge de théorie du droit fondé sur le paradigme systémique, la conception habermassienne du droit comme activité communicationnelle ou encore avec la théorie anglo-saxonne, en particulier la conception, chère à Dworkin, du droit conçu comme un « roman écrit à plusieurs mains » (cf. sur ces points, P. Bouretz, *La force du droit*, Seuil, 1991).

Au regard de ces théories, l'apport de M. Timsit est de donner des outils conceptuels précieux pour penser les systèmes de droit : code et décodage, analyse systémale, ordres juridiques monologique et dialogique, et surtout approche très neuve du droit comme engendrement où « le droit n'a sa place, qui est première, que dans le comment » (p. 181) c'est-à-dire dans le mode d'acquisition de sa signification. Surtout, la synthèse parfaitement maîtrisée entre théorie du texte et théorie du droit rend cet ouvrage sans équivalent dans la réflexion contemporaine sur le droit. A cet égard, il fourmille de rapprochements très éclairants, par exemple, entre la pensée de Blanchot pour qui le texte est « pouvoir de dire » et « pouvoir d'entendre » et le rôle de l'auditoire dans la définition de la norme chez Pérelman (p. 114) ; ou encore entre les types d'herméneutiques distinguées par Ricoeur et la démarche suivie par le Conseil d'Etat (p. 141 et s.). Tout cela pourra paraître « théorique » et l'auteur semble, du reste, deviner le reproche en se défendant d'être nominaliste. Mais la profondeur de la loi ne se donne pas d'emblée. Avoir à son égard l'impatience d'Orphée ferait d'elle une figure morte et un amoncellement de textes à jamais indéchiffrables. Seul le détour par la théorie permet d'en cerner les sens possibles et d'en construire les interprétations les plus vraisemblables. Citons, à notre tour, Blanchot : « La profondeur ne se livre pas en face, elle ne se révèle qu'en se dissimulant dans l'oeuvre ».

Denis SALAS

La Défense sociale (1985), par Marc Ancel, traduit en persan par Mohammad Achouri et Ali H. Nadjafi Abrandabadi, 2e éd., Téhéran, Presses de l'Université de Téhéran, Téhéran University Publications, n° 2088, 1991, 150 pages.

La criminologie (1983), par Georges Picca, traduit en persan par Ali H. Nadjafi Abrandabadi, Téhéran, Presses de l'Université Shahid Béhéchti, 1991, 127 pages.

Après avoir, enfin, accédé, au début du siècle, à une monarchie constitutionnelle, l'Iran décida de se doter d'un appareil judiciaire, d'un code pénal, d'un code de procédure pénale, ..., bref, d'une justice organisée opérationnelle sur tout le territoire national. Cette justice, les décideurs politiques de l'époque, la voulaient « moderne » c'est-à-dire détachée du contexte traditionnel du pays.

Ils se trouvèrent alors, comme la plupart de leurs homologues proche et moyen-orientaux, vers le « modèle judiciaire et juridique français ». C'est ainsi que l'organisa-

tion judiciaire, le code pénal, le code de procédure, ... furent calqués sur le « modèle français »[1] ; c'est ainsi que, par la suite, les réformes successives du système pénal français ont influencé l'évolution du système pénal iranien et c'est ainsi que le corps scientifique et enseignant des facultés iraniennes de droit est traditionnellement francophone, familier au droit français, de même qu'à la littérature juridique française.

Cette tradition se perpétue même aujourd'hui et on s'intéresse plus particulièrement, dans le cadre du droit comparé, aux nouvelles publications hexagonales en matière pénale.

Dans ce sens, on constate, depuis la fin du conflit Iran-Irak, un nouvel élan pour la traduction d'ouvrages et articles juridiques français en persan, notamment, à l'attention des étudiants du 3e cycle. A titre d'exemple, nous pouvons citer les ouvrages suivants :

— *La défense sociale*, par M. Ancel (1985) ; ce livre a été traduit en 1987 par MM. Mohammad Achouri et Ali H. Nadjafi, respectivement professeur associé et professeur-assistant à la faculté de droit de Téhéran. Sa deuxième édition est parue aux presses de l'Université de Téhéran à la fin de l'année 1991.

— *La criminologie*, par M. Picca (1983). Ce livre traduit par M. Ali H. Nadjafi est paru aux presses de l'Université Shàhid Béhéchti (Téhéran) fin 1991.

Pour la bonne compréhension de ces deux ouvrages, les traducteurs ont rajouté des notes expliquant telle ou telle notion/ou *institution*. — Criminologie le Précis Dalloz de M. Gassin (1988 1re éd.), a récemment été traduit par M. Keynia, professeur honoraire de l'Université de Téhéran.

Nous espérons qu'à l'avenir, la tradition de coopération scientifique juridique ainsi exprimée, entre les juristes iraniens et français s'amplifira et réussira à surmonter les épreuves du temps.

Ali Hossein NADJAFI A.

L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui, sous la direction de Christine Lazerges, Toulouse, Edition Erès, 1991, 139 pages.

Edité sous la direction du professeur Christine Lazerges, *L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui* publie les actes du colloque organisé dans le cadre du VIIe centenaire de l'Université de Montpellier par l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Montpellier I et l'Equipe de recherche sur la politique criminelle de cette même Université.

Dans un premier chapitre, le professeur Mireille Delmas-Marty s'interroge sur le contenu même de la matière pénale et montre, que par un double mouvement de constitutionnalisation et d'internationalisation, le droit pénal déborde désormais largement du cadre qui lui était traditionnellement reconnu dans les Universités pour englober des domaines nouveaux, telle, par exemple, l'existence de sanctions répressives extra-pénales ..., extension qui devrait entraîner un décloisonnement des catégories juridiques et obliger à repenser les enseignements actuellement dispensés dans les facultés de droit.

Les dix chapitres suivants dressent un véritable inventaire de l'enseignement des sciences criminelles dans les Universités françaises.

Est ainsi abordée la place de l'enseignement de droit pénal et de la procédure pénale en capacité et dans le premier cycle (professeur Danièle Mayer), dans le second cycle (Doyen Pierre Couvrat), dans les instituts de sciences criminelles (professeur Jacques

1. Cf. A. (A.-H.) Nadjafi, *La politique criminelle iranienne à l'épreuve des changements politiques*, thèse, Pau, 1990.

Borricand), dans les écoles professionnelles (Ecole Nationale de la Magistrature, Ecole Nationale d'Administration Pénitentiaire, Ecole Nationale des Greffes) et dans le concours d'agrégation (professeur Marie-Elisabeth Cartier).

Quant à la criminologie, si son utilité n'est guère contestable, son enseignement n'est pas – comme le montre le professeur Raymond Gassin – sans poser de problème au « juriste criminologue » dont la formation monodisciplinaire au sein de structures universitaires cloisonnées le prépare mal à appréhender une science pluridisciplinaire qui s'appuie sur un raisonnement plus inductif que déductif. Les mêmes difficultés sont soulignées par le professeur Christine Lazerges pour l'enseignement de la politique criminelle, dans la mesure où cette branche de la science politique intéresse plus particulièrement les étudiants qui s'orientent vers des carrières de droit privé. Aussi n'est-il pas étonnant que le cloisonnement existant au sein de nos facultés de droit conduise à la marginalisation de cette discipline qui n'est guère abordée que dans une dizaine de D.E.A. alors pourtant que son rapport, en tant que « science de la cité », serait particulièrement bénéfique et pourrait même, selon les voeux du professeur Häussling, déboucher sur un enseignement de politique criminelle comparée en Europe.

Il faut encore insister sur l'intérêt du rapport de synthèse élaboré par Mme Anne Wyvekens : outre sa clarté, ce rapport traduit fidèlement les propos échangés lors du colloque et, fort utilement, résume un certain nombre d'interventions qui, faute de manuscrits, n'ont pu être reproduites dans l'ouvrage.

Précisons enfin que dans une préface particulièrement émouvante et savante, le professeur Georges Levasseur décrit comment au cours de sa longue et fructueuse carrière universitaire il a oeuvré pour le développement de l'enseignement du droit pénal et ce n'est pas sans une certaine tristesse qu'il constate que cette discipline, pourtant si populaire dans les médias, demeure encore mal aimée des universitaires. Nul doute que la réforme, qui va prochainement affecter les différents cycles universitaires, rende encore plus précieuse la publication des travaux du colloque de Montpellier. Puissent ces réflexions conduire les responsables pédagogiques locaux et nationaux à reconnaître enfin aux sciences criminelles la place qu'elles méritent.

Didier THOMAS

II. – HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

La peine. Punishment. Troisième partie. L'Europe depuis le XVIIIe siècle. Europe since the 18th Century, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, LVII, Bruxelles, De Boeck Université, 1989, 512 pages.*

La Société Jean Bodin a consacré son 23e Congrès, réuni à Barcelone, à l'histoire de la peine dans le monde. Quatre volumes, parus ou à paraître, rassemblent les rapports présentés, consacrés respectivement au monde antique, aux mondes européens jusqu'au XVIIIe siècle, aux mondes extra-européens, et enfin, volume dont il est rendu compte ici, aux mondes européens depuis le XVIIIe siècle. La découpe historique inhabituelle adoptée est justifiée par l'importance des « grandes théories pénales » formulées au XVIIIe siècle.

La publication des seuls rapports généraux induit une impression de grandes fresques parfois superficielles, et cependant informatives pour les pays dont le droit ne

* A la suite d'erreurs apparues dans le texte précédemment publié, nous redonnons dans sa version intégrale le compte rendu de Mme Pierrette Poncela

nous est pas familier. Des rapports concernant l'Espagne, le Portugal, la Belgique, L'Allemagne, la Russie, le Royaume de Pologne, l'Europe centrale, orientale et de l'Est, l'Angleterre et le Pays de Galles, le droit coutumier des Slaves du sud et le droit canonique.

On le voit, le panorama est vaste et ce volume, comme les autres, constituera une référence importante de l'histoire globale de la peine.

Pierrette PONCELA

L'individu face au pouvoir. Man versus Political Power, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, 5 vol., XLVI, XLVIII à L, Bruxelles, De Boeck Université, 1989 ; XLVII, Paris, Dessain et Tolra, 1988.

Parler aujourd'hui de droits de l'homme revient souvent à reprendre une antienne. Les études historiques s'en tiennent la plupart du temps à une analyse des différentes déclarations des droits du XVIIIe siècle, en recherchant leurs fondements dans l'Ecole du droit naturel et la philosophie des Lumières. La Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions a tenté de dépasser cette approche traditionnelle lors de son 21e Congrès (Athènes, Delphes, 4-9 mai 1981) consacré à l'individu face au pouvoir.

Dans sa préface, John Gilissen (décédé en 1988), président de la Société, constatait notamment : « On néglige (...) de nombreuses manifestations de ces droits fondamentaux, ou du moins de certains d'entre eux, dans des systèmes juridiques de certaines villes médiévales, de certaines cités grecques, de certaines communautés rurales ; on ne tient pas compte de la diversité des formes que peuvent avoir eues dans les différents types de sociétés du passé ce que nous appelons les libertés publiques ou droits fondamentaux de l'individu ».

Selon une répartition bien connue des lecteurs de cette collection, le premier volume est consacré à l'Antiquité, de l'Egypte pharaonique à l'Empire byzantin (XLVI), le second aux systèmes juridiques traditionnels d'Afrique noire, à l'Asie et à l'Amérique précolombienne et espagnole (XLVII), introduit notamment par une « lettre » décapante opposant la conception traditionnelle africaine à la conception des juristes européens ; le troisième volume a trait à l'Europe occidentale pour le Moyen Age et les Temps Modernes (XLVIII). Le quatrième est relatif à l'Europe orientale médiévale, moderne et contemporaine (XLIX). Enfin, le volume L réunit les rapports consacrés à l'Europe et à l'Amérique du Nord depuis le XVIIIe siècle.

Le propos de *L'individu face au pouvoir* est d'autant plus ambitieux que la démarche ne cède pas à la facilité. Les rapports du colloque d'Athènes et de Delphes sont articulés selon le schéma suivant : les conditions d'intégration à la communauté politique ; la formulation des droits fondamentaux ; les divers droits fondamentaux : liberté individuelle, sûreté, droit d'aller et venir, liberté de réunion et d'association, liberté de pensée, droits économiques et sociaux.

Réfléchir sur les formes et les manifestations de droits, aujourd'hui qualifiés de fondamentaux, ne va pas sans difficultés. Deux approches possibles coexistent dans ces volumes : les libertés et garanties de l'individu face au pouvoir ; la participation de l'individu au pouvoir, plus généralement sa place dans l'organisation politique (thème déjà abordé par la Société Jean Bodin dans ses recueils *Gouvernés et gouvernants* (XXII-XXVII). Au regard de l'importance du sujet, ces rapports ne prétendent pas faire une étude exhaustive mais plutôt une esquisse des questions importantes. Les auteurs ne manquent d'ailleurs pas de souligner les obstacles d'une telle entreprise :

— obstacles tenant aux sources étudiées : certains rapports se limitent à un inventaire des libertés et garanties formelles pour un cadre donné, sans étude de leur respect effectif par le pouvoir ;

– obstacles tenant au schéma théorique proposé, lié au modèle occidental développé depuis le XVIIIe siècle, difficilement applicable à des organisations traditionnelles.

Par-delà l'hétérogénéité des travaux proposés, ces recueils de la Société Jean Bodin offrent un vaste panorama de la manifestation des libertés, privilèges et droits fondamentaux à travers les âges, et par leur richesse sauront satisfaire la curiosité et stimuler la réflexion des juristes.

Nous soulignons, par ailleurs, que la Société Jean Bodin a publié les rapports de ses 22e (Bruxelles) et 23e Congrès (Barcelone), consacrés respectivement à la coutume (volumes LI à LIV) et à la peine (LV à LVII).

Laurence GUYON

Rites of Execution. Capital Punishment and the Transformation of American Culture 1776/1865, par Louis P. Masur, New York, Oxford, Oxford University Press, 1989, 208 pages.

Le XVIIIe siècle fut celui de l'exécution publique, celui du XIXe aboutit à l'enfermement carcéral. Au-delà de ce constat, somme toute banal, Louis P. Masur divise son ouvrage en sept chapitres.

Le premier chapitre est consacré au rituel et à la réforme dans l'Amérique d'avant la guerre de Sécession.

Le premier cas à avoir ému l'opinion publique fut celui de Washington Goode, jeune marin noir de 29 ans cuisinier à bord du Nancookee, qui, poursuivi par la clameur « Au meurtre, au meurtre », fut arrêté en juin 1984 pour avoir fracturé la mâchoire d'un autre marin noir Thomas Harding et lui avoir planté un couteau de vingt deux centimètres entre les côtes. La célébrité du cas vint de la presse de Boston, du juge Lemuel Shaw, lui-même magistrat de la Cour suprême des plus connus. Les avocats de Goode plaidèrent deux jours l'innocence de leur client et la cruauté de la peine capitale. Pourtant, après trente cinq minutes de délibération, le jury rendit un verdict de culpabilité. Ce procès fut l'occasion d'un combat d'un certain nombre de juristes et d'intellectuels contre la peine de mort, et aussi en faveur de la situation défavorisée des Noirs. La commutation fut refusée par le gouverneur de l'Etat et le 25 mai Goode fut pendu à l'intérieur de la prison, lors d'une « exécution privée » réunissant plus de cent personnes. Une foule amassée tentait de voler un regard sur ce spectacle et la police dut intervenir pour éviter que certains ne tentent l'escalade du mur.

Introduite en 1846, l'anesthésie au chloroforme s'était répandue au sein de la profession médicale, aussi son utilisation pour alléger la souffrance du condamné à mort fut suggérée.

A partir de cet exemple du milieu du XIXe siècle, Louis P. Masur retourne au passé dans le deuxième chapitre, et décrit le rituel de la mort reconstitué à partir du récit de l'exécution de Mountain, le 20 octobre 1790 : une procession partit de la prison à l'église, afin d'entendre une messe au cours de laquelle un sermon fut prononcé sur l'objectif de la peine capitale, puis accompagna le condamné à son lieu d'exécution. Les bras attachés à l'arrière et le cou entouré d'une corde, il fut conduit dans un pré déjà occupé par des militaires et des prêtres. Une charrette transportant le cercueil suivait le cortège. Le shérif, entouré de ses assistants arrivés sur les lieux à cheval, lut la condamnation à mort et aussitôt un choeur chanta des hymnes. Une capuche fut mise sur la tête de Mountain et la trappe s'ouvrit. Trois quarts d'heure après il fut détaché et sa mort médicalement constatée.

L'exécution était à la fois un avertissement – la démonstration que le crime est puni – et une leçon d'humilité : la preuve que seul Dieu pourrait pardonner les péchés.

Il faut observer que seule la peine de mort permettait d'assurer la survie de la jeune République et d'assurer un embryon de stabilité au sortir de sept années de guerre. Par exemple, deux rebelles âgés de vingt ans, John Bly et Charles Rose furent exécutés, le 6 décembre 1787 pour avoir participé, l'année précédente, comme beaucoup de fermiers endettés, fortement taxés et perdant leurs propriétés, à la rébellion dite de Shay. D'autres exécutions eurent lieu, la plupart non pour trahison ou participation à des mouvements séditieux — souvenir du *Riot Act* — mais pour des vols commis pendant la révolte.

Un second rôle des exécutions était d'entendre les paroles publiques de repentir des condamnés, pour lesquelles quelqu'un souvent prenait la plume affirmant que leur destin était une « leçon forte et solennelle » adressée à ceux qui avaient entraîné le peuple à prendre les armes contre le gouvernement. Il faut insister sur le rôle des vies, recueils et dernières paroles des condamnés : ces ouvrages se ressemblent tous par l'usage de formules stéréotypées et par l'objectif d'édification des jeunes ; les exécutés étaient jeunes (la moyenne d'âge fut de 25 ans dans le dernier quart du XVIIIe siècle) aussi ils étaient crédibles quand ils prenaient à témoin leurs semblables. La pensée du criminel était ainsi expurgée de maintes tautologies, répétitions superflues, fautes d'orthographes et incorrections grammaticales. Ces confessions exaltaient la vertu des parents et montraient que le triste sort du condamné aurait pu être évité s'il avait suivi leur exemple. La consécration du rite intervint en 1791, quand William Smith publia un guide consistant en « des prières, leçons et méditations, avec les dévotions adéquates, avant et au moment de l'exécution ». Au fond, l'Etat, en accordant la rédemption et l'éternité, montrait sa générosité.

Le chapitre troisième résume les oppositions à la peine de mort dans l'ère post-révolutionnaire. Le siècle des Lumières avait amorcé la critique à l'encontre du droit criminel. Si pour les Européens le nom de Beccaria est incontournable, Benjamin Ruch, l'un des signataires de la Déclaration des droits américaine, mit outre-Atlantique toute son énergie au profit des thèses abolitionnistes : « la peine capitale est l'accompagnement naturel des gouvernements monarchiques ». Son ouvrage le plus célèbre demeure son *Enquête sur les effets des peines publiques sur les criminels et sur la société* publié en mars 1787 dans lequel il démontre, certes un demi-siècle après Henry Fielding (cf. notre thèse *Délinquance et châtiment dans l'oeuvre de Henry Fielding*), que la peine publique détruit toute idée de honte chez le délinquant, ne dure pas assez longtemps pour produire un changement ou réformer l'habitude acquise du vice, favorise la sympathie et la pitié parmi le public (donc une condamnation implicite de celui qui punit) et affecte négativement le travail.

Le quatrième chapitre oppose le rêve d'amendement aux limites de cette même réforme. Lors de sa visite en 1796, le duc de La Rochefoucauld avait souligné avec raison que la décennie passée était caractérisée par de nouveaux codes pénaux limitant les hypothèses de recours à la pendaison et la création des premiers pénitenciers. En Virginie, Thomas Jefferson osera parler de « proportionnalité » entre les crimes et les peines, dans un projet de loi relatif aux infractions considérées comme capitales. La philosophie quaker inspira à la Pennsylvanie une limitation des cas punis de mort ainsi que la création du travail forcé de nettoyage et de réparation des rues de Philadelphie. Les Etats-Unis connaîtront également la vogue de la théorie écossaise du bon sens commun : le sens moral est le moyen pour l'homme de distinguer le bien et le mal ; la révulsion naturelle à la vue du gibet est la preuve que le sens moral désapprouve l'exécution capitale. L'idée de l'exécution privée de la peine faisait son chemin.

Le chapitre cinquième retrace le développement de la privatisation de la peine : de 1834, première exécution privée aux Etats-Unis, jusqu'à 1845 date à laquelle tous les Etats de la côte Est s'étaient ralliés à cette solution. Comme la peine publique avait encore des défenseurs, en 1824 l'Etat de Pennsylvanie avait fait réaliser une enquête sur le

sujet, qui conclut *qu'une telle peine* est inefficace, hautement démoralisante, un grand gaspillage de l'argent et du temps publics.

La phrénologie fut aussi un soutien de la privatisation de l'exécution capitale : George Combe (*Essays on Phrenology*, 1822), l'importateur américain de cette science présentée par les savants autrichiens Spurzheim et Gall, lia ses apports à la publicité de la peine : luttant contre l'opinion commune de la publicité de la peine comme fonction intimidante, il considérait que, pour le meurtrier, la menace de la mort n'est pas un frein au passage à l'acte mais une exaltation facilitante.

Le dernier facteur fut la crainte de soulèvements : la bourgeoisie, qui avait boudé ce spectacle depuis le début du siècle au profit de l'opéra italien, redoutait que ce rassemblement de 15.000 à 20.000 personnes ne fut le ferment d'une révolte.

Cette privatisation de la peine avait connu un préalable technique : sur les dessins laissés de l'exécution de Lewis Miller en 1822, l'historien constate qu'une trappe avait été aménagée afin que le public ne pût assister aux contorsions du corps agonisant sous l'étranglement. Un autre thème agitait la foule : le caractère privé de la confession du condamné sollicitant le pardon de Dieu n'est-il pas le meilleur gage de la sincérité de la demande, l'homme public cédant le pas à une conscience violée ...

En théorie, le public restreint de douze personnes était choisi par le shérif parmi les citoyens, outre le médecin et l'attorney général, membres de droit. En réalité, la foule se pressait et seuls deux cents à quatre cents privilégiés de la bourgeoisie pouvaient assister à l'exécution : ce qu'elle avait dédaigné quand le peuple pouvait y avoir accès, devenait un luxe recherché. Cependant, la privatisation de l'exécution était en germe la condamnation de la peine de mort : quel effet dissuasif reconnaître à quelque chose que l'on ne voit plus ?

Le chapitre sixième présente les activistes contre la pendaison et l'attachement populaire à la réforme morale. Les années 1840 furent favorables à un mouvement abolitionniste popularisé par des livres, pamphlets ou reportages journalistiques ... Si bien qu'en 1840 l'Etat du Michigan renonçait à la peine de mort. Ce succès est dû à l'apparition des associations de lutte contre la peine capitale, comprenant toutes les professions, des démocrates et des libéraux, mais aussi des personnes de tous âges. Outre des réunions publiques, des journaux appuyaient la cause auprès de lecteurs de plus en plus nombreux. A ce moment de l'ouvrage, Louis P. Masur présente la personnalité de Charles Spear, dont les convictions étaient très liées à la secte universaliste : tout être humain peut être amendé et les prisons doivent être des « hôpitaux de la morale ».

Le chapitre septième traite le conflit sur la peine capitale de l'Amérique d'avant la guerre de Sécession. Le 17 janvier 1843, John L. O'Sullivan et George Barelle Cheever se rencontraient à New York, à l'occasion d'une joute oratoire de trois jours. Le premier était le plus farouche opposant à la peine capitale dans *Report in Favor of the Abolition of the Punishment of Death by Law* (1841) et se livra à une exégèse des Saintes Ecritures qui ... ni n'approuvent ni ne désapprouvent la peine de mort. O'Sullivan conclut à l'abolition en raison de l'échec de la mort comme châtiment effectif et intimidateur et sa substitution par l'emprisonnement à vie occupé par le travail et en deçà de toute clémence du pouvoir exécutif ou législatif. Cheever, prêtre calviniste, s'opposait à l'abolition dans son *Punishment by Death. Its Authority and Expediency* (1842) : il notait l'étrange progrès consistant à convertir la mort en un emprisonnement à vie. L'impératif moral et l'instinct naturel imposent que le meurtrier soit puni de mort ; si l'Etat laisse le crime impuni, le particulier victime reprend ce droit. La réalité et la sincérité contestées du repentir du condamné, au pied du gibet, étaient un argument sérieux à opposer à un prêtre comme Cheever : il répondit que, si la perspective immédiate de la mort n'incite pas un homme à demander pardon à Dieu, ce n'est pas une détention perpétuelle qui est susceptible de faire naître un tel sentiment. La joute entre les deux hommes s'épuisa par une bataille de statistiques (déjà).

Le débat est sans fin : si en 1972 la Cour suprême avait admis que « le prononcé et l'exécution de la peine de mort dans ces cas constitue une peine cruelle et inhabituelle en violation du 8e amendement » (arrêt *Furman v. Georgia*), dès 1976 (*Gregg v. Georgia*) se contentant de quelques modifications de la procédure, elle affirmait que « la peine de mort ne viole pas la Constitution » et « qu'une large proportion de la société américaine continue à la considérer comme une sanction immuable, appropriée et nécessaire ». Derrière la façade d'une exécution humaine ou médicalisée par l'utilisation de méthodes modernes, la société américaine poursuit l'oeuvre du XVIIIe siècle en pratiquant une mort privée, isolée et anonyme. Comme le remarquait Francis Blanche, il ne suffit pas d'être inutile, encore faut-il être odieux.

Frédéric-Jérôme PANSIER

III. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

Qualifié viol, par Michèle Bordeaux, Bernard Hozo, Soizic Lorvellec, Genève, Médecine et Hygiène, Méridiens Klincksieck, 1990, 232 pages.

Qualifié viol est le type même de l'ouvrage trop rare, fruit du travail de grande qualité, d'une équipe de recherche dont la valeur est depuis longtemps reconnue : l'URA-CNRS « Droit et changement social ».

Si le champ de matière pénale est largement balayé d'études de droit positif, insuffisamment nombreuses sont les thèses ou les recherches alliant sans les juxtaposer simplement le droit pénal, la sociologie juridique et criminelle, la criminologie et la politique criminelle. Michèle Bordeaux, Bernard Hozo et Soizic Lorvellec ont fait la preuve de l'intérêt majeur de l'approche pluridisciplinaire tellement plus intéressante et utile aussi bien pour les théoriciens que pour les praticiens.

Sait-on suffisamment que le viol est le seul crime contre les personnes en constante augmentation depuis ces dernières années, en partie parce que les victimes hésitent moins à porter plainte qu'au cours des siècles passés ou même des décennies passées ? Sait-on suffisamment aussi que paradoxalement le viol est très absent de la réflexion scientifique française ? Les auteurs de *Qualifié viol* se sont livrés à un dépouillement systématique des écrits sur le viol, leur ouvrage fort bien documenté s'insère sans difficulté dans les lacunes de la production française au carrefour de la théorie et de la pratique judiciaire.

Un premier chapitre synthétise « deux siècles d'immobilisme », ou presque dirions-nous.

Une jurisprudence et une doctrine protectrice à l'extrême du violeur reste très présente dans les débats politiques, relatés de façon tout à fait pertinente, ayant précédé la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats à la pudeur.

Le viol que caractérisait seule la violence ou la surprise devient après le 23 décembre 1980 plus précisément et plus largement « tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise » (Art. 332 c. pén.).

Comme le note l'auteur de la préface de l'ouvrage : « Pour prendre la mesure des changements intervenus dans les pratiques de qualification des infractions et dans le prononcé des sanctions, il convenait de procéder à partir d'un échantillon représentatif à l'analyse des issues données aux plaintes des victimes avant et après l'entrée en vigueur de la loi de 1980 ». Un relevé systématique des attentats sexuels portés à la

connaissance du parquet de Nantes entre 1975 et 1984 a été effectué ainsi que le dépouillement de tous les dossiers comportant une plainte de viol ou d'attentat à la pudeur de manière à les suivre jusqu'à leur classement ou à l'achèvement des poursuites.

Le chapitre 2 intitulé « Tableau d'une criminalité sexuelle » présente une analyse quantitative globale de toutes ces infractions sexuelles. Ce chapitre sur la base d'un échantillon de 1770 attentat aux moeurs sur neuf ans donne des informations précieuses sur les âges, situations familiales et domiciliations des agresseurs sur leur précarité socio-professionnelle et leur faible personnalité sans omettre de présenter l'éventail des sanctions pénales prononcées et surtout sans omettre d'étudier de façon tout à fait approfondie la situation des victimes.

Dans les troisième et quatrième chapitres, l'analyse qualitative est privilégiée. Après l'étude des stratégies criminelles et des réactions des victimes, c'est le processus de qualification/déqualification du viol qui est « expertisé ».

L'étude conduite du processus qualificatoire du viol repose sur le suivi de la plainte au premier jugement ou classement (appel et cassation exclus) des 213 crimes sexuels portés à la connaissance du parquet entre 1976 et 1984.

Saisissants sont les pourcentages suivants : 21 % des affaires ont été classées sans suite du fait de la non-identification du violeur ; 12 % l'ont été pour « faits insuffisamment constitués » ; 19 % ont été closes par un non-lieu ; 24 % renvoyées devant les juridictions correctionnelles et 24 % seulement devant la cour d'assises.

Plutôt que de résumer les conclusions qui interpellent, tirons de ce travail considérable, difficile à critiquer négativement sauf à regretter quelques redites, trois passages forts parmi bien d'autres choisis pour susciter le désir de lire et de faire lire *Qualifié viol* aussi bien à de jeunes chercheurs ou chercheurs confirmés qu'à de jeunes praticiens ou praticiens confirmés.

« Contrairement à ce que l'on a pu dire, ce n'est pas la victime qui est maîtresse du procès. Les dossiers judiciaires analysés ... continuent à révéler dans bien des cas les difficultés, l'impuissance et la fragilité de la victime dans son obstination à défendre sa dignité et sa liberté » (p. 67).

« La loi de 1980 a subi nos critiques en ce qu'elle n'a pas suffisamment favorisé l'adéquation du crime à sa sanction ou à sa réparation ; de plus ses apports, notamment en matière de définition, donc de qualification, auraient pu faire l'objet d'une mise en oeuvre moins restrictive de la part de l'appareil judiciaire » (p. 213).

« De la mise en oeuvre d'un code pénal rénové où l'accent est mis très fortement sur l'intégrité de la personne humaine, peut-on attendre un changement d'attitude telle que les agressions hétérosexuelles à l'encontre des personnes femmes cessent définitivement d'être réduites à de simples avatars de la scène primitive » ?

C'était là les dernières lignes de *Qualifié viol* dont le sous-titre pourrait être « Flexible droit » ou « Variations sur le thème du flou du droit ».

Christine LAZERGES

Douanes et changes Recueil de sommaires 1959-1990, par Jean Pannier, Paris, Gazette du Palais, Editions Litec, 1990, 451 pages.

Jean Pannier a accompli un travail de bénédictin. Il est d'usage de traiter avec condescendance ou de railler ceux qui poursuivent un but de compilation ; pourtant cette collection — et cet ouvrage en particulier — sont d'une très grande utilité pour le praticien.

Ce dictionnaire alphabétique regroupe les mots essentiels du droit douanier et des changes, et sous chacun de ces termes l'auteur a regroupé des abstracts, précédés d'un

sous-titre destiné à situer plus précisément le sujet et classés par ordre chronologique, des principales décisions de l'ordre judiciaire ou administratif interne intervenues entre janvier 1959 et juillet 1990. Du contenu de cette somme de jurisprudence, quatre années de travail contemplent le lecteur.

Au-delà du respect dû au labeur, force est de constater l'apport inestimable que constitue ce livre. Le privilège de l'administration réside souvent dans la complétude de son information : cette forme de dictature du savoir lui permet, selon les circonstances du procès, d'élire parmi la jurisprudence fournie la décision confirmant sa position. Cette hégémonie bureaucratique est aussi réticence volontaire : l'administration n'hésite pas à cacher les arrêts qu'elle ne saurait utiliser ou qui gênent son interprétation du droit. Grâce à ce livre les particuliers ou leurs conseils seront à armes égales avec l'hydre douanière ou cambiaire, puisque sont reproduites la quasi-totalité des décisions, même celles passées d'actualité, puisées dans les sommaires publiés dans les revues juridiques mais aussi dans les inédits de la banque de données *Juris-Data* et encore dans la documentation interne.

Pourquoi cette période ? La date *a quo*, 1959, correspond à l'avènement de la Ve République ; la date *ad quem*, 1990, fut retenue parce qu'elle tombait juste (30 ans) et qu'il fallait bien un butoir. C'est ce que nous pouvons déjà regretter, tant de décisions novatrices sont intervenues depuis, souvent il est vrai mises en relief par la plume prolixe de Jean Pannier.

La qualité de l'ouvrage tient à celle de son auteur : si les spécialistes du droit pénal des affaires sont rares, une seule main suffit à dénombrer ceux qui s'intéressent au droit des douanes et des changes.

Je ne dirai que peu de choses du contenu, si ce n'est que ce domaine, mal aimé des professionnels (avocats et magistrats), est cependant celui qui a le plus fait progresser le droit européen ces derniers lustres ; l'arrêt *Jacques Vabre*, par lequel la Cour de cassation admettait — en conformité avec l'article 55 de la Constitution — la supériorité d'un règlement de la Communauté économique européenne, concernait une taxe douanière supportée lors de l'importation de café soluble. Le Conseil d'Etat fut long à suivre la voie tracée par la Cour Suprême de l'ordre judiciaire — ce fut l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989 — mais met à présent les bouchées doubles (l'arrêt *Rothmans et Philip-Morris* du 28 février 1992) en faisant prévaloir une simple directive qui, pourtant, n'a pas, à l'inverse du règlement communautaire, effet direct sur la législation des pays membres, sur une loi même postérieure. Cet arrêt remarqué par la grande presse intervient en matière économique et douanière : le monopole de distribution à un tarif imposé des tabacs, et donc des cigarettes étrangères, confié en France au SEITA, par la loi du 24 mai 1976 doit céder devant une directive du 19 décembre 1972 : les sociétés fabricantes pourront dorénavant fixer librement le prix de vente de ces produits du tabac.

Ce pouvoir d'impulsion du droit pénal des affaires sur la percée du droit européen s'explique parce qu'il est *per se* le versant répressif du droit des affaires, seule branche juridique dont la vocation naturelle est transfrontière. Le commerce fut le moteur de l'Europe, qui intéressa d'abord les boutiquiers avant de concerner la liberté de circulation des hommes. Grâce au droit douanier, le droit communautaire et les principes directeurs du procès pénal posés par la Cour de Strasbourg retrouvent la place qui est la leur : la première. Jean Pannier a délibérément exclu toute référence aux juridictions supranationales : ce sera là notre second regret, eu égard à la part croissante déjà soulignée de ces instances non nationales.

En bref, ce livre est indispensable au praticien profane et c'est une évidence dont on n'a pas à convaincre : l'image de Jean Cosson, dans sa préface, parlant de « fil d'Ariane du droit douanier » est évocatrice ; même le spécialiste sera séduit par la maniabilité de l'ouvrage et l'exhaustivité de son contenu. Le droit des douanes et des changes méritait cette synthèse. Espérons, que grâce à sa ferveur, Jean Pannier, défendra vaillamment le

camp retranché de ces deux matières dans la bataille que nous menons pour une meilleure connaissance du droit pénal des affaires.

Frédéric-Jérôme PANSIER

IV. – DROIT MÉDICAL ET BIOÉTHIQUE

Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence. Jurisprudence sur la non-assistance du médecin. Droit médical international. L'organisation des secours d'urgence, par Jean-Henri Soutoul, Paris, Editions Maloine, 1991, 317 pages.

Le professeur Jean-Henri Soutoul est médecin, gynécologue-obstétricien, professeur à la Faculté de médecine de Tours. Son intérêt pour le droit est connu. Auteur, ou co-auteur d'articles, chroniques ou livres sur la responsabilité médicale, le statut de l'enfant conçu, l'avortement (depuis le livre : *Conséquences d'une loi : Avortement An II*, préface Lagroua Weill-Hallé, La Table ronde, 1977, jusqu'à l'ardente préface de la deuxième édition de Michel Schooyans : *L'enjeu politique de l'avortement*, O.E.I.L., éd. 1991, en passant par les communications aux Congrès mondiaux de Droit médical ou au colloque *L'enfant européen et son futur*, Monaco/1989, éd. ENSP ...), il est également praticien, au double titre hospitalier et expertal. Enfin, il a la qualité de co-fondateur et animateur du nouveau DESS de droit médical créé par les Facultés de médecine et de droit de Tours et Poitiers. C'est dire combien grande est son autorité chez ceux qui, de plus en plus nombreux, cherchent à réaliser le voeu du doyen René Savatier, de réconcilier l'humanisme juridique et l'humanisme médical.

Le livre présenté est la publication condensée de la thèse de Doctorat en droit soutenue le 9 mars 1990 devant la Faculté de droit de Poitiers sous la présidence de M. le doyen Couvrat. Il a pour contenu l'analyse de la jurisprudence appliquant les dispositions de l'article 63 alinéa 2 du code pénal, texte redoutable, sinon traumatisant pour le corps médical ! N'est-il pas vrai, d'ailleurs, que celui-ci vit souvent en termes phantasmatiques sa responsabilité, surtout pénale depuis l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 décembre 1946, (*JCP* 1947.3621, obs. Rodière), en méconnaissant les efforts des juristes pour contenir ce contentieux répressif à sa juste mesure (ex. Commission Mac-Aleese) ou à l'accompagner d'indulgence (dispense de peine) « en raison de circonstances atténuantes et notamment du stress et de la difficulté de la tâche hospitalière » (Paris, 4 oct. 1991, *JCP* 1992.IV, n° 507, p. 54) ? Il fallait donc un esprit dégagé de préjugés pour aborder un tel sujet, traité au rythme de quatre parties, quatre morceaux d'une symphonie dans laquelle les thèmes se développent et viennent, puis reviennent, et parfois se recoupent il est vrai, jusqu'au final de la proclamation de « cette obligation charitable que le droit pénal a pris en charge d'imposer » (p. 301). Mais l'ouverture se jouait sur Luc X. 27.37 !

M. Soutoul entreprend donc l'étude de la répression correctionnelle du refus d'assistance à personne en péril, infraction intégrée dans notre arsenal juridique en 1941 puis 1945. Pour ce faire, il passe en revue « quarante années de jurisprudence de la non-assistance en médecine » (p. 40 et s.), depuis le premier arrêt du 31 mai 1949 appliquant le texte à un médecin ayant pu constater par lui-même le péril, ou en ayant connu l'existence dans des conditions telles qu'il n'ait eu aucun doute sur la nécessité absolue de son intervention. « Les représentants du Corps médical ne manquèrent pas de relever aussi que ce premier arrêt de la Chambre criminelle sur l'existence pénale d'assistance du médecin transposée sur le plan général impose le devoir de donner des soins à personne en péril, en contraignant ainsi les praticiens à accomplir des actes de leur profession qu'ils le veuillent ou non, assimilant leur passivité à un délit justiciable de décisions répressives », mais, « en laissant à la conscience du médecin par ailleurs

respectueux des règles professionnelles et déontologiques, le soin de l'appréciation du péril évoqué, la Cour suprême a fait preuve envers le Corps médical d'une confiante compréhension, qui pouvait laisser espérer une application sans trop de heurts de l'obligation pénale d'assistance du médecin » (p. 46-47).

Puis, ce fut l'évolution, la progression dramatique quasiment, de cette jurisprudence culminant au « sommet nancéen de la rigueur » (p. 56, *affaire Colin*) avant de redescendre vers les harmonies des vallées mieux abritées où s'établit « l'analyse soigneuse *a posteriori* (-) de l'emploi du temps d'un médecin confronté à trois appels urgents et contraint d'opérer un choix » (Crim. 20 janv. 1988, *Bull. crim.* p. 66). Après la confiance, l'exigence, et la « compréhension sans indulgence des difficultés de la pratique médicale ». Et, peut-être même, une inquiétude bien apaisée des professionnels ... Et ce furent aussi des difficultés que l'on ne peut plus qualifier de « marginales » : assistance à l'enfant conçu, au mourant, au nouveau-né, grève médicale ou, avec une moindre charge éthique, assistance aux passagers, aux voyageurs, (sur une question désormais classique, cf. Mlle Piganeau, *L'assistance aux personnes en difficulté, étude juridique de l'organisation et de l'activité des sociétés d'assistance*, thèse Droit Poitiers, déc. 1990, inédit). Le droit pénal couvre l'assistance médicale d'autres interrogations, par exemple celle de l'exercice illégal de la médecine (V. Riom, 3 avr. 1991, *JCP* 1991.IV.402) ...

La sanction pénale est inadaptée à la défaillance professionnelle. La responsabilité civile suffit à en réparer les conséquences dommageables. M. Soutoul, se référant à son expérience et aux travaux de la Commission Mac-Aleese, explique les éléments irrationnels des choix des victimes ou de leurs ayants cause pour la voie pénale. C'est, particulièrement, l'impression de se trouver au pied d'un « mur du silence ». Mais ce n'est plus un problème de droit ; c'est une question de communication et de respect des sensibilités. Alors, convient-il de modifier le texte en vigueur ? L'avant-projet de code pénal de 1986 conservait l'incrimination litigieuse, et l'assortissait même des dispositions réprimant diverses formes de mise en danger de la personne : la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait intégré la création de risque mortel dans l'homicide involontaire ... M. Soutoul préfère s'interroger sur une meilleure organisation des services d'urgence et des transports sanitaires (p. 274 et s.), qui ne doivent cependant pas autoriser des fuites devant les obligations déontologiques.

La voie pénale n'est pas celle que préfèrent les commissions réfléchissant aujourd'hui aux réformes de la responsabilité médicale. Elle ne s'ouvre que pour ceux qui manquent non pas aux règles de la technique mais aux impératifs de l'humanisme (par ex., aux intermédiaires des manipulations de maternité, projet, Conseil des ministres, 25 mars 1992). Que l'article 63 alinéa 2 soit donc manié « d'une main tremblante », « en ne considérant pas en priorité comme délit majeur une carence involontaire, un retard ou une insuffisance dans l'assistance du médecin sollicité pour un péril qui avait pour origine une cause antérieure et étrangère à (son) intervention » (p. 294) ! L'ouvrage ne contient pas seulement les trésors du droit français. Il contient un large panorama du droit comparé : famille romano-germanique, système de common law, système « dominé par l'influence marxiste » (attention : ce n'est pas une thèse d'histoire du droit !), droit chinois, droit musulman, droits d'inspiration hindouiste, avec le point de repère – et de départ – de la loi toscane de 1853 (p. 235).

Enfin, l'auteur passe en revue les propositions de réforme du droit de la non-assistance et paraît appeler de ses voeux « une meilleure efficacité de l'organisation médico-administrative de l'assistance » (p. 295 et s.) devant rendre inutile le recours à l'arme répressive.

La richesse de l'ouvrage est incontestable. La méthode, qui sera reprise plus systématiquement dans des livres ultérieurs sur la responsabilité en obstétrique et en néonatologie (V. Compte rendu publié ci-dessous), et dont M. Soutoul sera le maître d'oeuvre, est celle de l'étude non seulement des arrêts, mais encore des dossiers, ce qui permet d'affiner les commentaires.

En définitive, voici une excellente synthèse d'un des chapitres les plus tourmentés des relations de la médecine et du droit.

Gérard MEMETEAU

La responsabilité médicale et les problèmes médico-légaux en néonatologie, par Jean-Henri Soutoul, Jean Laugier (en collaboration avec Isabelle Oliver et Fabrice Pierre), Paris, Editions Maloine, 1991, 246 pages.

La responsabilité médicale et les problèmes médico-légaux en obstétrique, par Jean-Henri Soutoul, Fabrice Pierre et autres, Paris, Editions Maloine, 1991, 497 pages.

Le professeur Soutoul ajoute à sa thèse *Le médecin face à l'assistance à personne en danger et à l'urgence*, au livre déjà cosigné avec M. Pierre (*La responsabilité médicale et les problèmes médico-légaux en gynécologie et reproduction*, Maloine, 1989), à des fascicules de l'Encyclopédie médico-chirurgicale (ex : *Les complications obstétricales des avortements spontanés et provoqués : Problèmes juridiques médico-légaux et de responsabilité en obstétrique et néonatologie*), à des communications et articles, publiés sous sa seule signature ou en collaboration, ainsi, enfin (?), à son combat constant pour la défense de l'enfant conçu, deux nouveaux livres témoignant de son intérêt pour le droit de la mère et du petit enfant. Cela ne surprend pas : M. Soutoul est gynécologue-accoucheur des hôpitaux de Tours et chef de service au CHR/CHU de cette ville entre les murs de laquelle s'est développé un vif intérêt en faveur du droit de la santé. Les deux ouvrages analysés sont, comme les précédents, publiés par les éditions Maloine. Celles-ci avaient naguère accueilli les volumes de droit médical rédigés par les membres d'une équipe réunie par le docteur Mélennec. Avec les Librairies Techniques et les éditions Masson et Alexandre Lacassagne, cette maison se place en bon rang pour les publications de droit médical, la Librairie générale de droit et de jurisprudence exceptée pour ses thèses concernant cette discipline, et les Presses universitaires de France pour *Le droit de la santé* de M. le Doyen Auby (Coll. Thémis, 1981), bien entendu.

L'obstétrique et la néonatologie sont considérées comme des spécialités à haut risque médico-légal. L'obstétrique est « une spécialité écrasante pour les sociétés d'assurances professionnelles et pour le tarif extensif des cotisations réclamées aux spécialistes » (obstétrique, p. 31).

La néonatologie est une discipline de l'urgence : la non-assistance à nouveau-né est une difficulté appelant étude (*Néonatologie*, p. 191 et s.) ; c'est aussi une discipline intéressant très directement le juriste : l'abandon d'enfant, la déclaration de naissance (p. 205 et s.), selon certains, dont le militantisme s'est manifesté il y a quelques années, la sélection de l'enfant nouveau-né avant la déclaration à l'état civil, mettant en rapport l'art médical et le droit (civil et pénal).

Chacun de ces ouvrages a, bien sûr, son originalité. La responsabilité en *obstétrique* se présente avec plus de clarté que la *néonatologie* comme un livre écrit en collaboration : les chapitres sont signés, identifiables. La *néonatologie* a profité des enseignements de tiers (remerciements p. 12), mais, sauf oubli, seul le chapitre 8 (problèmes juridiques soulevés par la naissance, p. 205, Mme Merger-Pelier) est de la plume d'un auteur autre que MM. Soutoul et Laugier. Les risques de responsabilité sont différents à l'intérieur de chaque spécialité. Par exemple, ceux induits par la césarienne (p. 213 et s.) soulèvent, en obstétrique, l'intéressant problème de la création d'usages médicaux plus ou moins artificiels par une dialectique de la lecture erronée de la jurisprudence par les médecins et de l'incompréhension par les juges des attitudes médicales nées de cette lecture incompétente de leurs décisions ! C'est aussi un peu la question de l'anesthésie péridurale (p. 327 et s.) et, en termes plus généraux, de ce que M. Jean Penneau appelait (nous citons de mémoire...) la création de ces faux-usages. Les explorations sur en-

fant conçu, le diagnostic anténatal, l'avortement, l'échographie, la grossesse après agression sexuelle, les malformations congénitales, la prescription médicamenteuse chez le nouveau-né, la réanimation ... trouvent, dans l'un ou l'autre ouvrage, matière à développements à la fois médicaux et juridiques, certains thèmes intéressant plus particulièrement le droit criminel : stérilisation, non-assistance, agression sexuelle (*Obstétrique*, p. 225, 303, 383), la protection de l'intégrité du nouveau-né, les lésions en cours de grossesse ou d'accouchement, la non-assistance, l'infanticide (*Néonatologie*, p. 49, 185, 194, 213).

Pourquoi donc présenter un unique commentaire de ces deux traités ? Parce que l'on y trouve la même méthode, plus ou moins accentuée, celle de l'étude des cas, de l'examen d'une suite impressionnante de dossiers. Les auteurs ont voulu présenter une jurisprudence « à visées pédagogiques » (*Obstétrique*, p. 55 ; *Néonatologie*, p. 67), et c'est, en effet, pour le lecteur médecin, un excellent enseignement, complété dans les deux ouvrages par des conseils sur la conduite à tenir en cas de poursuite civile ou pénale (*sic. in Gynécologie et reproduction*, p. 430), sur l'efficacité *absolue* desquels chacun aura son opinion. Mais le lecteur juriste hasardera quelques observations : n'est-il pas discutable de mettre sur le même pied jugements et arrêts, de citer des affaires non encore jugées ? Les lignes de force de la jurisprudence sont-elles aussi bien tracées que dans la thèse sur la non-assistance, ou bien ne risquent-elles pas d'être dissimulées sous l'entassement – érudit – des références ? Le même juriste y trouve tout de même profit : il devine les difficultés de fait, apprend dans les résumés des dossiers les pratiques. Qui dressera les tables médico-jurisprudentielles des méthodes thérapeutiques et des prescriptions médicamenteuses ? L'idée en avait été, un jour, émise ; elle n'a point été suivie d'effet. La richesse de ces études est donc là : tous les comportements médicaux dans les spécialités concernées sont étudiés sous l'angle des responsabilités qu'ils peuvent engendrer. Avec une méthode différente, une approche moins juridique peut-être, ce souci de ne rien laisser en marge de la réflexion, d'enrichir la médecine par le droit et inversement, rappelle le grand traité du président Kornprobst (*Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, 1957).

Les experts, les avocats et les juges en charge de dossiers de responsabilité médicale trouveront à bon droit indispensable la lecture de ces traités très spécialisés. Ils comprendront mieux combien il serait périlleux de glisser de l'obligation de moyens à l'obligation de résultats (préface J. Michaud, *Obstétrique*, p. 13), pente sur laquelle les commissions d'études contemporaines ont d'ailleurs refusé de s'engager.

Gérard MÉMETEAU

V. – PROCÉDURE PÉNALE

Triable-Either-Way Cases : Crown Court or Magistrates' Court, par David Riley et Julie Vennard, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1989, 52 pages.

En droit pénal anglais, il y a trois catégories de délits : les *summary offences* entendues par la *Magistrates'Court*, les *indictables offences* entendues par la *Crown Court* et les *either way offences* qui peuvent être entendues soit par la *Magistrates'Court* soit par la *Crown Court*. Ce petit opuscule du Home Office Research and Planning Unit est très intéressant, car il nous explique dans quelles circonstances il y a choix entre les deux juridictions. Ce sont les décisions des *magistrates* qui refusent juridiction et des prévenus qui choisissent la *Crown Court* qui déterminent le nombre d'affaires devant celle-ci. L'étude montre que dans 40 % des renvois devant la *Crown Court*, les *magistrates* ont refusé juridiction considérant que l'affaire ne convenait pas à une procédure « sommaire ». Cette

décision des *magistrates* correspondant souvent aux demandes faites par la Couronne sur le choix du for. Dans les 60 % restant renvoyés devant la *Crown Court*, ce sont les prévenus qui ont demandé d'être jugés avec juge et jury. La majorité des prévenus ont l'intention de plaider non coupable et considèrent qu'ils ont plus de chances d'être acquittés par la *Crown Court* (jury) que par la *Magistrates'Court*. Cela semble compenser le risque d'une sentence plus sévère s'ils sont reconnus coupables. Mais la plupart plaident coupable devant la *Crown Court*. Entre 1979 et 1986, le nombre de prévenus renvoyés devant la *Crown Court* avec des *either-way offences* augmenta de 55 000 à 81 500 soit une augmentation de 48 %. Ceci représente un accroissement de 15 à 21 % de tous les prévenus jugés devant cette cour pour des *either-way offences*. Dans la même période, le nombre de prévenus renvoyés devant la *Crown Court* et en détention provisoire passa de 13 000 à 21 500.

L'article 19 du *Magistrates'Court Act* 1980 précise : « la cour doit considérer si l'infraction est mieux à même d'être jugée sommairement ou devant juge et jury, mais avant d'en débattre, elle doit permettre à l'accusation et à la défense de soumettre leur choix quant au for. En prenant leur décision, les *magistrates* se doivent de considérer si les circonstances font que l'infraction est grave, s'ils ont le pouvoir d'infliger une peine adéquate et toute autre circonstance qui pourrait faire que cette infraction devrait être jugée d'une façon plutôt que d'une autre ».

C'est donc aux *magistrates* de décider si l'affaire doit être entendue par la *Crown Court* ou par eux-mêmes en tant que juridiction de jugement. Si les *magistrates* acceptent juridiction, le prévenu doit être averti qu'il peut consentir à être jugé par la *Magistrates'Court* ou choisir d'être jugé avec juge et jury devant la *Crown Court*. Si le prévenu choisit d'être jugé par la *Magistrates'Court*, celui-ci doit être averti qu'il peut se voir renvoyé devant la Cour de la Couronne pour le prononcé de la sentence, si après reconnaissance de culpabilité la *Magistrates'Court*, après communication du casier judiciaire, considère que la peine envisagée outrepasse ses pouvoirs. Selon les circulaires du *Crown Prosecution Service*, le choix du for doit être conditionné par :

1. la nature de l'affaire ;

2. si les circonstances font que l'infraction est grave ;

3. si les *Magistrates* ont compétence pour le prononcé de la peine sans que le *Crown Prosecution Service* ne s'exprime sur la nature ou la durée de celle-ci ;

4. tout ce qui pourrait faire que l'infraction devrait être jugée devant un for plutôt qu'un autre.

Il n'y a aucun doute qu'il y a souvent de profondes affinités entre le point de vue de l'accusation et celui des *magistrates* quant au choix du for. D'ailleurs, les faits entourant l'affaire sont avant tout présentés par l'accusation. Bien entendu, la gravité de l'infraction est un élément majeur mais il y a d'autres éléments pour renvoyer devant la Cour de la Couronne. Par exemple, si le prévenu attend d'être renvoyé pour d'autres affaires, la *Magistrates'Court* déclinera sa compétence. Dans la majorité des cas il y a accord sur le choix du for. Le prévenu a toujours la possibilité de choisir la *Crown Court* même si les *Magistrates* lui proposent de le juger sommairement.

Lorsqu'on interroge le *solicitor* de la défense, le rapport montre que le choix du for est avant tout fonction de ce que le prévenu a l'intention ou non de plaider coupable. Les prévenus choisissent la *Magistrates'Court* parce qu'ils considèrent que l'affaire sera plus vite conclue, qu'ils seront moins sévèrement condamnés, que la procédure sera moins longue, que l'affaire est de peu d'importance.

Les prévenus qui choisissent la *Crown Court* avancent comme raison (quand ils plaident non coupable) : que la *Magistrates'Court* est partiale envers l'accusation, qu'ils attendent de la Cour de la Couronne d'être plus justement jugés, qu'ils font confiance au jury et qu'ils ont plus de chances d'être acquittés. Lorsque les prévenus plaident coupable, ils avancent comme raisons de leur choix du for : défiance face aux *magistrates*,

espoir de peine plus légère infligée par le juge (d'autres espèrent être renvoyés devant la Cour de la Couronne pour le prononcé de la sentence).

On peut conclure que les prévenus qui plaident non coupable ont tendance à voir dans la *Crown Court* une meilleure chance d'acquittement et ne craignent pas les lenteurs de la procédure ni la possibilité d'être plus sévèrement condamnés si reconnus coupables. Parmi les prévenus qui plaidèrent non coupable sur tous les chefs d'accusation, 66 % furent acquittés par la Cour de la Couronne (jury) et 45 % par la *Magistrates'Court*. Ce rapport nous montre donc que, pour les prévenus qui plaident non coupable et pour ceux qui plaident coupable, il n'y a pas grand intérêt à choisir la *Magistrates'Court*. La solution est peut-être dans le fait d'encourager les *magistrates* à accepter juridiction dans un plus grand nombre d'affaires pouvant être entendues *either way*.

Antoine J. BULLIER

L'instruction préparatoire, par Jean Pradel, Paris, Editions Cujas, 1990, 980 pages.

Le professeur Jean Pradel, dont on connaît le penchant pour la procédure pénale du fait des notes nombreuses qu'il a publiées au *Recueil Dalloz*, nous présente un très volumineux ouvrage (près de mille pages) sur *L'instruction préparatoire*. C'est qu'en effet Jean Pradel n'a pas oublié qu'il a été juge d'instruction et même si, depuis cette époque, de très nombreuses lois sont intervenues (par ex. celles du 17 juill. 1970, du 6 août 1975, du 2 févr. 1981, du 10 juin 1983, etc.) qui ont modifié tel ou tel point de l'instruction, il nous donne souvent son opinion d'ancien magistrat ou de praticien, ce qui est fort précieux.

L'ouvrage débute par un chapitre introductif de 130 pages, dont une première section est consacrée par parts sensiblement égales à l'évolution historique du système français et à des aperçus de droits étrangers. Certains d'entre eux connaissent le juge d'instruction, tandis que d'autres ont écarté le juge d'instruction, mais certains actes jugés graves nécessitent l'intervention d'un juge (Allemagne, Italie ou Royaume-Uni). Quant à la deuxième section, elle fixe les principes directeurs de l'instruction préparatoire. Ces principes concernent le juge – juge spécialisé et ne pouvant participer au jugement – et l'impartialité du juge. Mais c'est aussi l'indépendance du juge dans la conduite de l'information qui doit être tempérée par le respect des droits octroyés aux parties (ministère public et parties privées). Aussi bien le juge doit-il respecter les droits de la défense et agir loyalement, sans ruse ni artifice. Enfin, le dernier principe concerne le caractère secret et écrit de l'instruction, qui est parfois malmené...

Une fois ces règles énoncées, le professeur Pradel procède à l'étude de l'instruction préparatoire d'après trois thèmes : l'instruction par le juge d'instruction, l'instruction par la chambre d'accusation, et enfin « l'instruction par une juridiction particulière ».

La première partie, l'instruction par le juge d'instruction, est de loin la plus importante. N'est-ce pas celle qui soulève critiques, réserves ou projets divers de modifications ? Elle débute par une étude du statut du juge d'instruction et de sa compétence, ainsi que des questions du secrétariat commun, voire de la collégialité des juges, problème à nouveau devenu d'actualité. A cet égard, on notera que la pratique actuelle autorise des réunions périodiques et des échanges de renseignements, de sorte que la désignation de plusieurs juges ne constitue pas une priorité. Un titre premier examine ensuite les formes de l'activité du juge. Trois thèmes y figurent : les procès-verbaux, les mandats et les ordonnances. Ces deux derniers retiendront particulièrement l'attention, en raison de leur importance. Parmi les mandats, M. Pradel fait une place au mandat d'arrêt international qui présente une utilité compte tenu des formes de la criminalité contemporaine. Quant aux ordonnances, c'est la question des ordonnances juridiction-

nelles qui retient l'attention, du fait de leur notification qui permet une certaine contradiction, quand bien même toutes critiques et tous recours ne sont pas recevables.

Le titre II de la première partie a trait aux limites de l'activité du juge : c'est le début et l'achèvement des pouvoirs du magistrat instructeur. Les conditions d'ouverture par un réquisitoire introductif sont soigneusement décrites, comme celles découlant d'une constitution initiale de partie civile. L'attribution des dossiers fait l'objet de développements qu'un revirement de jurisprudence a rendus moins indispensables (cf. Crim. 4 déc. 1990, *Bull. crim.* n° 415, cette *Revue* 1991.371, obs. Braunschweig). En revanche, demeure très utile l'étude de la saisine *in rem* et on approuvera le professeur Pradel en ce qu'il critique des décisions « audacieuses » qui étendent la saisine à toute une famille d'infractions (p. 263). A croire que l'on puisse admettre la validité des commissions rogatoires générales... Quant à la fin des pouvoirs du juge, elle peut résulter d'une décision de dessaisissement, mais aussi et surtout de la clôture de l'instruction. Des développements très pratiques concernent le réquisitoire définitif, sa rédaction et ses propositions. De même M. Pradel rappelle que la décision du juge doit être motivée, et critique la jurisprudence qui accepte qu'une ordonnance adopte les « motifs indiqués au réquisitoire définitif » (p. 298). Il montre qu'il est peu recommandé de rendre une ordonnance dite complexe qui peut rendre recevable l'appel interjeté contre une ordonnance de règlement en matière correctionnelle (Cf. Crim. 2 mai 1967, *Bull. crim.* n° 143 ; Crim. 14 déc. 1982, *Bull. crim.* n° 288 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Procédure pénale*, 14e éd. n° 632, p. 793).

Le titre III de cette partie a trait à l'activité du juge d'instruction. Cette activité est orientée vers la recherche de la vérité. Le juge peut aller la chercher sur place, au moyen d'un transport sur les lieux (p. 350 et s.). Il peut aussi la découvrir par les auditions de différentes personnes. Cela peut être l'interrogatoire de l'inculpé, lequel bénéficie d'un droit au silence (n° 350, p. 365) et ne doit pas être « mis en cause » tardivement (n° 360) ou trop tôt (n° 356). La technique des interrogatoires intéressera les praticiens (juges ou policiers).

Cela peut être aussi l'audition de la partie civile (n° 408 et s.) ou des témoins (n° 414 et s.) dont le régime est soigneusement décrit. Puis ce sont les indices qui doivent être recherchés par les perquisitions et saisies (n° 441), ce qui amène l'auteur à examiner les saisies de correspondances. L'expertise est également très importante pour la découverte de la vérité : le choix de l'expert, la mission de l'expert et le déroulement de l'expertise comportent des développements importants. Enfin, c'est la très pratique commission rogatoire qu'étudie le professeur Pradel, tant en procédure interne qu'en matière internationale (V. p. 574 à 584).

On sait que les commissions rogatoires sont une nécessité, mais qu'elles sont moins critiquables que les enquêtes de police. En outre, elles entraînent la soumission à toutes les règles de l'instruction, à moins de limitations ou d'interdictions (V. par ex. les écoutes téléphoniques, p. 548). Soucieux d'une efficacité maximum, le professeur Pradel admet la validité des saisies incidentes (n° 551, p. 570). Une telle pratique nous semble cependant contestable comme nous l'avons déjà précisé (V. cette *Revue* 1991.221, Les abus en matière de procédure pénale, et spéc. p. 240 et 241).

Enfin, pour achever l'étude de l'instruction par le juge d'instruction, M. Pradel examine les atteintes à la liberté : le contrôle judiciaire et la détention provisoire.

De loin, cette dernière mesure présente un très grand intérêt. C'est qu'en effet elle doit être examinée au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme imposant un contrôle strict et une durée raisonnable (n° 638 et s.). Aussi bien, les indications fournies par le professeur Pradel sur la jurisprudence européenne seront utiles aux avocats comme aux magistrats.

La deuxième partie du traité de l'instruction préparatoire est consacrée à la chambre d'accusation. On sait que le code de procédure pénale a tenu à renforcer l'autorité de

cette juridiction. Aussi sa structure et sa compétence sont examinées préalablement. Ensuite, ce sont les pouvoirs tant en matière criminelle qu'en tout autre domaine qui sont passés en revue. Avec le professeur Pradel, on regrettera le système restrictif issu de la loi du 29 décembre 1972, qui ne permet pas toujours l'exercice d'un appel ouvert par la loi. De même, le mécanisme d'examen de la régularité des procédures est loin d'être satisfaisant ; aussi peut-on souhaiter que le projet de loi dit *Sapin* déposé le 2 mars 1992 sur le bureau de l'Assemblée nationale soit amendé, car sous couleur de purger les vices de l'instruction il pourrait conduire à une élimination de fait d'un certain nombre d'irrégularités.

C'est aussi la manière de procéder devant la chambre d'accusation qui est décrite minutieusement. Il est vrai qu'elle revêt un caractère plus contradictoire que la procédure suivie devant le juge d'instruction.

Enfin, la troisième partie étudie l'instruction devant « une juridiction particulière ». En fait, dans certaines matières, le juge d'instruction dispose de pouvoirs particuliers, mais pour l'essentiel les règles communes sont applicables (ex. terrorisme, infractions économiques). En revanche, ce sont des règles autonomes et souvent dérogatoires au code de procédure pénale qui concernent les mineurs (p. 908 et s.) et les militaires (ce qui est très exceptionnel pour le temps de paix, cf. p. 936 et s.). L'ouvrage s'achève sur les juridictions chargées d'instruire les faits reprochés à des magistrats, fonctionnaires, ou même des personnages politiques (Haute Cour de justice, p. 957).

Il s'agit d'un ouvrage fondamental, qui comporte — sur chaque thème — une bibliographie et de très nombreuses références jurisprudentielles. Des modèles d'actes sont proposés aux lecteurs. C'est donc tout à la fois un traité théorique et pratique, qui rendra les plus grands services aux magistrats et avocats. Sans doute, pensera-t-on, cette étude pourrait se trouver exposée aux vents des réformes : propositions de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, ou projet déposé en mars 1992 par M. le ministre délégué à la Justice, M. Sapin. A vrai dire, nul ne peut prédire l'état du droit de demain et il est permis raisonnablement de penser qu'une partie de ce qui est admis aujourd'hui demeurera.

De toute façon, le professeur Pradel ne manque jamais de commenter les nouvelles dispositions de procédure pénale (V. à propos de la loi du 10 juill. 1991, *D.* 1992.*Chron.* 49). C'est dire qu'il nous fournira d'utiles et précieuses mises à jour d'un ouvrage essentiel.

Bernard BOULOC

VI. — CRIMINOLOGIE

Ethnic Groups in Conflicts, par Donald L. Horowitz, Berkeley University of California Press, 1985, 697 pages.

A Democratic South Africa, Constitutional Engineering in a Democratic Society, par Donald L. Horowitz, Berkeley, University of California Press, 1991, 293 pages.

La fin du XXe siècle a vu l'effondrement des idéologies, mais aussi l'exacerbation des conflits ethniques partout dans le monde. La Yougoslavie, l'ex-Union soviétique, le Sri-Lanka, l'Inde mais aussi des Etats beaucoup plus développés comme le Royaume-Uni et la Suisse connaissent des conflits ethniques. D'abord ce mot « ethnie » qui, depuis trente ans, a remplacé chez les anthropologues le mot de « tribu » aujourd'hui banni. Le terme est difficile à traduire en anglais : *ethnic group, ethny ou ethnie* comme en français. Ce mot véhicule, bien évidemment, des connotations culturelles comme la langue, la

religion, l'histoire, les moeurs, les modes de vie et coutumes, les pratiques et un savoir mais aussi un vouloir vivre communs. Mais le mot a aussi une connotation raciale, il semble que l'ethnie rassemble ceux qui se disent provenir d'une même ascendance. Un ancêtre commun, souvent éponyme, auquel on peut s'identifier. L'ethnicité c'est l'ensemble des caractères propres à une ethnie, mais aussi le fait de valoriser ses paramètres dans une donnée. Les idées millénaristes n'ayant plus cours en cette fin de siècle, on voit réapparaître un peu partout des conflits qu'on croyait naïvement résolus. Les phénomènes identitaires semblent avoir pris le pas sur nombre de discours politiques et, comme l'homogénéité est rarissime parmi les composantes humaines des Etats, on voit des tensions se créer selon des clivages culturels que l'on croyait sinon effacés du moins en partie gommés. Donald L. Horowitz dans ces deux ouvrages essaie de nous montrer comment dans les différentes parties du monde les Etats arrivent à gérer les tensions internes qui les éprouvent. Il ne faudrait pas croire que les tensions ethniques sont réservées aux Etats du Tiers Monde ; le Canada, les Etats-Unis, la Nouvelle-Zélande ont des tensions ethniques tout comme l'Ethiopie ou l'Afrique du Sud. Mais tout est-il comparable ? Peut-on faire véritablement un parallèle entre les Jurassiens francophones encore rattachés au canton alémanique de Berne et qui veulent faire sécession et les Sikhs du Penjab qui veulent le *Khalistan* ? L'auteur de ces lignes ne le croit pas. Le livre ambitieux et réussi de Horowitz nous brosse un tableau des différentes solutions envisagées afin de résoudre ce qui trop souvent et tragiquement est insolvable. Quand on voit aujourd'hui se développer un véritable virus de la fragmentation comme le dit Maurice Duverger, il est très intéressant d'étudier comment les différents Etats essaient de gérer ces problèmes. Afin de séparer des ethnies ou des peuples qui ne peuvent s'entendre, on peut ériger entre eux des frontières internes entre entités fédérées ou des frontières internationales lorsqu'on procède à une partition. Afin de diffuser le pouvoir et de le déconcentrer, on peut établir un système de poids et contrepoids comme dans la Constitution américaine. Le fédéralisme comme l'autonomie interne peuvent être des solutions. Mais il faut que ces tentatives soient acceptées de bonne grâce et de bonne foi par les intéressés. Les meilleurs constitutionnalistes n'arriveront pas à apaiser certains ; quand on voit les exemples du Québec, de certains Etats indiens ou des Basques de l'ETA, on peut être sceptique sur les méthodes si bien décrites par l'auteur. Celui-ci fait un tour d'horizon mondial des solutions tentées sur la planète pour essayer de faire vivre dans un même Etat des populations qui, de prime abord, ne s'entendent pas. Reconnaître officiellement certains groupes comme le font les Constitutions de l'Inde, de la Malaisie, de Fidji avec à la clef des avantages pour l'accès à certains emplois ou institutions paraît raisonnable. Bien sûr, de tels avantages sont accordés, mais le principe sacro-saint d'égalité est maintenu comme dans « l'action affirmative » américaine directement issue des arrêts de déségrégation de la Cour suprême. Comme le dit dans sa conclusion assez pessimiste et sceptique Horowitz, les liens du sang ne doivent pas automatiquement mener à des fleuves de sang. Tout le monde en conviendra. Mais l'auteur de ces lignes pense cependant que toutes les constructions constitutionnelles avec *Bill of Rights* et autres protections de l'individu ne pourront rien résoudre s'il n'existe pas dans ces différentes populations partageant le même Etat une volonté de vivre ensemble supérieure à une volonté de se séparer. C'est cette culture du vouloir vivre ensemble qui devrait d'abord être développée en inculquant aux jeunes la fierté d'être citoyens de l'Etat tout en respectant scrupuleusement les diversités ethniques. Ceci n'est possible que s'il y a démocratie. Les grands Etats fédéraux qui ont su gérer les tensions ethniques ont développé une fierté d'être membre de l'Etat : être Américain, Suisse, Indien. Le gouvernement fédéral canadien essaie de développer le canadianisme parmi les peuples fondateurs et les autres communautés, dont les premières populations (Indiens et Inuits). Dans son ouvrage, Horowitz nous montre toute l'ingéniosité dépensée pour essayer de trouver des moyens techniques afin de réduire les tensions et les conflits entre populations devant cohabiter dans un même Etat. Certes le fédéralisme est une solution mais il n'est pas la panacée. Les Etats fédéraux ont souvent tendance à

prendre de plus en plus de pouvoirs aux dépens des entités fédérées (cantons suisses ou Etats américains). On peut certes réduire les tensions avec un système de représentation proportionnelle, des blocages avec des majorités qualifiées, des pactes nationaux avec emplois réservés, ou des directoires avec présidence annuelle. De tels mécanismes ne peuvent fonctionner que dans un contexte où les populations concernées ont un vouloir vivre ensemble plus fort que leurs tendances centrifuges. Il est très difficile ainsi de comparer la Suisse à la Yougoslavie, les Etats-Unis au Canada. Dans les pays du Tiers-Monde la notion même d'Etat n'a pas souvent la même acception que chez nous. Il semble cependant que la condition majeure pour réduire les tensions ethniques soit la démocratie et le respect des droits de l'homme. Il n'est pas possible de construire des entités durables lorsqu'elles sont fondées sur la terreur ou la contrainte. Depuis deux ans, le gouvernement sud-africain s'est engagé dans une voie nouvelle en voulant répudier quarante-deux années d'Apartheid. Il l'a fait en acceptant d'avoir pour interlocuteur les vrais représentants de la majorité c'est-à-dire l'ANC et ses alliés. L'Afrique du Sud qui avait voulu résoudre ses problèmes ethniques de façon ségrégative s'est rendue compte après tant d'erreurs qu'elle allait vers une impasse ou pire vers une guerre civile avec pour fondement les exacerbations ethniques. Dans un mouvement courageux, le Président de l'Etat a décidé de faire une politique autre en essayant de trouver un compromis avec les interlocuteurs formant la majorité du pays mais réduits à l'état de minorité. Le parti nationaliste a ouvertement désavoué l'Apartheid, il a reconnu que cette politique a mené l'Afrique du Sud à la faillite politique, à l'isolement international et à la guerilla urbaine annonciatrice de guerre civile. Des négociations se déroulent à l'heure actuelle (mai 1992) afin que les parties en présence puissent se mettre d'accord sur une Constitution avec suffrage universel direct et *Bill of Rights* avec contrôle de constitutionnalité et protection des droits de l'homme à l'américaine. Avec ces dispositions aujourd'hui acceptées par le parti nationaliste et le Congrès national africain, l'Afrique du Sud qui a vu s'effondrer l'Apartheid sera peut-être un jour un grand pays sans tensions raciales parce qu'elle sera devenue démocratique et que le vouloir vivre ensemble l'aura emporté sur la répartition des races et la partition de l'Etat. L'idéologie avait été autant raciale que spatiale. Aujourd'hui l'Afrique du Sud, si elle réussit sa transition vers la démocratie, aura montré au monde grâce à des leaders hors de l'ordinaire que la réconciliation est possible tout comme le compromis, si on peut faire comprendre aux peuples qui partagent le même territoire qu'il y a plus à gagner à vivre ensemble qu'à se séparer ou se faire la guerre. Tel est le thème du beau livre de Horowitz tout juste publié sur l'Afrique du Sud et qui vient à point nommé donner une note d'optimisme à son autre livre sur les conflits ethniques.

Antoine J. BULLIER

Political Violence and The Law in Ireland, par Gérard Hogan et Clive Walker, Manchester et New York, Manchester Universty Press, 1989, 342 pages.

Voici un ouvrage tout à fait intéressant, superbement documenté sur les problèmes de la violence politique en Irlande. Vieille terre de conflits depuis des siècles, l'Irlande est déchirée par des rivalités politiques que sa frontière internationale n'a pas résolues. L'unité de l'île est brisée depuis 1920 lorsque le *Government of Ireland Act* divise le territoire des trente deux comtés en deux ensembles : l'un pour le sud : vingt six comtés avec Dublin pour capitale, et six pour le nord alors que l'Ulster historique avait neuf comtés dont trois seront détachés pour s'agréger à l'Etat libre, nouveau Dominon qui voit le jour fin 1921. Depuis l'émergence de ce nouvel Etat, l'île ne connaîtra que de courtes périodes de répits et sera au nord surtout, mais aussi au sud, le théâtre de violents actes de terrorisme qui sont, encore aujourd'hui, d'actualité. Au nord comme au sud, les deux Etats essaieront de vaincre cette violence de manière différente mais avec une tradition judiciaire commune issue de la common law anglaise.

Même avant l'union de l'île au Royaume-Uni en 1800, les *Riot (Ireland) Acts* de 1763 et 1787 avaient été votés. La loi de 1787 devint d'ailleurs permanente. Le Parlement de Westminster après 1800 se décida de voter les *Coercion Acts*. Pendant la première guerre mondiale, Londres fit voter les *Defence of the Realm Acts* et en 1920 le *Restoration of Order in Ireland Act*. Après 1921, avec l'émergence de l'Etat libre d'Irlande la législation concernant l'île va provenir de trois sources. Dublin pour le nouveau Dominion, Belfast pour l'Irlande du Nord, qui bénéficient pendant cinquante ans de l'autonomie interne et Londres puissance suzeraine qui suspendra l'autonomie en 1972 devant les menées terroristes. Dès sa création, l'Irlande du Nord se protège du terrorisme grâce à un appareil législatif sophistiqué. Ce sont avant tout les *Special Powers Acts* qui ont institué en Irlande du Nord autonome l'appareil de répression. Pendant cinquante ans l'Irlande du Nord sera un véritable Etat policier où le principe du contrôle de légalité *judicial review* n'existait pratiquement pas. Il ne faut pas oublier que ce mini-Etat au nord-est de l'île constitue une entité contestée par un tiers des habitants avec un arrrière-pays immédiat qui lui est foncièrement hostile. En Irlande du Sud on aurait pu croire que les lois répressives datant du Royaume-Uni seraient abrogées dès l'indépendance acquise. Si ces textes furent supprimés, ils furent immédiatement remplacés par les *Public Safety (Emergency Powers) Acts* de 1924 à 1928. A la différence de l'Irlande du Nord partie intégrante du Royaume-Uni mais possédant un texte constitutionnel, l'Etat libre s'était doté d'une Constitution avec possibilité de contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels dans les articles 6 à 9. Cependant, le pouvoir judiciaire sud-irlandais laisse l'exécutif agir et n'intervient pas. Afin d'écarter tout contrôle de constitutionnalité, une cour militaire fut instituée par un amendement à la Constitution (art. 2A). A la différence de l'Irlande du Nord, l'Etat libre fut obligé de légiférer beaucoup plus souvent afin de respecter sa nouvelle Constitution.

En mars 1972, le Parlement de Westminster décida de suspendre la législature d'Irlande du Nord et de transférer sa compétence et sa fonction à un ministre d'Etat chargé de la province britannique responsable devant le Parlement de Londres. Il n'y a aucun doute qu'une seule législation anti-terroriste pour le Royaume-Uni tout entier serait beaucoup plus simple et empêcherait des chevauchements de compétence entre les *Emergency Provision Acts* et le *Terrorism Act*. En Irlande du Nord, les juges sont contestés par un tiers de la population et leurs liens avec l'unionisme les disqualifie aux yeux des catholiques, le contrôle de constitutionnalité n'existe pas au Royaume-Uni mais il y a de plus en plus de recours *via* la Convention européenne des droits de l'homme. A la différence de l'Ulster resté britannique, l'Etat libre, dès 1922, précisait dans sa Constitution que la protection des droits fondamentaux pouvait être invoquée *via* les articles 65 et 66 par la *High Court* et la *Supreme Court*. La Constitution de 1937 prévoyait une déclaration des droits avec système enchâssé de contrôle judiciaire constitutionnel. L'article 38-3 prévoyait l'institution de cours spéciales sans jury dont la constitution, les pouvoirs, la compétence et la procédure seraient établis par la loi. En 1939, l'*Emergency Powers Act* est voté pour étendre la compétence de l'article 28.3.3. qui donne immunité constitutionnelle à toute loi votée afin de préserver la sécurité publique, la sûreté de l'Etat en temps de guerre ou de rébellion armée.

Plus qu'en Irlande du Nord, les juges de l'Etat libre puis de la République ont essayé de protéger libertés publiques et droits individuels. Il faut remarquer que les juges sud-irlandais avaient à leur disposition des procédures constitutionnelles dont ne bénéficiaient pas leurs collègues d'Ulster, que ceux-ci doivent dire le droit dans une province dont la légitimité est contestée et où la violence est beaucoup plus importante qu'au sud.

Les forces de l'ordre au nord sont beaucoup mieux entraînées et perfectionnées que celles de la République. Depuis 1969, le gouvernement du Stormont (Belfast) et après 1972 Westminster directement responsable ont rénové et modernisé la *Royal Ulster Constabulary* avec 8 250 hommes permanents et 4 500 réservistes ainsi que les forces armées au nombre d'environ 12 000. Evidemment la *Royal Ulster Constabulary* est une

force para-militaire redoutablement efficace. La Garde Siochana et les *Defence Forces* ne peuvent se comparer aux forces britanniques du nord.

En Ulster, pour les délits pénaux liés au terrorisme et depuis la fin des internements en 1975, les *Diplock Courts*, c'est-à-dire la Cour de la Couronne statuant sans jury existent depuis 1973. Jusqu'en 1987, cette cour ne siégeait qu'à Belfast. Cette cour siège exactement comme s'il y avait un jury. Les infractions certifiées sont l'homicide, l'incendie criminel, les infractions les plus graves contre les personnes et les biens, les infractions liées aux explosifs et aux armes à feu, vol à main armée et cambriolage, intimidation et chantage, utilisation de cocktail Molotov et participation à une organisation prohibée. Il y a des cours spéciales pénales dans les deux Irlandes : les *Diplock Courts* sont présidées par un juge de la High Court ou de la cour d'appel, il y a d'ailleurs appel automatique devant la cour d'appel. En République d'Irlande la cour spéciale criminelle fut instituée de 1939 à 1946, puis de 1961 à 1962 et de 1972 à nos jours. Cette cour comme la *Diplock Court* siège sans jury mais avec trois juges au lieu d'un en Ulster. Contrairement à la tradition anglaise, le jugement de la cour est unanime sans majorité ni minorité dissidente. Pour y siéger on doit être juge de la High Court, de la Circuit Court ou de la District Court ou avoir été *barrister* au moins sept ans. Lors de l'Accord anglo-irlandais (1985) les autorités de Dublin demandèrent que les *Diplock Courts* soient réformées et qu'elles comprennent trois juges au lieu d'un seul. Les *Diplock Courts* sont parfaitement conformes aux exigences d'équité précisées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, la *Special Criminal Court* est conforme à la Convention.

La différence fondamentale entre la gestion de la justice pénale face au terrorisme en République d'Irlande par rapport à l'Irlande du Nord est que la situation dans la République est beaucoup moins violente qu'en Ulster, que la société sud-irlandaise est homogène par rapport à celle des six comtés, que la Constitution irlandaise permet un contrôle de constitutionnalité inexistant au nord. Doit-on dire que la justice sud-irlandaise peut être comparée favorablement à la justice nord-irlandaise ? Que les droits de l'homme sont mieux respectés au sud qu'au nord ?

Les extraditions entre les deux Etats ne fonctionnent pas toujours comme elles devraient. Dans l'arrêt de la Cour suprême *McGimpsey v. Ireland (1990)* le *Chief Justice* Finlay a déclaré que la « réintégration du territoire national est un impératif constitutionnel » ce qui est absolument contraire au *Northern Ireland Constitution Act 1973 s.1* qui précise que l'Irlande du Nord ne cessera de faire partie intégrante du Royaume-Uni qu'avec le consentement de la majorité de la population. Il semble que l'*Extradition Act 1987* verra plus d'extraditions que celles effectuées grâce à l'*Extradition Act de 1965*. Le fond de l'affaire est que les juges irlandais comprennent plus aisément les mobiles des nationalistes que leurs collègues du nord ! La grande différence entre les deux systèmes réside dans le fait que l'un est parfaitement accepté, alors que l'autre est foncièrement contesté par une minorité et par l'Etat du Sud. Dans ce cas, il est difficile d'éradiquer la violence lorsque la Cour suprême d'Irlande considère qu'il y a un impératif à réintégrer le territoire national, donc la Haute juridiction de la République considère que seule la souveraineté du gouvernement de Dublin est légitime sur toute l'île. Dans cette interprétation des articles 2 et 3 de la Constitution de 1937, le Haut Tribunal irlandais ne donnait pas sa caution aux terroristes mais leur apportait une source de légitimité qui ne fera rien pour éliminer la violence au nord comme au sud de cette vieille terre meurtrie.

Antoine J. BULLIER

Nouvelles approches de criminologie clinique, sous la direction de Reynald Ottenhof et Anne-Marie Favard, Toulouse, Editions Erès, 1991, 269 pages.

Le titre de l'ouvrage souligne son caractère original. Il s'agit certes de criminologie clinique au sens traditionnel du terme. Mais on y trouve, également, d'autres orienta-

tions, y compris une appréciation critique des recherches qu'il présente. Il s'efforce, aussi, comme le souligne R. Ottenhof, dans une préface qui porte loin, d'accentuer tant « le renouveau de la clinique que le caractère innovant des méthodologies mises en oeuvre ».

Pour réaliser cet objectif trois séries d'études ont été menées à bien : elles concernent la criminologie clinique, la criminologie urbaine et l'évaluation de la pratique et de la recherche. Elles sont complétées par des contributions diverses, réunies en un ensemble qualifié de « Contrepoints ».

Les études de *criminologie clinique* envisagent successivement les rapports de la conduite délinquante et de la réaction sociale, la reproduction de l'inadaptation et la personnalité criminelle. L'approche de la *criminologie urbaine* met, elle, l'accent sur la petite délinquance, la pathologie sociale urbaine, la prévention et la participation communautaires. Puis, la caractérisation de la pratique clinique, la méthode clinique de recherche et la méthode clinique d'évaluation sont successivement envisagées dans les développements consacrés aux *études évaluatives*. Enfin, sous le titre « *Contrepoints* » sont regroupées des contributions sur le test de Rorschach et la personnalité criminelle (J.-Ch. Hérault), sur quelques caractéristiques de la personnalité criminelle des femmes (R. Cario), sur les représentations de la délinquance et de la criminalité dans la ville (J. Faget), sur le rôle de la criminologie dans la prévention du crime, le traitement et la réinsertion sociale du délinquant (D. Szabo), sur la criminogénèse et la personnalité dans la perspective clinique (G. Canepa), sur le passage de la recherche clinique à la clinique criminologique (J. Pinatel).

Il ne saurait être question ici de résumer, même succinctement, ces différentes contributions. Certaines d'entre elles ont d'ailleurs été portées déjà à la connaissance des lecteurs de cette *Revue* (1979.883 à 891, 1980.189 à 198 et 481 à 489, 1985.775 à 781). Ce qu'il suffira de mettre en évidence c'est l'actualité des problèmes soulevés, le caractère rigoureux et novateur de la méthodologie utilisée et les perspectives ouvertes par les résultats obtenus par les diverses recherches.

Sur le plan de l'actualité, la théorie de la personnalité criminelle domine les études de criminologie clinique et nombre d'études complémentaires et occupe une place essentielle. Elle est commentée, critiquée, reprise, affinée. L'intérêt que lui porte la recherche criminologique est attesté par la publication récente d'un ouvrage qui lui est consacré dans la même collection (*La personnalité criminelle* sous la direction de Robert Cario et Anne-Marie Favard, Erès, 1991, 208 p.). De même, le thème de la criminologie urbaine est à l'ordre du jour depuis que H. Laborit a publié *L'homme et la ville* (Flammarion, 1971, 215 p.). Enfin, il n'est pas besoin de souligner le développement de la recherche évaluative ces dernières années.

Du point de vue méthodologique, ce qui frappe, en premier, c'est le caractère rigoureux des *études de criminologie clinique*. Elles envisagent successivement l'histoire de la cohorte de naissance (ou génération de naissance), l'histoire familiale intergénérationnelle (des grands-parents aux petits-enfants) et l'histoire individuelle (histoire de vie). Cette approche permet de situer les éléments individuels dans un contexte élargi, notamment dans celui de la réaction sociale. Mais elle est basée sur l'enregistrement des caractéristiques individuelles du sujet dans tous les cas : il est l'unité de compte, non seulement des données le concernant, mais aussi des situations et des pratiques d'intervention. L'information brute est réunie par une approche documentaire (casiers, procès-verbaux, examens médico-psychologiques et sociaux, protocoles et tests). Sur cette information, résultant, pour l'essentiel des pratiques sociales, un travail est opéré tendant à la transformer en donnée scientifique. Cette transformation s'opère par une double analyse : l'une d'ordre clinique, l'autre portant sur le discours effectué à propos du cas envisagé. Elle fait appel également à la construction de variables en distinguant, par exemple, conduite et réaction sociale. A partir de là, des techniques sont mises en oeuvre pour affiner les résultats. Elles sont diversifiées selon les thèmes d'étude.

Mais au-delà de cette démarche rigoureuse, ce qui fait l'innovation de certains *aspects méthodologiques* exposés dans l'ouvrage, c'est que la recherche clinique y prend la pratique clinique comme objet d'étude, aussi bien que les cas soumis à cette pratique. Prendre la pratique clinique comme objet d'étude a pour conséquence d'élargir la perspective évaluative traditionnelle. Cette dernière est — on le sait — basée sur l'établissement d'un rapport entre le devenir des sujets et le traitement effectué. Elle a permis de dégager des résultats relatifs à la constance du récidivisme et aux effets différentiels obtenus suivant les types de sujets. Mais n'a pas permis une évaluation sérieuse de l'intervention clinique. Il convient, dès lors, de préciser par la biographie ou l'étude suivie (*follow-up*) dans quelle mesure l'intervention clinique s'est manifestée positivement ou négativement dans l'histoire du sujet. Anne-Marie Favard a, par un effort considérable, tenté de préciser les principes et les modélisations de cette méthode d'évaluation clinique. D'ores et déjà, il apparaît que le devenir du sujet n'est pas tant fonction de l'efficacité du traitement que de « l'effectivité, des dysfonctionnements, des aléas, des distorsions de la prise en charge ».

On voit ainsi que des *perspectives nouvelles* sont ouvertes dans le domaine du traitement. C'est, au surplus, un trait fondamental de la plupart des contributions réunies dans l'ouvrage, que d'exprimer des recommandations susceptibles d'améliorer l'état actuel des choses. C'est ainsi qu'il est mis l'accent sur le fait que « malgré l'importance théorique et empirique du concept de personnalité criminelle, nombre de praticiens le refusent : il joue à leur égard le rôle d'un « concept-écran ». Ce qui ne saurait étonner, lorsque la caractérisation de la pratique clinique, effectuée à partir de trois études portant sur un centre de jeunes, une consultation médico-psychologique et un service de milieu ouvert, montre qu'elle fonctionne de façon paradoxale, en substituant au modèle clinique des modèles socio-juridiques. Il en résulte des effets incontrôlés et néfastes sur le devenir des sujets. Se pose donc, avec acuité, le problème de la formation des praticiens.

La *politique criminelle* a été abordée par les études de criminologie urbaine. Des investigations effectuées à Pau et à Bayonne, en ce qui concerne la petite délinquance, il ressort qu'au niveau policier, comme au niveau judiciaire, la victime n'a pas une place importante et n'a que peu de satisfaction à attendre de la prise en charge de sa plainte. Dès lors, l'efficacité des politiques de prévention, de médiation et d'aide aux victimes semble douteuse. De même, à la suite d'une recherche faite à Bayonne et à Toulouse, il est apparu que les campagnes nationales, effectuées en ayant recours aux médias, aggravent l'insécurité. Il convient, dans ces conditions, de privilégier les campagnes effectuées au niveau de la ville, si l'on veut développer la participation du public à la prévention de la délinquance. Et, comme dans les reproductions de l'inadaptation, c'est le poids de la lignée maternelle qui prédomine, la politique préventive devrait prendre en considération par priorité les difficultés des mères et s'efforcer de les atténuer.

Ces perspectives de politique criminelle sont incompatibles avec la non-intervention préconisée par certains tenants de la criminologie radicale. Et c'est ce que confirme le résultat le plus important des études par cohortes, à savoir que le processus de la conduite et le processus de la réaction sociale ne relèvent pas du même modèle scientifique. Le phénomène criminel présente sa réalité propre et n'est pas réductible aux modalités d'application de la réaction sociale.

Tels sont, trop brièvement présentés, l'intérêt et les apports principaux de ce magistral ouvrage, que R. Ottenhof et A.-M. Favard ont eu le mérite de faire paraître. Les *Nouvelles approches de criminologie clinique* font honneur à la criminologie de langue française.

Jean PINATEL

B. — BIBLIOGRAPHIE DES PÉRIODIQUES A CARACTÈRE SCIENTIFIQUE EN LANGUES FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRES*

Frédéric-Jérôme PANSIER

Magistrat au tribunal de grande instance de Bobigny
Chargé d'enseignement aux Universités de Paris I (Panthéon-Sorbonne)
et Paris V (René Descartes)

I. — POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

1. — BILIONIS (L.D.), « Moral Appropriateness, Capital Punishment and the Lockett Doctrine », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 82, n° 2, Summer 1991, p. 283.
2. — BINDER (A.M.), « El relato del hecho y la regularidad del proceso : la funciòn constructiva y destructiva de la prueba penal », *Doctrina Penal*, 1990.75.
3. — ERICSON (R.V.), « Mass Media, Crime, Law and Justice : An Institutional Approach », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 3, Summer, 1991.219.
4. — KELLENS (G.), « Nouvelles fraudes. Permanence et évolution du droit pénal au regard du renouveau de la fraude », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1991, n° 2, p. 243.
5. — MOCCIA (S.), « Considerazioni de lege ferenda sulla sistematica dei reati contro il patrimonio », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.II.410.
6. — MOLINA (A. G.-P. de), « La resocialización de la víctima : víctima, sistema legal e política criminal », *Doctrina Penal*, 1990.173.
7. — MULLER-DIETZ (H.), « Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991.289.
8. — TIEDEMANN (K.), « Tendances mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1991, n° 2, p. 226.
9. — ZUCKERMAN (A.A.S.), « Miscarriage of Justice and Judicial Responsability », *The Criminal Law Review*, juill. 1991.492.
10. — Numéro spécial de *Déviance et société*, vol. XV, n° 3 (sept. 1991) sur « L'insécurité urbaine et les politiques locales ».

*. Périodiques reçus au cours du second semestre de 1991.

II. – DROITS DE L'HOMME

11. – ANGEVIN (H.), « Incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure pénale française et plus spécialement sur celle de la cour d'assises », *Droit pénal*, 1991, n° 7.
12. – DARBYSHIRE (P.), « The Lamp That Shows That The Freedom Lives : is it worth the candle ? », *The Criminal Law Review*, oct. 1991.740.
13. – PANSIER (F.-J.), « Le critère oral peut-il justifier les contrôles d'identité ? (note sous T. corr. Paris, 10 août 1990 et Paris, 17e ch. 10 oct. 1990) », *JCP* 1991.II.21713.
14. – PRETOT (X.), « La Convention européenne des droits de l'homme et le contentieux des mesures de reconduite à la frontière et d'expulsion (note sous Cons. d'Et. 19 avr. 1991) », *D.* 1991.399.
15. – Numéro spécial de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 3, n° 7-9, 30 sept. 1991 consacré à « Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme », *Actes* du colloque de Montpellier, les 14-15 déc. 1990.
16. – Partie de la revue *I diritti dell'uomo*, anno II mai-août 1991, consacré aux droits de l'homme et à la Guerre du Golfe.

III. – HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

17. – CHIAVARIO (M.), « Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.II.356.
18. – SANTOS (M.B.), « Rememoraciòn de don Luis Jiménez de Asua en el centenario de su nacimiento », *Doctrina Penal*, 1990.23.

IV. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

19. – BALBI (G.), « Infermità di mente e imputabilità », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.III.844.
20. – BERNARD (P.-F.), « Relaxe d'un étranger pour illégalité de l'acte d'expulsion pris en méconnaissance de la non-rétroactivité d'une loi plus défavorable au justiciable (note sous Riom, ch. corr. 21 févr. 1991) », JCP 1991.II.21746.
21. – BEULKE (W.), « Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen », *Z.St.W.* 1991.657.
22. – BOCK (M.), « Ideen und Schimären im Strafrecht Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention », *Z.St.W.* 1991.636
23. – BREYMANN (K.), « Zur Auslegung der Verjährungsregelung in Art. 315a EG-StGB », *NStZ* 1991.463.
24. – FOURNIER (A.), « Une liberté menacée : le droit de se taire (note sous Crim. 14 nov. 1989) », *D.* 1991.447.
25. – HIRSCH (H.J.), « La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.III.75558.
26. – KINDHÄUSER (U.), « Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug », *Z.St.W.* 1991.398.

27. – LAGODNY (O.), « Notwehr gegen Unterlassen », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991.300.

28. – JOERDEN (J.-C.), « § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991.411.

29. – MOOS (R.), « Ausgewogenere Kommunikationsstruktur der Hauptverhandlung durch Wechselverhör und Teilung in zwei Abschnitte », *Z.St.W.* 1991.553.

30. – MUNDAY (R.), « Name Suppression : an adjunct to the presumption of innocence ant to mitigation of sentence », *The Criminal Law Review*, sept. 1991.680 et oct. 1991.753.

31. – NEUMANN (U.), « Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen », *Z.St.W.* 1991.331.

32. – PIOLETTI (U.), « Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di un'analisi dogmatica », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.II.529.

33. – RIVELLO (P.P.), « Analisi in tema di *ne bis in idem* », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.II.476.

34. – SARRAZ-BOURNET (P.), « Responsabilité pénale de l'organisateur de sauts à l'élastique et de son salarié pour fautes de négligence (note sous T. corr. Grenoble, 31 janv. 1991) », *JCP* 1991.II.21727.

35. – SIEBER (U.), « Der strafrechtliche Schutz der Information », *Z.St.W.* 1991.779.

36. – SMITH (K.J.M.), « Proximity in Attempt : Lord Lane's "midway course" », *The Criminal Law Review*, août 1991.576.

37. – VASSALLI (G.), « I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.III.699.

38. – VEST (H.), « Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes », *Z.St.W.* 1991.584.

39. – WHITE (S.), « Insanity Defence and Magistrates' Courts », *The Criminal Law Review*, juill. 1991.501.

V. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

40. – DOMINGO (M.), « Diffamation et falsification de l'Histoire », (note sous TGI, Paris, 14 févr. 1990), *Gaz. Pal.* 1991, 2-3 août 1991, p. 21.

41. – DUPLAT (M.), « Délits de provocation et respect des droits d'auteur », (concl. sous Versailles, 18 mars 1991), *Gaz. Pal.* 1991, 2-3 août 1991, p. 11.

42. – ELLIOTT (D.W.), « Directors' Thefts and Dishonesty », *The Criminal Law Review*, oct. 1991.732.

43. – FRITSCHI (G.), MEGGES (G.), RÜBSAMEN (K.), STEINKE (W.), « Empfehlungen zur "nicht geringen Menge" einiger Betäubungsmittel und Cannabisharz », *N.St.Z* 1991.470.

44. – MÉMETEAU (G.), « Un chirurgien procédant à l'ablation de l'appareil génital externe masculin d'un homosexuel est-il coupable du délit de blessures volontaires avec circonstances aggravantes ? », (note sous Aix, 7e ch. 23 avr. 1990), *JCP* 1991.II.21720.

45. – PONCELA (P.), « L'Humanité, une victime peu présentable (à propos de deux arrêts inédits de la Chambre criminelle) », *D.* 1991.*Chron.*229.

46. – RÜBSAMEN (K.), « Analytische und forensische Aspekte der kriminaltechnischen Untersuchung von Betäubungsmitteln », *N.St.Z* 1991.310.

47. – SCHOLTEN (H.-J.), « Neue Wege bei der Bekämpfung der leichten Verkehrsdelinquenz », *Z.St.W.* 1991.761.

48. – SOOTHILL (K.), « The Changing Face of Rape ? », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 4, Autumn 1991.383.

49. – SCHWENTER (J.-M.), « De la faute sportive à la faute pénale », *Rev. pén. suisse*, 1991, n° 3, p. 321.

50. – ZEN-RUFFINEN (M.), « Sport et violence : les moyens d'intervention des organisations sportives », *Rev. pén. suisse* 1991, n° 3, p. 32.

VI. – DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

51. – ALESSANDRI (A.), « Disciplina penale dei fondi comuni di investimento : spunti e problemi », *Rev. trim. dir. pen. economia*, IV, 1991, n° 2-3, p. 321.

52. – ARZAMENDI (J.L. de la Cuesta), « Etude comparée des législations pénales en Europe occidentale en matière de drogues », *Rev. dr. pén. crim.* 1991.889.

53. – AZZALI (G.), « Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali », *Rev. trim. dir. pen. economia*, IV, 1991, n° 2-3, p. 365.

54. – CASAEOLI (G.), « Qualche riflessione sull'oggetto materiale del delitto di bancarotta », *Rev. trim.dir. pen. economia* IV, 1991, n° 2-3, p. 4403.

55. – FOFFANI (L.), « Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi : profili penalistici », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.III. 870.

56. – GAILLARD (E.), « Le droit français des délits d'initiés », *JCP* 1991.I.3516.

57. – HARPER (R.R.), « The Computer Game : Detectives, Suspects and Technology », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 3, summer 1991.292.

58. – MANGANO (P.), « La causazione del fallimento », *Rev. trim. dir. pen. economia*, IV, 1991, n° 2-3, p. 459.

59. – MARCHI (J.-P.), « Délit de diffusion de fausses informations et d'exploitation illicite d'informations privilégiées », (note sous TGI Paris, 11e ch. 20 déc. 1990), *Gaz. Pal.* 1991, 4-6 août 1991, p. 6.

60. – MICHAUD (P.), « Les vices de procédure en matière fiscale », *Gaz. Pal.* 1991, 5-6 juill. 1991, p. 2.

61. – MULLER (E), « L'abus de position dominante », *Gaz. Pal.* 1991, 10-11 juill. 1991, p. 2.

62. – PAGLIARO (A.), « Nuovo processo penale e pluralità dei fatti di bancarotta », *Rev. trim. dir. pen. economia*, IV, 1991, n° 2-3, p. 473.

63. – PATERNITI (C.), « Quale disciplina penale per il mercato di borsa ? », *Riv. trim. di dir. pen. economia*, anno III, n° 4 (oct-déc. 1990), p. 943.

64. – PELISSERO (M.), « Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991, III, p. 923.

65. – PINGUEL (I.), « Les opérations d'initiés en droit communautaire », *JCP* 1991.I.3515.

66. – SPREUTELS (J.-P.), « Le vol de données informatiques », *Rev. dr. pén. et crim.*, déc. 1991.1027.

67. – SIEBER (U.), « La tutela penale dell'informazione », *Rev. trim. dir. pen. economia*, IV, 1991, n° 2-3, p. 485.

68. – TIEDEMANN (K.), « La tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europea », *Rev. trim. dir. pen. economia*, IV, 1991, n° 2-3, p. 513.

VII. – JUSTICE MILITAIRE

69. – ANDRIES (A.) et GORME (F.), « Chronique annuelle de droit pénal militaire (1990-1991) », *Rev. dr. pén. crim.* 1991.915.

VIII. – DROIT MÉDICAL ET BIOÉTHIQUE

70. – STEURY (E.H.), « Specifying "Criminalization of the Mentality Disordered Misdemeanant », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 82, n° 2, Summer 1991, p. 334.

IX. – PROCÉDURE PÉNALE

71. – ANGEVIN (H.), « Premières applications de la loi n° 89-431 du 23 juin 1989 relative à la révision des condamnations pénales », *JCP* 1991.I.3542.

72. – BEHRENDT (H.-J.), « Uberlegungen zur Figur des Kronzeugen im Umweltstrafrecht », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991.337.

72. *bis* – BELLANTONI (G.), « Urgenza e perquisizioni », *L'indice Penale*, 1991, n° 2, p. 309.

73. – BOTTOMLEY (K), COLEMAN (C.), DIXON (D.), GILL (M.) et WALL (D.), « The Detention of suspects in Police Custody : The Impact of the Police and Criminal Evidence Act 1984 », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 4, Autumn 1991, p. 347.

74. – CHARBONNIER (L.), « Ministère public et Cour suprême », *JCP* 1991.I.3532.

75. – CHIAVARIO (M.), « Il "dopo-riforma" del processo penale italiano nel tempo delle riforme in Europa », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.III.787.

76. – CHOO (A. L.-T.), « Confessions and Corroboration : a comparative perspective », *The Criminal Law Review*, déc. 1991.867.

77. – CONFINO (A.), « A propos d'une réforme : le parquet aux trousses des mauvais payeurs », *Gaz. Pal.* 1991, 7-8 août 1991, p. 4.

78. – DORAN (S.), « Alternative Defences : the "invisible burden" on the trial judge », *The Criminal Law Review*, déc. 1991, p. 878.

79. – FORNACCIARI (M.), « De la valeur probante d'un procès-verbal d'infraction au code de la route », (concl. sous Cons. d'Et. 29 juin 1990), *D.* 1991.388.

80. – FOURNIER (A.), « Compétence répressive internationale : un contraste opposant une discutable extension du territorialisme à une exacte application de l'article 690 du code de procédure pénale » (note sous Crim. 20 févr. 1990), *D.* 1991.395.

81. – FREUND (G.), « Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht », *Goltdammer's Archiv für Strafrchet*, 1991.387.

82. – GAUTHIER (J.), « Die Beweisverbote », *Z.St.W.* 1991.796.

83. – GOSSEL (K.-H.), « Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991.483.

84. – JACKSON (B.S.), « Storkwain : a case study in strict liability and self-regulation », *The Criminal Law Review*, déc. 1991.892.

85. – KREKELER (W.), « Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren », *N.St.Z.* 1991.367.

86. – LORHO (G.), « Les voies lumineuses de la conversion ou la clarification par la Chambre criminelle du régime obscur de l'article 747-8 du code de procédure pénale », *Droit pénal* oct. 1991.1.

87. – MACKAY (R.D.) et COLMAN (A.M.), « Excluding Expert Evidence : a tale of ordinary folk and common experience », *The Criminal Law Review*, nov. 1991.800.

88. – MAYER (D.), « Objet et finalité d'un réquisitoire définitif (note sous Crim. 27 juin 1991) », *D.* 1991.587.

89. – McLEOD (N), « English DNA Evidence Held Inadmissible », *The Criminal Law Review*, août 1991.583.

90. – PANNIER (J.), « Preuves admissibles pour la recherche des infractions cambiaires et douanières s'agissant spécialement de la référence à des traitements de bande magnétique (Paris, 1re ch. d'acc. 26 avr. 1990 et Chambéry 30 mai 1990) », *JCP* 1991.II.21704.

91. – PANNIER (J.), « Le décès du prévenu en cours d'instance éteint l'action de l'Administration des douanes pour l'application des pénalités douanières (note sous Crim. 8 oct. 1990) », *JCP* 1991.II.21722.

92. – ROCK (P.), « Witness and Space in a Crown Court », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 3, summer 1991, p. 266.

93. – SHELDON (D.H.) et MACLEOD (M.D.), « From Normative to Positive Data : expert psychological evidence re-examined », *The Criminal Law Review*, nov. 1991.811.

94. – STONE (M.), « Instant Lie Detection ? Demeanour and Credibility in Criminal Trials », *The Criminal Law Review*, nov. 1991.821.

95. – SUZANNE (M.), « Les limitations du droit de visite en procédure douanière », *Gaz. Pal.* 1991.7-8 août 1991.2.

96. – THOMAS III (G.C.) et BILDER (M.D.), « Aristotle's paradox and the self-incrimination Puzzle », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 82, n° 2, Summer 1991, p. 243.

97. – UVILLER (H.R.), « Acquitting the Guilty : Two Cases Studies on Jury Misgivings and the Misunderstood Standard of Proof », *The Criminal Law Forum*, vol. 2, n° 1, autumn 1990, p. 1.

98. – ZSCHOCKLET (A.), « Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH », *NStZ* 1991.305.

X. – DROIT PÉNAL COMPARÉ

99. – DERUYCK (F.), « Probleme der Verfolgung und Ahndung von Verbandskriminalität im deutschen und belgischen Recht », *Z.St.W.* 1991.705.

100. – LIEBIG (J.B.), « Anwendbarkeit bundesdeutschen Straf-und Ordnungs widrigkeitenrechts auf Alttaten in der DDR », *NStZ* 1991.372.

101. – SAGEL-GRANDE (I.), « Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem der Niederlande », *Z.St.W.* 1991.732.

102. – LAHTI (R.), « Neues in der finnischen Strafrechtswissenschaft und in den allgemeinen Lehren des finnischen Strafrechts », *Z.St.W.* 1991.521.

103. – SAVITKII (V.), « Selected Problems of Judicial Reform, Criminal Justice, and the protection of Individual Rights in the USSR », *The Criminal Law Forum*, vol. 2, n° 2, Winter 1991, p. 269.

104. – Numéro spécial de *Social Justice*, vol. 18, n° 1-2 (Printemps-Eté 1991), consacré à « L'Afrique du Sud en transition ».

XI. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET DROIT COMMUNAUTAIRE

105. – VERVAELE (J.), « La lutte contre la fraude communautaire : une mise à l'épreuve de la loyauté communautaire des Etats membres ? », *Rev. dr. pén. crim.* 1991.569.

106. – Numéro spécial de la *Revue internationale de droit pénal*, publication de l'Association internationale de droit pénal, consacré à l'extradition (*Actes* du séminaire de Syracuse, 4-9 déc. 1989).

XII. – PROBLEMES DE L'ENFANCE ET DE L'ADOLESCENCE

107. – DAVIES (G.), « Children on Trial ? Psychology, Videotechnology and the Law », *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 30, n° 3, août 1991, p. 177.

108. – FAVARD (A.-M.), « Participation communautaire et prévention de la délinquance », *Sauvegarde de l'enfance*, 1991, n° 1, p. 82.

109. – LE BLANC (M.) et FRECHETTE (M.), « Le passage à l'acte délictueux au cours de la jeunesse et de l'adolescence : perspective développementale », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1991, n° 2, p. 145.

110. – LOEBER (R.), STOUTHAMER-LOEBER (M.), VAN KAMMEN (W.) et FARRINGTON (D.P.), « Initiation, Escalation and Desistance in Juvenile Offending and Their Correlates », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 32, n° 1, Spring 1991, p. 36.

111. – PRINSLOO (J.-H.) et GELDENHUYS (S.F.), « 'n Spesifieke verklaringsperspecktief met betrekking tot jeugmisdaad (proto-toeretiese model) », *Acta criminologica*, vol. 4, n° 1, 1991.30.

112. – VETTENBURG (N.) et WALGRAVE (L.), « Expériences scolaires, délinquance et vulnérabilité sociétale », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1991, n° 2, p. 174.

113. – WUNDERSITZ (J.), NGAIRE (N.) et GAYLE (F.), « The Production of Guilt in the Juvenile Justice System : The Pressure to "Plead" », *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 30, n° 3, août 1991, p. 192.

XIII. – EXÉCUTION DES PEINES

114. – GWYNNELLOYD (M.), « Early Release of Prisoners in France : Plus ça change plus c'est la même chose », *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 30, n° 3, août 1991, p. 231.

115. – MILLER (JA.L.), ROSSI (P.H.) et SIMPSON (J.E.), « Felony Punishments : A Factorial Survey of Perceived Justice in Criminal Sentencing », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 82, n° 2, Summer 1991.396.

116. – MORGAN (R.) et JONES (H.), « Prison Discipline : The Case for Implementing Woolf », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 3, summer 1991.280.

117. – PLOUVIN (J.-Y.), « Chronique d'une évolution jurisprudentielle annoncée : les mesures d'administration judiciaire du juge de l'application des peines ne sont plus des actes administratifs » (sous Cons. d'Et. 9 nov. 1990), *D.* 1991.390.

XIV – SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

118. – BOMIO (G.), « La taxinomie psychiatrique entre fait et norme. Le manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux et son utilisation en matière pénale », *Rev. pén. suisse*, 1991.IV.417.

119. – CATAIGNEDE (J.) et FAVARD (A.-M.), « La petite délinquance », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1991, n° 2, p. 190.

120. – CERVILLA (M.), « Drogadicciòn y delincuencia », *Rev. estudios penitenciarios*, n° 243 (1990), p. 21.

121. – GAAN (F.), « Le traitement des délinquants sexuels : état de la question », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1991, n° 2, p. 205.

122. – HAESLER (W.T.), « Criminology in Europe », *Acta criminologica*, vol. 4, n° 1, 1991, p. 37.

123. – HEDDERMAN (C.), « Custody Decisions for Property Offenders in the Crown Court », *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 30, n° 3, août 1991, p. 207.

124. – HUIZINGA (D.), ESBENSEN (F.-A.), et WEIHER (A.W.), « Are There Multiple Paths to Delinquency ? », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 82, n° 1, Spring, 1991, p. 83.

125. – KONRAD (N.), « Fehleinweisung in den psychiatrischen Massregelvollzug », *N.St.Z* 1991.315.

126. – MANTOVANI (F.), « Le "costanti" sui problemi di fondo delle scienze criminali », *L'Indice Penale*, 1991, n° 2, p. 291.

127. – McCARTHY (B.) et HAGAN (J.), « Homelessness. A Criminogenic Situation ? », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 4, Autumn 1991, p. 393.

128. – PALAZZO (F.C.), « Orientamenti dottrinali ed effitività guirisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale », *Riv. it. diritto e procedura penale*, 1991.II.327.

129. – RUIDAZ GARCIA (C.), « Métodos y técnicas en Sociología Jurídico-Penal. Apuntes metodológicos », *Rev. estudios penitenciarios*, n° 243 (1990), p. 33.

130. – STATTIN (H.) et MAGNUSSON (D.), « Stability and Change in Criminal Behaviour up to Age 30 », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 4, Autumn 1991, p. 327.

131. – THORNBERRY (T.P.), LIZOTTE (A.J.), KROHN (M.D.), FARNWORTH (M.) et SUNG (J.J.), « Testing Interactional Theory : An Examination of Reciprocal Causal Relationships Among Family, School, and Delinquency », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 82, n° 1, spring 1991, p. 3.

XV. – POLICE

132. – BALDWIN (J.) et BEDWARD (J.), « Summarising Tape Recordings of Police Interviews », *The Criminal Law Review*, sept. 1991.671.

133. – DONATSCH (A.), « "DNA Fingerprinting" zwecks Täteridentifizierung im Strafverfahren », *Rev. pén. suisse* 1991.175.

134. – EVANS (R.), « Police Cautioning and the Young Adult Offender », *The Criminal Law Review*, août 1991.598.

135. – HOLDAWAY (S.), « Race Relations and Police Recruitment », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 4, Autumn 1991, p. 365.

136. – WESTWOOD (D.), « The Effects of Home Office Guidelines on the Cautioning of Offenders », *The Criminal Law Review*, août 1991.591.

137. – WINKEL (F.W.), « Police, Victims, and Crime Prevention : Some Research-based Recommandations on Victim-oriented Interventions », *The British Journal of Criminology*, vol. 31, n° 3, Summer 1991.250.

138. – Numéro spécial de la *Revue canadienne de criminologie*, vol. 33, n° 3-4, consacré à la police.

C. — OUVRAGES REÇUS*

Monique ROBICHON

Ingénieur au CNRS

Politique criminelle et théorie générale du droit

JESTAZ (Philippe), *Le droit*, Paris, Dalloz, 1991, 115 pages.

ROULAND (Norbert), *Aux confins du droit . Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991, 318 pages.

Legal Reasoning, publié par Aulis AARNIO et D. Neil MacCORMICK, 2 volumes, Aldershot, Hong Kong, Singapour, Sydney, Dartmouth, Publishing Company Limited, 1992, 517 et 501 pages.

VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), *La justice et ses institutions*, 3e éd. Paris, éd. Dalloz, 1991, 767 pages.

*. Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

La justice, Cahier réalisé sous la direction de Yves LEONARD, numéro spécial des Cahiers français, n° 251, Paris, La Documentation française, 1991, 136 pages.

L'administration de la justice, numéro spécial de la *Revue française d'administration publique*, n° 57, janv.-mars 1991, Paris, Institut international d'administration publique, p. 5-141.

ANCEL (Marc), *La défense sociale (1985)*, traduit en persan par Mohammad ACHOURI et Ali-H. NADJAFI ABRANDABADI, 2e éd. Téhéran, Presses de l'université de Téhéran, Tehran University Publications, n° 2088, 1991, 150 pages.

SALAS (Denis), *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, PUF, 1992, 262 pages.

Archives de politique criminelle, publiées par le Centre de recherches de politique criminelle, n° 13 (1991), Paris, Editions A. Pedone, 150 pages.

Les politiques de prévention de la délinquance à l'aune de la recherche. Un bilan international, sous la direction de Philippe ROBERT, Paris, éd. L'Harmattan, 1991, 285 pages.

L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui, sous la direction de Christine LAZERGES, Toulouse, éd. Erès, 1991, 139 pages.

New Directions in the Study of Justice, Law and Social Control, préparé par la School of Justice Studies Arizona State University, New York et Londres, Plenum Press, 1990, 281 pages.

Atti del Primo Congresso nazionale di diritto penale (Capri, 1-4 novembre 1990). I delitti contro la pubblica amministrazione dopo la riforma. Il nuovo Codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore, Naples, Jovene Editore, 1991, 344 pages.

La discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale, publié par les soins d'Alfonso M. STILE, Naples, Jovene Editore, 1991, 297 pages.

Droits de l'homme

BERGER (Vincent), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3e éd. Paris, éd. Sirey, 1991, 416 pages.

The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions, publié par Mireille DELMAS-MARTY, traduction anglaise, dirigée par Christine CHODKIEWICZ, de l'ouvrage *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme* (Paris, PUF, 1989), Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 346 pages.

Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne. Travaux du Colloque organisé au Centre Georges Pompidou par la Bibliothèque publique d'information et le journal Le Monde (26 et 27 mars 1991), publié sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Paris, PUF, 1992, 311 pages.

COLLANGE (J.-F.), DUPRAT (G.), FREUND (J.), GUIBAL (F.), KISS (A.), LABORIT (H.), MARIE (J.-B.), MENGUS (R.), TINLAND (F.), VERGOTE (H.-B.), VINCENT (G.), WACKENHEIM (Ch.), *L'intolérance et le droit de l'autre*, Genève, éd. Labor et Fides, 1992, 226 pages.

BATSELE (Didier), HANOTIAU (Michel), DAURMONT (Odile), *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Bruxelles, éd. Nemesis, 1992, 317 pages.

Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale. Egalité, respect et justice à l'horizon. Report on Aboriginal Peoples and Criminal Justice. Equality, Respect and the Search for Justice, Ottawa et Montréal, Commission de réforme du droit du Canada, Rapport n° 34, 1991, 124 pages en français, 111 pages en anglais.

Droit constitutionnel

STIRN (Bernard), *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ, 1989, 97 pages.

ZINES (Leslie), *Constitutional Change in the Commonwealth. The Commonwealth Lectures delivered at the University of Cambridge on 8, 15, and 22 November 1988*, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney, Cambridge University Press, 1991, 118 pages.

TIEDEMANN (Klaus), *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1991, 85 pages.

Histoire du droit pénal

SCHNAPPER (Bernard), *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIe-XXe siècles)*, Paris, PUF, 1991, 680 pages.

RÜPING (Hinrich), *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 2e éd. Verlag C.H. Beck, 1991, 135 pages.

RADZINOWICZ (Sir Leon), *The Roots of the International Association of Criminal Law and Their Significance. A Tribute and a Re-Assessment on the Centenary of the IKV*, Fribourg-en-Brisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, 92 pages.

GRITSCHNEDER (Otto), *Bewährungsfrist für den Terroristen Adolf H. Der Hitler-Putsch and die Bayerische Justiz*, Munich, Verlag C.H. Beck, 1990, 187 pages.

Droit pénal général

Code pénal 1991-1992, 6e éd. réalisée par Wilfrid JEANDIDIER, Paris, éd. Litec, 1991, 1714 pages.

ROBERT (Jacques-Henri), *Droit pénal général*, 2e éd. mise à jour, Paris, PUF, 1992, 588 pages.

Le citoyen fou, sous la direction de Nathalie ROBATEL, Paris, PUF, 1991, 297 pages.

ANTOLISEI (Francesco), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12e éd. par Luigi CONTI, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 763 pages.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 1, *Allgemeiner Teil (§ 1-79 b)*, 5e éd. renouvelée, *Stand : 15. Lieferung (April 1991)*, par Hans-Joachim RUDOLFPHI, Eckhard HORN, Erich SAMSON, sous la direction de Hans-Joachim RUDOLPHI, Neuwied/Kriftel, Alfred Metzner Verlag, 1991, feuillets mobiles.

Droit pénal spécial

Materialen zur Sterbehilfe. Eine internationale Dokumentation, publié par Albin ESER et Hans-Georg KOCH, Fribourg-en-Brisgau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, 799 pages.

FRAYSSINET (Jean), *Informatique, fichiers et libertés. Les règles, les sanctions, la doctrine de la CNIL*, Paris, éd. Litec, 1992, 229 pages.

WALING (Cornélie), *Das niederländische Umweltstrafrecht. Eine Untersuchung zu den dogmatischen Grundlagen und zur praktischen Anwendung*, Fribourg-en-Brisgau, Ei-

genverlag, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, 334 pages.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 2, *Besonderer Teil (§§ 80-358)*, 4e éd. renouvelée, *Stand : 29. Lieferung (Juni 1991)*, par Hans-Jaochim RUDOLPHI, Eckhard HORN et Erich SAMSON, sous la direction de Hans-Joachim RUDOLPHI, Neuwied/Kriftel, Alfred Metzner Verlag, 1991, feuillets mobiles.

BESSE (François), *La répression pénale de la contrefaçon en droit suisse, avec présentation des droits français et allemand et aperçu de droit international*, Genève, Librairie Droz, 1990, 358 pages.

Droit médical et bioéthique

JONES (Michael A.), *Medical Negligence*, Londres, Sweet and Maxwell, 1991, 448 pages.

Il nuovo Codice di deontologia medica commentato articolo per articolo, par Vittori FINESCHI, Andrea MARZI, Elena MAZZEO, Alessandro DELL'ERBA, Paola MANNA, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 522 pages.

Procédure pénale

L'aide sociale aux justiciables. Aspects criminologiques, sociaux et juridiques, sous la direction de Philippe MARY, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant S.A. 1991, 347 pages.

L'immunité contre les poursuites. Immunity from prosecution, Ottawa et Montréal, Commission de réforme du droit du Canada, Série Droit pénal, Document de travail 64, 1992, 82 pages en français, 77 pages en anglais.

Commissione Justice pénale et droits de l'homme. La fase preparatoria del processo penale, publié par Mario PISANI, Bologne, Monduzzi Editore, 1991, 142 pages.

In nuovo Codice di procedura penale annotato con le relazioni e con i lavori preparatori, sous la direction de Giorgio LATTANZI et Ternesto LUPO, 2e éd. Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 1773 pages.

SIRACUSANO (Delfino), DALIA (Andrea A.), GALATI (Antonio), TRANCHINA (Giovanni), ZAPPALA (Enzo), *Manuale di diritto processuale penale*, 2 volumes, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990 et 1991, 531 et 677 pages.

VILLAGOMEZ (Marco), *El nuevo proceso penal italiano*, numéro spécial de *Documentacion juridica*, t. XVI, janv.-mars 1989, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaria General Tecnica, Centro de publicaciones, 357 pages.

PAOLOZZI (Giovanni), *Il giudizio abbrevatio nel passagio dal modello « tipo » al modello pretorile*, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991, 260 pages.

KATHOLNIGG (Oskar), *Strafgerichtsverfassungsrecht. Kommentar*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, 654 pages.

KATHOLNIGG (Oskar), *Strafgerichtsverfassungsrecht. Kommentar. Nachtrag, GVG-Änderungen, EGGVG-Änderungen, Einigungsvertrag, Texte und Erläuterungen. Stand : 1. Januar 1991*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, 67 pages

Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, commenté par Theodor KLEINKNECHT et Karlheinz MEYER, continué par Lutz MEYER-GOSSNER, 40e éd. refondue, Munich, Verlag C.H. Beck, 1991, 2145 pages.

StPO. Kommentar zum Strafprozessordnung, vol. 1, *§§ 1-93*, Neuwied et Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 1988, 351 pages.

Systematischer Kommentar zum Strafprozessordnung und zum Gerichts-verfassungsgesetz, 4. Aufbaulieferung (Grundwerk), Mai 1990, par Hans-Joachim RUDOLPHI, Wolfgang FRISCH, Hans Ullrich PAEFFGEN, Klaus ROGALL, Ellen SCHLÜCHTER, Jürgen WOLTER, sous la direction de Hans-Joachim RUDOLPHI, Neuwied/Francfort, Alfred Metzner Verlag, 1990, feuillets mobiles.

KÖPE (Karoly Christian), *Zur Dogmatik des Arrestbewilligungsverfahrens*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 166 pages.

Droit pénal comparé

GILBERT (Geoff), *Aspect of Extradition Law*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 282 pages.

Droit pénal international et droit communautaire

LOUIS (Jean-Victor), *L'ordre juridique communautaire*, 5e éd. revue et mise à jour, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1990, 201 pages.

La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté. Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles. Document, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1990, 394 pages.

Enfance et adolescence

GAILLAC (Henri), *Les maisons de correction, 1830-1945*, 2e éd. complétée d'une bibliographie générale sur le thème et la période, préparée par Monique BRISSET et Eric PIERRE, et d'un avant-propos de Michel CHAUVIERE, Paris, éd. Cujas, 1991, 463 pages.

Droit pénal européen des mineurs. Colloque international organisé dans le cadre d'un réseau européen de laboratoires (Laboratoire de prévention de la criminalité en France, Aix-en-Provence, Institut für Kriminologie, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Institut de police scientifique et de criminologie de Lausanne), Aix-en-Provence, 25 et 26 janvier 1991, publié par l'Institut de sciences pénales et de criminologie de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 260 pages.

Pénologie et exécution des peines

ATIAS (Christian), *Le traitement des délinquants. Essai d'une épistémologie de la criminologie*, Paris, Librairie J. Vrin, 1991, 108 pages.

LOGAN (Charles H.), *Private Prisons. Cons and Pros*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1990, 318 pages.

Ministère de la Justice. Direction de l'Administration pénitentiaire, Rapport général sur l'exercice 1989, Paris, s.d. 544 pages.

Ministère de la Justice. Direction de l'Administration pénitentiaire, Rapport général sur l'exercice 1990, Paris, s.d. 473 pages.

Evidence of the Howard League for Penal Reform to Lord Justice Woolf's Inquiry into Prison Disturbances, Londres, The Howard League for Penal Reform, septembre 1990, 38 pages multigraphiées.

SIM (Joe), *Medical Power in Prisons. The Prison Medical Service in England 1774-1989*, Milton Keynes, Philadelphie, Open University Press, 1990, 212 pages.

CANEPA (Mario) et MERLO (Sergio), *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, 2e éd. Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 440 pages.

HORN (Eckhard), *Systematischer Leitsatz-Kommentar zum Sanktionenrecht. Stand : 21. Lieferung (Oktober 1991)*, Neuwied/Kriftel, Alfred Metzner Verlag, 1991, feuillets mobiles.

StVollzG.. Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 3e éd. sous la direction de Johannes FEEST, Neuwied et Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 1990, 819 pages.

Verzeichnis der Justizvollzugsanstalten, publié par le Münchener Institut für Strafverteidigung, 2e éd. Essen, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 1990, 95 pages.

Criminologie

PICCA (Georges), *La criminologie (1983)*, traduit en persan par Ali H. NADJAFI ABRANDABADI, Téhéran, Presses de l'Université Shahid Béhéchti, 1991, 127 pages.

Crime and Control in Comparative Perspectives, publié par Hans-Günther HEILAND, Louise I. SHELLEY, Hisao KATOH, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1992, 292 pages.

EYSENCK (Hans J.), et GUDJONSSON (Gisli), *The Causes and Cures of Criminality*, New York et Londres, Plenum Press, 1989, 309 pages.

WILKINS (Leslie T.), *Punishment, Crime and Market Forces*, Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapour, Sydney, Dartmouth Publishing Company Limited, 1991, 180 pages.

Séminaire international. Criminalité urbaine : approches statistiques et analyses. Rapports et conclusions, Barcelone, 15 et 16 octobre 1990, organisé par la ville de Barcelone et le Forum des collectivités territoriales européennes pour la sécurité urbaine, Barcelone, Institut d'estudis metropolitans de Barcelona, 1991, 102 pages.

GRABOSKY (Peter Nils), *Wayward Governance. Illegality and its control in the public sector*, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1989, 344 pages.

EIJKEN (A.W.M.), *Criminaliteitsbeeld van Nederland. Criminaliteit, onveiligheid en preventie in de priode 1980-1990*, 's-Gravenhage, Ministerie van Justitie, Directie criminaliteitspreventie, 1991, 70 pages.

HOLMES (Ronald M.), *Sex Crimes*, Newbury Park, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1991, 146 pages.

OCQUETEAU (Frédéric), *Gardiennage, surveillance et sécurité privée : commerce de la peur et/ou peur du commerce ?*, Paris, CESDIP, Déviance et contrôle social, n° 56, 1992, 330 pages.

Media Coverage of Terrorism. Methods of Diffusion, publié par A. Odasuo ALALI et Kenoye Kelvin EKE, Newbury Park, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1991, 148 pages.

Woninginbraak. Motieven en werkwijzen vanuit daderperspectief, 's-Gravenhage, Ministerie van Justitie/Ministerie van Binnenlandse Zaken, Directie criminaliteitspreventie, Landelijk Bureau voorkoming midsdrijven, 1991, 38 pages.

LILLIU (Luigi), *La droga*, Analisi socio-giuridica, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, 270 pages.

WILLIAMS (Terry), *The Cocaïne Kids : The Inside Story of a Teenage Drug Ring*, Reading (Mass.), Addison-Wesley Publishing Company, Inc. 1990, 140 pages.

DUPUY (Jean-Pierre), *La panique*, Paris, Collection « Les empêcheurs de penser en rond », éditée par les Laboratoires Delagrange, Ulysse Diffusion Distique, 1991, 115 pages.

Police

MARX (Gary T.), *Undercover. Police Surveillance in America*, Berkeley, Los Angeles, Londres, University of California Press, 1988, 283 pages.

RIGOTARD (Jean), *La police parisienne de Napoléon. La préfecture de police*, Paris, éd. Tallandier, 1990, 498 pages.

BERLIERE (Jean-Marc), *La police des moeurs sous la IIIe République*, Paris, éd. du Seuil, 1992, 270 pages.

CARROT (Georges), *Le maintien de l'ordre en France au XXe siècle*, Paris, Henri Veyrier et Kronos, 1990, 432 pages.

ENGLISH (Jack) et CARD (Richard), *Butterworths Police Law*, 3e éd. Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1991, 685 pages.

Médecine légale

DI MAIO (Vincent J.-M.), *Blessures par armes à feu. Aspects pratiques des armes à feu, de la balistique et des techniques médico-légales*, traduit par J. DUHAMEL et J.-M. GRAFEILLE, Paris, Milan, Barcelone, Bonn, Masson, 1992, 335 pages.

MULLOT (Philippe), *Initiation à l'identification des armes et munitions. Réglementation*, Toulouse, Cépaduès-Editions, 1991, 167 pages.

Varia

Code de commerce 1992, 4e éd. réalisée par Marie-Jeanne CAMPANA, textes à jour au 17 octobre 1991, Paris, éd. Litec, 1991, 2237 pages.

JAMET (Michel), *Le sport dans la société. Entre raison(s) et passion(s)*, Paris, éd. L'Harmattan, 1991, 223 pages.

GBABENDU ENGUNDUKA (A.), et EFOLO NGOBAASU (E.), *Volonté de changement au Zaïre*, vol. 1, *De la consultation populaire vers la Conférence nationale*, vol. 2, *Archives 1990-1991*, Paris, éd. L'Harmattan, 1991, 217 et 223 pages.

KALONDA-DJESSA (Jean-Grégoire), *Du Congo prospère au Zaïre en débâcle*, Paris, éd. L'Harmattan, 1991, 239 pages.

CANGUILHEM (Georges), *L'homme de Vésale dans le monde de Copernic*, Paris, Coll. « Les empêcheurs de penser en rond », édité par les Laboratoires Delagrange, Ulysse Diffusion Distique, 1991, 28 pages.

VOLLAIRE (François), *Voyage à Magellan*, Paris, La Pensée universelle, 1991, 255 pages.

C.P.P.A.P. N° 58.320 *Le directeur de la publication* : Ch. VALLÉE

Composé par M. MASSOL / 11 *bis*, villa du Bel Air 75012 Paris
PARAGRAPHIC / 1, av. de Toulouse 31240 L'Union / France
Dépôt légal juin 1992

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Conseiller à la Cour d'appel de Bordeaux. – **J.-M. AUSSEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. – **J. BEAUME**, Magistrat. – **J.-C. BONICHOT**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Référendaire à la Cour de justice des communautés européennes. – **J. BORRICAND**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie. – **F. BOULAN**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique. – **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **H. CALVET**, Magistrat, Référendaire à la Cour de justice des communautés européennes. – **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. – **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **A. CHAVANNE**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth, Président de l'Association française de droit pénal. – **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. – **J. COSSON**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. DECOCQ**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). – **J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. – **J. DUBOIS**, Avocat à la Cour, ancien Membre du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris. – **B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE**, Président de chambre à la Cour de cassation. – **H. FERAUD**, Chef (E.R.) de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson. – **J.-C. FOURGOUX**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. – **J. FRANCILLON**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris XI-Sceaux. – **M. GENDREL**, Ancien Chargé de cours des Facultés de droit, Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **G. GIUDICELLI-DELAGE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Secrétaire général de l'Association française de criminologie. – **P. GRAPIN**, Directeur de recherche honoraire au C.N.R.S. – **M. JEOL**, Avocat général à la Cour de cassation. – **L. JOSEPH**, Vice-Président honoraire du Tribunal de grande instance de Paris. – **R. KOERING-JOULIN**, Professeur à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Secrétaire général adjoint de l'Association française de droit pénal. – **J. LAFON**, Médecin-chef au Centre psychiatrique Sainte-Anne, Expert près les tribunaux. – **Ch. LAZERGES**, Professeur à l'Université de Montpellier I, Directeur de l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.). – **A. LAINGUI**, Professeur à la Faculté des sciences juridiques de Rennes. – **M. LE CLERE**, Professeur à l'Institut de criminologie de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **P. LUTZ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. – **G. MARC**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. – **M. MARCUS**, Magistrat. – **M. MASSÉ**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MONZEIN**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. – **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Directeur du Centre de sciences criminelles de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal. – **F.-J. PANSIER**, Magistrat au tribunal de grande instance de Bobigny, Chargé de travaux dirigés à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **C. PIERRE**, Conseiller à la Cour de cassation. – **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **L. ROCHE**, Professeur honoraire à la Faculté de médecine Alexis-Carrel de Lyon. – **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. – **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. – **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **Ch. SOULARD**, Magistat, Lecteur d'arrêts à la Cour de justice des communautés européennes. – **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. – **A. TOUREN**, Premier avocat général honoraire à la Cour de cassation. – **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général honoraire du Centre de recherches de politique criminelle. – **R. VIENNE**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation.

COLLABORATEURS ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS

J. ANDENAES, Professeur honoraire à la Faculté de droit d'Oslo. – **Inkeri ANTTILA**, Professeur émérite de droit pénal à l'Université d'Helsinki, Directeur de l'Institut d'Helsinki pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, affilié à l'Organisation des Nations Unies.

Le Professeur **M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. – **M. Ch. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de l'Association internationale de droit pénal. – **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie yougoslave des sciences et de l'art. – **Ramsès BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. – **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général honoraire près la Cour d'appel de Milan, Secrétaire général du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. – **A. BERISTAIN**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal de la Faculté de droit de Saint-Sébastien, Directeur de l'Institut basque de criminologie. – **A. BERNARDI**, Docteur en droit de l'Université de Ferrare. – **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel. – **M. CHIAVARIO**, Professeur à l'Université de Turin.

F. CLERC, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. – **J. CORDOBA RODA**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal à la Faculté de droit de l'Université de Barcelone, Directeur de l'Institut de criminologie. – **Eduardo CORREIA**, Professeur de droit pénal honoraire à la Faculté de droit de Coimbra. – **P.-J. DA COSTA**, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.

C. DEBUYST, Professeur ordinaire à l'Université de Louvain. – **S. DONMEZER**, Professeur honoraire à l'Université d'Istanbul. – **I. DRAPKIN**, Professeur (E.R.) de l'Université hébraïque de Jérusalem. – **M. DRISSI ALAMI**, Professeur à la Faculté de droit de Rabat. – **J. DUPREEL**, Secrétaire général honoraire du ministère de la Justice de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles.

Chr. J. ENSCHEDE, Professeur honoraire de l'Université d'Amsterdam, Ancien Conseiller à la Cour suprême (La Haye).

J. de FIGUEIREDO DIAS, Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coimbra.

K.-H. GOSSEL, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.

J. HALL, Professeur honoraire de l'Université d'Indiana. – **J.-M. HÄUSSLING**, Recteur de l'Université de Wuppertal, Directeur du Centre international de documentation et d'études sur les conflits des jeunes. – **L. H. C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. – **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.

H.-H. JESCHECK, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal. – **H. JUNG**, Professeur à l'Université de Sarrebruck.

G. KELLENS, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. – **H.-J. KERNER**, Professeur à l'Université de Hambourg.

Francisco P. LAPLAZA, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. – **R. LEGROS**, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. – **L.-H. LEIGH**, Professeur à la London School of Economics and Political Science. – **T. S. LODGE**, Ancien Directeur de la recherche scientifique et des statistiques, Home Office, Londres.

F. H. Mc CLINTOCK, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Edimbourg, Directeur du Centre for Criminology and the Social and Philosophical Study of Law. – **K. MADLENER**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau. – **T. MORISHITA**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. – **Norval MORRIS**, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice.

A. NELSON, Professeur honoraire de l'Université d'Upsal. – **Eduardo NOVOA MONREAL**, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et sociales de Caracas.

A. Edmundo 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 émérite à l'Université de Milan. – **K. POKLEWSKI-KOZIELL**, Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo*, Institut des sciences juridiques, Varsovie.

C. RACZ, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. – **Sir Leon RADZINOWICZ**, L.L.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. – **L. RIBEIRO**, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. – **J.-P. RICHERT**, Associate Professor of Law and Political Science, Stockton College, Pomona (N.J.). – **H. ROSTAD**, Conseiller à la Cour suprême de Norvège, Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. – **E. ROTMAN**, Visiting Researcher à la Harvard Law School.

H. 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**, Président de la 4e chambre criminelle de la Cour de cassation de Turquie. – **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **A. SOROUR**, Professeur et doyen de la Faculté de droit, Université du Caire, Ministre de l'Education de la République arabe d'Egypte. – **D. SPINELLIS**, Professeur à l'Université d'Athènes. – Dr. **G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Etablissement de Herstedvester (Danemark). – **D. SZABO**, Professeur honoraire à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.

K. TIEDEMANN, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brisgau. – **Luis Fernando TOCORA**, Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga.

G. VASSALLI, Professeur émérite à l'Université de Rome, Ministre de la Justice d'Italie, Juge à la Cour constitutionnelle. – **J. VERHAEGEN**, Professeur à l'Université de Louvain. – **C. N. VOUYOUCAS**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université aristotélienne de Thessalonique.

K. WAABEN, Professeur à l'Université de Copenhague.

E. ZIELINSKA, Professeur à l'Université de Varsovie, Directeur de l'Institut de droit pénal.