

# SOMMAIRE DU N° 2-1993

## DOCTRINE

- Françoise TULKENS. — *Les transformations du droit pénal aux Etats-Unis. Pour un autre modèle de justice* ..... 219
- Denis SALAS. — *Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs ? Réflexions inspirées par l'arrêt de la cour d'appel de Reims du 30 juillet 1992 et les « dispositions applicables aux mineurs » de la loi du 4 janvier 1993* ..... 238

## ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

- Ulrich SIEBER. — *Union européenne et droit pénal européen — Proposition pour l'avenir du droit pénal européen* ..... 249
- Giovanni GRASSO. — *Nouvelles perspectives en matière de sanctions communautaires* ..... 265
- Etienne PICARD. — *La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français* ..... 275

## CHRONIQUES

### A. — Chronique de jurisprudence

- I. — *Droit pénal général*, par Bernard BOULOC ..... 311
- II. — *Infractions contre la chose publique*, par Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE ..... 317
- III. — *Infractions contre les personnes*, par Georges LEVASSEUR ..... 324
- IV. — *Infractions contre les biens*, par Pierre BOUZAT ..... 333
- V. — *Infractions contre l'ordre économique et financier. De l'impact du droit communautaire sur le droit national et sur les sanctions*, par Jean-Claude FOURGOUX ..... 339
- VI. — *Infractions contre la qualité de la vie. Environnement*, par Jacques-Henri ROBERT ..... 343
- VII. — *Infractions relevant du droit social*, par Antoine LYON-CAEN ..... 347
- VIII. — *Procédure pénale*, par André BRAUNSCHWEIG ..... 348

### B. — Chronique législative, par Michèle-Laure RASSAT ..... 349

- C. — *Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines. — Le décret du 8 février 1993 : une étape de la modernisation de l'Administration pénitentiaire*, par Pierre DARBEDA ..... 362

### D. — Chronique internationale :

- I. — *Droits de l'homme*, par Louis-Edmond PETTITI ..... 367
- II. — *Droit pénal international — L'affaire Touvier : l'échappée belle*, par Michel MASSÉ ..... 372

### E. — Chronique de criminologie, par Reynald OTTENHOF ..... 381

### E. — Chronique de police — La police et l'Europe, par Jean SUSINI ..... 382

## INFORMATIONS

I. — *Congrès, Colloques, Séminaires : Colloque international de l'Association de recherches pénales européennes — Quelle politique pénale pour l'Europe ? (Fondation Royaumont, 23 et 24 octobre 1992), p. 387. — XX<sup>e</sup> Anniversaire du tribunal de grande instance de Bobigny — Justice sans frontières, le juge et l'étranger (Bobigny, 15 septembre 1992), p. 394. — Colloque du tribunal de grande instance de Bobigny — Légitimité et justice (Bobigny, 15 octobre 1993), p. 395. — XV<sup>e</sup> Congrès international de droit pénal (Rio de Janeiro, 4-10 septembre 1994), p. 395. — II. — *Droits étrangers : La Charte des droits fondamentaux de l'homme proposée par le gouvernement sud-africain, p. 396. — Loi contre les groupes de crime organisé au Japon, p. 399.**

## BIBLIOGRAPHIE

- A. — *Notes bibliographiques* ..... 403
- B. — *Bibliographie des périodiques à caractère scientifique en langues française et étrangères* ..... 417
- C. — *Ouvrages reçus* ..... 423

Editions DALLOZ  
11 rue Soufflot, 75240 Paris Cedex 05

---

**Les opinions émises dans la Revue n'engagent que leurs auteurs**

---

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Toutefois, des photocopies peuvent être réalisées avec l'autorisation de l'éditeur. Celle-ci pourra être obtenue auprès du Centre Français d'exploitation du droit de Copie, 3, rue Hautefeuille, 75006 Paris – Téléphone : 43.26.95.35 – Télécopieur : 46.34.67.19.

# Les transformations du droit pénal aux États-Unis

## Pour un autre modèle de justice\*

Françoise TULKENS

*Professeur ordinaire à l'université catholique de Louvain  
Président du département de criminologie et de droit pénal*

Le droit pénal aux États-Unis a connu, ces dernières années, des mutations fondamentales que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier de « régressions »<sup>1</sup>, voire même de « difformités »<sup>2</sup>. La première partie de cette étude sera consacrée à analyser certaines questions qui nous paraissent critiques dans le développement de la justice pénale aux États-Unis, particulièrement dans le domaine de la peine. Il ne s'agit pas, par une étude de droit comparé, de penser en termes d'imitation ou d'exemple mais plutôt de permettre une prise de distance, une forme de recul scientifique nécessaire pour percevoir le sens et les enjeux des transformations qui s'observent, ici comme ailleurs, dans le champ du pénal. La seconde partie suggérera certaines pistes afin de construire un autre modèle de justice, au départ d'un regard éthique sur l'intervention pénale.

Le terme de justice pénale qui est utilisé tout au long du texte traduit un choix de perspective. La confrontation avec le droit pénal américain révèle le caractère relatif de la division traditionnelle des matières en droit pénal. La tendance à « procéduraliser » le droit pénal que l'on observe aux États-Unis, si elle s'accommode mal de la distinction continentale entre le droit pénal matériel et le droit pénal formel, traduit bien en revanche le lien entre les principes généraux du droit pénal, le droit des infractions et des peines et l'ensemble des règles de procédure qui ont pour objet d'en assurer la mise en oeuvre concrète. Un des apports les plus manifestes des théories de la réaction sociale, dont on ne peut plus aujourd'hui faire sérieusement l'économie, est précisément d'avoir mis en

\* J'ai pu réaliser ce travail pendant un séjour en mars 1992 comme professeur invité à la *Louisiana State University* (Paul M. Hebert Law Center). Je remercie sincèrement les responsables et les collègues de cette institution, et plus particulièrement les professeurs George Pugh et Alain Levasseur, pour leur accueil, leur aide et leurs conseils. Par ailleurs, cette contribution s'inscrit dans le contexte d'une recherche sur la problématique de la réforme du code pénal en droit belge et en droit comparé entreprise grâce à l'appui du Fonds de développement scientifique de l'université catholique de Louvain que j'ai pu poursuivre au Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg-im-Breisgau) auquel je suis particulièrement reconnaissant.

1. L. Radzinowicz, *Penal Regressions*, 50 *The Cambridge Law Journal*, 422-424 (1991).

2. J.-P. Brodeur, *Réforme et difformités pénales*, *Déviance et société*, 1990, vol. 14, n° 2, p. 133-156.

lumière l'interaction existant entre le processus de création de la norme pénale et le processus de son application. Si, d'un côté, la figure de la loi et la figure du juge sont inséparables dans le procès pénal, d'un autre côté, sauf à s'en tenir à des considérations purement techniques, les principes généraux du droit sont inséparables de la détermination des infractions (la dimension normative ou « incriminatrice » du droit pénal) et des peines qui s'y attachent (la dimension sanctionnatrice). Il importe de penser ensemble, à tous les niveaux les différentes démarches qui caractérisent l'intervention du pénal, en ayant le souci des conséquences qui s'y attachent.

## I. — LES TRANSFORMATIONS DE LA JUSTICE PÉNALE AUX ÉTATS-UNIS

Dans tout système, ce sont souvent les questions qui se situent à la marge, les questions oubliées ou refoulées, qui se révèlent les plus significatives. Il en va ainsi de la question de la peine. Malgré le fait que celle-ci soit une caractéristique essentielle du droit pénal, même si elle n'est pas un attribut exclusif de celui-ci et que les frontières du concept lui-même restent incertaines<sup>3</sup>, la peine attire peu l'attention des juristes, un peu comme s'ils avaient honte de punir. Il y a sans doute, comme nous le verrons, une explication historique à cette situation. Aux États-Unis, le débat sur la justification de la peine, très intense, reste une question philosophique tandis que la pratique de peine (*corrections, sentencing*) fait partie des préoccupations des criminologues et des *social workers*. Il nous apparaît cependant que ce sont les transformations au niveau de la peine qui dominent actuellement les transformations que l'on observe au niveau du droit et de la justice pénale et que c'est donc, d'abord, à partir de celles-ci qu'il importe de se situer<sup>4</sup>.

### A. — Le modèle de justice

Il a déjà été souligné, à de nombreuses reprises, que les années 1970 ont marqué le « déclin » de l'idéal de réhabilitation<sup>5</sup>. Quoique provenant d'horizons sensiblement différents, les critiques se sont conjuguées sur un triple plan, celui de la légalité<sup>6</sup>, de l'efficacité<sup>7</sup> et de la légitimité<sup>8</sup>. Parallèlement, ces années marquent aussi la fin de la longue hégémonie de la position libérale sur le crime<sup>9</sup>. Ce qui nous intéresse, en l'espèce, ce n'est pas de revenir sur les causes de ce déclin

3. F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2<sup>e</sup> éd. Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 293.

4. Pour une analyse d'ensemble, cf. C. Blakesley et G. Curtis, Le développement du droit pénal aux États-Unis, *Annales de droit*, 1990, p. 177-218.

5. F. Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, New Haven, Yale University Press, 1981.

6. American Friends Service Committee, *Struggle for justice*, New York, Hill and Wand, 1971.

7. D. Lipton, R. Martinson, J. Wilkes, *The effectiveness of Corrections Treatment : a Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, Praeger, 1975.

8. N. Kitzrie, *The Right to be Different : Deviance and Enforced Therapie*, Baltimore, 1971 ; D. Rothman, *The Discovery of Asylum*, New York, 1971.

9. J. Q. Wilson, *Thinking About Crime*, 1975. Dix ans plus tard, sur l'hégémonie de la position conservatrice, V. E. Currie, *Confronting Crime : an American Challenge*, New York, Pantheon Books, 1985. Une réplique : T. Hirschi, Review Essay. Confronting Liberal on Confronting Crime, *Criminal Justice Ethics*, 1987, vol. 6, n° 2, p. 66 à 71.

mais plutôt d'en examiner certains effets. Le plus marquant a été, sans nul doute, le retour de la peine.

Le modèle thérapeutique qui a soutenu, partiellement tout au moins, l'idéal de réhabilitation a été le modèle majeur, sinon unique, du droit pénal du XX<sup>e</sup> siècle où il a dominé les politiques, les législations et les pratiques. Que ce soit sous la forme de la « nouvelle pénologie » en Amérique du Nord<sup>10</sup> ou sous celle de la défense sociale en Europe<sup>11</sup>, ce modèle qui s'articule autour des notions de danger et de diagnostic, de traitement et de protection, a contribué à une certaine paralysie de la pensée pénale. Son abandon a non seulement privé le système pénal de sa référence, de son identité, voire même de son langage<sup>12</sup>. Il a surtout révélé, quant à la peine, un champ largement en friche. Mais, sans attendre d'autres formes de procès, la société, elle, a redécouvert l'évidence du droit de punir.

Sur le plan théorique, le débat se renoue autour de la question traditionnelle des justifications de la peine où se retrouvent en présence les deux positions qui se partagent l'histoire pénale, l'utilitarisme et la rétribution<sup>13</sup>. D. Garland montrera bien, plus tard, qu'il importe moins de réfléchir sur la peine comme technique que sur la peine comme institution sociale et culturelle<sup>14</sup>. Le « *nothing works* » de Martinson<sup>15</sup> est dévastateur sur le plan du traitement mais il traduit aussi, de manière plus générale, la crise de la pénalité moderne<sup>16</sup>. Car ce sont les assises mêmes de la peine utilitaire qui sont ébranlées, cette peine que l'on trouve déjà au XVIII<sup>e</sup> siècle chez Bentham et Beccaria et qui compense le mal qu'elle produit par le bien qu'elle procure, que ce soit la réforme, l'intimidation, la prévention, l'élimination, la neutralisation, la réhabilitation ou la resocialisation<sup>17</sup>. Le titre de plusieurs ouvrages sur « l'avenir » de la peine<sup>18</sup> ou le « futur » de la prison<sup>19</sup> révèle en négatif la perte de confiance, le scepticisme, à l'endroit de la peine utilitaire tournée vers l'avenir.

Si la peine ne semble plus guère avoir de futur, il lui reste son passé. A l'utilitarisme succède, dès lors, la rétribution<sup>20</sup>. En 1976, le Rapport du comité pour l'étude de l'emprisonnement dont le titre, *Doing Justice : a Choice of Punishments*, annonce le programme, joua un rôle de catalyseur<sup>21</sup>. Un an auparavant, les recherches d'Ehrlich sur la peine de mort<sup>22</sup>, largement remises en cause aujour-

10. P. Landreville et M. Petrunik, *Le délinquant dangereux dans les législations nord-américaines, in Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de Ch. Debuyst, avec la collaboration de Fr. Tulkens, Paris-Genève, Masson-Médecine et Hygiène, 1981, p. 207.

11. *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, textes recueillis par F. Tulkens, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988.

12. D. Garland, *Punishment in Modern Society*, Chicago, Chicago University Press, 1990, p. 6.

13. Il y a, aux Etats-Unis, une littérature très importante sur ce thème. V. K. Greenwalt, *Punishment*, in S. Kadish, *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 4, New York, The Free Press, 1983, p. 456-498.

14. D. Garland, *Punishment in Modern Society*, *op. cit.* (18), p. 1 et 9.

15. R. Martinson, *What Works ? Questions and answers about prison reform*, *The Public Interest*, n° 35, 1974.

16. D. Garland, *Punishment in Modern Society*, *op. cit.* (12), p. 7.

17. V. C. Faugeton et J.-M. Le Boulaire, *Prison, peines de prison et ordre public*, *Rev. fr.soc.* 1992.3-32. Ces auteurs développent la thèse « du mythe fondateur de la prison pour peine ... qui permet de transformer le mal ... en bien » (p. 27).

18. M. Anquetil et al., *La peine, quel avenir ?*, Paris, Cerf, 1983.

19. N. Morris, *The Future of Imprisonment*, Chicago, Chicago University Press, 1974. Nous reviendrons sur cet ouvrage plus loin.

20. V. P. Ponzela, *Eclipse et réapparition de la rétribution en droit pénal*, in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 11 et s.

21. A. von Hirsch, *Doing Justice : the Choice of Punishments*, Report of the Committee for the Study of Incarceration, New York, Hill and Wang, 1976.

22. I. Ehrlich, *The Deterrent Effect of Capital Punishment*, 65 *American Economic Review*, 397 (1975).

d'hui, amènent la Cour suprême à revoir sa position en cette matière<sup>23</sup>. Les exécutions capitales font partie, depuis lors, de la toile de fond du droit pénal aux Etats-Unis et c'est donc aussi par rapport à celles-ci qu'il importe de prendre la mesure des nouvelles orientations proposées. Si le modèle de justice traduit une forme de désespoir quant à la capacité du système pénal de « combattre » le crime<sup>24</sup>, il construit ses racines dans l'émotion de la rétribution<sup>25</sup>. La peine est justifiée parce que la personne le mérite. Il s'agit du juste dû, *just desert*<sup>26</sup>, condition nécessaire et parfois suffisante de la peine, qui doit « s'ajuster » au crime (*punishment fit the crime*). Le principe de la proportionnalité de la peine par rapport à la gravité objective de l'infraction est, à ce titre, un maillon important dans la chaîne de la répression. La rétribution est, en principe, non utilitaire en ce sens qu'elle n'attend pas d'effet de la peine, sauf à rétablir sous une forme essentiellement symbolique l'équilibre social ou moral rompu ; dans la même logique, cette approche implique une distance par rapport à l'analyse des causes puisqu'il n'y a pas d'objectif à atteindre. Sous le thème de la rétribution (ou de la néo-rétribution) se glissent toutefois aux Etats-Unis des positions sensiblement différentes. Ainsi, pour un auteur comme E. van den Haag, le retour au droit pénal classique permet un redéploiement du pénal autour de la responsabilité et de l'exemplarité de la peine<sup>27</sup>. Pour N. Morris, en revanche, dont les travaux antérieurs s'inscrivent dans la voie de la décriminalisation<sup>28</sup>, la rétribution doit être une limite à la peine, en ce sens que le maximum de la peine ne peut excéder la punition méritée, que ce soit pour guérir le délinquant ou pour protéger la société<sup>29</sup>. Il s'agit d'une question de justice : *just punishment*<sup>30</sup>. Mais, dans un vide relatif quant à la question de la peine, le renouveau de la rétribution a nécessairement relancé toutes les questions qui y sont associées : le droit et le devoir de punir de l'Etat, la volonté libre, la responsabilité et la dignité du délinquant, la faute morale.

Si le modèle de justice, au sens où nous venons de l'évoquer, a été le modèle dominant dans la mesure où il a exercé une influence déterminante sur les réformes pénales les plus visibles, d'autres approches se sont néanmoins développées mais dont il est difficile, en dehors de la qualification générale d'alternative, d'ailleurs très largement inadéquate, de trouver un dénominateur commun. Certains auteurs entendent « réaffirmer » la réhabilitation<sup>31</sup> ou en proposent des versions modifiées<sup>32</sup>. D'autres s'engagent dans une approche minimale ou plus

23. *Gregg v. Georgia*, 96 S. Ct. 2902 (1976).

24. V. not. la préface de D. Rothman au rapport *Doing Justice*, op. cit. (21), p. XXXIX : « Our solution is one of despair, not hope ».

25. D.J. Callaghan, *The Return to Retribution in Penal Theory*, in C.F.H. Taper (ed.), *Crime, Proof and Punishment*, 1981, p. 144-177.

26. V. R. Singer, *Just Deserts : Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge (Mass.), Ballinger Publishing Company, 1979.

27. E. van den Haag, *Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question*, New York, Basic Book, 1975.

28. N. Morris et G. Hawkins, *The Honest's Politician Guide to Crime Control*, Chicago, Chicago University Press, 1972. Leurs célèbres « ukases » réclamaient la suppression pure et simple de certaines infractions : avortement, jeux, drogue, vagabondage, alcoolisme, etc. (p. 25-28). Cf. F. Tulkens, *Surcriminalisation et décriminalisation. Les choix de la justice pénale aux Etats-Unis à la fin des années 1960*, université catholique de Louvain, ronéo, 1975, p. 84-85, reprint Département de criminologie et de droit pénal, Document de travail, n° 17/1, 1987.

29. N. Morris, *The Future of Imprisonment*, op. cit. (19), XI.

30. *Ibid.* p. 73, « The concept of desert is one of a retributive maximum » (p. 74-75).

31. F.T. Cullen et K.E. Gilbert, *Re-affirming Rehabilitation*, Cincinnati, Anderson Press, 1982.

32. P. Greenwood, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, Rand Corporation, 1982 ; P. Greenwood et S. Turner, *Selective Incapacitation Revisited*, Santa Monica, Rand Corporation, 1987.

radicale de non-intervention<sup>33</sup>. D'autres encore suggèrent de nouveaux paradigmes, qui souvent croisent et conjuguent les différentes justifications de la peine, et qui se sont traduits, partiellement tout au moins, dans le « menu chinois » des mesures alternatives : la restitution<sup>34</sup>, la compensation<sup>35</sup>, la réparation<sup>36</sup>, la médiation<sup>37</sup>, etc. Nous y reviendrons dans la seconde partie.

## B. — Les réformes pénales

Le discours sur la peine et les réformes pénales se sont prêté, aux Etats-Unis, un appui mutuel. Il aurait même été plus exact de présenter les choses en sens inverse : ce sont les pratiques de la peine qui ont conduit au retour du concept de peine. Alors que, dans les pays continentaux, les réformes qui sont engagées au même moment (et pour des raisons bien souvent comparables) portent surtout sur le droit pénal matériel et les principes généraux du droit<sup>38</sup>, en Amérique du Nord elles portent principalement sur le processus de la détermination de la peine (*sentencing*). Dans les deux cas, l'enjeu est la réforme du système pénal.

Il y a, par rapport au *sentencing*, deux questions-clés pour comprendre les transformations de la justice pénale aux Etats-Unis. Elles sont en relation étroite. Il s'agit, d'une part, de la question de la répartition des compétences (*allocation of sentencing authority*) entre le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif<sup>39</sup> et, d'autre part, de la question de la justice discrétionnaire<sup>40</sup>. De manière générale, sans entrer dans le détail du droit des différents Etats, le législateur fixe le maximum de la peine (souvent très élevé), sans minimum, et il délègue la détermination de la peine à d'autres autorités. Sans disposer de pouvoir officiel, le ministère public (*prosecuting attorney*) est le maillon institutionnel le plus important. En supprimant les charges, il supprime les peines ; en choisissant les qualifications, il choisit les peines ; en négociant la culpabilité (*plea bargaining*), il négocie la peine. Le juge, à son tour, prononce la peine dans les limites (très larges) prévues par la loi et sa décision est définitive, sans appel ni révision. Il peut aussi bien fixer une durée à la peine que se limiter à indiquer un

33. E. Schur, *Radical Non-Intervention. Rethinking the Delinquency Problem*, Prentice Hall, 1973.

34. R.E. Barnett, *Restitution : a New Paradigm of Criminal Justice*, in R.E. Barnett et J. Hagel, *Assessing the Criminal Restitution. Retribution and the Criminal Process*, Cambridge (Mass.), Ballinger, 1977 ; B. Galaway et J. Hudson (ed.), *Offender Restitution in Theory and Action*, Lexington, DC Heath, Lexington Books, 1978 ; S.E. Martin, *Restitution and Community Service Sentences : Promising Sentencing Alternatives or Passing the Fad ?*, in *New Directions in the Rehabilitation of Criminal Offenders*, Washington DC, National Academy Press, 1981, p. 471-496.

35. S. Schafer, *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, Montclair, Patterson Smith, 1970.

36. W.F. McDonald (ed.), *Criminal Justice and the Victim*, Beverly-Hills-Londres, Sage Publications, 1976 ; J. Hudson et B. Galaway (eds.), *Victims, Offenders and Alternative Sanctions*, Lexington-Toronto, Lexington Books, 1980.

37. M. Wright et B. Galaway (eds.), *Mediation and Criminal Justice. Victims Offenders and Community*, Londres-Newbury Park-New Delhi, Sage Publications, 1989. V. aussi J. Vérin, Un exemple de conciliation non étatique : la médiation anglo-saxonne, *APC* 1984.131-136 ; E. Servidio-Delabre, La médiation aux Etats-Unis, *APC* 1985.195-200 ; J. Fauchère, Regard sur le droit pénal de la réparation et des pratiques de médiation au Canada, *APC* 1991.25-39.

38. Ainsi, par exemple, la réforme du code pénal qui est entreprise en France depuis 1974 et en Belgique depuis 1976. V. Vers un nouveau code pénal ? L'exemple belge et français, *Journal des Procès*, 13 nov. 1987, n° spéc.

39. D'un point de vue constitutionnel s'ajoute encore le partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les Etats.

40. K.D. Davis, *Discretionary Justice*, South Hackensack, 1969 ; A.K. Bottomley, *Decisions in the Penal Process*, Londres, Martin Robertson, 1973. On ne peut comprendre autrement, sans référence à la notion de justice discrétionnaire, les théories de la réaction sociale qui sont nées aux Etats-Unis et qui ont fait leur apparition en France au début des années 1970. Cf. F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit. (3), p. 49 à 58.

seuil minimum et maximum. Enfin, les autorités correctionnelles (*correctionnel authority*) ainsi que les commissions de libération conditionnelle (*parole board*), qui sont des commissions administratives, peuvent modifier les peines prononcées et décider quand le détenu sera libéré. La notion de justice discrétionnaire, où, à chaque étape, l'exercice de la justice implique un choix, est le fil conducteur tout au long de ce processus. Celle-ci est en relation étroite avec la conception utilitaire de la peine et plus particulièrement l'idéal de réhabilitation<sup>41</sup>. Il était dès lors normal que le déclin de celui-ci provoque, en même temps, le déclin du système discrétionnaire et le retour vers un modèle « judiciaire ».

Les critiques de ce système sont connues : disparité et incertitude de la peine, inégalité et discrimination, tyrannie de la protection, abandon des droits<sup>42</sup>. Les conclusions qui se dégagent d'un mouvement qui a rassemblé aussi bien des groupes de détenus que des responsables pénitentiaires, des délinquants que des juges, des militants des droits civiques que des officiels du *law enforcement*, sont loin d'être convergentes. Certains reprochent à la justice discrétionnaire des peines trop clémentes, d'autres des peines trop sauvages. L'entente sur un terrain commun, celui d'un certain sentiment de justice, a occulté de profondes divergences théoriques, idéologiques, politiques. On voit ainsi apparaître des couples suspects tels que, par exemple, rétribution et reconnaissance des droits.

Sur base d'objectifs contradictoires, et parfois même irréconciliables, ce qui rend toute évaluation difficile<sup>43</sup>, les réformes se sont engagées dans une double direction : les peines déterminées, d'une part, et les recommandations ou lignes directrices (*guidelines*), d'autre part. Dans l'équilibre des pouvoirs, leur point commun réside peut-être dans l'encadrement du pouvoir du juge par le législateur et, dans une certaine mesure, l'administration.

Les peines déterminées se sont traduites dans deux ensembles de lois. Les *Mandatory Sentencing Laws* constituent peut-être la réforme la plus populaire et la plus spectaculaire : une peine minimum est imposée par le législateur pour toutes les personnes coupables de certaines infractions, avec une sévère limitation du *plea bargaining*. En 1989, 49 Etats sur 50 avaient adopté ce type de législation. Réforme populaire dans la mesure où elle vise des infractions cibles, par exemple en matière de drogue ou d'usage illégal des armes à feu, et des comportements irritants pour la justice, comme la récidive. Réforme spectaculaire, bien souvent, au sens propre du terme, dans la mesure où le but recherché est la promulgation de la loi elle-même, ce qui montre que l'Etat est « sur la balle » dans la lutte contre le crime. Un des exemples les plus anciens est la *Rockefeller Drugs Law* dans l'Etat de New York en 1973<sup>44</sup>. Les effets de ces législations ? Augmentation de l'appareil judiciaire, pénal et pénitentiaire, d'une part ; augmentation de la sévérité des peines, d'autre part. En outre, comme ces lois sont souvent considérées comme trop dures, excessives, ou injustes<sup>45</sup>, des stratégies de diversion ont été mises en place (par la police, notamment, qui n'arrête pas)

41. F. Tulkens, Le rôle et les limites de la fonction juridictionnelle dans la justice pénale aux Etats-Unis, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la direction de Ph. Gérard, M. van de Kerchove et F. Ost, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 505-506.

42. Cf. trois ouvrages influents, M. Frankel, *Criminal Sentences : Law without Order*, New York, Hill and Wang, 1972 ; D. Fogel, *We are the Living Proof : the Justice Model for Corrections*, Cincinnati, The W.H. Anderson Company, 1975 ; A. Dershowitz, *Fair and Certain Punishment*, New York, 1976.

43. M. Tonry, *Sentencing Reform Impact*, Washington DC, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, 1987, p. 9.

44. Cette loi sera modifiée en 1976. En 1975, le *Massachusetts Bartley-Fox Amendment* prévoit une peine d'un an de prison pour la détention illégale d'une arme à feu tandis que le *Michigan Felony Firearms Statute* de 1977 porte à deux ans la peine pour l'usage d'une arme dans le cours d'une infraction.

45. M. Tonry, *Sentencing Reform Impact*, *op. cit.* (43), p. 25-26.

et celles-ci, loin de réduire la disparité des peines, l'ont augmentée. De leur côté, les *Determinate Sentencing Laws* créent des peines dont la longueur est déterminée par le législateur qui formule un certain nombre de critères légaux et dont le juge doit tenir compte en fixant la peine au moment du jugement, ce qui implique l'abolition de la libération conditionnelle. L'exemple souvent cité est celui de la *California Determinate Sentencing Law* (DSL) de 1977. La réforme fut de surface dans la mesure où elle s'est souvent limitée à déterminer un seuil minimum et un seuil maximum, par exemple de 5 à 20 ans en cas d'infraction simple et de 20 à 50 ans en cas d'infraction aggravée, ce qui réintroduit évidemment la disparité.

L'idée des *guidelines* a été développée en 1977, en réponse aux critiques du juge Frenkel<sup>46</sup>. Il s'agit, cette fois, d'imposer aux *correctionnal authorities* des critères pour la détermination de la peine<sup>47</sup>. Après avoir été introduites dans différents Etats sous la forme soit des lignes directrices volontaires, soit des lignes directrices présomptives<sup>48</sup>, les *guidelines* ont été formalisées au niveau fédéral. Le *Federal Comprehensive Crime Control Act* de 1984, qui établit de nouvelles règles de procédure pour la poursuite des infractions fédérales et abolit la *parole*, créa la commission (*United States Sentencing Commission*) qui, sur base du *Sentencing Reform Act* de 1984, établira les *guidelines* fédérales<sup>49</sup>. Approuvées par le Congrès américain, celles-ci ont force de loi depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1987. Toutes les juridictions fédérales sont donc tenues de s'y conformer. La Commission évite soigneusement de s'engager dans le débat sur les finalités de la peine : les *guidelines* sont pragmatiques et visent « l'honnêteté, l'uniformité et la proportionnalité »<sup>50</sup>. Concrètement, une peine est prévue pour chaque situation, sur base de la combinaison de deux paramètres, la conduite délictueuse avec toutes ses qualifications de fait et de droit (par exemple : un vol à main armée dont le butin est de 2 500 \$) et les caractéristiques du condamné (principalement délinquant primaire ou récidiviste). Le juge est tenu d'imposer la peine dans la « grille » prévue, sous réserve de circonstances aggravantes ou atténuantes exceptionnelles (des « écarts programmés »)<sup>51</sup>. La Cour suprême des Etats-Unis a décidé que les *guidelines* n'étaient pas inconstitutionnelles, en dépit des problèmes concernant la séparation des pouvoirs posés par la composition de la Commission<sup>52</sup>. Malgré les nombreuses controverses qu'elles suscitent, les *guidelines* fédérales semblent appelées à subsister et même à s'étendre à d'autres domaines, comme par exemple la détention préventive<sup>53</sup>.

46. P. O'Donnel, D. Curtis et M. Churgin, *Towards a Just and Effective Sentencing System*, New York, Praeger, 1977 ; M. Frankel, *Criminal Sentences : Law without Order*, op. cit. (42).

47. J.M. Kress, *Prescription for Justice : the Theory and Practice of Sentencing Guidelines*, Cambridge (Mass.), Ballinger, 1980.

48. M. Tonry, *Sentencing Reform Impact*, op. cit. (43), p. 69 ; J.-P. Brodeur, Réforme et difformités pénales, *Déviante et société*, op. cit. (2), p. 138-139.

49. United States Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, effective 1<sup>er</sup> nov. 1987, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1987.

50. *Ibid.* p. 2, 2-4.

51. V. l'analyse des *guidelines* fédérales dans J.-P. Brodeur, Réforme et difformités pénales, *Déviante et société*, op. cit. (2), p. 140-142.

52. *United States v. Mistretta*, 109 S. Ct. 647 (1989). La *United States sentencing Commission* se définit comme un organe indépendant au sein du pouvoir judiciaire (« an independent agency in the judicial branch »), *ibid.* p. 1, 1. Authority. Elle est composée de 7 membres avec voix délibérative et de deux membres avec voix consultative. La Commission qui, contrairement au pouvoir judiciaire ou législatif élu, ne répond devant personne, est désormais un organisme permanent.

53. J.-P. Brodeur, Réforme et difformités pénales, *Déviante et société*, op. cit. (2), p. 142-143.

## C. – Des effets contradictoires

Malgré le souci évident de certains partisans du retour au droit pénal classique (ou néo-classique) de limiter l'usage de la peine – c'est la thèse notamment, nous l'avons vu, de N. Morris qui propose des principes directeurs de l'usage de la prison dans une société démocratique : parcimonie, dangerosité, juste dû<sup>54</sup> –, les effets des réformes pénales engagées se sont orientés dans une toute autre direction. Comme l'observe justement J.-P. Brodeur, « on commence à se demander si les réformes effectuées ne se réduisent pas à une onde de choc initiale, qui est maintenant en train de se résorber et dont le seul résultat durable aura été d'avoir encore accru le désordre de la justice pénale »<sup>55</sup>. Et plus loin : « Dans la stratégie choisie par les réformateurs, le pire est sûr, le meilleur est incertain »<sup>56</sup>. Nous le montrerons au départ de certains arrêts récents de la Cour suprême des Etats-Unis.

Contrairement aux attentes, les réformes ont provoqué, dans les textes, un renforcement substantiel de la gravité des peines<sup>57</sup>, qui échappe au contrôle de la Cour suprême. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Chapman v. U.S.*, la Cour décide que le législateur a le pouvoir souverain de déterminer les peines, sans aucun pouvoir d'appréciation aux tribunaux : en l'espèce, il s'agissait d'une peine de cinq ans de prison pour la distribution de plus d'un gramme d'un mélange contenant un montant détectable de LSD<sup>58</sup>. Ce renforcement, que certains qualifient d'*overpunishment*, entraîne à son tour d'autres effets qui sont en contradiction évidente avec les principes qui gouvernent la réforme, notamment la modération et l'équité. Nous en retiendrons deux : l'érosion des droits et l'abandon du principe de la proportionnalité.

### 1. L'érosion des droits

La surpopulation dans les prisons est telle que celles-ci deviennent des endroits dangereux. Déjà en 1982, dans une affaire concernant les conditions de détention, la Cour suprême admet que « routine discomfort is part of the penalty that criminal offenders pay for their offenses against society »<sup>59</sup>. La décision *Ruffo v. Inmates of Suffolk County Jail* en 1992 va plus loin et admet implicitement, en matière de détention préventive, que l'augmentation des incarcérations pourrait justifier l'érosion des droits<sup>60</sup>. L'opinion dissidente estimait que même si cette situation n'avait pas été prévue, elle était prévisible et que d'autres mesures existaient pour éviter la surpopulation (transfert vers d'autres prisons, mise en liberté sous caution ou sous conditions)<sup>61</sup>.

54. N. Morris, *The Future of Imprisonment*, op. cit. (19), p. XII.

55. J.-P. Brodeur, Réforme et difformités pénales, *Déviance et société*, op. cit. (2), p. 134.

56. *Ibid.* p. 152.

57. V. la prévision optimiste de D. Fogel, Le débat américain sur la politique du sentencing : dix années de combat, *APC*, 1982.248 : « Aux Etats-Unis, il faudra probablement une autre décennie pour comprendre qu'être partisan d'une plus grande certitude n'équivaut pas à vouloir punir ».

58. *Chapman v. United States*, 111 S. Ct. 1919 (1991). En fait, le LSD pur pesait moins que 50 milligrammes mais le tribunal prit également en compte le poids du papier sur lequel la solution avait été pulvérisée.

59. *Rhodes v. Chapman*, 101 S. Ct. 2392 (1981). Il n'y aurait eu violation du 8<sup>e</sup> amendement (*cruel and unusual punishment*) que si les conditions de détention refusaient aux détenus « the minimal civilized measures of life's necessities » (p. 2399).

60. *Ruffo v. Inmates of Suffolk County Jail*, 112 S. Ct. 748 (1992). Il s'agissait, en l'espèce, d'un accord passé avec les détenus pour améliorer les conditions de détention, jugées contraires à la Constitution, et que les autorités du pénitencier voulaient dénoncer.

61. *Ibid.* p. 772.

La violence dans les prisons devient elle aussi une réalité banale et, dès lors, la doctrine se transforme. La clause du 8<sup>e</sup> amendement (*cruel and unusual punishment*) s'applique désormais seulement à cette classe étroite de « deprivations involving serious injury inflicted by prisons official acting with a culpable state of mind »<sup>62</sup>. Ainsi, la Cour décide qu'un gardien de prison qui utilise une arme contre un détenu ne viole pas l'interdiction constitutionnelle s'il n'est pas établi qu'il a agi avec un état d'esprit coupable<sup>63</sup>. Toutefois, dans une décision plus récente, où un gardien avait battu un détenu (qui avait quand même perdu quelques dents), la Cour rejette, à une courte majorité, le critère de la blessure significative (*significant injury*) et elle admet qu'une force excessive peut constituer une peine cruelle et inhabituelle<sup>64</sup>. L'opinion dissidente, se fondant sur une interprétation stricte de la Constitution, reconnaît qu'un tel acte peut être immoral, vicieux, voire même criminel, mais elle estime que le 8<sup>e</sup> amendement ne peut devenir le code national des prisons ; et elle ajoute, ce qui est significatif : « our society ... has no expectation that prisoners will have unqualified freedom from force, since forcible keeping prisoners in detention is what prisoners are all about »<sup>65</sup>.

## 2. L'abandon de la proportionnalité

Sur le plan juridique, le principe de la proportionnalité de la peine à la gravité objective de l'infraction est un principe qui contribue largement à ce que la peine remplisse une fonction de nature rétributive. Son abandon, qui est maintenant consacré par la Cour suprême dans l'affaire *Harmelin v. Michigan* en 1991, contredit radicalement les présupposés du modèle de justice<sup>66</sup>. La Cour suprême décide, en effet, que la peine de prison à vie, sans aucune circonstance atténuante, sans libération conditionnelle, telle qu'elle est prévue par une loi du Michigan (*Mandatory Sentencing Law*) pour la possession de plus de 650 gr. de cocaïne<sup>67</sup>, ne viole pas le 8<sup>e</sup> amendement : une peine obligatoire peut être cruelle mais elle n'est pas inhabituelle au sens constitutionnel du terme<sup>68</sup>.

L'histoire de cette jurisprudence en éclaire bien la portée et l'enjeu. En 1980, la Cour suprême avait décidé que ne constituait pas une peine cruelle et inhabituelle la peine de prison à vie prononcée contre un récidiviste, du chef de fraude, d'émission de chèque sans provision et d'escroquerie<sup>69</sup>. La Cour avait posé le problème sur le terrain constitutionnel : les Etats doivent disposer de la plus grande latitude dans le choix de la peine. Elle adopte, dès lors, la même position dans l'affaire *Hutto v. Davis* en 1982 qui concernait une peine de quarante ans de prison et de 20 000 \$ d'amende pour la possession de neuf *ounces*

62. *Whitley v. Albers*, 106 S. Ct. 1078 (1986).

63. *Wilson v. Seiter*, 111 S. Ct. 2321, 2324 (1991).

64. *Hudson v. MacMillan*, 112 S. Ct. 995 (1992).

65. *Ibid.* p. 1009.

66. A. von Hirsch, *Neoclassicism, Proportionality and the Rationale for Punishments: thoughts on the Scandinavian Debate, Crime and Delinquency*, 1983, p. 52-70 ; A. von Hirsch et M. Ouimet, Proportionnalité et prévention : point de vue sur les évolutions récentes de la pénologie aux Etats-Unis, cette *Revue* 1989.269 : « Notre point de vue est résolument partisan : nous croyons qu'un système de *sentencing*, basé sur un principe de proportionnalité entre la gravité du crime commis et la sévérité de la peine prononcée est apte à permettre au difficile exercice de la détermination de la peine de se faire en toute équité ».

67. Cette peine est en fait la deuxième plus longue aux Etats-Unis et la première dans l'Etat du Michigan qui ne possède pas la peine de mort.

68. *Harmelin v. Michigan*, 111 S. Ct. 2680 (1991).

69. *Rummel v. Estelle*, 100 S. Ct. 1133 (1980). Les montants, en l'espèce, étaient minimes, guère plus de 200 \$ pour l'ensemble des préventions.

de marijuana<sup>70</sup>. En 1983, dans l'affaire *Solem v. Helm*, la Cour suprême renverse sa jurisprudence antérieure : elle écarte sur base du 8<sup>e</sup> amendement, en la jugeant disproportionnée, une peine de prison à vie pour diverses infractions contre les biens ainsi que pour conduite en état d'ivresse<sup>71</sup>. La Cour décide qu'il faut retenir des facteurs objectifs et elle suggère un triple critère de proportionnalité intra et inter-juridictionnel : la gravité intrinsèque de l'infraction, la violence (*harshness*) de la peine et la comparaison avec des peines imposées pour les mêmes crimes dans d'autres indications<sup>72</sup>.

La décision *Harmelin* de 1991 constitue donc un nouveau renversement. Sur base d'une interprétation stricte du 8<sup>e</sup> amendement<sup>73</sup>, la Cour suprême décide que celui-ci ne contient pas de garantie de proportionnalité. Elle estime que la doctrine de *the individualized capital sentencing* ne trouve pas à s'appliquer en dehors du contexte de la peine de mort en raison de la différence qualitative entre celle-ci et les autres peines<sup>74</sup>. En outre, quant au fond, la Cour développe deux arguments. D'une part, l'idée de la proportionnalité doit être rejetée en raison de son caractère éminemment subjectif : la gravité est quelque chose d'impossible à déterminer et, dès lors, la seule fonction du principe de la proportionnalité, s'il existe, serait de permettre au juge d'évaluer une peine que le législateur a considéré proportionnée comme ne l'étant pas<sup>75</sup>. D'autre part, estime la Cour, la proportionnalité est contradictoire avec l'idée de la réhabilitation et de la dissuasion (*deterrence*) : la proportionnalité est un concept purement rétributif et une pure proportionnalité est une pure vengeance<sup>76</sup>. Ce second argument prend évidemment le modèle de justice à contre-pied et mine complètement sa logique interne (*rationale*). Il s'agit bien d'un argument, c'est-à-dire d'un raisonnement destiné à prouver ou à réfuter une proposition, puisque la peine que la Cour légitime est clairement de nature rétributive<sup>77</sup>. En supprimant ainsi l'exigence de la proportionnalité du champ du 8<sup>e</sup> amendement, la Cour suprême se dispense désormais d'examiner la question de la disparité des peines puisqu'il n'y a plus de base juridique pour le faire. A terme, sa jurisprudence sur la peine de mort risque également de devenir vulnérable puisque ne pourra plus être retenue que la peine *grossly excessive*<sup>78</sup>. La question n'est pas théorique dans la mesure où, depuis les réformes, il existe des *mandatory death penalty statutes*.

70. *Hutto v. Davis*, 102 S. Ct. 703 (1982).

71. *Solem v. Helm*, 103 S. Ct. 3001 (1983).

72. *Ibid.* p. 3009-3010. Des décisions ultérieures appliquèrent le même test, comme par exemple *McCleskey v. Kemp*, 107 S. Ct. 1746 (1987).

73. *Harmelin v. Michigan*, 111 S. Ct. 2680 (1991). L'interprétation stricte est l'interprétation historique, selon la volonté des pères fondateurs : il ne s'agit pas de savoir ce que l'interdiction de la *cruel and unusual punishment* signifie aujourd'hui dans la Déclaration des droits mais ce qu'elle signifiait lors de l'adoption du texte.

74. *Harmelin v. Michigan*, 111 S. Ct. 2680 (1991), p. 2701-2702. V. sur cette doctrine, *Summer v. Shuman*, 107 S. Ct. 2716 (1987).

75. *Harmelin v. Michigan*, 111 S. Ct. 2680 (1991), p. 2697.

76. *Ibid.* p. 2698.

77. Dans son opinion dissidente, Justice Marshall observe qu'une peine de prison à vie partage une caractéristique commune avec la peine de mort : le condamné ne retrouvera pas sa liberté. Une telle peine ne sert donc évidemment pas la fonction de la réhabilitation. Elle doit, dès lors, être fondée sur la justification « que la conduite en cause est si atroce que l'intérêt de la société dans la prévention générale et dans la rétribution compense totalement toute considération de réforme et de réhabilitation du condamné » (*ibid.* p. 2719).

78. *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976) : la Cour suprême avait admis qu'une peine de mort obligatoire pour un meurtre au premier degré était contraire au 8<sup>e</sup> amendement. Même décision pour le meurtre d'un co-détenu : *Summer v. Shuman* 107 S. Ct. 2716 (1987) et dans une affaire de *felony-murder rule* : *Enmund v. Florida* 102 S. Ct. 3378 (1982).

La décision *Harmelin v. Michigan* provoque encore d'autres effets, sur le terrain du droit pénal matériel, ce qui confirme le fait que ce sont bien souvent les questions relatives à la peine qui dominent les questions relatives aux principes généraux du droit ; ou, plus exactement, que c'est par rapport aux exigences de la peine que l'on prend la mesure des principes généraux du droit. Ainsi, en acceptant une peine de prison à vie pour une infraction en matière de drogue et en insistant sur les effets secondaires et collatéraux de l'usage des substances interdites, la Cour abandonne l'idée que, pour être constitutionnellement proportionnée, la peine doit être « taillée selon la responsabilité personnelle et la faute morale du condamné »<sup>79</sup>. Personne ne conteste les conséquences socialement dramatiques de l'usage de l'alcool au volant mais la sévérité du problème ne justifie pas que l'on se dispense d'une observation scrupuleuse des principes constitutionnels<sup>80</sup>.

### D. – Le passage à la limite

Comme nous venons de le voir, les transformations au niveau des peines se répercutent au niveau des incriminations et des principes généraux du droit pénal. Bien souvent, avec les mêmes contradictions. Nous ne pouvons qu'évoquer brièvement cette question dans le cadre limité de cette étude. A la surcriminalisation et la décriminalisation succède une criminalisation à géométrie variable. Ainsi, dans l'Etat du Massachusetts, la sodomie est punie plus sévèrement que les voies de fait<sup>81</sup>. Dans l'Etat de Louisiane, une voie de fait avec une arme dangereuse est punie de la même manière que le fait de retirer du parking, sans autorisation, un chariot de supermarché<sup>82</sup>. Par ailleurs, en ce qui concerne les principes de la responsabilité, l'exigence de la faute, qui constitue en quelque sorte le pendant du *desert*, est tout à la fois réaffirmée dans les principes et sans cesse contredite dans les faits. Ainsi, par exemple, la Cour suprême décide que la peine de mort pour complicité de meurtre, en matière de *felony-murder rule*, ne constitue pas une peine cruelle et inhabituelle, acceptant implicitement que le coupable soit exécuté même si le meurtre est accidentel<sup>83</sup>. De même, malgré les attaques dont elle a traditionnellement fait l'objet, la responsabilité stricte, qui s'oppose radicalement au principe de l'imputabilité morale, non seulement se maintient mais se développe<sup>84</sup>. Dans une vue qu'il qualifie lui-même de non orthodoxe, M. Kelman estime que la critique rituelle contre la responsabilité stricte est « l'exercice d'une flatterie de notre jugement moral » qui détourne l'attention des problèmes de l'inadéquation morale du droit pénal lui-même<sup>85</sup>. La responsabilité stricte permet d'ailleurs de renforcer la cohérence du modèle de justice et de limiter la responsabilité pénale à la négligence grave (*gross negligence*), celle qui manifeste une insensibilité morale et justifie la condamnation.

79. *Enmund v. Florida* 102 S. Ct. 3368 (1982).

80. *Michigan Department of State Police v. Sitz*, 110 S. Ct. 2481 (1990) ; *Grady v. Corbin*, 110 S. Ct. 2084 (1990).

81. *Mass. Gen. Laws* (1988), § 265:13 A (*assault and battery* : maximum deux ans et demi) et § 272.34 (*sodomie* : maximum 25 ans).

82. *Louisiana Revised Statutes*, Title 14, art. 37, al. 2 et art. 68.1, A.

83. *Florida Tison v. Arizona*, 107 S. Ct. 1676 (1987).

84. Il est frappant de constater, par exemple, que les rétributivistes acceptent l'imposition de la responsabilité stricte en matière de drogue. V. par ex. A. Goodhart, *Possession of Drugs and Absolute Liability*, 84 *Law Quarterly Review*, 384 (1968).

85. M. Kelman, *Strict Liability : An Unorthodox View*, in S. Kadish (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 4, *op. cit.* (13), p. 1512-1518.

Nous nous limiterons, pour terminer, à évoquer une affaire actuellement pendante devant la Cour suprême de Louisiane qui constitue peut-être, par rapport au modèle de justice, le passage à la limite. Poursuivi du chef de meurtre, Michael Perry qui, en dépit d'un lourd passé psychiatrique personnel et familial, ne plaide pas au moment du procès *l'insanity defense*, est condamné à mort en 1985. Comme la Constitution de Louisiane interdit l'exécution d'un prisonnier malade mental (art. 1 sect. 1 et 20), la question se pose de savoir si le condamné est apte à subir la sentence, s'il comprend la situation et la raison de la peine, conformément notamment à la décision *Ford v. Wainwright* de la Cour suprême des Etats-Unis<sup>86</sup>. A côté des raisons humanitaires qui empêchent d'exécuter une peine de mort contre un *insane*, d'autres raisons sont qualifiées de légales : « For today, no less than before, we may seriously question the retributive value of executing a person who has no comprehension of why he has been singled out and stripped of his fundamental right to life »<sup>87</sup>. La décision *Thompson v. Oklahoma* exprime la même idée : « The retributive effect of execution is thought to be lessened by the killing of an insane prisoner »<sup>88</sup>. En l'espèce, sur base d'un rapport psychiatrique, la cour d'appel déclare que Perry est « mentalement compétent dans le but de l'exécution » mais elle ajoute aussitôt qu'il n'est dans cet état que s'il est maintenu sous médication. Elle ordonne dès lors au condamné de prendre de l'haldol, dans le seul but de l'exécuter, « car l'intérêt de l'Etat à exécuter la peine de mort dépasse les droits du condamné à refuser un traitement forcé ». Saisie par Perry, la Cour suprême des Etats-Unis décide de renvoyer l'affaire devant la juridiction de jugement<sup>89</sup>, en lui demandant de reconsidérer le cas à la lumière de sa décision *Washington v. Harper* qui a été prise pendant que l'affaire Perry était pendante. Aux termes de celle-ci, un détenu peut être forcé à prendre des médicaments anti-psychotiques, si ceux-ci ont été prescrits par un médecin, pour autant qu'il souffre d'un désordre mental et qu'il constitue un danger pour lui-même ou pour autrui<sup>90</sup>. Le 25 avril 1991, *La District Court* rend sa nouvelle décision dans l'affaire *Perry* et confirme l'ordre de médication forcée : si le prisonnier échappe à l'exécution en raison de son état mental, l'Etat ne peut donner effet à l'outrage moral causé à la société par le crime commis ; en rétablissant la « compétence » du condamné et en permettant son exécution, la médication « satisfait » le but rétributif de la peine. L'affaire, qui soulève en outre des questions fondamentales d'éthique médicale, est actuellement soumise à nouveau à la Cour suprême de Louisiane. Le problème devient national : les condamnés dans les couloirs de la mort attendent souvent pendant de nombreuses années et beaucoup d'entre eux souffrent progressivement de troubles mentaux. Si la logique, ou la « qualité » de la rétribution ne permet pas d'exécuter un *insane*, peut-on créer, par une médication forcée, les conditions de la rétribution ? L'Etat se donnerait en quelque sorte la liberté d'exécuter. Nous touchons à l'absurde. La solution à ce dilemme sera peut-être, tout simplement, l'abandon des protections constitutionnelles car la Cour suprême pourrait décider que l'exécution d'une peine de mort contre un malade mental (ou un mi-

86. *Ford v. Wainwright*, 106 S. Ct. 2595 (1986). V. Restoration of Competency for Executions : Furiosus Sole Furore Punitur, 44 *Southwestern Law Journal*, 1991 (1990).

87. *Ford v. Wainwright*, *ibid.* p. 2601. Cette décision montre bien les liens étroits qui peuvent exister entre dissuasion et rétribution (p. 2600) : « If deterrence is to be served by the killing of a person at the hands of the State then the person must be "worthy" of killing ». Cf. F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit.* (3), p. 316 et la note 98.

88. *Thompson v. Oklahoma*, 108 S. Ct. 2687 (1988).

89. *Perry v. Louisiana*, 111 S. Ct. 449 (1991).

90. *Washington v. Harper*, 110 S. Ct. 1028 (1990). En l'espèce, la question concernait le respect du *Due process* dans la procédure de médication forcée.

neur<sup>91</sup>) ne constitue pas une peine cruelle et inhabituelle, au nom de l'intérêt légitime de l'Etat à punir<sup>92</sup>.

## II. – POUR UN AUTRE MODÈLE DE JUSTICE

La crise de la justice pénale impose de prendre les choses au sérieux. Dans tous les systèmes, il y a des cycles et le système de justice pénale n'y échappe pas. Les dérives auxquelles nous assistons répondent à une situation conjoncturelle et elles ne permettent certainement pas de repenser le droit pénal. S'il est aisé, bien sûr, de développer la critique, de pointer les incohérences, il est plus malaisé de vouloir y répondre. La brièveté de cette seconde partie, par rapport à la première, en témoigne implicitement. Je tenterai cependant de le faire, très modestement, mais de manière radicale, c'est-à-dire en prenant les choses à la racine. Les « relations paradoxales entre la permanence et le changement », s'exprimant notamment à travers la circularité des politiques pénales, ne pourront être dépassées qu'en opérant un retournement des perspectives, c'est-à-dire en adoptant d'autres présupposés, d'autres postulats, à partir desquels une nouvelle logique pourrait se constituer. Sans prétendre à aucune originalité, je proposerai quelques jalons sur un terrain déjà largement défriché par d'autres.

En analysant la perspective pénale et les biais qu'elle impose à la perspective clinique, Ch. Debuyst observe que le consensus pénal repose sur l'idée « qu'à travers le code pénal un certain nombre de valeurs sont défendues : la vie, l'intégrité corporelle, la propriété et qu'il serait difficile et même paradoxal d'admettre que les comportements qui portent atteinte à ces valeurs ne fassent pas l'objet d'une sanction qui réaffirme l'importance de ces valeurs. Le caractère unilatéral de la sanction traduit, pourrait-on dire, leur transcendance »<sup>93</sup>. Et il ajoute : « Ici encore, il importe de vérifier le sens qu'a la réaffirmation d'une valeur par une instance qui dispose de la force pour la faire respecter ». Nous touchons ici au noyau dur du droit pénal. Qu'on le veuille ou non, qu'il s'agisse de dissuader, de traiter, de réparer ou de rétribuer, le droit pénal est le paradigme de l'usage de la force dans la société. C'est un droit « odieux » disait déjà Pufendorf, et ce thème est repris par Bentham : « Dans tout le cours de son opération, il ne peut être qu'une suite de maux : maux dans les menaces et la contrainte de la loi ; maux dans la poursuite des accusés avant qu'on puisse distinguer l'innocent du coupable ; maux dans l'infliction des sentences juridiques ; maux dans les suites inévitables qui rejaillissent sur les innocents »<sup>94</sup>. Si le droit pénal pose la question du contrôle de la violence, donc du politique, il pose aussi la question de sa légitimation, donc de l'éthique.

### A. – Une éthique de la responsabilité

Un thème qui traverse le pénal aujourd'hui, mais que nous ne pouvons évidemment aborder, est celui de la redécouverte du droit comme ligne de partage

91. *Stanford v. Kentucky*, 109 S. Ct. 2969 (1989).

92. L'opinion dissidente dans *Ford v. Wainwright*, 106 S. Ct. 2595 (1986) pourrait en effet le laisser supposer (p. 2610-2611).

93. Ch. Debuyst, Le concept de personnalité dangereuse considéré comme expression d'un point de vue, in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, op. cit. (10), p. 32.

94. *Oeuvres de J. Bentham, Jurisconsulte anglais*, vol. 1, *Traité de législation civile et pénale*, Bruxelles, L. Hauman et Cie, 1829, p. 187.

du bien et du mal. S'il est sans doute nécessaire de repenser la moralité du crime, il est tout aussi nécessaire de réveiller la sensibilité à la moralité de la réaction sociale. C'est « dans tout le cours de son opération », pour reprendre l'expression de Bentham, que doit se poser la question de l'éthique de l'intervention pénale. Or, nous l'avons vu, le développement du droit pénal aux Etats-Unis nous confronte à une véritable dissociation entre les principes qui sont censés fonder le droit pénal et ses effets dans l'action (*law in action*), comme s'il était possible de séparer la loi pénale de son application, le texte de sa pratique. Bien sûr, il n'est pas toujours possible de maîtriser les retombées d'une théorie ; mais, en l'espèce, les partisans du modèle de justice semblent manifester une forme d'indifférence aux conséquences de leurs propositions<sup>95</sup>. Sur le mode du défi à tout principe moral, la peine de mort est le paradigme de la violence du droit pénal. Or, aux Etats-Unis, la peine de mort n'est pas un mythe mais une réalité ; elle côtoie, sans broncher, le *justice model*. Elle n'atteint, comme l'ensemble de la justice pénale, que les plus défavorisés.

En évoquant les débats qui ont eu lieu, notamment aux Etats-Unis, sur la question de l'éthique de la pénalisation, M. van de Kerchove resitue bien la distinction que M. Weber établissait entre « l'éthique de la conviction » et « l'éthique de la responsabilité »<sup>96</sup>. La première ne s'occupe jamais des conséquences ; elle « ne fait que veiller sur la flamme de la pure doctrine afin qu'elle ne s'éteigne jamais »<sup>97</sup>. Le réformateur ou l'entrepreneur moral procède avec ce type d'éthique : ce qui l'intéresse, c'est la fin, peu importe les moyens. La seconde, l'éthique de la responsabilité, entend « ne pas se décharger des conséquences de sa propre action »<sup>98</sup>. Or, ajoute M. Weber, tout homme qui pactise avec la violence s'expose nécessairement aux conséquences qui en découlent. C'est la raison pour laquelle, estime dès lors très justement M. van de Kerchove, « une éthique de l'intervention pénale – qui pactise précisément avec la violence – doit également être ... une éthique de la responsabilité »<sup>99</sup>.

## B. – Une éthique compréhensive

Dans un article auquel nous sommes très redevable, A. Pires distingue deux paradigmes de la réforme pénale<sup>100</sup>. Le paradigme de l'éthique totale (*total ethics*) « s'enferme autour du justiciable » comme cible de l'intervention et il s'articule autour de certains principes à partir desquels se construit le droit pénal : le partage naturel entre le crime et les actes illicites, la justification des sanctions par les théories de la peine, la non-réciprocité des droits et la primauté aux droits de l'Etat, la proportionnalité essentielle entre le mal de l'infraction et le mal de la peine<sup>101</sup>. Ce modèle est marqué par une tentation totalitaire : dans son « entreprise morale », le droit pénal serait apte à résoudre les problèmes so-

95. Ainsi, l'ouvrage de A. von Hirsh en 1985 ne rend guère compte des transformations de la justice pénale et donne un peu l'impression que les théories se renvoient l'une à l'autre, sans faire de détour par la réalité. A. von Hirsch, *Past or Future Crimes : Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick (N.J.), Rutgers University Press, 1985.

96. M. van de Kerchove, L'Etat et la morale. Pour une éthique de l'intervention pénale, *Ann. de droit*, 1986, p. 195 et s. citant M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, 1959, p. 172.

97. *Ibid.* p. 197.

98. *Ibid.* p. 207.

99. *Ibid.*

100. A. Pires, Ethiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine, *Ethica*, vol. 3, n° 2, 1991, p. 47-78.

101. *Ibid.* p. 68-69.

ciaux<sup>102</sup>. Si, parmi les juristes, le droit pénal est relativement dévalorisé, observe A. Pires, il prend en quelque sorte sa revanche en se présentant comme étant la seule manière de défendre les valeurs fondamentales de la société. Relations de travail, entreprise et commerce, organisation sociale, famille, droits civils et politiques, relations internationales, environnement, santé, ne sont plus que des « annexes » du droit pénal<sup>103</sup>. Ce discours, s'il peut assurer la cohérence théorique du droit pénal, devient dérisoire, sinon honteux lorsqu'on le confronte à la réalité de la peine.

Le paradigme alternatif proposé par A. Pires est celui de l'éthique compréhensive (*ful ethics*). Celui-ci se fonde sur un renouveau de la problématique des droits de la personne et un réexamen de ses rapports avec le droit pénal<sup>104</sup>. Le coût social du système de justice pénale n'est plus nié par personne. La fiction et l'abstraction des concepts du droit pénal ne sont plus à démontrer. La machine pénale, de la police à la prison, est une machine qui blesse et même qui tue. L'analyse de L. Hulsman reste obsédante car elle révèle « l'ambiguïté de la fonction pénale »<sup>105</sup>. Les thèmes du droit pénal à contenu minimal, de la subsidiarité, de la modération, font consensus dans le discours ; ils sont sans cesse contredits dans les faits. Dans cette perspective, l'éthique compréhensive est susceptible d'opérer un renversement des perspectives. Il ne s'agit plus, comme le suggère A. Pires, de se demander « comment utiliser le droit criminel pour renforcer les droits de la personne, mais plutôt comment les droits de la personne peuvent être un outil pour repenser le droit criminel et ses rapports avec les autres systèmes de droit »<sup>106</sup>. L'éthique compréhensive signifie alors « que la réflexion éthique ne veut plus se laisser enfermer dans la logique du raisonnement pénal. Elle désigne cette démarche qui vise à déconstruire l'univers clos des formes traditionnelles de légitimation du pénal et à articuler autrement les représentations dominantes du rapport entre les droits de la personne et le droit criminel »<sup>107</sup>. Il s'agit aussi de repenser « les frontières internes » entre les différents ordres juridiques dans la protection des valeurs fondamentales, en étant attentif « aux choix des procédures et des moyens d'intervention »<sup>108</sup>.

### C. – Une lecture alternative des sanctions alternatives

Le développement de ce que l'on appelle, faute de mieux, les sanctions alternatives offre une occasion, très concrète, de tenter ce renversement de perspective<sup>109</sup>. Nous les retrouvons ces quinze dernières années aussi bien en Europe qu'en Amérique du Nord, sous des formes diverses, articulées principalement autour des pôles victime (réparation, restitution, compensation, conciliation) et communauté (probation, travail d'intérêt général, médiation, insertion locale des juridictions, etc.). Certaines se situent à la marge du pénal, d'autres se situent dans le pénal ; certaines interviennent en amont, au niveau de la détention préventive par exemple, d'autres en aval, au niveau de la libération conditionnelle ;

102. *Ibid.* p. 70.

103. *Ibid.* p. 70-71.

104. *Ibid.* p. 71.

105. L. Hulsman et J. Bernat de Celis, *Peines perdues*, Paris, Le Centurion, 1982 et la postface de Cl. Faugeron.

106. A. Pires, *Ethiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine*, *op. cit.* (100), p. 71.

107. *Ibid.* p. 72.

108. *Ibid.* p. 73.

109. V. *supra*, I. Les transformations de la justice pénale aux États-Unis, *in fine* et les notes 31 à 37.

certaines ont fait l'objet de réformes législatives, d'autres sont restées préto-riennes ; certaines sont des peines à part entière, d'autres sont qualifiées de peines de substitution ou de remplacement. Le paradigme de la *Restorative Justice* est sans doute celui qui traduit le mieux le sens de ces innovations.

Même si elles sont revendiquées par les libéraux de gauche et les libertariens, les mesures alternatives ne sont pas nécessairement présentées, aux Etats-Unis, comme des alternatives au modèle de justice. Elles ne sont d'ailleurs pas contradictoires avec un renforcement de la répression, ce que traduit l'idée fort répandue de la bifurcation. Parallèlement au développement des *Mandatory Sentencing Laws* et des *Determinante Sentencing Laws*, de nombreuses législations ont été adoptées portant, notamment, sur la restitution et la réparation. Mais les politiques officielles les ont en fait peu reprises en tant que telles. Ainsi, par exemple, dans les *Federal Guidelines*, la peine unique est la peine de prison ou, plus exactement, la peine de prison est la peine centrale autour de laquelle toutes les autres s'ordonnent (probation, amende, restitution, assignation à domicile, surveillance électronique, etc.)<sup>110</sup>. En revanche, peut-être en réaction à la main-mise du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire, les mesures alternatives sont davantage utilisées par les autorités judiciaires, dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire. En tant qu'elles partagent la caractéristique commune d'être non privatives de liberté, les sanctions alternatives sont théoriquement susceptibles de constituer une solution, partielle tout au moins, à la surpopulation dans les prisons. Mais, comme l'observe F. Remington, développer des alternatives opérationnelles à la prison sans créer un système qui envoie seulement les pauvres en prison est un des problèmes les plus importants et les plus difficiles que rencontre la justice pénale aujourd'hui<sup>111</sup>.

Sans prétendre autrement avoir fait le tour de la question des sanctions alternatives, où un important travail de clarification reste à faire pour en saisir la nature, les caractéristiques, la portée et les enjeux, je me limiterai à me faire l'écho de trois constatations qui ont comme point commun le problème de la difficile « réception » des sanctions alternatives dans la pratique pénale et de leur statut précaire<sup>112</sup>. La conclusion de l'étude de H. Müller-Dietz sur la compensation comme sanction pénale, qui se réfère aux travaux d'un groupe de travail institué en Allemagne par le ministère fédéral de la Justice en 1985, est réservée : il s'agit moins, semble-t-il, d'une « troisième voie » que « d'un concept à portée limitée » (*concept of limited scope*)<sup>113</sup>. Par ailleurs, dans le même ouvrage, l'évaluation des récents développements de la restitution et de la réconciliation aux Etats-Unis et au Canada est sévère<sup>114</sup>. Outre l'extension du filet qui paraît certaine<sup>115</sup>, ce type de législation, loin de constituer une alternative à l'incarcération, contribuerait au contraire à accroître la population des prisons<sup>116</sup>. Enfin,

110. United States Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, op. cit. (49).

111. F. Remington, *The Future of the Substantive Criminal Law Codification Movement. Theoretical and Practical Concerns*, 19 *Rutgers Law Journal*, 887 (1988).

112. A. Pires, *Ethiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine*, op. cit. (100), p. 51-52.

113. H. Müller-Dietz, *Compensation as a Criminal Penalty*, in G. Kaiser, H. Kury et H.J. Albrecht (ed.), *Victims and Criminal Justice*, Freiburg-i.-Br. Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Kriminologische Forschungsberichte, vol. 51, 1991, p. 213. Cette étude situe bien la compensation dans le cadre de la problématique pénale.

114. E. Weitekamp, *Recent Developments on Restitution and Victim-Offender Reconciliation in the USA and Canada*, in G. Kaiser, H. Kury et H.J. Albrecht (ed.), *ibid.* p. 422-456, avec une importante bibliographie sur le sujet.

115. « ... restitution and victim offender programs do indeed lead to wider, stronger and/or different nets of social control », *ibid.* p. 436.

116. *Ibid.* p. 449.

certain auteurs estiment que les difficultés majeures des sanctions alternatives (confusion, contradiction) proviennent du fait que celles-ci sont avancées sans fondement théorique sérieux. Il s'agirait d'une pratique à la recherche d'une théorie<sup>117</sup>.

Dans le cadre d'une problématique de cet ordre, je me demande dans quelle mesure il ne faudrait pas faire la démarche inverse de celle de Norval Morris. Les moyens pour réduire l'emprisonnement par les sanctions communautaires ont peu de chance de réussir, estime-t-il, tant que ne sont pas définis, et acceptés, les principes quant à l'imposition de l'emprisonnement : il faut être clair quant à ceux qui doivent aller en prison et ceux qui ne doivent pas y aller<sup>118</sup>. En d'autres termes, selon cet auteur, il faudrait penser les critères de la prison pour limiter la prison. Ne faudrait-il pas, au contraire, partir de l'extérieur de la prison et penser, d'abord, les critères des sanctions alternatives, encore que, dans une perspective de cet ordre où le centre de gravité se trouve déplacé, la qualification « alternative » devient évidemment inapproprié ? La question des sanctions dites alternatives doit nous inviter, non pas à retourner aux théories de la peine, mais à retourner aux critères de l'intervention juridique. C'est ce que dit A. Pires : la légitimité des « mesures de rechange » doit être fondée en dehors des théories de la peine<sup>119</sup>. Il ne s'agit pas seulement de changer de « culture pénale » mais de culture. Si l'on veut sérieusement contribuer à la construction d'un droit pénal « à contenu minimal » et ne pas s'en tenir à une affirmation rhétorique, les limites du pénal doivent être pensées à partir de l'extérieur de celui-ci.

#### D. – Pour une éthique de l'intervention juridique

Sous ce titre trop ambitieux, se glisse un propos plus modeste et plus limité : poser certains jalons pour la construction d'un modèle de justice qui part de cette question évidente, soulevée par A. Pires<sup>120</sup>, mais qui n'est pas posée en droit pénal : face à une situation qui pose problème, quelle est la mesure juridique adéquate ?

Dans une société pluraliste, le droit pénal n'a pas le monopole du contrôle social. L'intervention du pénal est un signe d'échec et d'impuissance. Elle est une violence qui crée une autre violence. Nous intériorisons les règles sociales et les valeurs morales par l'apprentissage, et non pas par la contrainte. Il faut renoncer, soutient R. Barnett, au principe du pouvoir (*power principle*), selon lequel il devrait exister quelque part dans la société un monopole coercitif du pouvoir, et qui limite toute perspective de réforme<sup>121</sup>. La pluralité des ordres juridiques est une réalité qui existe et dans laquelle s'inscrit nécessairement le droit pénal. Insérées d'emblée, et sans discussion, dans un modèle punitif, les sanctions alternatives, outre qu'elles se sont dénaturées, ne peuvent qu'y jouer un rôle marginal. Il est surprenant de retrouver dans un domaine quasi pénal comme celui de la justice des mineurs, qui s'est longtemps revendiqué de constituer une approche *sui generis*, cette même évidence non problématisée de l'intervention pénale, qui débouche sur des contradictions comme celles de l'aide-contrainte ou

117. D. McDonald, *Punishment without Walls : Community Services Sentencing in New York City*, 1986, p. 17.

118. N. Morris, *The Future of Imprisonment*, op. cit. (19), p. X-XI.

119. A. Pires, *Ethiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine*, op. cit. (100), p. 53.

120. *Ibid.* p. 61.

121. R.E. Barnett, *Pursuing Justice in a Free Society, Criminal Justice Ethics*, 1986, vol. 5, n° 1, p. 35.

de la rétribution-traitement. Il y a différents types d'intervention juridique : qu'est-ce qui détermine l'appartenance à l'une ou à l'autre ? Les réponses à cette question restent singulièrement sommaires. Chaque type a sa logique, son style, son langage propres<sup>122</sup>. Ainsi, certains pensent que le caractère sérieux ou grave de l'événement détermine le type d'intervention. Les choses ne sont pas aussi simples car le concept de gravité appartient en lui-même au style d'intervention utilisé. D'autres pensent que la prévention est essentielle et unique au modèle pénal, alors qu'en fait il n'y a pas d'indications sur la valeur préventive des autres formes d'intervention juridique.

Dans une perspective de cet ordre, à la lumière des développements contemporains du droit pénal, il importerait de reconstruire la division entre le droit pénal et les autres branches du droit. Traditionnellement, ce sont surtout les points de divergence plutôt que les points de convergence qui ont attiré l'attention. Ainsi, s'il est banal de rappeler que le droit civil ne se distingue pas « ontologiquement » du pénal, toutes les conséquences ne semblent pas encore en avoir été tirées<sup>123</sup>. Les questions de la faute et de l'illicite, de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale, des sanctions civiles et des sanctions pénales doivent être reprises, de manière à la fois ouverte et complexe. On ne peut plus aujourd'hui se limiter à ces affirmations élémentaires, qui visent davantage à préserver l'isolement des disciplines qu'à les penser ensemble, selon lesquelles la fonction du droit pénal serait celle de la prévention ou de la rétribution — punir le coupable —, tandis que la fonction du droit civil serait celle de la réparation — compenser le dommage. Les frontières se brouillent, tant d'un côté que de l'autre : si les peines remplissent une fonction de réparation, symbolique ou instrumentale<sup>124</sup>, les dommages-intérêts quant à eux sont parfois punitifs<sup>125</sup>. Dans la reconnaissance des droits de la personne et le respect des valeurs essentielles, en quoi « les problèmes traités au civil se distinguent-ils des problèmes traités au pénal ? »<sup>126</sup>. Comme l'observait déjà A. Prins, la loyauté des relations contractuelles fait partie de l'ordre public au même titre que le respect de la propriété. « Une foule de faits, dit-il, flottent dans une région indécise entre le droit civil et le droit pénal »<sup>127</sup>. Par ailleurs, le droit pénal administratif, cette « zone grise » entre le droit civil et le droit pénal dispose d'un ensemble de mesures de résolution des conflits qui échappent aux présupposés et aux théories de la peine<sup>128</sup>. Comme l'observe F. Acosta, la richesse et la diversité des mesures disponibles en droit administratif contrastent avec « l'horizon bouché » des mesures pénales<sup>129</sup>. Les premières sont réservées aux « illégalismes privilégiés », les secondes aux

122. L. Hulsman, Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques, in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, op. cit. (10), p. 6.

123. A. Pires, Ethiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine, op. cit. (100), p. 55.

124. F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit. (3), p. 317-319 et les réf. citées.

125. J.B. Sales et K.B. Cole, Punitive damages : A Relic That has Outlived Its Origins, 37 *Vanderbilt Law Review*, 1117 (1984). Les *punitive damages*, qui sanctionnent des conduites intentionnelles ou quasi graves, poursuivent un but soit rétributif, soit dissuasif.

126. L. Hulsman et J. Bernat de Celis, Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal, in *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale*, sous la direction de F. Ringelheim, Bruxelles, éd. de l'université de Bruxelles, 1984, p. 307.

127. A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, 1910, reprint, Genève, coll. *Déviance et société*, Médecine et Hygiène, 1986, p. 45 et 48.

128. A. Pires, Ethiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine, op. cit. (100), 57 ; P. Lascoumes et C. Barberger, *Le droit pénal administratif. Instrument d'action étatique. Incrimination transaction*, Paris, Commissariat au Plan, 1986.

129. F. Acosta, A propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mises en contexte, *Criminologie*, 1988, p. 7-34.

« illégalismes populaires ». Mais, dans une démocratie économique et sociale, les abus de puissance économique, les dangers radioactifs, le racisme, les médicaments nocifs constituent des atteintes aux valeurs sociales fondamentales et sont des comportements contraires à la morale sociale au même titre que la bigamie, les outrages aux mœurs ou les vols domestiques<sup>130</sup>.

C'est à partir de ce type de questionnement mais seulement à partir de là que le droit pénal peut et doit être revisité, dans ses axes essentiels, non pas sous la forme d'une doctrine qui se déploie dans l'ordre de l'argumentation (être « pour » ou « contre » tel ou tel dispositif) mais d'une théorie qui prend en compte la nature, la fonction et la finalité du droit pénal.

## CONCLUSION

Celle-ci sera brève et elle se limitera à reprendre quelques éléments du cheminement proposé, au départ de l'observation des transformations de la justice pénale aux Etats-Unis : inscrire le droit pénal dans l'ensemble de la justice pénale, prendre la loi pénale comme texte et comme pratique, développer une éthique de la responsabilité, penser le droit pénal à partir de ses limites. Le droit pénal se retrouve trop souvent refermé sur lui-même et sur une dogmatique qui constitue une fausse abstraction. Il a besoin, pour se transformer, d'un autre regard. Dans cette perspective, la célèbre phrase de Gustave Radbruch reste d'une singulière actualité : « La meilleure réforme du droit pénal consisterait en la substitution non pas d'un droit pénal meilleur mais plutôt de quelque chose de meilleur »<sup>131</sup>.

130. R. Legros, *Avant-projet de code pénal*, Bruxelles, Moniteur, 1985, p. 81-82.

131. Cité par A. Baratta, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal, Déviance et société*, 1991, vol. 15, n° 1, p. 21.

## Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs ?

Réflexions inspirées par l'arrêt de la cour d'appel de Reims du 30 juillet 1992 et les « dispositions applicables aux mineurs » de la loi du 4 janvier 1993

Denis SALAS

*Juge des enfants au tribunal de grande instance de Nanterre*

Telle qu'elle a été conçue en France depuis l'ordonnance du 2 février 1945, la justice des mineurs se définit par un radical renversement de perspective à l'égard du droit commun : tournant le dos à une justice pénale fondée sur l'infraction et la peine, elle repose sur la nécessité de connaître qui est jugé et déplace — on l'a souvent relevé — le centre de gravité du procès pénal de l'acte vers la personne. Sa finalité est moins dans le respect des garanties formelles du mineur conçu comme un sujet de droit mais davantage dans la recherche d'une solution éducative individualisée ; il s'agit non d'un système régulé par le droit, à l'image des juridictions anglo-saxonnes encadrées par des règles strictes (modèle légaliste), que d'un dispositif souple articulé autour du juge des enfants ou dominant les garanties sociales appliquées à un enfant en difficulté (modèle tutélaire)<sup>1</sup>. En ce sens, on parle davantage en France de justice des mineurs que de « droit » des mineurs compte tenu de la minceur du droit positif et des pouvoirs du juge qui réunit dans ses mains la possibilité de sanctionner et de protéger.

La philosophie du grand texte — l'ordonnance du 2 février 1945 — qui dépenalise largement l'acte incriminé et conçoit le mineur comme sujet à rééduquer, paraît pourtant atteindre ses limites aujourd'hui. La cour d'appel de Reims a fait application, pour la première fois en France dans cette matière, des dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) relatif au droit à un tribunal indépendant et impartial en déclarant irrégulière la composition du tribunal pour enfants présidée en France par le juge qui a instruit le dossier du mineur, au motif que « la réunion en une même personne des fonctions d'instruire et de juger est considérée comme incompatible avec la garantie du droit à un juge impartial au sens de la Convention » (*Gaz. Pal.* 19-20 mars 1993). Moins radicale dans ses choix puisqu'elle localise cette incompatibilité entre le juge du fond et le juge de la détention provisoire, la loi du 4 janvier 1993 (*JO* 5 janv. 1993) confie dorénavant à une « chambre des mises en dé-

1. Sur la modélisation, on consultera, D. Salas, *Du procès pénal, éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, coll. Les voies du droit, 1992 et pour une étude comparative des modèles de justice des mineurs, A. Garapon, *Choosing between Paternalism and legalism in juvenil justice, Orati proceedings*, *Dispute and litigation*, 12, 1991.

tention provisoire des mineurs » le soin de statuer sur la détention à la place du juge des enfants ; cette incompatibilité entre le juge de la détention et celui du jugement est instaurée à peine de nullité (titre X, « dispositions applicables aux mineurs, art. 116 modifiant l'art. 10 de l'Ord. de 1945).

Depuis la ratification par la France de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), semble de plus en plus s'imposer, non sans ambiguïtés, la conception d'un enfant sujet de droit dont on veut aussi renforcer la protection. Le corpus de textes internationaux (Convention sur les droits de l'enfant, Règles *a minima* définies par l'ONU, Recommandation n° 87 du Conseil de l'Europe) pouvant servir de guide à l'élaboration d'un droit européen des mineurs se rattache en effet tantôt à la conception tutélaire, tantôt à une conception plus libérationniste<sup>2</sup>. Les mêmes hésitations se retrouvent dans l'avant-projet Arpaillage sur le droit pénal des mineurs qui tout à la fois renforce, à l'inverse de la loi du 4 janvier 1993, le modèle tutélaire (attributions accrues du juge des enfants au stade de l'instruction) et introduit en même temps à toutes les phases de la procédure de nombreuses dispositions qui vont dans un sens légaliste (audiencement par le parquet, délai raisonnable de jugement, conditions légales pour saisir le tribunal...).

Face à ces oscillations, nous voudrions défendre dans ce bref article l'idée que les carences du modèle tutélaire sur le plan légal, pour importantes qu'elles soient, ne doivent pas dissimuler les limites d'une greffe totale ou partielle du modèle légaliste que semblent suggérer la décision de la cour d'appel de Reims et, à sa suite, la loi du 4 janvier 1993. L'irruption de ce modèle légaliste dans le champ de la justice des mineurs nous impose d'être lucide sur les failles de notre modèle tutélaire (I). Rapprocher la justice des mineurs des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme n'est concevable qu'à condition de bien mesurer les enjeux de cette recherche de légitimité (II).

## I. — LES FAILLES DU MODÈLE TUTÉLAIRE

Rappelons brièvement les points forts de l'ordonnance du 2 février 1945 : un juge spécialisé présent dans toutes les phases de la procédure selon le principe de la continuité personnelle ; une instruction obligatoirement consacrée à l'examen d'une personnalité ; enfin, une gamme de mesures éducatives se substituant à l'échelle des peines. L'ordonnance verrouille le système pour éviter, ce qui est son souci premier, le recours à l'incarcération : l'option éducative une fois choisie, elle ne peut se cumuler avec l'option pénale et doit se réaliser dans les établissements d'une administration mise pour l'occasion au service des juges, l'Education surveillée créée en 1949. Le décor une fois posé, toute une série d'effets en découlent : l'archaïsme de son cadre, les pratiques d'évitement, la crise de légitimité.

### A. — *L'inadaptation d'un schéma procédural linéaire*

La perspective ouverte se situe à l'opposé de celle des juridictions pénales de droit commun pour lesquelles la fragmentation des pouvoirs, seule susceptible

2. Cf. sur ce point le rapport du Conseil d'Etat, *Status et protection de l'enfant*, La Documentation française, 1991 et la communication de P. Bouchet au colloque du barreau des Hauts-de-Seine, *La Parole de l'enfant*, doc. dactyl. mai 1992.

de protéger les libertés, l'emporte sur la continuité de l'intervention permettant de connaître qui est jugé. Elle ne cherche pas à diminuer les pouvoirs pour en préserver un sujet présumé mais, au contraire, à les concentrer entre les mains d'un juge pour connaître mais aussi éduquer, former, bref construire le sujet lui-même. Elle capitalise un demi-siècle de pratique judiciaire qu'accompagnera le mouvement législatif issu de la loi de 1912 créant les juridictions pour mineurs et repose sur un principe simple qui guide tout le reste : à l'issue du procès, la priorité doit être accordée à la mesure éducative sur la peine. Dans ce système qui veut mettre face à face la personne du juge et celle du mineur, la relation duelle est très forte : face à un juge qui le connaît nécessairement, le rencontre périodiquement au cours de son « suivi », le tutoie souvent, le mineur est individualisé, situé dans son histoire personnelle et familiale. Sur ce sujet conçu non comme un sujet de droit mais comme une personne en devenir, la société renonce à exercer les rigueurs de la peine et cherche avant tout *la bonne réponse*. Solidaire d'une défaillance éducative qu'elle assume, elle lui ouvre les portes des foyers, de consultations, de centres d'observation ou de formation où il pourra s'amender, se resocialiser, se soigner...<sup>3</sup>. Pour lui, l'État providence délègue une justice spécialisée pour exercer un protectorat ou un « complexe tutélaire » sur la personnalité toute entière de l'enfant selon la formule de J. Donzelot.

Pour parvenir à trouver cette bonne réponse, l'ordonnance de 1945 construit un nouveau modèle de procès dans la plus pure veine de la tradition inquisitoriale française mais au contenu totalement renouvelé sur le registre éducatif et non plus pénal : une infraction est commise ; un juge ouvre une enquête comportant un examen de personnalité (investigations médicales, sociales, psychologiques...) ; puis, ce même juge rend une décision prioritairement éducative qui permettra de clore le dossier. A chaque phase de la procédure correspond l'équipement correspondant : à la saisine, le centre d'accueil permettant de placer en urgence le mineur ; à l'instruction, le centre d'observation qui devait réaliser en quelques mois l'examen de personnalité ; enfin au jugement, l'internat professionnel massif, ségréatif et ergothérapique qui recrutait sur le plan national et voulait façonner à partir du délinquant un bon travailleur. En somme, à une logique d'élucidation des faits en vue de « la manifestation de la vérité » qui domine l'instruction préparatoire se substitue une logique d'élucidation, voire de reconstruction, d'une personnalité dans l'optique du juge des enfants. Si la finalité et l'acteur changent, la logique inquisitoriale reste l'axe central.

Si la trajectoire linéaire de ce modèle reproduit l'instance judiciaire, le schéma proposé par l'ordonnance de 1945 affirme d'ores et déjà sa différence par rapport à celui du code de procédure pénale de 1959 soucieux de mieux équilibrer les pouvoirs entre le juge, l'avocat et les justiciables. Nous sommes loin du modèle du débat contradictoire et public. Plusieurs dispositions témoignent d'une volonté de créer un espace judiciaire confidentiel : publicité restreinte des débats ; dispense de comparaître à l'audience ; interdictions strictes de faire état des débats dans la presse... Mais c'est surtout la possibilité discrétionnaire offerte au juge d'opter pour la voie de « l'enquête officieuse » (art. 8 al. 2) et d'éviter ainsi le procès pénal classique qui est probablement le plus révélateur de cet état d'esprit. La lecture des textes se suffit à elle-même : libre de ne pas respecter les

3. Cette fonction sinon parentale du moins protectrice et tutélaire que l'État providence exerce par le truchement du juge des enfants ne fait pas de doute dans l'esprit de ceux qui l'ont conçue : « Pourquoi un juge unique ? Parce que la tâche de ce juge comporte l'effort d'une conscience individuelle sur une autre conscience... L'enfant s'ouvrira et se soumettra plus facilement à un homme qu'à trois », cité par M. van de Kerchove, *Le droit sans peines*, Bruxelles, 1989, p. 115.

règles du code de procédure pénale, le juge n'est pas tenu de suivre les formalités de l'interrogatoire de première comparution ni de laisser le prévenu communiquer librement avec son conseil ou encore de mettre la procédure à la disposition de l'avocat à la veille de chaque interrogatoire. On notera en particulier — jusqu'à la loi du 4 janvier 1993 — le rôle paradoxal de l'avocat dans ce schéma procédural qui tour à tour l'évince et revendique sa nécessité : alors même que l'assistance de l'avocat est considérée non comme un droit mais comme une obligation liée à la minorité (art. 10), il est explicitement retiré les maigres pouvoirs que le code de procédure pénale lui accorde au cours de l'instruction. Le juge des enfants peut du reste, au stade de l'instruction, choisir la voie de l'enquête officieuse où il dispose, comme le remarque le professeur Pradel, d'une liberté équivalente à celle du policier dans le cadre de l'enquête préliminaire puis, au stade du jugement, s'il veut éviter au mineur l'épreuve d'un procès public, le juger séance tenante au cabinet selon la logique inquisitoire la plus pure.

Le rôle d'aiguillage du parquet renforce cette ambiguïté. Placé en amont, il peut faire échec aux objectifs de l'ordonnance puisqu'il a l'initiative des poursuites au nom de critères tirés le plus souvent du type d'infraction et non de la personne de son auteur. C'est selon la nature de l'infraction — et notamment de la complexité de celle-ci — qu'il va choisir la voie « formelle » du code de procédure pénale ou au contraire la voie « informelle » du juge des enfants. Dans le premier cas, c'est la voie du procès équitable qui s'impose, avec le formalisme rigoureux de l'instruction préparatoire, une défense assistée et un style d'audience ritualisé. Le travail sur la personnalité y est aléatoire et marginal. Dans le deuxième cas, seul le juge des enfants est saisi de bout en bout ; l'audience de jugement repose sur la relation entre le prévenu et le juge, où domine l'investigation sociale, psychologique, familiale sur la personne. Là, domine la figure d'un juge arbitre rendant ses décisions au terme d'un schéma décisionnel marqué par la division du travail judiciaire, portant sur les seuls actes commis par la personne et clos par un jugement ; ici, s'affirme au contraire la figure d'un juge de l'opportunité, en état de saisine permanente d'un bout à l'autre de la procédure, et adaptant sa décision à l'évolution constante de la personnalité d'un enfant dont on va, au final, juger la trajectoire plus que la responsabilité proprement dite.

À côté d'un système inquisitoire tempéré par les droits de la personne poursuivie, se développe donc un *inquisitoire tutélaire* où le juge agit seul parce qu'on l'estime sans doute sans risque d'atteinte aux libertés en raison de l'apparente légèreté des sanctions prévues (admonestation, remise à parents, liberté surveillée) sans mesurer les enjeux lourds que représentent une première mention sur le casier judiciaire, des réparations civiles non limitées dans leur quantum, l'absence d'avocat surtout dans les affaires contestées... Même si le juge peut renvoyer le mineur prévenu devant le tribunal pour enfants — et lui faire bénéficier ainsi, au moins à l'audience, des garanties du procès équitable — il reste qu'il s'agit d'une faculté purement discrétionnaire et reposant au bout du compte sur des critères très variables selon la pratique considérée : échelle des peines, nature de l'affaire, demande de dommages-intérêts, degré d'implication du juge, faits contestés...<sup>4</sup>.

4. Une enquête récente faite par l'Association française des magistrats de la jeunesse fait apparaître la grande diversité des critères pratiquement utilisés : récidive (100 %), gravité des faits (95 %), âge de l'inculpé (29 %), échec de la mesure éducative (28 %) montant des dommages-intérêts (11 %)... *Pratique et opinion des magistrats de la jeunesse, quant à la justice pénale*, Doc. dactyl. 1989.

## B. – Les pratiques d'évitement du procès pénal

On a peu à peu pris conscience que face à des jeunes n'ayant pas d'autre moyen de communiquer que le conflit, qui vivent en permanence dans une quête conflictuelle d'eux-mêmes, le schéma linéaire de l'ordonnance ne pouvait conduire qu'à la prison sans pouvoir désamorcer ces conduites répétitives : ainsi, pour des jeunes placés en liberté surveillée, en cas d'incident au cours de la mesure, la sanction par l'emprisonnement (l'OPMA, l'ordonnance de placement en maison d'arrêt) n'est plus appliquée depuis longtemps. L'instance pénale est donc vidée de tout contenu éducatif tant au stade de l'instruction où les mesures d'investigation sur la personnalité pourtant obligatoires sont caduques, qu'au stade de jugement où les placements en institution disparaissent. Le fait décisif de ce point de vue a été, depuis que les lois de 1958 et 1970 ont donné au juge les compétences relatives à l'enfance en danger (assistance éducative), le développement de la technique des « doubles dossiers » qui conduit à ouvrir, dès lors qu'un délit s'accompagne d'un dysfonctionnement familial repéré, un autre dossier qui ouvre un espace de négociation infiniment plus fertile. Le juge se borne en général<sup>5</sup> à l'audience pénale à oraliser les éléments de son « enquête officieuse » le plus souvent puisés dans le dossier d'assistance éducative en dehors de tout débat contradictoire.

En sorte qu'apparaît, dans la pratique, une toute autre forme de justice qui a laissé de côté ce schéma linéaire de l'ordonnance de 1945 pour créer une nouvelle réponse en grande partie hors du droit, faite de souplesse, de maniabilité, de relais diversifiés, bref d'opportunité... Cette pratique normative permet au juge de disposer d'un instrument homogène capable de mobiliser et de rendre opérationnels très vite les éléments contenus dans les dossiers : compétence du tribunal fondée sur la sectorisation géographique du juge des enfants renforcée récemment par la naissance des « maisons de justice » implantées depuis peu dans certains quartiers ; rupture consommée avec le principe de séparation entre phase d'instruction et de jugement au nom de la nécessaire continuité personnelle de l'action ; surtout, spécialisation du juge mais aussi du parquet, du juge d'instruction, d'éducateurs placés au tribunal afin d'éviter les réactions aveugles dues à la parcellisation des tâches ; et, au bout du compte, choix délibéré de travailler dans le cadre juridique le moins contraignant pour l'action, celui de l'assistance éducative, l'instance pénale n'étant, dans le meilleur des cas et quand le temps lui est laissé – qu'une instance de ratification des décisions prises en audience de cabinet.

Symptôme permanent de ce déplacement, la difficulté pour l'avocat de trouver sa place dans ce dispositif. Cela ne tient pas au fait que – ici peut-être plus que partout ailleurs – la défense n'est qu'un simulacre quand elle intervient au dernier moment devant la juridiction de jugement. Cela ne tient pas non plus au fait que l'avocat n'est ici jamais mandaté par celui qu'il doit défendre mais par la société qui a jugé sa présence obligatoire. Cela tient surtout à l'impossibilité pour lui de se situer dans un processus décisionnel largement oral, lié à la stratégie du juge, ou encore agencé aux normes non juridiques des sciences humaines. Face à l'impossibilité de peser sur la prise de décision qui résulte, pour l'essentiel, d'une dialectique entre éducatif et judiciaire, l'avocat se positionne

5. La même enquête montre qu'un magistrat sur deux admet ne procéder à une inculpation préalable que dans certains dossiers tandis que 14 % seulement déclarent effectuer une instruction préalable dans tous les dossiers. Mais surtout, près de 80 % d'entre eux n'ordonnent jamais les examens de personnalité rendus pourtant obligatoires par les textes.

exclusivement face à un dossier pénal vide. Quand il parvient à accéder au dossier « utile », il s'aperçoit que l'essentiel n'est ni dans les rapports écrits, ni dans les procès-verbaux mais dans telle conversation téléphonique où est prise une orientation ou telle réunion de synthèse où se définissent les stratégies... Ce que ressent l'avocat, c'est au fond qu'il doit rompre avec un rôle qui n'est ni celui de la tradition du barreau, ni celui que lui assigne le modèle classique du procès équitable, et que, pour intervenir réellement, il doit aller enquêter lui-même sur place auprès de ceux qui ont le pouvoir dans le dossier avant que les écrits ne figent les options prises.

Enfin, alors même qu'elle s'ouvrait de plus en plus à tous les savoirs issus des sciences humaines, la justice des mineurs est restée — dans ses interrogations et son évolution même — étrangère à la réflexion sur la place du droit dans une société démocratique. Tournant le dos à une légitimité en laquelle elle ne se reconnaît plus, elle sera périodiquement conduite à rechercher son identité à l'extérieur d'elle-même qu'il s'agisse jadis des théories du contrôle social ou plus récemment des travaux du Laboratoire européen de la filiation de P. Legendre. De là les termes de justice « thérapeutique » ou « médico-sociale » ou encore de juges « psy » ou « assistante sociale », indices de ce brouillage. En somme, la requalification de la justice des mineurs en entraînant le risque d'une disparition du droit réduit à n'être qu'une coquille vide a provoqué une profonde crise de légitimité qui est comblée périodiquement par l'appel à des disciplines capables de la repenser : ainsi les différentes approches individuelles — psychanalytique, psychothérapeutique, systémique — ont tour à tour dominé le champ de la justice des mineurs comme autant de palliatifs à l'absence de pensée juridique<sup>6</sup>. A l'inverse, et en réaction à cette tendance, certains juges dans le cadre du mouvement du « retour au droit » ont voulu articuler leurs fonctions autour d'un légalisme strict sans mesurer les risques de distorsion par rapport au modèle tutélaire.

Tout ceci ne fait que signaler la permanence d'un manque chronique de la réflexion sur la justice des mineurs que, depuis un demi-siècle, l'on cherche à combler soit par les savoirs psychologiques soit par le « retour au droit » comme les deux faces d'une même monnaie. Faut-il accepter cette fatalité où la connaissance d'une personnalité entraîne nécessairement une occultation de ses droits ? Peut-on considérer que les abus inhérents aux modèles tutélaire récemment dénoncés par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>7</sup> entraînent nécessairement leur disqualification ? Au bout du compte, est-il légitime d'en déduire la nécessité d'une transposition pure et simple du modèle légaliste ?

## II. — LES ENJEUX D'UNE RECHERCHE DE LÉGITIMITÉ

Le vrai défi qui nous est lancé, du fait de ces carences du modèle tutélaire, est de repenser le problème en terme de légitimité de l'acte de juger c'est-à-dire de valeurs de référence pour la pratique judiciaire. Nous formulons l'hypothèse

6. A l'origine, l'Ecole de Défense sociale a été la première à vouloir rompre avec les fictions du droit pénal classique au nom de valeurs supérieures liées à la personne. M. Ancel appelle de ses vœux une « restitution de l'acte à la personne que les catégorisations juridiques empêchaient d'apercevoir ». *La Défense sociale nouvelle*, Cujas, 1981, p. 21. L'oeuvre de P. Legendre veut relégitimer le droit par la psychanalyse en raison des effets structurants qu'il est supposé produire sur l'individu considéré dans sa seule dimension intra-psychique, cf. *Le crime du caporal Lortie*, Fayard, 1989, p. 57 et s.

7. Condamnation de la Belgique pour avoir accumulé à l'encontre d'un mineur 9 placements en maison d'arrêt sans finalités éducatives, sans l'aide d'un avocat et sans recours juridictionnel (Cour EDH, *Bouamar*, 29 févr. 1988).

qu'il y a une certaine urgence à le situer dans la justice pénale des mineurs compte tenu du risque d'être absorbée dans les pratiques de médiation, l'assistance éducative ou le classement sans suite. Il s'agit de redonner sa place à un droit fondé sur des principes fondamentaux afin de mieux équilibrer les savoirs et les acteurs de notre justice des mineurs.

### A. – *Un rééquilibrage des rôles et des savoirs*

On sait depuis longtemps que la délinquance juvénile est un Janus à deux visages : c'est tantôt une délinquance transitoire, occasionnelle, à forte visibilité sociale mais peu organisée, liée à la période initiatique de l'adolescence et concentrée sur les atteintes aux biens ; mais il y a une toute autre délinquance impulsive et répétitive dont la source est dans un déséquilibre du système familial qu'intériorise le psychisme individuel. L'idée serait de *mieux articuler* le schéma prévu par l'ordonnance de 1945 entre le modèle du procès équitable (audience du tribunal pour enfant et cour d'assises des mineurs) pour les cas les plus lourds et une procédure abrégée comportant une audience préliminaire réellement contradictoire pouvant se conclure immédiatement par un jugement.

1. Le temps de l'audience de cabinet doit permettre de juger dans un délai raisonnable afin de donner une réponse éducative ou pénale à l'infraction ainsi qu'un dédommagement à la victime sans avoir recours à des investigations sur la personnalité pour la grande majorité des actes de délinquance. Au stade de l'examen de culpabilité il paraît important de mettre en mesure l'accusé de porter un jugement sur son acte qui ait une traduction procédurale, c'est-à-dire de lui permettre de faire un choix sur la manière dont va s'apprécier sa culpabilité. Ce qui se fait parfois actuellement en pratique quand le juge demande au mineur de mettre en mots son acte ou de faire choix d'un défenseur en portant à sa connaissance les enjeux de ce choix sur le jugement. Il va de soi que cette pratique est insatisfaisante parce qu'elle se fait dans un système inquisitoire où le seul juge décide de tout alors qu'un tel choix doit être aussi éclairé par une défense pénale effective. Dans l'hypothèse où l'accusé nie les faits, il doit pouvoir opter en faveur d'un procès complet sur la culpabilité et, le cas échéant, sur la mesure à prendre.

Pour être signifiante, l'articulation entre les deux voies (le « renvoi » en droit positif) ne doit être le résultat ni d'une décision souveraine du juge ce qui est le cas actuellement, ni d'un automatisme légal comme le prévoit l'avant-projet Arpaillage<sup>8</sup> mais, après réquisitions du ministère public, d'une option du prévenu entérinée (ou pas) par le juge. On peut songer non à systématiser, à peine de nullité, la notion d'impartialité comme le prévoit la loi du 4 janvier 1993 mais à prévoir le cas où un mineur (et son conseil) estimerait que le juge qui le connaît – soit dans le cadre de l'assistance éducative, soit parce qu'il l'aurait placé en détention – ne serait plus dans la position du juge impartial lors du procès. Davantage reconnu comme acteur de son procès, on peut penser qu'il sera acteur de son insertion, des mesures qui seront prises, de son devenir. Le juge, catalyseur plus qu'inquisiteur, va davantage induire des choix qui doivent se faire devant lui et non être faits par lui ou les membres de son équipe.

8. Cela concernerait les délits suivants : atteinte à l'intégrité physique, vols aggravés, infractions à la législation sur les stupéfiants, *Avant projet de loi portant réforme du droit pénal applicable aux mineurs*, ministère Justice, doc. dactyl. 1990.

2. Au moment de la mesure à prendre, il paraît souhaitable de rompre, comme le suggère C. Lazerges<sup>9</sup>, avec l'alternative sommaire de l'ordonnance de 1945 (peine ou mesure éducative) à condition de distinguer auparavant *les temporalités successives* de l'examen de culpabilité et de la mesure envisagée. La *césure du procès pénal*, comme le proposait la Commission Martaguet en 1982, permet de « privilégier la rapidité de la réponse judiciaire et l'indemnisation de la victime sans pour autant précipiter la décision sur la solution éducative qui doit prendre en compte l'évolution du mineur »<sup>10</sup>. Quand il s'agit d'étudier la culpabilité d'un prévenu, les critères juridiques d'évaluation de l'acte incriminé doivent prévaloir ; chacun est dans un champ où s'évalue la preuve de la culpabilité et où l'on cherche une argumentation juridique apte à convaincre son adversaire. En revanche, quand il s'agit de débattre sur la mesure à prendre, le savoir à prendre en compte est d'une toute autre nature. Ce qui est mobilisé ici, c'est toute l'analyse psychologique, thérapeutique, éducative sur l'individu qui va coder l'acte incriminé pour lui donner une signification exploitable dans une stratégie éducative ou thérapeutique. Il n'est pas intellectuellement gênant d'entendre, à ce stade des débats, ou de lire qu'un vol puisse avoir une valeur affective, initiative, compensatoire, ou encore qu'une infraction sexuelle soit rapportée à une histoire familiale ou à un épisode pathologique. Le savoir sur l'individu qui est mobilisé permet de choisir celui qui aura valeur dynamique dans un processus d'éducation, de resocialisation ou de soin, une fois la culpabilité « légalement établie » au sens de l'article 6 de la CEDH. C'est parce que l'espace de la légalité aura été préalablement dégagé, que celui de la mesure éducative pourra se déployer.

Marquer une telle différence, c'est souligner les limites d'une pratique tutélaire qui appréhende globalement la personne et l'acte. C'est souligner que le droit pénal n'est pas qu'une science sociale mais une instance de nomination des interdits à valeur symbolique car c'est celle qu'une société se donne à elle-même comme référence pour tous. Les savoirs de la subjectivité qui nomment à leur tour la même réalité coupés de cette symbolique comportent eux-mêmes un risque d'arbitraire parce qu'ils placent *en l'individu* cette référence. Il ne s'agit pas de nier l'apport de la criminologie clinique mais de sortir de la confusion des nominations et de la disqualification du droit.

## B. – Des principes fondamentaux pour la justice des mineurs

Une telle articulation des rôles et des savoirs n'est possible que si elle s'inscrit dans une démarche plus éthique que formaliste et surtout fondée sur des principes énoncés, c'est-à-dire sur la visibilité de valeurs. Sans doute la grande portée de l'ordonnance de 1945 est son appartenance non à un droit codifié mais à quelques principes directeurs au premier rang desquels figure la priorité de l'action éducative sur la peine. En ce sens, la justice des mineurs comme la justice pénale en général ne peut faire l'économie d'une réflexion renouvelée sur ses principes d'action. On entend par là les principes énoncés par les textes internationaux inspirés directement du *corpus* des droits de l'homme et des textes qui prévoient une protection renforcée pour les mineurs. Citons parmi les règles internationales, les recommandations des Nations Unies (règles dites de Béijing) et la Convention sur les droits de l'enfant et – sur le plan européen – la

9. C. Lazerges, Quel droit pénal des mineurs pour l'Europe de demain, *Mélanges Levasseur, Droit pénal, droit européen*, Litec, 1992, p. 442.

10. *Commission de réforme du droit pénal des mineurs*, ministère de la Justice, 1983, p. 17.

Convention européenne des droits de l'homme ainsi que les recommandations récentes du Conseil de l'Europe. Reprenons, en les référant à la pratique judiciaire, quelques exemples de ce que pourraient être ces principes directeurs :

1) avant l'intervention judiciaire, tous les textes — sous des termes différents (« déjudiciarisation » pour les règles de Béijing, « prévention » pour l'art. 40 al. 3 CIDE, « médiation » pour les recommandations du Conseil de l'Europe) émettent l'idée de placer des circuits de dérivation extra-judiciaire afin d'éviter aux mineurs d'être stigmatisés par un passage par la justice pénale. En d'autres termes — et il semble qu'ici on suive une démarche radicalement différente de celle de l'ordonnance de 1945 — l'accent est mis non plus sur la rééducation d'un mineur délinquant mais sur son aptitude à répondre seul de ses actes. Il assume seul le paiement de sa dette alors que dans le système classique la plupart du temps ses parents responsables civilement, l'assument à sa place. Cette démarche, du reste légalisée par la loi du 4 janvier 1993 (art. 118), a le sens d'une réparation assumée par un individu au sens d'un acte de réconciliation sociale non d'une indemnisation exercée par ses représentants légaux. Toute une conception de la qualité de sujet de droit de l'enfant est en jeu dans ce renversement de perspective ;

2) lors de la phase policière du procès pénal, le principe selon lequel un mineur ne doit pas être contraint de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable (art. 40 al. 2 CIDE) devrait être affirmé : il s'agit ici, sans équivoque, d'introduire, outre les garanties des articles 5 et 6 de la CEDH (présomption d'innocence, connaître les éléments à charge, temps de préparation pour sa défense...) une garantie habituelle dans le droit de *common law* où les preuves doivent être recherchées non dans des aveux consignés dans le dossier mais à l'extérieur de la personne poursuivie. Ce qui ne signifie pas que l'aveu en tant que tel disparaisse de notre droit mais que ses conditions d'obtention soient modifiées en particulier par la suppression de la garde à vue pour les mineurs (recommandation du Conseil de l'Europe, 1987). Ce point qui vise à renforcer la position légale du mineur au stade policier du procès paraît essentiel quand on sait que, dans la plupart des dossiers pénaux, les mineurs « reconnaissent les faits » ; que ces aveux d'apparence spontanée résultent d'interrogatoires de police alors qu'on connaît la suggestibilité des mineurs à l'égard des demandes explicites et implicites des adultes ;

3) au cours de la phase proprement judiciaire, le principe selon lequel cette justice doit être rendue par un tribunal indépendant et impartial (art. 6 CEDH) mais aussi compétent (art. 40 CIDE) et spécialisé (art. 43-3 CIDE) est posé par ces deux textes. A l'intersection de ces deux textes, est ouverte la possibilité d'une *mise en compatibilité* entre d'une part le principe de spécialisation et d'autre part, sinon l'impartialité du juge, du moins la présence de garanties juridiques renforcées au stade du jugement. A l'inverse, les solutions récentes optent pour une notion légaliste de l'impartialité sans voir cette nécessaire mise en compatibilité entre les deux principes. Par exemple, un arrêt de la Cour de cassation suisse du 29 avril 1988 a cassé une décision où l'implication personnelle du juge était telle qu'elle n'offrait plus, selon elle, les garanties d'impartialité requise par la Convention européenne des droits de l'homme, le juge ayant placé à plusieurs reprises le mineur en détention avant de le juger ; depuis cet arrêt, un mécanisme de récusation du juge a été mis en place par voie législative. De même, en France, à la suite de l'arrêt de la cour d'appel de Reims, la loi du 4 janvier 1993, on l'a vu, choisit également — au détriment des idées de spécialisation et de

continuité d'action — d'instaurer une séparation nette des fonctions entre le jugement de l'affaire au fond et la décision de mise en détention provisoire.

Ainsi se dessinerait une nouvelle figure du procès pénal dominé par quelques grands principes que seraient dans ces trois exemples, le principe de spécialisation du juge, le principe de prohibition du témoignage contre soi-même et le principe de médiation. En amont du procès, la médiation présente l'avantage de ne pas se couper des vertus régulatrices de la négociation informelle pour des conflits intergénérationnels par essence éphémères ou pour la délinquance juvénile de type initiatique, les « erreurs de jeunesse » aisément réparables. La légitimation de la médiation pour les mineurs — loin d'être un simple outil d'opportunité pour l'action publique — garantirait ainsi la validité de la demande d'autonomie du jeune. Quant au procès pénal lui-même, la reconnaissance du principe de spécialisation peut seule permettre d'éviter les effets dévastateurs de la division du travail judiciaire aveugle à l'exercice d'une fonction tutélaire. Reconnaître le bien-fondé d'un tiers impartial ou même de la notion de « partialité objective »<sup>11</sup> selon le mot d'A. Bruel comporterait la négation de l'idée qui est le ressort de notre justice des mineurs où le jeune reçoit *de la même personne* la réalisation de ses désirs et l'ordre de les limiter ; où la parole du juge peut encore avoir une fonction instituante parce qu'elle s'inscrit dans un temps humain non dans une neutralité atemporelle ; où le rapport à la loi, pour ceux qui vivent dramatiquement une quête d'identité, résulte d'une oeuvre pédagogique à long terme, non d'une appréciation objective des seuls épisodes délictueux d'une telle quête ; où, enfin, il s'agit avant tout de sanctionner des trajectoires, ce qui implique ni déplacement ni morcellement du point de vue mais *continuum* de l'acte de juger.

En définitive, il serait imprudent de voir l'avenir de notre justice des mineurs ailleurs que dans une éthique de l'acte de juger qui privilégie la finalité éducative à la froide impartialité du jugement qui épuise sa fonction en l'exerçant. En éloignant à dessein la référence au droit législatif, l'ordonnance de 1945 l'a inscrite inéluctablement dans la mouvance d'un droit prétorien comptable de principes fondamentaux. Derrière la fausse alternative ouverte par la dualité de modèles possibles, le vrai défi qui se présente à notre justice des mineurs est de tenir compte à la fois de la transformation d'un juge dont on accepte de moins en moins la figure inquisitoriale et d'une nouvelle représentation de l'enfant, sujet à protéger mais aussi sujet des droits de l'homme. Mais il est illusoire de penser qu'on peut modifier le modèle tutélaire sans le transformer, à terme, en un modèle légaliste. Le juge des enfants reste le garant d'un ordre public de protection non l'arbitre d'une compétition judiciaire. N'en déplaise à ceux qui souhaitent une troisième voie<sup>12</sup>, les deux modèles sont hétérogènes et irréductibles l'un à l'autre. Si l'on peut souhaiter renforcer la légalité qui connaît un recul considérable dans la justice pénale des mineurs, il faut savoir s'arrêter jusqu'à un point où l'équilibre du modèle tutélaire serait compromis. Fragmenter à l'extrême le processus judiciaire comme dans le système de la « mise en examen » issu de la loi du 4 janvier 1993, n'est pas justifiable au nom des libertés puisqu'il introduit une présomption de culpabilité infiniment plus lourde du fait de l'intervention de trois juges pour constater les charges ; mais il n'est pas davantage justifiable

11. A. Bruel, président du tribunal pour enfants de Paris, *La spécialisation du juge des enfants*, doc. dactyl. 1990 ; *L'impossible réforme de l'ordonnance de 1945*, doc. dactyl. 1991.

12. Cf. les propositions de J. Zermatten (juge au tribunal des mineurs de Sion-Suisse), in *L'intervention face aux jeunes délinquants. Modèle « protection » ou modèle « justice »*, *Droit de l'enfance et de la famille*, 1992.

pédagogiquement au regard de notre tradition tutélaire. Au contraire, localiser le point d'équilibre où la loi ne déciderait pas à la place des acteurs mais définirait le rôle de chacun d'eux, en les laissant libre de faire leurs choix, est l'enjeu des réformes à venir.

Prenons soin de bien mesurer cet enjeu. Au moment où s'impose dans la réforme de la procédure pénale le principe de séparation des fonctions de la justice pénale, notre justice des mineurs, fondée sur des valeurs différentes, ne doit-elle pas saisir l'occasion d'affirmer son identité en affichant des principes directeurs ? Toucher à la continuité d'action du juge en appliquant purement et simplement la notion de tribunal impartial de l'article 6 de la CEDH, aboutirait à fissurer l'édifice même de la construction de l'ordonnance de 1945. On changerait de référence : les droits procéduraux au lieu de l'appréciation du juge ; la légalité d'un acte au lieu de la continuité du jugement ; la séparation des fonctions au lieu de la cohérence de l'action ; le sujet de droit au lieu du sujet humain. L'ordonnance de 1945 ne doit pas être condamnée parce qu'elle a disqualifié le sujet de droit au nom de l'intérêt de l'enfant à rééduquer. Ce qui doit aujourd'hui être préservé ce n'est plus, bien sûr, l'entreprise de redressement de l'enfance « irrégulière » au lendemain de la guerre. C'est le sens symbolique de son humanisme juridique qui situe, hors de la stricte légalité, dans les besoins d'un être en devenir, la finalité « longue » selon le mot de P. Ricoeur<sup>13</sup>, inhérente à la justice. Gardons une telle référence tout en réhabilitant le sujet de droit chez l'adolescent, sans oublier qu'il s'agit ici, au bout du compte, d'un sujet humain dont est comptable la justice<sup>14</sup>.

13. P. Ricoeur, L'acte de juger, in *Esprit*, juill. 1992.

14. Depuis la rédaction de cet article, on annonce une réforme de la loi du 4 janv. 1993 et la Cour de cassation vient de censurer l'arrêt de la cour d'appel de Reims au motif notamment que « si le mineur auquel est imputé une infraction pénale doit bénéficier d'un procès juste et équitable, ce principe, ne fait pas obstacle à ce qu'un même magistrat spécialisé, prenant en compte l'âge du prévenu et l'intérêt de sa rééducation, puisse intervenir à différents stades de la procédure » (Crim. 7 avr. 1993).

# Union européenne et droit pénal européen

## Proposition pour l'avenir du droit pénal européen\*

Ulrich SIEBER

Professeur à l'université de Würzburg

« Le droit commun traditionnel constituera nécessairement le point de départ d'une présentation du droit pénal allemand. Mais plus ce droit traditionnel persistera, plus il prendra le caractère d'un simple préambule historique ». Cette remarque est extraite des observations du professeur berlinois *Albert Friedrich Berner* sur les nouveaux droits particuliers des États allemands dans son *Manuel de droit pénal* de 1857<sup>1</sup>. A peine quinze ans plus tard, lors de l'édification de l'Empire en 1871, le droit commun traditionnel des États allemands autant que les droits régionaux devaient s'effacer devant le code pénal du nouvel Etat. Est-ce à dire qu'un tel processus constituerait une perspective envisageable pour les droits pénaux nationaux actuellement en vigueur en Europe ?

Le marché intérieur unique prévu pour 1993 est plus qu'un grand espace économique, c'est, selon Jacques Delors<sup>2</sup>, « une révolution tranquille » et « une étape indispensable sur le chemin de l'Union européenne ». Cette citation définit parfaitement l'actuelle évolution dans laquelle se trouve l'Europe. Dans un proche avenir, une grande partie de notre droit sera déterminée à Bruxelles et à Strasbourg. En droit public, le droit européen, surtout le droit administratif européen, est devenu une discipline entièrement à part qui se manifeste dans des chaires professorales et dans des manuels<sup>3</sup>. Le droit privé tient lui aussi particulièrement compte du droit communautaire, notamment dans le domaine du droit économique<sup>4</sup>. Par contre, en matière de droit pénal, le droit européen est sous-représenté<sup>5</sup>. Il est donc grand temps que la science juridique pénale se préoccupe plus intensément de son avenir européen.

Le droit pénal européen, compris ici dans un sens large, n'est pas seulement un droit statique. C'est aussi un droit en évolution, un processus de développement encore en grande partie influençable. Ces raisons justifient que nous nous concentrons par la

\* Rapport présenté au Symposium de la *Vereinigung für europäisches Strafrecht e. V.*, qui a eu lieu les 22 et 23 mai 1992 à Würzburg.

1. V. Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1857, p. 77 : (« Das gemeine Recht wird...notwendig den Ausgangspunkt einer Darstellung des deutschen Strafrechts bilden. Es wird aber, je länger je mehr, den Charakter einer bloßen geschichtlichen Einleitung annehmen... »).

2. Traduction d'une citation de Scholz dans, Knoche (ed.), *Europa 1992 Durchbruch zur Europäischen Union, Wege zur Europäischen Rechtsgemeinschaft*, vol. 3, 1989, p. 19 à 34 ; et Vitzthum, 115 (1990) *Archiv für öffentliches Recht* (AöR), p. 281 à 286.

3. V. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, deux tomes, 1988.

4. V. Müller-Graf, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Gemeinschaftsprivatrecht*, 1989.

5. V. les annotations suivantes.

suite sur des aspects politico-juridiques du problème, sur « les devoirs actuels de la législation et de la science juridique » (plutôt dans le sens de Thibaut que selon Savigny) en ayant surtout pour but la rédaction d'un brouillon à court, moyen et long terme de l'avenir du droit pénal en Europe.

C'est cet objectif que les trois parties de l'exposé qui suit se proposent de développer. La première partie sera consacrée, au travers de l'histoire du droit et du droit comparé à la recherche des mutations du droit pénal, sur les traces desquelles il convient de se pencher de manière certes scientifique, mais sans jamais perdre de vue la perspective de l'unification européenne. A l'aide des critères dégagés au terme de ces expériences, il sera possible dans la deuxième partie d'analyser le stade de développement du droit pénal européen encore tout jeune aujourd'hui. La troisième partie rassemblera les solutions envisageables et développera les perspectives d'avenir du droit pénal.

## I. — LES FORMES DE COOPÉRATION EN DROIT PÉNAL

### A. — *Législation centralisée et décentralisée*

Les différents modèles de coopération en matière de droit pénal se différencient avant tout en considération de l'étendue du partage des compétences de création et d'application du droit entre instances centralisées et décentralisées. Les modèles de base des systèmes allemand, suisse, américain et nord-européen seront ici classés par ordre décroissant, du système le plus centralisé au système le moins centralisé.

1. *Le modèle allemand*, tout comme le français, présente une forte décentralisation aussi bien au fond du droit qu'au plan procédural. De nombreuses formes différentes de création législative, centralisée ou fédérale, ainsi que diverses règles de compétences et de conflits de normes ont traversé l'histoire du droit allemand, qui servira ici de point de référence. Alors que la « Carolina » du XVI<sup>e</sup> siècle conférait encore, grâce à une « clause de sauvegarde »<sup>6</sup>, une priorité de principe aux droits particuliers, l'Etat fédéral allemand assurait, depuis la fondation, la prédominance du droit pénal unifié sur les droits pénaux des Etats fédérés<sup>7</sup>.

De cette évolution historique il nous faut retenir deux points intéressants. Tout d'abord, la vitesse et la facilité avec lesquelles, parallèlement au développement politique, « le particularisme bariolé »<sup>8</sup> de neuf droits pénaux allemands a été abandonné. Après la résolution finale du premier congrès de juristes sur « l'urgence et la nécessité d'une législation pénale commune » en 1860<sup>9</sup>, s'écoulèrent à peine vingt ans jusqu'à la mise en vigueur du code pénal et du code de procédure pénale applicables à l'ensemble de l'Empire.

Ensuite les causes et les raisons de cette évolution sont à remarquer. L'unification rapide a été tout d'abord déclenchée par les inconvénients pratiques de l'ancien système. L'unification a été perçue — est-ce une perspective pour l'Europe ? — comme une chance de triompher des vieilles structures. Ces raisons mises à part, les notions de justice et d'efficacité ont été invoquées. D'après le célèbre pénaliste allemand Binding en 1885, « la croyance en la justice et en la sainteté du devoir juridique sera ébranlée, si au

6. V. la dernière phrase dans l'introduction de l'empereur Charles Quint à la *Constitutio Criminalis Carolina*.

7. V. l'art. 2 al. 1 de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord de 1867 ; l'art. 2 de la Constitution de l'Empire allemand de 1871 ; l'art. 13 al. 1 de la Constitution de la République de Weimar ; l'art. 31 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) de la République fédérale d'Allemagne.

8. Citation traduite de Köstlin, 1856, *Goldsamers Archiv für Strafrecht* (GA), p. 47 et s. (*buntscheckiger Partikularismus*).

9. V. *Schriftführer-Amt der ständigen Deputation* (ed.), *Verhandlungen des Ersten Deutschen Juristentages*, 1860, p. 244 et s.

sein d'un peuple national uni, et essentiellement d'un même niveau de culture, il est ici permis ce qui ailleurs est interdit, si le même délit est ici puni avec sévérité, et là seulement légèrement, si certaines peines sont tenues pour irrégulières, qui trouvent au-delà de la frontière leur champ d'application »<sup>10</sup>. Un siècle plus tard, on retrouvera cette argumentation sous l'habit de nouvelles théories pénales, dans le débat inter-allemand sur l'interruption de la grossesse.

2. Le deuxième modèle de coopération est celui du *droit pénal suisse*. Il est proche du modèle allemand et français en ce sens que la compétence en matière de droit pénal au fond — après une consultation populaire et de nombreux méandres politiques — appartient de manière prépondérante à la Confédération depuis 1942<sup>11</sup>. Le droit pénal procédural est au contraire très influencé par le droit des cantons. En Suisse, sont applicables — y compris pour le droit confédéral — diverses procédures pénales cantonales et une procédure fédérale. Une unification de la procédure pénale a jusqu'ici échoué face aux tailles disparates des cantons, aux résistances politiques et à une organisation différente des tribunaux et des administrations judiciaires. En science juridique<sup>12</sup>, l'exigence d'une unification de la procédure pénale est toutefois bien perçue. Elle se fonde sur des arguments dont la validité pour l'Union européenne devra être vérifiée dans la partie finale de cet exposé.

3. Le troisième modèle, *le modèle américain*, montre une accentuation encore plus perceptible des éléments décentralisés. Sur la base juridique des *limited powers* de l'Etat fédéral<sup>13</sup>, se sont développés dans ce cas un droit pénal fédéral et cinquante systèmes pénaux particuliers à chacun des Etats présentant diverses dispositions matérielles et procédurales. Le système pénal américain diverge avant tout des systèmes allemand, français et suisse en ce que le droit pénal fédéral sera invoqué uniquement devant les tribunaux fédéraux (pour les affaires ayant totalement suivi le cheminement hiérarchique) et les droits des Etats fédérés surtout devant les tribunaux des Etats<sup>14</sup>.

L'intérêt pour la répartition européenne des compétences est que, dans les dernières décennies, on a constaté une extension massive des compétences de l'administration fédérale avec des justifications parfois étranges. Pour la Communauté économique européenne, il est surtout intéressant de noter l'application extensive de la *Commerce Clause*<sup>15</sup>. En outre la mutation du droit pénal fédéral de sa fonction complémentaire à une « deuxième voie » procédurale autonome conduit à des frictions. La conséquence la plus choquante du parallélisme du système de l'Etat fédéral et des Etats fédérés est la possibilité d'une double poursuite de l'inculpé, qui est licite car l'interdiction *ne bis in idem* (c'est-à-dire nul ne peut être poursuivi deux fois pour les mêmes faits) est contournée par une interprétation normative de ce principe<sup>16</sup>.

4. La quatrième et la plus souple des formes de coopération est le modèle fondant la collaboration des Etats souverains, qui coordonnent seulement la reconnaissance réciproque des décisions. Ce modèle est pratiqué dans *les Etats du nord de l'Europe*, étroite-

10. V. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885, p. 47. « Der Glaube an die Gerechtigkeit und an die Heiligkeit der Rechtspflicht wird erschüttert, wenn innerhalb einer national einigen und wesentlich auf gleicher Kulturstufe stehenden Bevölkerung hier erlaubt, was dort verboten ist, hier dasselbe Delikt mit Strenge, dort nur sehr mild geahndet wird, hier Straftaten für unzulässig erklärt werden, die dicht jenseits der Grenze ihr Anwendungsgebiet besitzen ».

11. V. l'article 64 bis al. 1 de la Constitution de la Confédération suisse ; l'art. 335 c. pén. suisse.

12. V. Noll, *Festschrift für Max Guldener*, 1973, p. 231.

13. V. l'art. 1 al. 8 de la Constitution des Etats-Unis, Gainer, 1989, *Criminal Law Forum*, p. 99 à 109.

14. Pour une révision de la juridiction des Etats par les tribunaux fédéraux moyennant lesdits *collateral attacks*, V. Schmid, *Das amerikanische Strafverfahren*, 1986, p. 23 et p. 88 et s.

15. V. van Alstyre, 26, 1989, *American Criminal Law Review*, p. 1740 à 1748.

16. V. *Abbate c/ US*, 359 US 187, 1959 ; *Bartkus c/ Illinois*, 359 US 121, 1959 ; V. aussi King, 31, 1979, *Stanford Law Review*, p. 477 à 484 et s.

ment liés entre eux<sup>17</sup>. La collaboration harmonieuse de ces Etats montre que la création et l'application de différents ordres juridiques à travers diverses instances ne préjugent en rien du contenu de ces ordres juridiques. C'est pourquoi il faut maintenant observer les mécanismes d'harmonisation du droit entre les systèmes fédératifs.

## B. — Mécanismes et stratégies de l'harmonisation du droit

« La théorie de réception » du droit qui serait nécessaire ne peut pas être développée dans cet exposé. En conséquence, on ne pourra que brièvement distinguer les mécanismes d'harmonisation en fonction de leurs diverses intensités.

1. L'échange d'idées entre juristes et l'ouverture sur un modèle étranger sont les formes les plus connues et les plus anciennes de réception du droit. Cette *réception informelle* se révèle particulièrement efficace quand les représentants compétents des pouvoirs législatif et exécutif travaillent ensemble, comme cela a lieu dans le domaine du droit de la concurrence entre la Commission européenne et les autorités nationales compétentes. Un exemple réussi d'harmonisation internationale est le modèle des Etats nordiques, qui sur la base de l'Accord d'Helsinki coordonne les activités de législation au sein du Conseil nordique et du Conseil ministériel nordique. Contrairement aux Accords de Schengen<sup>18</sup>, ce modèle a été développé en collaboration avec les parlements. Les résultats d'une telle coopération peuvent être des lois-modèles, comme le *Model Penal Code* de l'Institut du droit américain<sup>19</sup> — un exemple pour l'Europe ? — ou bien le code pénal latino-américain<sup>20</sup> établi à l'initiative de l'Institut chilien pour les sciences pénales — un modèle à suivre pour la doctrine juridique ?

2. En tant que mécanismes informels d'harmonisation, les *engagements juridiques* agissent avec une force inégale. Dans les structures fédératives, une telle harmonisation s'opère surtout par les constitutions fédérales. D'après ce modèle, aux Etats-Unis, les droits pénaux des Etats fédérés sont unifiés par la Cour suprême. Dans d'autres systèmes fédératifs entrent en ligne de compte les lois-cadres et les directives. Au plan supranational sont applicables les traités de droit international public ayant dans certains pays valeur constitutionnelle.

3. Dans tous ces domaines de coopération, *l'Europe* a depuis la fin des années cinquante connu des transformations fondamentales : la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg ont avant tout, dans le domaine du droit de la procédure pénale, conduit à l'établissement de normes minimales, qui influencent de plus en plus les codes de procédure nationaux<sup>21</sup> ; ainsi en Allemagne la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la présomption d'innocence. Les traités instituant les Communautés européennes, dont est issu le droit communautaire dérivé, ainsi que la Cour de justice des Communautés à Luxembourg, ont introduit avec le système du « droit comparé institutionnalisé » et avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg d'autres

17. V. la Convention de fondement de la Coopération du Danemark, de la Finlande, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède du 23 mars 1962 (l'accord d'Helsinki) et Berg, *Der Nordische Rat und der Nordische Ministerrat*, 1988.

18. V. les « Accords entre les gouvernements des Etats de l'Union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française » du 14 juin 1985, 1986 *Gemeinsames Ministerialblatt der Bundesministerien des Innern, für Vertriebene, für Wohnungsbau, für gesamtdeutsche Fragen und für Angelegenheiten des Bundesrates* (GMBI), p. 79 ; l'accord d'application respectif, ainsi que la critique du Parlement européen du 23 nov. 1989, imprimé dans *Drucksachen des Bundestages*

19. V. la traduction de Honig, *Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches*, 1965.

20. V. le résumé de Jescheck, *Festschrift für Heinitz*, 1972, p. 717.

21. V. Jung, 1990, *Der Strafverteidiger* (StV), p. 509 à 515 ; Kühl, 100, 1988, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), p. 406 et s., p. 601 et s.

modifications significatives, ouvrant ainsi une nouvelle dimension au droit comparé dans le comblement des lacunes communautaires.

### C. — *Coordination de l'application des normes*

L'harmonisation des lois rend envisageable de nouvelles solutions concernant le rayon d'action et la validité de l'application des normes. La coopération internationale traditionnelle en matière de poursuites pénales repose sur la compétence territoriale et la portée limitée des décisions, qui doivent être transférées dans d'autres espaces de souveraineté par des mécanismes de reconnaissance des droits comme la procédure d'entraide judiciaire ou qui nécessitent le cumul de deux procédures. L'harmonisation des droits judiciaires rend au contraire possible une extension des compétences et la reconnaissance automatique des décisions, comme cela a lieu couramment dans les États fédéraux.

Dans le droit administratif communautaire de ces dix dernières années, le concept de « dérégulation » a fait ses preuves avec succès, par exemple avec la reconnaissance de dispositions et de décisions étrangères en matière de libre circulation des personnes, des marchandises et des prestations de services. A propos des standards de protection juridique unifiés, se posera la question de savoir si ce concept de « dérégulation » sera aussi valable pour la « libre circulation » des ordres de perquisition européens et s'il rendra superflue une procédure d'entraide gênante.

### D. — *Synthèse*

L'examen des formes de coopération en droit pénal a donc permis de mettre en lumière trois points que l'on résumera brièvement.

1. La coopération de divers systèmes de droit pénal comporte des *aspects* différents, mais en même temps *interdépendants* : la répartition des compétences législatives entre organes centralisés et décentralisés, les influences réciproques de ces systèmes de droit ainsi que la coordination des compétences d'application de la loi sont étroitement liés.

2. Depuis le siècle des Lumières, il existe sur tous les plans dans les démocraties occidentales *une tendance à la centralisation* du droit pénal, et au rapprochement des systèmes particuliers. Les moteurs effectifs de cette unification sont : les risques transnationaux, la libre circulation des personnes, des marchandises et des services, ainsi que les préoccupations actuelles tournées vers la sécurité et par là même vers l'unification des modes de vie. Les concepts juridiquement efficaces qui sous-tendent ce développement sont les idées du siècle des Lumières et en particulier des droits de l'homme et du citoyen — applicables à l'égard de tous — en tant que bases communes aux démocraties occidentales.

3. Ce rapprochement d'ensemble ne conduit à aucune solution uniforme. Un système de coopération pénale est possible selon *différentes modalités* qui sont en grande partie imprégnées d'histoire, d'économie et de politique. Par conséquent les solutions pour l'Europe ne pourront pas naître d'une théorie, mais des situations culturelles concrètes. C'est pourquoi la deuxième partie de l'exposé se penchera sur l'état actuel de développement du droit sanctionnateur européen en gardant présent à l'esprit ses lignes et les structures dégagées.

## II. — ÉTAT DE DÉVELOPPEMENT D'UN « DROIT PÉNAL EUROPÉEN »

L'examen du « droit pénal européen » actuel portera sur quatre points : l'influence du droit européen sur les droits pénaux nationaux (A), les mécanismes juridiques euro-

péens de cette influence (B), le droit supranational de sanction de la Communauté économique européenne (C), ainsi que les compétences de la Communauté en matière de droit pénal et l'embryon d'un futur droit pénal européen (D).

### A. — Le « droit pénal européen » national

Le droit pénal national concernant la protection d'intérêts étrangers ou européens repose aujourd'hui dans tous les ordres juridiques sur une distinction : les droits individuels des nationaux et des étrangers sont protégés de la même manière. Par contre la protection des droits étrangers « supra-individuels » n'est garantie que dans la mesure où elle est prévue dans une disposition pénale matérielle<sup>22</sup>. Les dangereuses lacunes de la protection pénale qui en résultent ont ces dernières années conduit à une extension des ordres juridiques nationaux dans le domaine pénal, tant en matière de protection des intérêts financiers de la Communauté économique européenne qu'en matière de protection d'autres réglementations européennes.

La protection pénale des intérêts financiers de la Communauté européenne a en Allemagne été assimilée, pour la colonne des dépenses et des recettes, à celle des fonds budgétaires nationaux, par exemple dans le paragraphe 264 alinéa 6 du code pénal allemand (*Strafgesetzbuch* — StGB) ou le paragraphe 3 du code des impôts (*Abgabenordnung* — AO)<sup>23</sup>. En raison de la coïncidence structurelle des budgets nationaux et supranationaux, ces clauses d'assimilation et ces renvois n'ont pas, du moins jusqu'ici, soulevé de grosses difficultés.

La protection des autres réglementations de la Communauté européenne se heurte à l'absence d'une semblable coïncidence et rend ainsi nécessaire les transcriptions autonomes de la situation de fait du droit pénal. Pour la technique législative il faut distinguer selon que l'objet de la protection est seulement fixé par des directives communautaires ou directement régi par les règlements européens. Du fait que les directives doivent être transposées dans la législation nationale, la disposition pénale nationale pourra dans ce cas de manière plus traditionnelle faire référence à une norme d'application nationale. Pour cette raison l'influence du droit communautaire ne se manifeste pas souvent de manière évidente dans les législations nationales, par exemple en droit pénal des bilans, des sociétés, des impôts, en droit alimentaire, pharmaceutique, en droit de l'environnement ainsi que dans la législation rurale. De plus, les directives communautaires ne lient pas seulement la législation. Elles ont aussi une influence sur la jurisprudence et la doctrine. L'« interprétation en conformité avec les directives » se vérifie déjà dans la jurisprudence pénale de la Cour fédérale de justice<sup>24</sup> concernant la définition pénale de la notion de déchets.

Si les intérêts légaux protégés sont déterminés grâce à l'effet direct des règlements communautaires, le droit pénal national devra alors se référer à ces règlements communautaires. Cette « référence extérieure » aggrave le risque d'incertitude inhérent à toute législation globale de délégation. Cette difficulté est accentuée par les éléments suivants : tant que la disposition de délégation nationale renvoie explicitement à des textes précis, la référence court le risque de perdre toute signification à la suite de la modification du règlement ou de la numération de ses articles. La jurisprudence allemande recèle déjà des exemples d'acquiescement en raison de références du droit pénal national à des normes communautaires qui n'existent plus<sup>25</sup>. La protection pénale des

22. V. Jescheck, *Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches*, 4<sup>e</sup> éd. 1988, p. 158 et s.

23. V. Tiedemann, 1990, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), p. 2226.

24. V. BGHSt (Rec. officiel de la Cour fédérale de justice en matière pénale), vol. 37, p. 168 à 174 ; BGH, 1991, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), p. 282 à 283 ; Thomas, 1991, *Neue Juristische Wochenschrift*, NJW, p. 2233 à 2235.

25. C. BGHSt, vol. 27, p. 181 ; OLG (Oberlandesgericht : tribunal régional supérieur) Stuttgart, 1991, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), p. 88 ; V. aussi Karpen, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*,

règlements communautaires par des dispositions pénales nationales comporte en outre un grave inconvénient : l'intervention nécessaire d'une seconde législation pénale n'a lieu qu'avec retard, et ce, même en cas d'éventuelles modifications législatives.

## B. — *La détermination du droit pénal national par la Communauté européenne*

Souvent, le fond, le moteur et surtout le facteur unificateur européen de ces dispositions pénales nationales sont constitués par les directives correspondantes de la Communauté européenne qui orientent les législateurs nationaux vers ce droit pénal européen. A présent, cette détermination croissante du droit pénal national par la Communauté européenne ne concerne pas seulement son domaine d'application, mais aussi le contenu de ses règles. La législation actuelle de la Communauté démontre une très nette tendance à l'édition d'obligations, pour une partie très détaillée, afin d'établir des normes sanctionnatrices, alors qu'autrefois elle se contentait de prescrire « les mesures nécessaires » pour la protection des intérêts communautaires. De même, les tentatives toujours plus nombreuses de la Commission et du Parlement européen d'exiger des dispositions nationales pénales — comme les propositions sur les échanges intérieurs et sur le blanchiment d'argent — ont jusqu'ici été rejetées par le Conseil<sup>26</sup>. La décision de la Cour de justice des Communautés européennes sur le « scandale du maïs grec » qui reste encore à débattre et les fraudes de plus en plus nombreuses aux dépens du budget communautaire<sup>27</sup> vont sûrement favoriser l'introduction des éléments de supranationalité dans « le droit pénal européen » national.

## C. — *Les règlements sanctionneurs européens*

Le rôle grandissant des Communautés européennes dans le domaine du droit pénal apparaît aussi au niveau des règles de sanction supranationales. Il faut ici — surtout sous l'angle du développement du droit futur — faire la distinction entre trois domaines.

### 1. *Les réglementations pénales du droit primaire dans les traités européens*

Un premier groupe de « dispositions primaires de droit pénal » trouve sa source juridique dans les traités de fondation ratifiés par les parlements nationaux. Au sein de ce groupe figurent les règles sur les secrets contenues dans le Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ainsi que les délits commis en matière de serment dans les statuts de la Cour de justice européenne<sup>28</sup>.

### 2. *Les dispositions concernant les amendes forfaitaires en droit primaire*

Le Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique et le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier<sup>29</sup> contiennent différents règlements sanctionneurs en dehors du droit pénal. Ces dispositions sanctionnatrices

1970 ; Krey, *Zur Verweisung auf EWG-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen am Beispiel der Entwürfe eines Dritten und Vierten Gesetzes zur Änderung des Weinggesetzes*, 1981, p. 109 et s.

26. V. « Proposition pour une directive du Conseil en vue d'empêcher de l'utilisation du système financier comme moyen de blanchiment de l'argent », 1990, *JOCE*, n° C 106/6, 28 avr. 1990 ; Dir. n° 89/592/CEE, « Directive pour la coordination des réglementations contre les délits d'initiés », 1990, *JOCE* n° L 335/30.

27. V. Tiedemann, *Festschrift für Pfeiffer*, 1988, p. 101 à 103 et s.

28. V. Johannes, 1968, *Europarecht* (EuR), p. 63 à 69, 80 et s., 95 et s.

29. V. l'art. 83 du Traité de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA), l'art. 87 al. 3, l'art. 58 § 4, l'art. 59 § 7, l'art. 64, l'art. 66 § 6 et § 7, l'art. 68 § 6 du Traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). V. aussi Jescheck, 1953, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), p. 496 à 502.

du droit primaire contenues dans les traités fondateurs sont définies de manière précise non seulement en fonction de leurs conditions de fait, mais aussi en fonction de leurs conséquences juridiques, par exemple comme « une amende jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires annuel ».

### 3. Les règlements sanctionneurs de droit secondaire « en dehors du droit pénal »

De semblables dispositions se retrouvent aussi en droit secondaire, le droit « dérivé » des traités des Communautés européennes. Le domaine le plus important est constitué par les amendes forfaitaires en matière de législation concernant les cartels sur la base de l'article 87-II-a du Traité de la CEE qui permet au Conseil par l'intermédiaire de règlements et de directives de prévoir « en particulier » des « amendes forfaitaires et des astreintes administratives ».

Sur la base de cette habilitation assez vague, le Conseil a fixé par différents règlements<sup>30</sup> les éléments constitutifs des sanctions, en autorisant des amendes qui peuvent aller jusqu'à 1 million d'écus ou bien jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise concernée. Dans certains cas particuliers, ces sanctions « non pénales » ont atteint 25 millions de marks à l'encontre d'une entreprise particulière et 150 millions de marks à l'encontre d'un cartel<sup>31</sup>. La poursuite supranationale pose le problème du *ne bis in idem*<sup>32</sup>. Les particularités des lois européennes en matière de droit de la concurrence ne pourront pas être approfondies ici, bien que la partie générale développée par la jurisprudence soit intéressante (notamment à travers les questions du critère de détermination de l'auteur d'une infraction, de la doctrine de l'erreur ou de l'application extraterritoriale)<sup>33</sup>.

Cet exposé mettra l'accent sur un nouvel ensemble d'interrogations qui voit le jour actuellement dans le domaine particulier de l'agriculture, un domaine toutefois assez général pour introduire le développement le plus intéressant du droit pénal européen sur le plan de la politique juridique. La Commission européenne tente de plus en plus d'étendre ses pouvoirs de sanctions à d'autres domaines pour lesquels le Traité de Rome ne prévoit pas, contrairement à l'article 87, « l'introduction de sanctions pécuniaires », mais avec diverses formulations une « réglementation des mesures nécessaires ». Cette tendance apparaît clairement, par exemple, dans la proposition de la Commission pour un règlement du Conseil concernant un contrôle dans le cadre de la politique commune en matière d'agriculture et de pêche<sup>34</sup>. D'après ce projet qui, selon son préambule, n'a que le caractère d'une clarification ; la compétence de la Commission pour la détermination des pouvoirs d'exécution devrait en principe inclure également l'arrêt de mesures de contrôle et de sanction. A l'inverse de la détermination des sanctions en droit primaire, ce règlement d'autorisation ne contient aucun plafond pour les amendes.

De manière plus limitée, parce qu'elle s'étend à la limite du droit pénal administratif et du droit administratif, existe en outre une modification des pouvoirs d'exécution concernant les aides aux revenus agricoles adoptée en mai 1990<sup>35</sup>. Cette modification prévoit que le destinataire illégitime de subventions devra, dans certains cas, verser un

30. V. le règlement n° 17, 1962, *JOCE* n° 204/62, 21 déc. 1962, le règlement n° 11, 1990, *JOCE* n° 1121/60, 16 août 1990 ; le règlement n° 1017/68, 1968, *JOCE* n° L 174/1, 23 juill. 1968 ; V. aussi Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1983, p. 562 et s.

31. V. Dannecker, Fischer-Fritsch, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldspraxis*, 1989, p. 133 et s.

32. V. CJCE, aff. 14/68, 1968, *Rec. p. 1 à 15* ; BGHSI (*Rec. officiel des arrêts de la Cour fédérale de justice en matière pénale*), vol. 24, p. 54 à 57 et s. ; Lillich, *Das Doppelstrafverbot bei Kartelldelikten im deutschen Recht und im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 1978 ; Zuleeg, 1990, *Europarecht* (EuR), p. 123 à 127.

33. V. Tiedemann, *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 1411.

34. V. COM (90) 126, 21 mai 1990, *JOCE* n° C 137/10. V. aussi, *Drucksachen des Bundesrates* (BR-Drucks) 404/90, 5 juin 1990 et 12 oct. 1990 (avec une prise de position négative du Bundesrat).

35. V. le règlement n° 1279/90 de la Commission du 15 mai 1990, *JOCE* n° L 126/20, 16 mai 1990.

supplément de 20 à 40 % sur les aides communautaires remboursées et sera exclu du versement d'autres subventions pour douze mois. Le gouvernement allemand a déposé contre cette décision un recours devant la Cour de justice des Communautés en se fondant, entre autres, sur le fait qu'il s'agirait de dispositions pénales pour lesquelles la Commission européenne ne serait pas compétente<sup>36</sup>. Nous abordons ainsi le problème le plus important pour l'avenir du droit pénal européen : celui des compétences de la Communauté en matière d'organisation du droit pénal.

## D. — Les compétences de la CEE en matière de droit pénal

En ce qui concerne les compétences de la Communauté européenne en matière de droit pénal, il faut distinguer deux aspects : premièrement, la création de normes de sanction supranationales et deuxièmement, les directives à donner aux législateurs nationaux pour l'adoption du droit pénal national.

### 1. La création d'un droit communautaire supranational

a) On doit d'abord trouver dans le texte du *Traité de Rome* une réponse à la question suivante : la Communauté européenne dispose-t-elle d'une compétence générale en matière de création de sanctions supranationales ? Le *Traité de Rome* repose sur le principe de compétences limitées spécifiques, par exemple, dans son article 43. Il autorise les organes compétents à « prendre des réglementations » ou à « édicter toutes mesures appropriées » à la réalisation de nombreux objectifs définis de façon extensive. Cette large habilitation couvre donc aussi des mesures de nature pénale.

b) De l'interprétation systématique du *Traité de Rome* et de la volonté des *Etats signataires* résulte cependant une restriction aujourd'hui incontestée<sup>37</sup> : la Communauté ne dispose pas d'un pouvoir de création d'un droit pénal criminel supranational. Par contre, l'interprétation historique et systématique ne donne pas d'arguments convaincants favorables ou défavorables à une compétence générale en matière de création d'un droit pénal administratif. Les différents arguments, par exemple extraits de l'article 172 du *Traité de Rome*<sup>38</sup>, ne seront pas ici examinés en détail : bien que ces arguments aient été au centre de la discussion jusqu'à présent, il sont de moindre importance.

c) Les aspects cruciaux d'une restriction de compétence découlent au contraire de raisonnements du *droit constitutionnel* jusqu'ici négligés, des principes généraux de démocratie et d'Etat de droit et surtout du principe *nullum crimen*. Dans cette argumentation constitutionnaliste, les principes constitutionnels nationaux ne peuvent pourtant pas être « directement » utilisés dans l'interprétation du *Traité de la Communauté*. L'interprétation du *Traité* fait partie des prérogatives de la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg qui n'est pas assujettie aux constitutions nationales. Des principes constitutionnels peuvent néanmoins se révéler fructueux en ce qui concerne la question de la compétence et cela par deux moyens : premièrement, la Cour de justice des Communautés prend en considération, en faisant une « comparaison de droit évaluée », les traditions constitutionnelles des Etats membres pour son interprétation du *Traité de Rome*<sup>39</sup> ; deuxièmement, les articles 23 et 24 de la loi fondamentale

36. Concernant le procès en instance (aff. C-240/90) V. la courte note dans le, 1990, *JOCE* n° C 216/6, 31 août 1990 et l'annotation n° 49 a.

37. V. par ex. CJCE aff. 203/80, *Rec.* 1981, p. 2596 à 2618 ; *BGHSt.*, vol. 25, p. 190 à 193 et s. ; Oehler, *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 1309 à 1403 et s.

38. V. par ex. Dieblich, *Der strafrechtliche Rechtsschutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaften*, 1985, p. 237 et s. ; Johannes, 1968, *Europarecht* (EuR), p. 63 à 106.

39. V. par ex. CJCE aff. 7/56, 3/57, *Rec.* 1957, p. 83 à 118, CJCE aff. 46/87, 227/88, *Rec.* 1989, p. 2859 à 2923 ; *BVerfGE* (*Rec. officiel des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale*), vol. 73, p. 339 à 385 ; Streinz, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989, p. 378 et s. ; pour

allemande (c'est-à-dire de la Constitution de la RFA), ainsi que les autres normes européennes semblables, exige l'observation des principes de l'Etat de droit lors d'un transfert de pouvoirs de souveraineté à des institutions thérapeutiques. Ces exigences de l'Etat de droit forment la base de la renonciation de la Cour constitutionnelle fédérale allemande au contrôle du droit communautaire<sup>40</sup>. Les conséquences sont les suivantes.

Les articles 23 et 24 de la loi fondamentale allemande, comme les autres normes européennes semblables, obligent le transfert de souveraineté aux « parties constituantes indispensables »<sup>41</sup> de la structure constitutionnelle nationale, auxquelles appartient avant tout les principes de démocratie et d'Etat de droit<sup>41a</sup>. On a récemment mis en cause la capacité de la Communauté de satisfaire à ces exigences. En effet, le Conseil des ministres, organe législatif de la Communauté se composant des représentants du pouvoir exécutif et la Commission ne sont pas, au sens de la doctrine classique de la séparation des pouvoirs, démocratiquement légitimés au sens strict. Cette « législation par le gouvernement »<sup>42</sup> ainsi réprouvée ne constituait pas encore un problème lors de la fondation des trois communautés, quand seules des compétences particulières étaient attribuées aux représentants du pouvoir exécutif. Les différentes vagues d'intégration et les diverses évolutions du transfert de compétences ces dernières décennies ont toutefois augmenté le danger d'une technocratie européenne qui ne serait plus soumise à un contrôle démocratique. C'est pour cela que Ralf Dahrendorf, dans son *Plaidoyer pour l'union européenne*, exprime son étonnement devant « la légèreté avec laquelle des Etats démocratiques sont disposés à abandonner des structures démocratiques au moins partiellement »<sup>43</sup>.

Devant l'actuel *statu quo* dans lequel se trouve le parlementarisme européen, la normalisation par le Conseil des ministres de règles pénales qui représenteraient une forte intervention ne serait pas acceptable car elle constituerait une atteinte aux structures fondamentales de l'Etat démocratique. En revanche, des pouvoirs d'intervention plus modérés d'un droit pénal administratif pourraient être transférés sur la base de l'article 24 de la loi fondamentale allemande et des autres normes européennes semblables.

d) Ce transfert nécessite pourtant une base d'habilitation plus précise que celle des clauses générales du Traité de Rome. Ceci découle avant tout du principe fondamental du droit pénal et constitutionnel, *nullum crimen sine lege*, dont les exigences dépassent la simple restriction légale qui existe aussi bien dans les articles 23 et 24 de la Loi fondamentale allemande que dans les dispositions correspondantes des autres Etats membres.

En tant qu'élément distinct du principe de l'Etat de droit – et aujourd'hui aussi de celui de démocratie – le principe *nullum crimen* est bien ancré dans tous les Etats membres de la Communauté ainsi que dans la Convention européenne des droits de l'homme<sup>44</sup>. Il se réfère aussi aux lois parlementaires qui autorisent le pouvoir exécutif à mettre en vigueur des normes pénales par le moyen de règlements administratifs. Cela est justement exprimé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en ce qui concerne les dispositions pénales d'une règle communale : « Non seulement la règle communale elle-même représentant la vraie norme pénale, mais aussi l'autorisation doi-

des informations générales concernant le droit comparé comme la « cinquième méthode d'interprétation » V. Häberle, 1991, *Europäische Grundrechte – Zeitschrift* (EuGRZ), p. 261 à 271.

40. Concernant l'Allemagne, V. par ex. *BVerfGE*, vol. 73, p. 339 à 387 (« Solange II ») en abandonnant la jurisprudence de la *BVerfGE*, vol. 37, p. 271 (« Solange I »). Pour le droit comparé dans les Communautés européennes V. Lorenz, *Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften*, 1990.

41. C'est l'expression employée dans *BVerfGE*, vol. 58, p. 1 à 40.

41 a. Le nouvel article 23, qui a été ajouté en 1993 en vue du Traité de Maastricht, le rend encore évident : selon son alinéa I n° 1 l'union européenne doit être tenue à des principes « démocratiques, sociaux, fédératifs et de l'Etat de droit ». D'après l'al. I n° 3 l'existence de ces règlements est protégé par l'article 79 al. 2 et 3.

42. V. Röss, *Festschrift für Geck*, 1989, p. 625 à 627 (Législation par le gouvernement).

43. V. Dahrendorf, *Plädoyer für die Europäische Union*, 1973, p. 211.

44. V. l'art. 7 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Frowein, Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 1985, l'art. 7, les annotations 2 et 5.

vent satisfaire à ces exigences. Les limites du caractère répréhensible et la nature de la sanction doivent être prévisibles pour les citoyens, ceci déjà par l'autorisation et pas seulement par la règle communale qu'elle soutient. Dans le cas contraire, ni le citoyen ni le juge ne peuvent vérifier concrètement si l'auteur de la règle communale était en droit d'édicter une disposition pénale particulière ou si le pouvoir pénal qui lui est transféré était suffisant »<sup>45</sup>. Cette extension du principe *nullum crimen* à l'autorisation qui précède le règlement administratif résulte avant tout et encore plus clairement du fondement de la restriction parlementaire, qui forme non seulement la base de l'article 104 de la Loi fondamentale allemande, mais aussi celle du deuxième paragraphe de l'article 103. Cette extension doit être valable pour chaque transfert de compétences à un pouvoir exécutif, y compris un pouvoir exécutif supranational.

La plus faible capacité d'intervention du droit pénal administratif pourrait permettre un assouplissement du principe de la détermination précise des lois<sup>46</sup>. Les compétences globales du Traité de Rome autorisent pourtant, dans de nombreux domaines, à prendre « toutes les mesures nécessaires » et ne limitent ni la nature pénale ni la gravité des sanctions. Ainsi, ces compétences du Traité de Rome ne sont pas suffisantes en tant que normes de compétences pour ledit droit pénal administratif, si l'on veut que le principe *nullum crimen* soit encore respecté d'une façon quelconque.

e) Ainsi se pose la question décisive de savoir comment un droit pénal communautaire illicite de *lege lata* peut être distingué des *mesures communautaires de contrainte* licites. Sur la base des explications précédentes, il est clair que cette question ne doit pas être résolue par les étiquettes conceptuelles d'un « droit d'amendes administratives », d'un « droit de sanctions administratives » ou d'un « droit pénal administratif ». Ces constructions abstraites sont toujours fonctionnelles !

La portée du principe *nullum crimen* est décisive pour la détermination des mesures de contraintes licites. Ce principe est valable dans le droit pénal administratif, mais pas dans le droit civil de dommages et intérêts ni dans le droit administratif<sup>47</sup>. C'est pourquoi la limite des mesures communautaires de contrainte ne se situe pas, contrairement à l'opinion dominante<sup>48</sup>, entre le droit pénal et le droit pénal administratif. Elle se situe au contraire dans la distinction entre droit pénal et droit civil, ou bien entre droit pénal administratif et droit administratif spécial<sup>49</sup>. La Communauté européenne peut, par conséquent, instituer des règlements globaux de dédommagement, des intérêts moratoires et des pénalités de retard. Elle peut aussi, dans des limites particulières, empêcher des bénéficiaires peu consciencieux de recevoir des subventions. Contrairement à l'opinion dominante, la Communauté européenne n'est par contre pas autorisée, en dehors de la disposition particulière de l'article 87 du Traité de Rome, à introduire de nouvelles dispositions supranationales concernant les amendes<sup>49a</sup>.

45. V. BVerfGE (Rec. officiel des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale), vol. 32, p. 346 à p. 362 ; aussi Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 239 et s. et 250 et s.

46. Pour le système de la « gradation », V. BVerfGE, vol. 75, p. 329 à 342 ; Kunig, 1990, *Jura*, p. 495 et s.

47. V. § 3 de la Loi sur les sanctions administratives allemandes (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG*) ; BVerfGE, vol. 20, p. 323 à 331 ; vol. 34, p. 269 à 293 ; Dürig dans Maunz, Dürig (eds.), *Grundgesetz*, 1990, les annotations 113 et s. concernant l'art. 103.

48. V. par ex. Bruns, *Der strafrechtliche Schutz der europäischen Marktordnungen für die Landwirtschaft*, 1980, p. 87 à 92 ; Dieblich, *op. cit.* (l'annotation 38), p. 232 et s., 247 et s., 257 et s. ; Tiedemann, 1990, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, p. 2226.

49. Pour une distinction entre le droit pénal et le droit civil, V. Hirsch, *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 304 ; pour la relation des sanctions pénales et administratives, V. Sieber, 1991, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR)*, p. 451 à 467.

49 a. Dans sa décision concernant le règlement n° 1260/90 (*Schffleisch VO*) du 27 oct. 1992 (après la mise à l'impression de cet article) la CJCE a qualifié les réglementations susdites de légitimes. Il faut consentir à cette décision parce que les sanctions attaquées par le République fédérale d'Allemagne étaient encore d'un caractère civil et administratif. Bien que la décision de la CJCE ait laissé ouvertes les compétences pénales des Communautés européennes, elle soutiendra néanmoins sans doute les efforts d'une extension du droit pénal administratif européen.

## 2. La compétence d'édition des directives sur le droit pénal national

Il faut différencier la création de prescriptions supranationales de sanctions et la compétence qu'a la Communauté de contraindre les Etats membres par directives et règlements à édicter des prescriptions nationales. Les doutes constitutionnels mentionnés ne sont pas valables face à de telles injonctions, même si elles sont fondées sur des habilitations globales. Les directives elles-mêmes ne sont adressées qu'aux Etats membres, et les prescriptions pénales nationales qui en résultent bénéficient de la légitimité démocratique directe du législateur national.

La question principale qui subsiste est celle de savoir avec quelle précision la Communauté européenne peut déterminer des sanctions nationales. La Cour de justice des Communautés européennes n'est pas allée loin dans le cas récent du scandale du maïs grec, en obligeant les Etats membres « à prendre toute mesure appropriée afin de garantir la validité et l'efficacité du droit communautaire ». La Cour a également constaté que dans cette fonction « les Etats membres, auxquels il reste toutefois le choix de la sanction, doivent notamment faire attention à ce que les infractions au droit communautaire et les infractions similaires au droit national soient sanctionnées sur la base des règlements juridiques de fond et de procédure identiques, la sanction restant en tout cas efficace, proportionnée et dissuasive »<sup>50</sup>.

Entre-temps le Traité de Maastricht expose explicitement ce règlement dans son article K.

### E. — Résumé

L'analyse du droit pénal actuel de la Communauté européenne met donc en relief, à tous les niveaux examinés, les débuts de développement d'un système confédéral de droit pénal encore faible pour le moment. Mais si l'on regarde le droit pénal européen avec une optique historique, on s'aperçoit que ce système confédéral est en train de croître fortement. L'adhésion prévue de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la collaboration renforcée de la police et des douanes pousseront plus loin cette évolution tout en l'accélégrant. Mais dans quelle direction et jusqu'où cette évolution ira-t-elle ?

## III. — PERSPECTIVES D'AVENIR POUR L'EUROPE

A l'heure actuelle, les solutions fondamentales pour l'avenir du droit pénal européen manquent, et ce n'est pas un hasard si les projets de Constitution d'une Union européenne<sup>51</sup> ne mentionnent pas le droit pénal dans leurs catalogues de compétences. C'est pour cette raison qu'il est temps de développer les composantes du futur système pénal européen. A cette fin, nous envisagerons trois points dans cette troisième et dernière partie de l'exposé : les principes de base à une solution, une doctrine différenciée des compétences et un plan d'action concret.

50. V. CJCE, aff. 68/88, *Rec.* 1989, p. 2965 à 2984.

51. V. en particulier « la conception d'un traité instituant l'Union européenne » (*Entwurf eines Vertrages zur Gründung der Europäischen Union*) dans la version ratifiée par le Parlement européen le 14 févr. 1984, *JOCE*, n° C 77/33, 19 mars 1984. Les deux projets de traités pour l'Union européenne que la présidence luxembourgeoise et néerlandaise a présentés pendant l'été 1991 proposent quoi qu'il en soit désormais un nouvel art. 209 a du Traité CEE selon lequel les Etats membres devront lutter contre les fraudes faites au détriment de la Communauté avec les mêmes mesures que contre celles faites au détriment de leurs propres intérêts nationaux. V. *Europe*, Documents n° 1722-1723, 5 juill. 1991 et n° 1734-1734, 3 oct. 1991.

## A. — Les lignes d'orientation

On peut trouver les principes généraux pour l'avenir du droit pénal parmi les divers fondements du fédéralisme qui, comme Emmanuel Kant le notait déjà en 1795, forme « la base d'une paix éternelle »<sup>52</sup> pour les peuples. On peut de plus invoquer le principe de la subsidiarité et les principes généraux du droit, qui superposent et complètent en partie le concept de fédéralisme. Les sept points suivants, tirés essentiellement de la théorie du fédéralisme, pourraient se révéler féconds lors d'une première approche d'une théorie de répartition des compétences, qui sera une partie d'une future doctrine législative européenne.

1. *Les fondements classiques du fédéralisme*<sup>53</sup> dans le droit public — la séparation verticale des pouvoirs, la participation renforcée des citoyens et le compromis politique — sont de peu d'actualité directe dans la répartition des compétences législatives. La théorie classique de la séparation fédérale des pouvoirs par les *two centers of government* soutient cependant le modèle fédéraliste germano-suisse de l'exécution des lois fédérales par l'administration régionale. L'importance et l'éloignement d'un futur pouvoir exécutif européen actualisent la justification du fédéralisme donnée par Alexis de Tocqueville : « La loi fût-elle oppressive, la liberté trouverait encore un abri dans la manière dont on exécuterait la loi »<sup>54</sup>. La tendance actuelle du droit de répression européen consistant dans la concentration des prérogatives de législation, de poursuite et de jugement de première instance dans les mains d'un seul pouvoir exécutif de la Commission ne correspond pas à ce modèle.

2. Le fondement social du principe du fédéralisme et le *principe de subsidiarité*<sup>55</sup> nécessitent un compromis entre le « développement à l'unité » et « l'idée de la liberté »<sup>56</sup> le principe selon lequel la plus grande circonscription ne devrait pas s'approprier une fonction qu'une circonscription plus petite peut remplir. Cet élément, ainsi que le concept juridique d'utilité<sup>57</sup>, conduit à l'efficacité déjà concrétisée. A ce point-là, ce ne sont pas seulement la double procédure de la justice et le comportement évasif des malfaiteurs qui sont importants<sup>58</sup>, mais aussi l'affaiblissement déjà mentionné de la validité et du respect de la norme. Cet affaiblissement serait le résultat d'une situation dans laquelle le même comportement était autrement jugé dans différentes régions.

3. L'aspect personnel et la fonction intégratrice du fédéralisme entre les peuples montrent la *dépendance culturelle* du droit, qui est avant tout soulignée dans la *Théorie de la Constitution en tant que science culturelle*<sup>59</sup> de Peter Häberle et dans la philosophie du droit pénal de Max Ernst Mayer. Les slogans d'« Europe des régions » et d'« Europe, multiplicité dans l'unité », décrivent de même cette dépendance culturelle comme la « thèse de l'ownership » de la théorie fédéraliste américaine. Pour la répartition des compétences pénales, cela nous mène à une question de différenciation : les biens et les règlements juridiques protégés par le droit pénal sont-ils les mêmes partout en Europe ou sont-ils culturellement distincts ?

52. Kant, *Zum ewigen Frieden, 1795*, en particulier la section 2, deuxième article concernant la paix perpétuelle (V. *Werke in sechs Bänden*, édité par Weischel, 1964, vol. VI, p. 195 à 208).

53. V. Isensee, 1990, *Archiv für öffentliches Recht (AöR)*, p. 248 ; Kimminich, dans Isensee, Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 2, 1987, p. 1114 et s.

54. De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, deuxième partie, chapitre 16 : La décentralisation, 1835 (citation tirée de l'édition de l'Union générale d'éditions, Paris, 1963, p.158).

55. V. Deuerlein, *Föderalismus*, 1972, p. 306 et s. et 319 et s. ; Herzog, *Der Staat*, 1963, p. 399.

56. V. Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, 1868, réédité en 1954, p. 1.

57. V. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8<sup>e</sup> éd. 1973, édité par Wolf, Schneider, p. 142 et s.

58. V. Sieber dans Tiedemann (ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980, p. 155 à 172.

59. V. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982 ; Max Ernst Mayer, *Rechtsnormen und Kultur-normen*, 1903. Sous l'angle des problèmes de droit pénal V. Sieber dans Albrecht, Sieber (éds.), *Zwanzig Jahre Süddeutsche Kriminologische Kolloquien*, 1984, p. 29 à 47.

4. Tout ceci implique, *la fonction expérimentale du fédéralisme*, la concurrence des systèmes et des ordres juridiques<sup>60</sup>. Ce fondement du principe fédéraliste exige également des différenciations : en matière de pouvoirs pénaux et procéduraux d'intervention, les droits de l'homme et le principe des moyens proportionnés mettent des bornes plus étroites à l'expérience fédérale qu'en matière de normes procédurales d'organisation.

5. De semblables limites sont exigées par *les concepts juridiques d'équité et d'égalité*, ces grandes idées que la Révolution française a données à l'Europe et au monde entier. L'idée d'égalité et la « contradiction immanente du fédéralisme »<sup>61</sup> n'est pourtant pas – en principe – valable pour des organisations fédérativement différentes<sup>62</sup>. Tout de même, l'importance des interventions pénales au niveau des droits fondamentaux et le principe des moyens proportionnés forcent ces pouvoirs publics d'intervention à observer certaines exigences d'homogénéité et une protection minimale.

6. L'aspect « *sécurité juridique* » comporte des éléments importants de l'unification du droit<sup>63</sup>. Au sens abstrait de la norme, le citoyen européen ne peut pas connaître douze lois nationales différentes en cas d'activité transfrontalière.

7. Finalement, sous toute réserve, on devrait mentionner *l'effet constitutif d'identité* d'un droit pénal unitaire, un effet que l'on a pu observer lors de l'édification de l'empire allemand. Mais pour la création d'une identité européenne, ce sont surtout les principes de démocratie et d'Etat de droit, ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme qui devront se mettre au service de ce but. En ce sens, les dispositions matérielles de sanction juridique sont peu importantes.

## B. — La distribution des compétences

Les divers fondements du fédéralisme et les autres principes indiquent des directions tout à fait différentes et donnent une image différenciée. La nécessité de créer une « concordance pratique » pour parvenir à un compromis ne peut être qu'esquissée.

1. En *droit pénal fondamental*, une législation centrale d'une ampleur considérable va s'imposer lors de l'édification d'une Union européenne. Cela n'est pas seulement valable pour les biens et les libertés économiques que la Communauté protège par les dispositions légales. Si l'on prend au sérieux le postulat qu'un droit pénal défend le « minimum éthique » et représente *l'ultima ratio*, on parvient dans de larges domaines du droit pénal fondamental à des conceptions culturelles communes en Europe. Ceci se manifeste aussi dans le fait que de nombreuses valeurs juridiques du droit pénal fondamental sont garanties dans la Convention européenne des droits de l'homme ; cette garantie ne représente pourtant qu'un standard européen d'unité minimal qui doit être relevé.

2. En *droit pénal annexe* en particulier dans le domaine du droit pénal des affaires, on devra par contre faire une différenciation surtout en matière de règles accessoires de droit pénal administratif. Dans la mesure où la Communauté européenne régit elle-même une telle matière par des règlements administratifs d'une manière unitaire en Europe, elle devrait aussi disposer des pouvoirs pénaux annexes qui en dépendent. Si on regarde simultanément le droit pénal national de délégation qui se réfère au droit communautaire et la question des compétences, on découvre l'absurdité d'une technique législative qui n'attribue à la Communauté aucune compétence législative origi-

60. V. Häberle, 1991, *Die Verwaltung*, p. 169 à 190.

61. Concernant le fédéralisme comme l'« objet avec sa contradiction » V. Maier, 115, 1990, *Archiv für öffentliches Recht (AÖR)*, p. 213 à 230.

62. V. BVerfGE (Rec. officiel des arrêts de la Cour constitutionnelle), vol. 33, p. 303 à 352 ; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd. 1984, p. 661 et s.

63. V. les citations dans l'annotation n° 12.

naire, mais qui veut tout de même reconnaître sa compétence de détermination matérielle à l'aide de moyens inefficaces par des renvois dynamiques et des adaptations juridiques continuelles.

3. En *droit pénal procédural*, il faut également distinguer d'une part les pouvoirs d'intervention qui ont un effet grave sur les droits fondamentaux et qui seront — surtout par la Cour de justice européenne des droits de l'homme — davantage unifiés. D'autre part, les diverses structures d'autorité et les différents principes de procédures entravent encore longtemps l'harmonisation du droit d'organisation, et — comme récemment en Italie — ils donneront place à la concurrence entre plusieurs systèmes de recherche de la vérité.

4. Cela nous conduit en ce qui concerne *l'application des normes* à une reconnaissance renforcée et facilitée des décisions particulières prises par des Etats différents, à une extension des attributions des Etats membres, à la perspective d'un juge d'instruction européen<sup>64</sup>, ainsi qu'à la création limitée d'autorités supranationales de poursuite. En réalisant ces mesures, il faut nous garder, sur la base des expériences américaines, d'une construction juridictionnelle à deux voies, aussi bien au niveau central qu'au niveau décentralisé. La Cour de justice des Communautés européennes dans sa fonction de juridiction européenne de révision doit continuer à assurer la nécessaire application unitaire du droit communautaire. La participation de la Communauté européenne aux procédures pénales, fondée sur une atteinte aux intérêts communautaires, peut être obtenue par des droits de participation dans le cadre de la procédure juridictionnelle.

### C. — *Le plan d'action*

1. Comme résultat politique et juridique de notre réflexion, on peut maintenant formuler un *plan concret pour l'avenir du droit pénal européen*.

— A courte échéance, la Communauté européenne devrait intensifier ses sanctions non répressives (par exemple les indemnités de retard ou les dispositions globales de dédommagement). Les avantages de ces instruments sont la (vraie !) décriminalisation qui en découle, une réalisation simple, ainsi que l'absence de l'obstacle *ne bis in idem*.

— En même temps, la Communauté européenne peut aussi utiliser sa compétence d'édition de directives pour unifier le droit de répression. Les avantages de cette stratégie reposent sur la flexibilité et sur la concurrence résultant de différents systèmes de contrôle social, en particulier dans les domaines politiquement et juridiquement controversés.

— A moyenne échéance, une modification du Traité de Rome est nécessaire. Celle-ci concéderait à la Communauté européenne, avec la participation du Parlement européen, des compétences spécifiques en matière d'amendes. Le déficit démocratique au plan de la Communauté européenne pourra être compensé en partie par une rédaction plus précise des lois nationales de ratification de la modification du traité. Sans une définition plus précise des domaines matériels, des questions de dispositions générales, des pouvoirs procéduraux d'intervention, de l'application extraterritoriale ainsi que des limites de sanctions, de nouvelles compétences de la Communauté en matière des sanctions administratives ne seront pas acceptables.

— Un véritable droit pénal criminel européen n'est pas possible dans la structure actuelle de la Communauté. A longue échéance, un tel droit doit être créé par un parlement disposant de toutes ses prérogatives démocratiques. Un droit pénal européen démocratiquement légitimé doit être le but dans les domaines que nous avons indiqués ici.

64. V. Sieber, *The International Emergence of Criminal Information Law*, 1991, p. 98.

2. En vue de cette « européanisation des sciences juridiques »<sup>65</sup>, la science pénale se trouve, elle aussi, devant de nouveaux défis et de nouveaux devoirs pour un futur « droit pénal européen commun » :

— le droit comparé acquiert une signification nouvelle par le principe de la recherche juridique à l'aide des principes généraux communs du droit européen. Pour le droit pénal aussi, les textes du droit privé comparé sont valables : « Les sciences nationales du droit ont commencé à devenir une science mondiale et globale du droit, dans laquelle chacune des sciences nationales représente une branche singulière liée avec la science générale du droit comparé »<sup>66</sup>. Et aussi : « Ce qui est né de la curiosité des savants s'est avéré tout à fait pratique et est devenu un domaine de recherche rendant possible la résolution des problèmes que notre temps et notre monde donnent aux juristes, en particulier à un âge où l'on retourne à un nouveau droit unitaire, un nouveau *ius commune* »<sup>67</sup> ;

— en matière de droit européen supranational d'amendes, il nous faut des « dispositions générales » européennes et un droit procédural correspondant. De plus, le développement à longue échéance d'un « droit pénal européen »<sup>68</sup> devrait être mis à l'épreuve et influencé par le modèle d'un « code pénal européen » correspondant, de l'exemple latino-américain. Seule la tentative d'élaboration d'un tel code pénal type peut démontrer les convergences de la culture pénale européenne. Un tel projet devrait être réalisé avec la coopération de la Communauté européenne, du Conseil de l'Europe, de toutes les instances législatives et des personnalités indépendantes, en particulier dans le domaine de la science. La participation du Conseil de l'Europe est surtout importante pour ses Etats membres qui ne font actuellement pas encore partie de la Communauté ;

— pendant la réalisation de ces projets, la science pénale représente, à un haut degré, la sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen. En ce qui concerne la question si souvent posée de ce qui devra être sacrifié sur « l'autel européen », on peut résumer le programme d'avenir et cette analyse ainsi : il faut partiellement renoncer au droit des Etats, mais non à l'Etat de droit !

3. On attribue souvent au fédéralisme allemand, en raison de sa longue expérience, un caractère de modèle pour l'unification de l'Europe<sup>69</sup>. Cela doit être valable aussi bien pour ses expériences positives que négatives. En conclusion, il serait bon de revenir encore une fois au *point de départ historique* : la science pénale n'a pas joué un grand rôle dans le développement du code pénal de l'Empire allemand. Karl Binding déplorait qu'elle ait été « laissée de côté de façon scandaleuse »<sup>70</sup>. Pour l'unification européenne à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, cela ne devrait pas se reproduire !<sup>71</sup>

65. V. Coing, 1990, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, p. 937.

66. V. Rheinstejn, *Gesammelte Schriften* (édité par Leser), vol. 1, 1979, p. 283 à 291.

67. V. Coing, 1981, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, p. 2601 à 2604.

68. Pour de telles demandes V. Sieber, *op. cit.* (annotation n° 59), p. 53.

69. V. Knemeyer, 1990, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, p. 173 et s. ; Vitzthum, 115, 1990, *Archiv für öffentliches Recht (AöR)*, p. 280.

70. V. Binding, *Grundriß des Deutschen Rechts*, 7<sup>e</sup> éd. 1907, p. 45, annotation n° 2. Par contre, Leonhardt (*Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes*, 1870, Bd. 1, p. 41) a indiqué que : « Ce qui sera mis à votre disposition, messieurs, n'est pas tout à fait achevé, et ne se flatte pas non plus de recevoir l'assentiment général de la doctrine. Si on attendait que la doctrine s'accorde sur le projet d'un code pénal, vous messieurs, et vos enfants ne vivraient pas la fin des travaux législatifs ».

71. Le manuscrit du présent article a été présenté dans une version abrégée lors de la session tenue à Potsdam le 24 juillet 1991 par la Commission du contrôle budgétaire du Parlement européen et a été mis à la disposition de cette commission. Le *Rapport de la Commission de contrôle budgétaire sur la protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes* qui a été préparé en particulier pour la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de décembre 1991 (rapporteur : Mme Dietmut Theato) a notamment entre-temps pris en charge les demandes en vue de nouvelles sanctions supranationales et en vue du concours du Parlement européen dans la création d'un droit pénal européen. V. Communautés européennes, Parlement européen, Documents de session, 27 sept. 1991 (A3 — 0250/91).

# Nouvelles perspectives en matière de sanctions communautaires

Giovanni GRASSO

*Professeur à l'université de Catane*

Dans la protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes, on a eu très récemment une évolution normative qui présente un grand intérêt. Dans certains règlements adoptés dans le cadre des politiques communes de l'agriculture et de la pêche, la Commission a introduit des sanctions qui se différencient nettement des traditionnelles sanctions pécuniaires communautaires pour deux types de raisons : avant tout, elles sont prévues et réglementées par la norme communautaire, mais elles sont destinées à être appliquées dans les systèmes juridiques nationaux<sup>1</sup>. Deuxièmement, elles se différencient par leur contenu puisqu'il s'agit presque toujours de sanctions non patrimoniales (en particulier, de mesures d'interdiction, comme la perte totale de la subvention demandée en cas de déclaration même seulement partiellement inexacte ou comme l'exclusion des bénéfices prévus dans un certain régime d'aide pour une certaine période de temps), ou bien parce que, même lorsqu'il s'agit de sanctions de nature patrimoniales, elles ont un contenu *sui generis* (comme par exemple, la diminution de l'aide accordée d'une certaine somme calculée en fonction de la gravité des déclarations inexactes, ou bien l'obligation de rendre la somme indûment perçue augmentée d'un certain pourcentage déterminé d'une façon forfaitaire).

De telles sanctions, comme on l'a déjà dit, ont été utilisées dans certains règlements récents adoptés par la Commission dans le cadre de la détermination des modalités d'application des règlements du Conseil. Ainsi, par exemple, l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> du règlement n° 714/89 prévoit *la perte totale* de la prime spéciale due aux producteurs de viande bovine au cas où le nombre d'animaux pour lequel l'aide a été demandée soit supérieur au nombre d'animaux résultant après contrôle ; le dernier alinéa prévoit, en outre, *l'exclusion* de l'auteur de la violation *des bénéfices dus pendant les douze mois successifs* s'il a effectué une fausse déclaration réalisée intentionnellement ou bien par grave négligence ; l'article 8, alinéa 2 du règlement n° 1788/89 prévoit *l'exclusion* de l'auteur de l'infraction de *l'obtention d'aides ou de subventions pour l'année suivante* ; l'article 7, 1<sup>er</sup> alinéa, b, du règlement n° 1164/89 prévoit en outre *la diminution de l'aide accordée* d'une somme supplémentaire déterminée selon l'entité des inexactitudes contenues dans la demande de subvention ; l'article 5, § 1 du règlement n° 915/89 prévoit *la restitution des prélèvements de responsabilité indûment remboursés*, augmentés d'une majoration forfaitaire égale à 30 % du total. Une proposition de règlement récemment présentée par la Commission au Conseil a pour but de discipliner la prévision de telles sanctions<sup>2</sup> sur la

1. Cela est explicitement affirmé dans l'art. 4 § 3 de la proposition de règlement (CEE) du Conseil relatif aux contrôles et aux sanctions dans le cadre des politiques communes de l'agriculture et de la pêche, présentée par la Commission au Conseil le 21 mai 1990 (JOCE 6 juin 1990, n° C 137, p. 10).

2. V. la proposition de règlement citée à la note 1.

légitimité desquelles la République fédérale d'Allemagne a soulevé des doutes dans un recours adressé à la Cour de justice<sup>3</sup>.

2. En ce qui concerne la nature juridique des sanctions en question, aussi bien le service juridique de la Commission<sup>4</sup> que le *Rapport à la Commission sur l'harmonisation des contrôles dans le domaine de la PAC*<sup>5</sup> en proposent le classement parmi les sanctions administratives.

Une telle conclusion peut être sûrement approuvée sur la base des orientations propres à l'ordre juridique italien : les sanctions pénales sont *typiques* et *formelles*, cela devrait exclure la nature pénale de sanctions *sui generis* comme celles ici considérées.

De plus le classement des sanctions considérées dans la catégorie des sanctions administratives apparaît cohérent aussi bien au vu du fait qu'elles sont prononcées par une autorité administrative et non juridictionnelle, selon le critère « organique » de distinction entre infraction pénale et administrative (adopté par certains systèmes juridiques), qu'avec le fait que la prévision de telles sanctions se relie étroitement à certaines fonctions administratives, et en particulier, à la gestion d'un certain régime d'aides ou de subventions dans le but de garantir le respect des conditions prévues pour l'attribution de celle-ci.

Les sanctions prises en considération représentent, comme on l'a affirmé dans le *Rapport sur l'harmonisation des contrôles dans le domaine de la PAC* déjà cité, des « conséquences défavorables ... qui vont au-delà du simple remboursement des aides indûment perçues augmentées le cas échéant des intérêts ». Il s'agit donc de sanctions qui dans le cadre de la *summa divisio* entre *sanctions punitives* et *sanctions réparatrices* doivent relever de la première typologie parce qu'elles sont caractérisées par une finalité de *prévention générale* et par un *contenu afflictif* envers l'auteur de la violation<sup>6</sup>. Sous ce profil les sanctions en question peuvent être rapprochées des sanctions pécuniaires communautaires « classiques ».

Une telle conclusion a été contestée par la Commission dans l'affaire C 240/91 devant la Cour de justice. Selon la Commission, de telles sanctions représenteraient des « sanctions administratives » (*Verwaltungsanktionen*) qui se placeraient dans une « liaison inséparable » avec les mesures de contrôle prévues et elles seraient finalement nécessaires pour garantir une bonne administration des moyens financiers des Communautés européennes. Cette considération exclurait que ces sanctions puissent être rapprochées aussi bien des sanctions pénales que des véritables sanctions pécuniaires des Communautés ; tout au plus, selon l'avis de la Commission, on pourrait penser à une assimilation de telles sanctions avec les cautions et les peines privées à cause de leur liaison avec un engagement librement pris de la part de l'intéressé. Pour soutenir ses propres conclusions, la Commission rappelle l'arrêt émis par la Cour de justice dans l'affaire 217/88<sup>7</sup>, dans lequel la Cour aurait exclu la nature de sanction d'une mesure qui consiste dans l'exclusion de l'auteur de la violation de certains bénéfices futurs.

En fait les conclusions de la Commission suscitent quelques perplexités. Il y a lieu de rappeler que dans le cadre des sanctions administratives on doit faire une distinction entre sanctions réparatrices ou restitutives et sanctions punitives : de cette dernière catégorie de sanctions doivent être rapprochées les sanctions pécuniaires appliquées directement par les institutions communautaires ; c'est dans cette dernière catégorie (celles des sanctions punitives) que doivent être incorporées également les sanctions

3. Il s'agit de l'affaire C 240/91.

4. V. la note Jur (89) D 3500, 20 juill. 1989.

5. Doc. XX B 2 (90) D 2112, 13 juin 1990.

6. Une telle distinction est reconnue même dans le rapport du groupe *ad hoc* « droit communautaire et droit pénal » créé dans le cadre de la coopération politique entre les États membres, rapport présenté au Conseil des ministres de la Justice le 13 nov. 1991.

7. Arrêt du 10 juill. 1990, *Rec.* 1990, p. 2879.

que l'on examine ici pour leur contenu afflictif envers l'auteur de la violation et pour leur finalité évidente de prévention générale ; du reste, une telle finalité est reconnue par la Commission même<sup>8</sup>.

En ce qui concerne la référence à l'arrêt de la Cour de justice, dans l'affaire 217/88, on doit noter que la Cour s'est référée dans cet arrêt à un cas d'espèce différent dans lequel la concession de certains bénéfices prévus par la norme communautaire est subordonnée au fait que l'intéressé ait déjà rempli certaines obligations de distillation d'une certaine quantité de produit pendant une période déterminée. Alors, il semble tout à fait correct d'affirmer — comme l'a fait la Cour — que la « disposition ne représente donc pas une sanction, mais qu'elle se limite à établir une condition à laquelle est subordonnée la concession du bénéfice de certaines mesures d'intervention » ; mais il est évident qu'une telle argumentation ne peut être utilisée à propos de mesures — comme les sanctions que nous avons examinées ici — qui constituent une réaction à un acte illicite, et non pas une condition pour des interventions futures.

Par ailleurs, ces considérations n'entendent pas exclure que les sanctions en question (bien qu'étant différentes des traditionnelles sanctions pécuniaires communautaires) puissent être légitimement prévues par les institutions communautaires dans les secteurs où les traités communautaires attribuent à celles-ci une compétence spécifique<sup>9</sup> : sous ce profil, on ne peut partager les conclusions du recours présenté par la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire C 240/91. On peut par contre avancer quelques perplexités quant à la légitimité de l'introduction desdites sanctions de la part de la Commission dans les règlements par lesquels celle-ci fixe les modalités d'application des règlements adoptés par le Conseil<sup>10</sup> ; on peut douter en effet du fait que la prévision d'une sanction constitue, en l'absence d'une délégation à la Commission par le Conseil, une « modalité d'application ».

3. Le fait que l'application de telles sanctions soit confiée aux systèmes nationaux de sanctions n'exclut pas qu'un noyau restreint de *principes fondamentaux* propres au système juridique communautaire doive en tout cas trouver application, en garantissant ainsi une plus grande uniformité de discipline aux sanctions en question.

A ce propos, il faut rappeler que la Cour de justice, à travers une lente évolution de ses propres orientations jurisprudentielles est parvenue à la conclusion que les « *droits fondamentaux* » font partie de ces principes généraux du droit dont elle est appelée à garantir l'observation et qu'elle pourvoit à la tutelle de tels droits en s'inspirant des *traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et des conventions internationales auxquelles ils ont coopéré ou adhéré*<sup>11</sup>.

Puisque, sur la base de telles orientations jurisprudentielles, les *droits fondamentaux* font partie intégrante du système juridique communautaire, les limites qui dérivent de leur tutelle s'imposent non seulement aux institutions des Communautés européennes, mais aussi (dans le domaine d'application des traités communautaires) au système juridique

8. V. § B 1 du mémoire présenté par la Commission à la Cour de justice.

9. Sur la possibilité de prévoir des sanctions communautaires même en dehors des hypothèses visées à l'art. 87 du Traité CEE, V. Van Gerven, La jurisprudence de la Cour de justice et la protection des finances communautaires, *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 nov. 1989 à Bruxelles, Bruxelles-Luxembourg, p. 361 ; Louis, *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1969, p. 325-326 ; Melchior, Contribution à l'étude de la sanction des infractions aux règlements de la CEE particulièrement en matière d'harmonisation des marchés de produits agricoles, *Les frontières de la répression*, I, Congrès de criminologie, 15-18 mars 1972, Bruxelles, 1974, p. 329 ; Olmi, La sanction des infractions au droit communautaire, *Droit communautaire et droit pénal*, Milan-Bruxelles, 1981, p. 169 ; Grasso, Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1986.246-247.

10. Sur l'application du principe de légalité en ce qui concerne les sources de l'infraction, au niveau communautaire V. Grasso, *Comunità europee e diritto penale*, Milan, 1989, p. 93 et s.

11. V. par ex. l'arrêt *Nold*, 14 mai 1974, aff. 4/74, *Rec.* 1974, p. 506-507.

des Etats membres : en d'autres mots, le principe de primauté du droit communautaire limite, également en ce qui concerne la reconnaissance et la tutelle des droits fondamentaux, la liberté d'intervention des systèmes juridiques nationaux : dans les secteurs touchés, même indirectement, par la réglementation communautaire, l'intervention du législateur national ne peut jamais être en contradiction avec les droits fondamentaux reconnus et garantis au niveau communautaire<sup>12</sup>.

La Cour de justice dans les affaires *Cinéthèque et Demirel* s'est référée expressément à une telle orientation, en excluant son propre pouvoir de contrôler la compatibilité avec les droits fondamentaux garantis au niveau communautaire « d'une discipline qui ne fait pas partie du droit communautaire »<sup>13</sup> ; d'une telle affirmation peut alors être déduit *a contrario* qu'un tel pouvoir subsiste pour les secteurs qui font partie du domaine d'application des traités communautaires. L'avocat général Jacobs dans l'affaire *Wachauf*, d'une façon encore plus claire, a noté que « les Etats membres, qui agissent en force des compétences qui leur sont attribuées par le droit communautaire, sont sujets aux mêmes obligations auxquelles est soumis le législateur communautaire dans tous les cas où est pris en considération le principe de la tutelle des droits fondamentaux<sup>14</sup>.

Il est évident que les limites qui naissent de la tutelle des droits fondamentaux s'imposent aux systèmes juridiques des Etats membres quand ceux-ci également sont appelés à appliquer les sanctions communautaires auxquelles on s'est référé<sup>15</sup>.

Examinons maintenant le contenu possible des limites ainsi posées aux systèmes nationaux de sanctions.

a) Un premier principe qui doit sûrement trouver application est constitué par le principe de légalité : c'est à celui-ci que se réfère explicitement l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (rappelé expressément par la Cour de justice dans de nombreux arrêts). Un tel principe, par ailleurs, représente la manifestation d'un droit fondamental parce qu'il exprime un moment essentiel des rapports entre l'autorité et la liberté (ainsi que l'a affirmé la Cour de justice dans les affaires *Kirk et Fedesa*, à propos du principe de non-rétroactivité de la loi pénale qui représente un des corollaires du principe de la légalité)<sup>16</sup>.

Le principe de la légalité sur le plan des sources de l'infraction s'exprime dans l'exigence que chaque sanction ait « un fondement juridique clair et inéquivoque » : la Cour de justice a affirmé un tel principe en ce qui concerne les sanctions (non punitives) prévues dans le cadre des régimes de caution en vigueur dans le domaine de la politique agricole commune<sup>17</sup> ; ce principe donc doit valoir *a fortiori* à propos des sanctions qui comme celles examinées ici ont une nature punitive évidente.

Même le principe de non-rétroactivité des dispositions d'incrimination (corollaire ultérieur du principe de légalité) doit trouver son application ; comme on l'a dit, c'est au principe de non-rétroactivité que la Cour de justice s'est référée dans de nombreux arrêts en affirmant qu'à un tel principe correspond un véritable droit fondamental<sup>18</sup>.

12. Bernardi, « Principi di diritto » e diritto penale europeo, *Annali dell'Università di Ferrara*, 1988, 185-186 ; Bleckmann, *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaften an die Europäische Menschenrechtskonvention*, 1986, p. 75-76 ; Gaja, Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, *Riv. dir. int.* 1988, p. 586 et s. ; Grasso, *Comunità europea*, déjà cité, p. 264 et s.

13. Il s'agit respectivement des arrêts 11 juill. 1985, aff. 60-61/84, *Rec.* 1985, p. 2618 et 30 sept. 1987, aff. 12/86, *Rec.* p. 3754 ; V. aussi dernièrement, Cour de justice, 13 juill. 1989, aff. 5/88 *Wachauf*, *Rec.* 1989, p. 2639.

14. *Rev.* 1989, p. 2628-2629.

15. V. sur ce point Grasso, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, *Riv. int. diritti dell'uomo*, 1991, p. 627 et s..

16. Arrêt, 10 juill. 1984, aff. 63/64, *Kirk*, *Rec.* 1984, p. 2718 et 13 nov. 1990, aff. 331/88, *Fedesa* non encore publiée au *Recueil*.

17. Cour de justice 25 sept. 1984, aff. 17/83, *Könecke c/ Balm*, *Rec.* 1984, p. 3303-3304.

18. Arrêts *Kirk* et *Fedesa*, préc. note 16.

Enfin, on doit aussi souligner que l'interdiction d'analogie *in malam partem* peut certainement être appliquée à propos des sanctions que nous examinons ici<sup>19</sup>.

b) *Le principe de personnalité de la responsabilité* doit également trouver son application en ce qui concerne les sanctions que nous avons examinées ici ; un tel principe opère dans le système communautaire de sanctions et constitue une expression certaine d'un droit fondamental de l'individu. Il s'exprime, avant tout, par l'exigence que le comportement constitutif de l'infraction soit « rapportable » au sujet retenu responsable. A ce propos, on doit rappeler que dans l'arrêt prononcé dans l'affaire *Valsabbia*, la Cour, en évaluant l'applicabilité de faits justificatifs invoqués par l'entreprise requérante, a pris également en considération l'application de la *force majeure*<sup>20</sup>. Selon la Cour, pour l'existence d'une situation de force majeure le recours simultané à deux conditions différentes serait nécessaire : que soit pris, avant tout, en considération un événement complètement extraordinaire « externe à la sphère d'influence de la personne obligée » ; deuxièmement, qu'un tel événement « ait des conséquences inéluctables et inévitables, au point de rendre objectivement impossible aux intéressés le respect de leurs obligations ». Dans le cas examiné, la Cour (conformément aux conclusions de l'avocat général) a exclu qu'il s'agissait d'une situation de force majeure. Or, si on tient compte des conditions auxquelles la Cour semble subordonner l'application de la force majeure (en pleine cohérence du reste avec les prévisions du système juridique italien), on comprend que l'attribution d'une telle institution au domaine des faits justificatifs ne soit pas totalement appropriée : au contraire, il semble plus correct de retenir que, à travers la jurisprudence ci-dessus mentionnée, il émerge dans le système communautaire de sanctions l'exigence que le comportement illicite puisse être attribué au sujet retenu responsable et que, en cas de défaut d'une telle « possibilité d'attribution », l'assujettissement à la sanction, conformément au principe de personnalité de la responsabilité, doive être exclu<sup>21</sup>. En outre, le principe de la personnalité de la responsabilité s'exprime, du moins de façon générale, dans l'exclusion de toute forme de responsabilité pour fait d'autrui<sup>22</sup>.

c) Au contraire, il semble qu'on doive exclure que le principe *nulla poena sine culpa* consitue également l'expression d'un droit fondamental, reconnu et protégé au niveau communautaire. A ce propos, il faut rappeler que la Cour de justice dans l'arrêt récemment émis dans l'affaire *Hansen* a examiné la compatibilité avec le droit communautaire d'une discipline pénale nationale (adoptée dans le Royaume du Danemark), qui introduit une responsabilité pénale objective contre l'employeur pour des violations réalisées par son employé ; la Cour, non seulement, n'a pas considéré que cette forme de responsabilité objective soit en contradiction avec le droit communautaire, mais, avec un raisonnement fortement discutable, elle en a défendu l'application en soutenant que celle-ci devrait produire des effets positifs en termes de prévention générale, obligeant les destinataires potentiels de la sanction à organiser leurs propres entreprises de façon à garantir l'observation des prévisions réglementaires<sup>23</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Salabiaku* a également admis qu'une responsabilité objective n'entre pas en contradiction avec les principes de la Convention européenne (et surtout avec la présomption d'innocence prévue à l'art. 6 de la Convention). Selon la Cour, on devrait admettre, en effet, que les Etats contractants « peuvent..., toujours en

19. Sur ce point V. d'une façon générale, Tiedemann, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H. H. Jescheck*, p. 1427-1428 ; Grasso, *Comunità Europee*, préc. p. 97.

20. Arrêt 18 mars 1980, aff. réunies 154, 205, 206, 226-228, 263, 268/78, 39, 31, 83 et 85/79, *Valsabbia c/ Commission*, *Rec.* 1990, p. 1022-1023.

21. Grasso, *Comunità europee*, préc. p. 100-101.

22. V. aussi Biancarelli, *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, cette *Revue* 1987, 148-149.

23. Cour de justice, 10 juill. 1990, aff. C 326/88, *Rec.* 1990, p. 2935-2936.

principe et sous certaines conditions, rendre punissable un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence » ; par ailleurs, ajoute la Cour, « leurs législations respectives en offrent des exemples »<sup>24</sup>.

d) Une limite ultérieure, qui opère certainement dans les systèmes de sanction des Etats membres à propos de l'application des sanctions ici examinées, peut être déduite du *principe de proportion*, à savoir de l'exigence de la comparaison entre les finalités recherchées par l'intervention publique et les moyens utilisés, cette exigence est essentielle dans un Etat de droit et imprègne également l'ordre juridique communautaire. En effet, un tel principe, qui est considéré certaines fois comme l'expression d'un véritable droit fondamental<sup>25</sup>, a plutôt la fonction de garantir *l'essence des droits fondamentaux*, en évitant que ceux-ci puissent être compromis par des agressions injustifiées ou disproportionnées ; en d'autres mots, le principe de proportion sert à permettre l'actualisation et le caractère effectif des positions subjectives que l'on peut qualifier comme des droits fondamentaux<sup>26</sup>.

Dans le système juridique communautaire, le principe de proportion trouve son propre fondement selon une première orientation dans les principes généraux communs aux Etats membres, sur la base de l'article 215 du Traité CEE<sup>27</sup> ; selon une opinion différente, un tel principe est déduit d'une série de dispositions des traités, dans lesquels celui-ci aurait reçu son expression, bien que d'une façon limitée<sup>28</sup> ; quel que soit son fondement, le principe de proportion représente, de toute façon, un *des principes généraux non écrits* du droit communautaire<sup>29</sup>.

L'application du principe de proportion, comme on aura la possibilité de le noter, peut permettre de résoudre certains problèmes délicats d'application des sanctions communautaires que nous examinons ici (V. § 5).

e) Enfin, certains droits fondamentaux qui concernent la discipline du procès pénal (ou de toute manière de la procédure pour l'application des sanctions) devraient trouver leur application dans les systèmes de sanction des Etats membres. A ce propos, on doit rappeler que la Cour de justice, en examinant la réglementation communautaire relative à la constatation des infractions et à l'application (de la part de la Commission) des sanctions prévues par la discipline communautaire de la concurrence, a souligné le caractère opérationnel dans le cadre du système communautaire de sanctions de certains principes de procédure qui représentent des garanties fondamentales de la liberté de l'individu.

Ainsi, la Cour a rappelé plusieurs fois la valeur du droit à la défense, un droit qui doit être garanti non seulement dans le domaine des procédures administratives qui peuvent porter à l'application de la sanction, mais aussi dans le domaine de ces procédures d'enquêtes préliminaires qui peuvent, de toute façon, favoriser la découverte de preuves décisives pour l'affirmation de la responsabilité<sup>30</sup>.

De ce principe fondamental la Cour a tiré certains corollaires importants ; ainsi, dans l'arrêt *Orkem*, la Cour après avoir noté, sur la base d'un examen comparatif des législa-

24. Cour EDH, arrêt 7 oct. 1991, série A, vol. 141 A.

25. V. concl. de l'avocat général Capotorti dans l'aff. 114/76 (*Bela Muhle c/ Grows-Farm*), *Rec.* 1977, p. 1232.

26. Sur ce profil V. Ress, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht*, dans *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1984, p. 39-40 ; V. aussi Kutscher, *Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, *Der Grundsatz*, préc. p. 94.

27. V. Capelli, I principi generali come fonte di diritto, *Dir. com. scambi int.* 1986, p. 546.

28. Ainsi, Kutscher, *Zum Grundsatz*, préc. p. 91-92.

29. V. concl. de l'avocat général Capotorti dans l'aff. *Adoui et Courmaille*, *Rec.* 1982, p. 1720.

30. Cour de justice, 21 sept. 1989, aff. C 46/87 et 227/88, *Hoechst*, *Rec.* 1989, p. 2923-2924 ; *idem*, 18 oct. 1989, C 347/87 *Orkem*, *Rec.* 1989, p. 3551.

tions des Etats membres, que le principe *nemo tenetur se delogere* est reconnu dans les systèmes nationaux de sanctions seulement dans le cadre des procédures pénales et en faveur des personnes physiques, tandis que le même principe n'existerait pas en faveur des personnes morales et à propos des infractions à caractère économique, elle a de toute façon tiré du droit fondamental à la défense la conséquence que la Commission dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête ne peut obliger les entreprises à fournir des informations ou à donner des documents dont il résulterait leur participation aux infractions sur lesquelles la Commission mène l'enquête<sup>31</sup>.

A travers le rappel aux principes communs aux Etats membres, la Cour a également affirmé l'existence dans l'ordre communautaire du droit à l'inviolabilité du domicile des personnes physiques<sup>32</sup> et du droit au secret de la correspondance entre avocat et client<sup>33</sup>.

Il s'agit de principes dont la valeur a été affirmée par la Cour, dans le cadre du système de sanctions communautaires, à propos de ces procédures d'application des sanctions pécuniaires prévues par le Traité CECA et par certains règlements CEE : tels principes — comme on l'a dit — doivent valoir également dans le cadre du système juridique des Etats membres, quand ceux-ci sont appelés à appliquer les sanctions communautaires que nous avons examinées ici<sup>34</sup>.

4. L'application de telles sanctions dans les systèmes juridiques des Etats membres présente certaines difficultés ; il s'agit en effet, de reconstituer la discipline applicable, en ayant recours, avec des adaptations opportunes, à la réglementation prévue pour les sanctions administratives nationales.

Dans l'ordre juridique italien, le classement de telles sanctions dans le cadre des sanctions punitives porte à conclure qu'aux sanctions en question peuvent être appliquées les dispositions de la loi n° 689/1981, y compris lorsqu'il ne s'agit pas de sanctions pécuniaires (comme par exemple, la sanction qui consiste dans l'exclusion de l'aide pour l'année suivante qui constitue une mesure d'interdiction) ou lorsqu'il s'agit de sanctions pécuniaires structurées dans une forme différente de celle prévue par la loi n° 689/1981. Cette conclusion constitue une manifestation de caractère de « *modèle général* » que revêt l'infraction établie par la loi n° 689/1981, dont la réglementation doit être appliquée en ligne de principe à tout le domaine de l'infraction « punitive », quoique sanctionnée avec des sanctions autres que pécuniaires<sup>35</sup>. Toutefois, le recours aux dispositions de la loi 689/1981 doit se limiter aux principes de fond (dans la mesure où il n'y est pas dérogé par les dispositions du droit communautaire). En ce qui concerne la procédure d'application de la sanction, le recours intégral aux principes posés par la loi n° 689/1981 peut au contraire ne pas sembler tout à fait approprié, si l'on tient compte de la nature particulière de ces sanctions et du fait que leur prévision s'intègre parfaitement dans la réglementation générale d'un certain régime de subventions ; dans certains cas, la sanction consiste même dans une réduction de l'aide accordée. De ce point de vue, il apparaît clairement que certaines dispositions de la loi n° 689/1981 (par exemple celles qui concernent l'ordonnance-injonction) sont inapplicables.

Pour ce qui est de l'identification de l'autorité compétente pour infliger les sanctions, on pourrait exclure également la référence aux règles générales visées aux articles 17 et 18 de la loi n° 689/1981. En effet, la connexion qui existe entre la prévision normative de la sanction et la discipline générale du système de subventions et la liaison qui ainsi s'est souvent instaurée entre l'application de la sanction et la concession du bénéfice (on

31. L'arrêt est cité à la note 30.

32. Dans l'arrêt *Hoehst*, cité à la note 30.

33. Arrêt 18 mai 1982, aff. 155/79, *AM et S c/ Commission*, Rec. 1982, p. 1610 et s.

34. V. Grasso, *La protezione dei diritti fondamentali*, déjà cité.

35. V. pour tous, Paliero et Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milan, 1988, p. 72 et s. ;

M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Milan, 1983, p. 37 et s.

pense, par exemple, aux hypothèses dans lesquelles la sanction consiste dans la diminution du bénéfice ou dans la perte totale de celui-ci) portent à conclure que l'autorité compétente pour infliger la sanction doit être la même que celle qui est compétente pour la concession du bénéfice.

Par contre, les dispositions qui garantissent les droits de la défense et le principe contradictoire devraient pouvoir être retenues comme opérationnelles avec les adaptations nécessaires. Il s'agit donc d'une discipline assez complexe qui doit être reconstituée à travers un difficile travail d'interprétation.

On comprend, par conséquent, qu'en ce qui concerne de tels aspects de la discipline il est nécessaire que le législateur national intervienne afin de déterminer l'autorité compétente pour infliger la sanction, les principes gouvernant la procédure en la matière ainsi que les garanties des droits à la défense.

En ce qui concerne la protection juridictionnelle contre les décisions administratives qui appliquent une sanction, il y a lieu de rappeler que la répartition des compétences entre les juridictions ordinaires et les juridictions administratives pour juger des mesures infligeant des sanctions administratives repose sur la distinction entre les sanctions punitives et les sanctions réparatrices<sup>36</sup>.

La classification des sanctions en question dans la catégorie des sanctions punitives entraîne donc l'attribution aux juridictions ordinaires des litiges en la matière.

Il est toutefois exclu que pour ces sanctions on puisse admettre une compétence fonctionnelle du juge de première instance (*pretore*), au sens des articles 22 et 23 de la loi n° 689/1981 ; la compétence devra donc être établie sur la base des critères ordinaires relatifs à la compétence en raison de la valeur en cause.

5. Dans le cas où un même fait représente une infraction (pénale ou administrative) nationale et une infraction selon les dispositions de sanctions communautaires ici examinées, il se pose le problème d'une éventuelle application cumulative entre sanctions communautaires et sanctions (pénales ou administratives) nationales.

*De jure condito*, on doit sûrement admettre le concours entre sanctions communautaires et sanctions (administratives ou pénales) nationales. Le principe de primauté du droit communautaire empêche en effet de résoudre le possible conflit entre normes à travers la non-application des dispositions de sanctions de source communautaire ; d'autre part, les sanctions communautaires examinées sont conçues comme des sanctions *minimum* qui n'excluent pas l'application des sanctions nationales correspondantes ; à ce propos, dans le *Rapport à la Commission sur l'harmonisation des contrôles dans le domaine de la PAC* on lit : « il est entendu que la sanction administrative communautaire ne fait pas obstacle à l'application des sanctions nationales, administratives et pénales plus sévères »<sup>37</sup>. Un tel principe est confirmé aussi bien dans le sixième *consideratum* que dans l'article 5 de la proposition de règlement présentée par la Commission au Conseil le 21 mai 1990 (plusieurs fois citée), dans laquelle on prévoit une application conjointe des sanctions communautaires et nationales ; de plus, sur la base de l'arrêt prononcé par la Cour de justice dans l'affaire du maïs grec<sup>38</sup>, on doit affirmer que les Etats membres ont une véritable obligation de sanctionner les violations du droit communautaire avec des sanctions qui soient analogues à celles prévues pour des violations correspondantes du droit interne et qui en plus soient efficaces, proportionnées et suffisamment dissuasives. Par ailleurs, l'application conjointe des sanctions communa-

36. Cass. Ch. ré. 28 avr. 1986, n° 2954, dans *Foro it.* 1986, I, c. 1824 et s. Sur les orientations de la jurisprudence en matière de répartition de compétence entre juridiction ordinaire et juridiction administrative, V. le cadre général tracé par Riva Crugnola, *La determinazione delle misura delle sanzioni amministrative*, *Le sanzioni amministrative*, Atti del XVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milan, 1975, p. 475 et s.

37. V. Rapport préc. note 5.

38. Arrêt 21 sept. 1989, aff. 68/88, *Commission c/ Grèce*, *Rec.* 1989, p. 2979 et s.

taires et des sanctions nationales peut donner lieu à un *traitement de sanction disproportionné* : donc, il est nécessaire d'appliquer le principe de proportion qui constitue un des principes fondamentaux du système juridique communautaire et qui, comme on l'a dit, s'impose également aux systèmes de sanctions des Etats membres dans les secteurs touchés par la réglementation communautaire. Un tel principe semble empêcher pour le même fait illicite un cumul de sanctions communautaires et de sanctions nationales, qui n'ait pas un critère de modération analogue à celui que la Cour de justice a développé dans le secteur de la concurrence<sup>39</sup>. A ce propos, il faut rappeler que l'avocat général Verloren Van Themaat, dans ses conclusions dans l'affaire *Könecke*, a reconnu la nécessité d'appliquer un tel critère également en ce qui concerne le concours éventuel entre la sanction pénale nationale et la sanction de perte de la caution prévue dans certains règlements communautaires ; dans ce cas également, « dans la détermination de la sanction à appliquer en second lieu, on doit tenir compte des procédures précédentes de nature répressive »<sup>40</sup> ; l'avocat général note d'une façon opportune qu'un tel critère de modération à l'application rigide du principe du cumul des sanctions constitue une expression dans le cas concret de ce principe général de proportion qui opère dans le système juridique communautaire. Il est évident qu'un critère identique doit valoir *a fortiori* à propos du concours entre sanctions répressives nationales et les sanctions communautaires que nous avons examinées ici (qui ont une nature punitive évidente).

Pour confirmer une telle conclusion, on doit noter que l'article 90, alinéa 2 du Traité CECA, prévoit (de façon générale et ne se référant pas exclusivement au secteur de la concurrence) que, dans le cas où un même fait constitue une infraction selon le droit communautaire et le droit d'un des Etats membres, on devra « tenir compte » au moment de la détermination de la sanction de la décision déjà adoptée (et donc de la sanction déjà infligée).

6. Sur la base des considérations jusqu'ici faites, il peut sembler opportun de prévoir une intervention de réforme normative communautaire, qui d'un côté précise certains aspects de la discipline et d'un autre côté garantisse une uniformité d'application majeure de telles sanctions au niveau national.

Sous ce premier aspect, il paraît utile de préciser, avant tout, que les sanctions communautaires en question constituent dans l'optique du législateur communautaire des sanctions *minimum*, qui n'excluent pas l'application de sanctions nationales plus sévères ; leur application de la part des autorités des Etats membres laisse par conséquent intacte l'obligation qui résulte de l'article 5 du Traité CEE de prévoir pour les violations du droit communautaire un traitement de sanctions « analogue » à celui prévu pour les violations correspondantes du droit national et qui soit de toute façon « efficace, proportionné, et suffisamment dissuasif » ; sous cet aspect, les prévisions actuellement contenues dans l'article 5 de la proposition de règlement du 21 mai 1990 déjà cité se révèlent insuffisantes, parce qu'elles se limitent à prévoir la nécessité qu'il s'agit de sanctions « analogues à celles appliquées aux violations du droit national ayant une nature et une entité similaires » : on néglige ainsi de se référer à la condition ultérieure posée par la Cour de justice que la sanction soit effective, proportionnée et dissuasive.

Deuxièmement, dans l'application des sanctions nationales, les autorités des Etats membres doivent tenir compte des sanctions communautaires prévues et appliquées pour le même fait ; dans ce but, les Etats membres devraient prévoir des systèmes de comparaison entre les sanctions de nature différente, de façon à garantir concrètement le calcul des sanctions diverses.

39. Arrêt 13 févr. 1969, aff. 14/68, *Wilhelm c/ Bundeskartellamt*, Rec. 1969, p. 13 et s. Sur ce point V. aussi BGH, 17 déc. 1970, in *BGHEntsch*, 24 (1972), p. 59-60.

40. Rec. 1984, p. 3316-3317. V. aussi Barents, *The System of Deposits in Community Agricultural Law : Efficiency v. Proportionality*, *Eur. Law Review*, 1985, 248-249.

A propos de la nécessité de garantir une uniformité d'application majeure dans les différents Etats membres des sanctions en question, serait opportune une proposition qui, d'une part, précise que l'application de telles sanctions de la part des Etats membres doit se produire dans le respect des droits fondamentaux reconnus et protégés au niveau communautaire et, d'autre part, établit que l'imposition d'une sanction exige le caractère coupable (à savoir intentionnel ou négligent) de la violation, en cohérence avec les orientations des plus évolués parmi les systèmes de sanctions administratives des Etats membres (République fédérale d'Allemagne, Italie et Portugal). Egalement, sous ce profil, les prévisions de la proposition de règlement déjà citée nécessitent des modifications ou des intégrations, du moment qu'elles semblent admettre des exceptions à l'application du principe de culpabilité.

Dans l'arrêt émis le 27 octobre 1992 dans l'affaire C 240/90 (citée dans le texte), la Cour de justice a reconnu explicitement la compétence des Communautés européennes à établir des sanctions telles que celles ici considérées, qui « vont au-delà de la simple restitution d'une prestation indûment versée » et qui ont, par conséquent, une nature « punitive » ; de plus, la Cour a reconnu, la compétence de la Commission à cet égard, du moment qu'une telle compétence n'excède pas le cadre de la compétence d'exécution qui peut lui être conférée par le Conseil sur la base des articles 145 et 155 du Traité CEE.

Cette reconnaissance, de la part de la Cour de justice, de la légitimité des sanctions communautaires ici considérées n'exclut pas, mais au contraire rend, si possible, plus urgente, l'intervention de réforme normative qu'on propose dans cette étude, afin de préciser certains aspects de la réglementation, ainsi que d'assurer une uniformité majeure de la discipline au niveau national.

# La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français<sup>1</sup>

Etienne PICARD

*Professeur de droit public à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)*

Joseph Fouché (1759-1820), l'une des figures les plus controversées de l'histoire française pour avoir, comme ministre de la Police, à la fois servi et combattu à peu près toutes les forces politiques de son époque<sup>2</sup>, concevait en ces termes l'essence de cette fonction, dont il fut l'un des véritables fondateurs : « Tout gouvernement a besoin pour premier garant de sa sûreté d'une police vigilante (...). La tâche de la haute police est immense (...). C'est dans l'obscurité et le mystère qu'il faut aller découvrir des traces qui ne se montrent qu'à des regards investigateurs et pénétrants »<sup>3</sup>.

Certes, on peut penser qu'une telle doctrine ne valait que pour le temps où elle fut exposée. En outre, elle n'entendait s'appliquer qu'à une certaine forme de la police, la haute police, celle précisément qu'une analyse fonctionnelle de la police appellerait aujourd'hui « *police d'information* ».

Mais, d'une part, cette « police d'information » existe toujours, même dans les Etats de droit comme la France, son rôle essentiel étant d'informer le gouvernement des différents mouvements de l'opinion publique. En elle-même, cette fonction ne présente au demeurant rien de vraiment scandaleux : seules ses méthodes sont susceptibles de prêter le flanc à la critique. D'autre part, on doit souligner que toutes les formes de la fonction de police sont, par vocation même, en quête d'informations : la « *police d'information* » (ou « police politique ») comme on vient de le dire, la « *police d'ordre* » (désignée aussi, par son régime juridique, comme « police administrative »), la « *police d'investigation* » (ou « police judiciaire »)<sup>4</sup> : ainsi, pour empêcher plus efficacement les

1. Rapport présenté au colloque organisé par l'université Hosei sur *La police et le secret des données d'ordre personnel*, Tokyo, oct. 1992, à paraître en japonais dans la revue *Hogaku-Shirin, Review of law and political science*, vol. LXXXX, n° 3 févr. 1993, n° 687, publié par Hogaku-Shirin Kyokai, Tokyo (The Association of Law and Political sciences), Hosei University, traduction en japonais par Kiyoshi Hamakawa, professeur à l'université Hosai et professeur invité à l'université de Paris I. Article publié avec l'autorisation de la revue *Hogaku-Shirin*. A titre de comparaison, V. Aussi les autres études publiées en japonais dans la même livraison de cette revue, sur l'Allemagne et le Japon : professeur Dr. Jürgen Meyer (MdB), Entwurf Strafverfahrensänderungsgesetzes Genetischer Fingerabdruck (übersetzt von Alusshi Fukui), et Ken-Ichi Nagai, A Study on the protection System of Privacy in local government. Case study on the regulation of Setagaya-ku.

2. Il fut en effet ministre d'abord sous le Directoire, puis sous le Consulat, l'Empire, les Cent-jours et enfin sous la Restauration.

3. *Mémoires*, éd. J. de Bonnot, 1967, p. 44.

4. Cette classification fonctionnelle revient à M. Le Clere, V. E. Picard, Forces de police : définition et missions, *J.-Cl. Administratif*, fasc. 201-1, éd. techniques, V. aussi, A. Decocq, J. Montreuil et J. Buisson, *Le droit de la police*, Litec, 1991, 6245 p. Sur la police judiciaire en général, on consultera plus particulièrement : V. Herblay, *La police judiciaire*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », n° 2435, 1988, 127 p. Les développements qui suivent sont tirés, pour l'essentiel, d'une bibliographie sommaire et générale de procédure pénale. On pourra se reporter notamment à A. Braunschweig et G. Azibert, *Code de procédure pénale 1991*, Litec, 1991, 1225 p. ; M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Coll. Thémis, 1992,

désordres, la police d'ordre doit si possible connaître à l'avance les troubles qui se trament (c'est pourquoi on l'appelle aussi quelquefois « police préventive », appellation qui n'est pas tout à fait exacte, car cette police ne fait pas que prévenir, puisqu'elle intervient également pour rétablir l'ordre) ; quant à la « police d'investigation » (ou « police judiciaire » ou « police répressive », cette dernière dénomination étant toutefois bien contestable, dès lors que cette police n'est pas elle-même chargée d'assurer la répression, mais seulement de la préparer), elle recherche elle aussi, par nature même, des informations : son rôle quotidien est bien d'enquêter sur des faits, des personnes, leur identité, leurs activités, leurs correspondances, etc.

\*

\* \*

Ce besoin qu'ont toutes les formes de la police de tout savoir sur toute chose et sur toute personne ne se heurterait à aucune limite si l'on ne considérait que les exigences de cette fonction : le gouvernement devrait être renseigné sur tout mouvement de l'opinion et sur celle de chacun, quels que soient les procédés pour les déceler ; le moindre désordre dans la rue devrait être prévenu à tout prix, et les délinquants recherchés et poursuivis à n'importe quelle condition. Une telle façon d'envisager les pouvoirs de la police ouvrirait des perspectives proprement effroyables, surtout si l'on pense aux moyens d'investigations extrêmes qu'offrent toutes les techniques actuelles, de surveillance, d'indiscrétion ou même d'intrusion dans la vie privée des personnes, leur domicile, leurs relations, leur intimité même<sup>5</sup>.

En réalité, dans un Etat de droit, les exigences fonctionnelles de la police ne sont jamais premières, mais toujours subordonnées : l'Etat de droit a pour fin essentielle la garantie et la protection des droits fondamentaux de la personne, comme l'implique l'article 2 de la Déclaration de 1789 selon lequel : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme »<sup>6</sup>. Les organes de l'Etat de droit, c'est-à-dire notamment la police, doivent donc eux aussi être ordonnés à cette fin. Par suite, dans un tel Etat, la police n'a aucune autre légitimité que celle-là. C'est exactement ce que postule l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, acte fondateur de la police libérale, qui pose ce principe : « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée »<sup>7</sup>. Il découle de cette disposition fondamentale que la fonction de la police n'est pas d'abord de renseigner le gouvernement, de prévenir les troubles à

462 p. ; J. Larguier, *La procédure pénale*, 7<sup>e</sup> éd. PUF, Coll. « Que sais-je ? », n° 1089, 1991, 127 p. ; G. Levasseur, A. Chavanne, J. Montreuil, *Droit pénal et procédure pénale*, Sirey, Coll. Cours élémentaire. Droit-économie, 10<sup>e</sup> éd. 1991, 344 p. ; J. Pradel, *Manuel de procédure pénale*, Cujas, 5<sup>e</sup> éd. 1990 ; J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1991, 984 p. ; J. Pradel et A. Varinard, *Grands arrêts du droit criminel*, t. 1, Les sources du droit pénal, 3<sup>e</sup> éd. en préparation et t. 2, Le procès, la sanction, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1988, 332 p. ; M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1990 ; J.-C. Soyer, *Manuel de droit pénal et procédure pénale*, 8<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1990 ; G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, 14<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1990, 1076 p.

5. V. G. Cohen-Jonathan, Progrès techniques et scientifiques et droits de l'homme, *Mélanges C.-A. Colliard*, éd. Pedone, 1984, p. 136 et s.

6. On peut se reporter ici à une bibliographie sur les libertés publiques en droit français : C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 7<sup>e</sup> éd. 1989, 882 p. ; J.-P. Costa, *Les libertés publiques en France et dans le monde*, STH, 1986, 271 p. ; Cl. Leclercq, *Libertés publiques*, Litec, 1991, 279 p. ; Y. Madiot, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Masson, 2<sup>e</sup> éd. 1991, 240 p. ; J. Morange, *Libertés publiques*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2<sup>e</sup> éd. 1989, 384 p. ; J. Rivero, *Les libertés publiques*, PUF, Coll. Themis, t. I. Droits de l'homme, 6<sup>e</sup> éd. 1991, 320 p. t. II, *Le régime des principales libertés*, 4<sup>e</sup> éd. 1989, 416 p. ; J. Robert avec la collaboration de J. Duffar, *Les libertés publiques et droits de l'homme*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd. 1988, 658 p.

7. Pour un commentaire de cet article, V. E. Picard, Commentaire de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 6, août-oct. 1991, p. 347, La Documentation française, à paraître aux éditions Economica dans un ouvrage collectif portant commentaire article par article de toute la Déclaration, sous la direction de G. Conac et M. Debene.

l'ordre public ou de rechercher les auteurs d'infractions, mais bien de garantir les droits de l'homme et du citoyen, fonction qui implique de n'assurer les missions précitées que dans la seule perspective de l'objectif général énoncé par la Déclaration de 1789. La police, en effet, se renierait elle-même comme police de l'Etat de droit, si elle entendait assurer ses missions en faisant abstraction de ces droits fondamentaux.

Sa fonction propre s'avère donc éminemment délicate à assurer car il lui faut, pour la remplir, c'est-à-dire pour garantir les droits de l'homme, recourir à des procédés qui risquent au plus haut point de leur porter atteinte ; et « l'on ne peut se dissimuler que dans l'exercice d'un pouvoir aussi difficile à définir, l'abus est bien voisin de l'usage » (Henrion de Pancey). De plus, tout organe présente une propension naturelle à l'auto-finalisation : il est tenté de se donner à lui-même ses propres fins et, par conséquent, de mettre en oeuvre les procédés que celles-là déterminent : dans une première phase, il tend à prendre le but de sa mission particulière pour une fin en soi ; et, dans un stade plus avancé de dysfonctionnement du système, il peut en venir à agir sans même ne plus considérer celles qui lui sont assignées objectivement par le droit statutaire de l'institution dont il relève.

Or la police constitue un exemple particulièrement topique de ce phénomène : souvent, elle ne cherche qu'à atteindre sa fin particulière — maintien de l'ordre, arrestation des délinquants, information du gouvernement — en la dissociant de la fin plus générale de l'Etat de droit qu'est la garantie des droits fondamentaux. En outre, dans la réalité politique et législative, les exigences de l'Etat de droit ne prévalent pas toujours sur celles de la fonction policière : les pratiques policières finissent généralement par se voir légalisées, comme l'ont été la garde à vue, les contrôles d'identité, les « fouilles à corps » ou les « palpations de sécurité », les écoutes téléphoniques, comme tous les pouvoirs reconnus à la police dans le cadre de l'enquête préliminaire. Et toute légalisation est suivie d'une nouvelle pratique tendant encore à étendre les pouvoirs de la police...

En France, comme dans toutes les démocraties libérales, le droit positif des libertés publiques et de l'action policière se présente donc comme la résultante de plusieurs forces. Celles-ci influencent diversement l'état du droit en fonction de la conjoncture politique, sociale, économique et morale. Simplement, on peut avancer que, dans notre pays, le courant « sécuritaire » — c'est-à-dire celui qui met en avant les exigences de la sécurité publique, celles des personnes et des biens, au détriment naturellement des libertés et au profit de la police — est plutôt le fait de la droite, même libérale, tandis que la gauche prétend insister davantage sur la valeur de certaines libertés individuelles, lesquelles doivent borner à proportion les pouvoirs de la police. Mais le clivage n'est pas aussi tranché qu'il pourrait sembler : en préférant augmenter les pouvoirs de la police, la droite libérale contribue également à sauvegarder la sécurité qui est, selon Montesquieu, « la première forme de la liberté », même si en même temps elle compromet la sûreté et la liberté individuelle, tout au moins de certaines personnes ; tandis que l'expérience du pouvoir et la responsabilité effective du maintien de l'ordre ou de la lutte contre la délinquance (dont certaines manifestations ont augmenté de façon considérable en France au cours des dix dernières années) ont convaincu les socialistes de maintenir au profit de la police nombre de pouvoirs qu'ils condamnaient radicalement lorsqu'ils se trouvaient dans l'opposition (comme les contrôles d'identité ou les écoutes téléphoniques).

Au total, les alternances politiques que la France a connues au cours de cette dernière décennie se sont traduites, en droit positif, par certains mouvements de balancier, une nouvelle majorité défaisant ce que la précédente avait fait. Néanmoins, on doit noter que l'amplitude de ces mouvements a heureusement diminué à chaque oscillation.

Il y a, à cela, trois séries de raisons. La première, psychologique et politique, que l'on vient d'évoquer : l'expérience concrète du pouvoir atténue la radicalité des positions idéologiques ou doctrinales formulées *a priori*, et les passions s'apaisent avec le temps. En deuxième lieu, le contrôle de constitutionnalité auquel le législateur français se

trouve soumis depuis 1971 est devenu un puissant facteur de stabilisation du droit positif. En effet, bien que le Conseil constitutionnel ne se reconnaisse pas un « pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement », il enferme la liberté du choix du législateur dans des limites de plus en plus étroites. Et celles-ci l'empêchent de donner libre cours à ses préférences politiques ou de répondre entièrement aux variations de l'opinion ou aux exigences de la conjoncture, car les principes qu'il applique en la matière sont constants : ils remontent, pour l'essentiel, à ceux de 1789. La troisième raison tient au fait que la France se trouve soumise, depuis 1974, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; or celle-ci se voit de plus en plus prise en considération depuis que diverses condamnations ont été prononcées contre la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci interdit aux législateurs nationaux de reconnaître à la police n'importe quel pouvoir qui compromettrait les droits fondamentaux et, en particulier, le secret de la vie privée. Malgré la marge de manoeuvre ou d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît à tous les législateurs nationaux, le législateur français doit donc se plier, quelles que soient ses préférences, à ce « standard minimum » de libertés et droits fondamentaux qu'il a le souci de ne pas méconnaître, quelle que soit son orientation politique.

\*

\* \*

La protection des informations d'ordre personnel à l'encontre de la police se trouve donc régie, dans son ensemble, par les *grands principes suivants*<sup>8</sup>.

*Sur le plan constitutionnel*, on doit mentionner :

— tout d'abord, le principe général de liberté, posé par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ou encore le *principe général de sûreté* qui sous-tend de nombreux autres articles de cet acte fondateur du régime libéral (notamment les art. 2, 7, 9, 10 et 11) ;

— ensuite le principe déjà cité selon lequel *la police est ordonnée à la garantie des droits et non d'abord à leur restriction* (art. 12) ;

— puis le *principe de légalité*, qui l'oblige à se fonder sur une loi pour restreindre ou pour contraindre la liberté (art. 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11 notamment) et le *principe de responsabilité* qui implique que tout agent public ou l'institution dont il relève doit répondre de ses actes (art. 15) ;

— plus spécifiquement, le *principe de la liberté individuelle*, formulé à l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, implique, tel qu'il est assez largement interprété par le Conseil constitutionnel et la doctrine, la garantie non seulement de la sûreté, mais encore de la vie privée, l'inviolabilité du domicile, de la correspondance, la liberté d'aller et venir, la liberté personnelle en général<sup>9</sup> ;

8. Pour un exposé plus systématique des principes fondamentaux de la procédure pénale dans la perspective de la réforme entreprise en France, V. les rapports de la Commission, *Justice pénale et droits de l'homme*, présidée par Mme le professeur Mireille Delmas-Marty, en particulier, *L'Europe, Rapports de février 1989 et La mise en état des affaires pénales*, rap. de nov. 1989 et de juin 1990, La Documentation française, 1991, 241 p. et notamment p. 111, Rappel des principes fondamentaux.

9. V. notamment Cons. const. n° 76-75 DC, 12 janv. 1977, Fouilles des véhicules ; Cons. const. n° 80-127 DC, 19 et 20 janv. 1981, Sécurité et liberté ; Cons. const. n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, Perquisitions fiscales ; Cons. const. n° 84-181, 10 et 11 oct. 1984, Entreprises de presse ; Cons. const. n° 84-184, 29 déc. 1984, Perquisitions fiscales ; *add* Cons. const. n° 92-316 DC, 20 janv. 1993, JO 22 janv. 1993, p. 1118 ; sur toute cette jurisprudence, V. L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd. 1991 ; V. aussi B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Sciences et techniques humaines, Paris, 1988 ; P. Kayser, *Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois*, *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 342 ; A. Roux, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers*, *Economica*, 1993. La vie privée en tant que telle, sur le plan constitutionnel, ne fait donc l'objet que d'une protection jurisprudentielle, mais non d'une consécration textuelle. C'est pour

— cependant, à tous ces principes protecteurs, il faut ajouter celui selon lequel le législateur peut limiter les droits et libertés constitutionnels s'il tend à viser des objectifs de valeur constitutionnelle. Or, parmi ces objectifs, figurent notamment « la sauvegarde des fins d'intérêt général », la protection de l'ordre public et, en particulier, la recherche des auteurs d'infractions, la sécurité des personnes et des biens, le respect de la liberté d'autrui, etc. Compte tenu de leur valeur constitutionnelle, ces objectifs permettent donc au législateur d'autoriser la police à porter atteinte à des droits de nature constitutionnelle, telle que la protection de la vie privée et des informations d'ordre personnel ;

— mais, dans l'exercice de cette compétence, le législateur est astreint au respect d'un autre principe, que l'on peut appeler soit le principe de la contrainte minimale, soit le *principe de la proportionnalité*, soit encore le principe de la nécessité ; selon ce principe, une restriction, une contrainte ou une intrusion dans une liberté n'est admissible que dans la seule mesure où elle est réellement nécessaire pour atteindre un objectif constitutionnel, et où elle est strictement proportionnée à cette fin<sup>10</sup> ;

— enfin, sur la base de l'article 66 alinéa 2 de la Constitution, les principes constitutionnels exigent que la liberté individuelle soit placée sous la *sauvegarde de l'autorité judiciaire*. Selon le cas et dans des conditions qui ne sont pas encore très claires en jurisprudence (en ce que la nature de l'acte peut être indépendante de celle de l'autorité compétente), cela implique : — ou bien que cette autorité judiciaire intervienne elle-même *pour autoriser* l'ingérence dans la liberté — et celle-ci, même administrative, pourra être entreprise soit sur décision d'un simple officier de police judiciaire (pour les contrôles et vérifications d'identité, par ex.), soit, pour les ingérences plus graves de nature judiciaire, sur décision d'un juge judiciaire (notamment pour une perquisition)<sup>11</sup>, pour le maintien en rétention dans une « zone d'attente » d'un étranger en instance de reconduite à la frontière au-delà d'une certaine durée, actuellement de quatre jours<sup>12</sup> — ; — ou bien que l'autorité juridictionnelle judiciaire sera compétente *seulement pour contrôler* après coup la régularité ou le bien-fondé d'une décision même administrative prise à l'encontre de la liberté individuelle ; quelquefois, cette compétence lui est attribuée même à propos d'actes administratifs, et cela en dépit du principe, traditionnel en France, de la séparation des autorités judiciaires et administratives. Cela explique que le juge judiciaire ne soit alors compétent que si l'atteinte par l'Administration à la liberté individuelle est suffisamment grave<sup>13</sup>. En toute hypothèse, l'octroi par le législateur de pouvoirs administratifs ou judiciaires permettant de restreindre des droits fondamentaux doit être assortie de *garanties légales* offertes aux personnes qui en seraient l'objet. Ces garanties consistent en diverses formalités, procédures ou recours, qui peuvent être très variables selon le cas<sup>14</sup>.

quoï le Comité consultatif pour la révision de la Constitution (Rap. 15 févr. 1993, *JO* 16 févr. 1992, p. 2537), a proposé de modifier l'art. 66 al. 2 de la Constitution qui serait ainsi rédigé : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne ». Cette disposition a été reprise par l'un des deux projets de lois de révision de la Constitution, adoptés par le Conseil des ministres du 10 mars 1993 (V. E. Picard, *Les propositions du Comité consultatif pour la révision de la Constitution et le droit administratif*, à paraître in *JCP* 1993.éd.G. n° 13, actualités).

10. V. par ex. Cons. const. n° 79-109, 9 janv. 1980, Immigration clandestine, *Rec.* p. 29 ; ou Cons. const. n° 80-127 DC, 19 et 20 janv. 1981, Sécurité et liberté, § 58.

11. V. art. L. 16 B. *L.P.F.* art. 48 Ord. 1<sup>er</sup> déc. 1986.

12. V. L. 6 juill. 1992 insérant un art. 35 *quater* dans l'Ord. n° 45-2658, 2 nov. 1945.

13. C'était le cas dans le régime antérieur à la loi préc. du 6 juill. 1992, pour le maintien en rétention au-delà de 24 heures de l'étranger en instance de reconduite à la frontière, selon les décisions du Conseil constitutionnel des 28 juill. 1989 et 9 janv. 1990 ; V. E. Picard, *Dualisme juridictionnel et liberté individuelle*, in *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Bilan critique*, CERAP, Economica, 1991, p. 165 et s.

14. V. M. Delmas-Marty, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, 1989, p. 151 et L. Favoreu, *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal*, in *Mélanges A. Vitu*, Cujas, 1989, p. 169.

Sur le plan des *normes internationales*, qui ont en France une valeur supra-législative (se traduisant par le pouvoir des juges de l'application de la loi, juge administratif ou juge judiciaire, d'écarter une loi interne française incompatible avec telle norme internationale même si cette dernière est plus ancienne<sup>15</sup>), on doit citer d'abord le *Pacte de New York du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques*, spécialement en son article 17.

Ce dernier dispose que : « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Mais ce texte ne précise pas ce que sont les immixtions arbitraires ou illégales.

En second lieu, il faut mentionner surtout les principes, beaucoup plus précis, découlant de la *Convention européenne des droits de l'homme*, en particulier de son article 8.

Selon cet article : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et 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 jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme a interprété de façon assez extensive cette disposition et cette notion de vie privée : en relèvent toutes les données intéressant la santé de la personne, sa vie familiale, ses convictions religieuses, politiques ou morales, ses relations personnelles, affectives ou amicales, ses conditions de vie matérielles, etc.

Mais cette jurisprudence tient compte de ce que la personne considérée peut elle-même mettre sa vie privée ainsi conçue « en contact avec la vie publique » ou « la placer dans un rapport avec d'autres intérêts protégés »<sup>16</sup> ou de ce que, objectivement, tel aspect de la vie privée peut aussi concerner telle autre personne (le foetus, en cas d'avortement) ou tel intérêt général (l'intérêt de la société tout entière à protéger la vie de ses membres comme cela a été établi à propos du port de la ceinture de sécurité en voiture, ou en cas de participation à un suicide). Par conséquent, le législateur est en droit d'intervenir pour protéger ces intérêts d'ordre général ; et, même si sa mesure interfère avec les intérêts de la vie privée, il ne commet pas nécessairement une « ingérence » au sens du paragraphe 2, laquelle ne pourrait être justifiée que par l'un des motifs énumérés et sous les conditions qu'il énonce.

Ces dernières sont principalement les suivantes : la mesure doit être « *prévue par la loi* ». Par « loi », la jurisprudence désigne une norme « suffisamment accessible » aux sujets de droits, qui leur offre une sécurité juridique suffisante quant à la connaissance ou à la compréhension des conséquences qui peuvent en découler ; elle doit donc être assez claire et complète quant à ses prescriptions, et quant aux conditions sous lesquelles « elle habilite la puissance publique à opérer (...) une atteinte (...) au droit au respect de la vie privée<sup>17</sup>. La mesure doit ensuite être « *nécessaire* », « *dans une société démocratique* », « *à la réalisation de l'objectif légitime poursuivi* ». Selon la jurisprudence, cette « nécessité » désigne un « besoin social impérieux ». Mais les autorités nationales conservent à cet égard une certaine « marge d'appréciation » pour dire ce qui constitue un tel besoin. Cependant, cette marge varie elle-même en fonction de l'objectif visé (quand il s'agit de protéger la morale par exemple, elle est en principe assez large), et

15. V. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre* et CE Ass. 20 oct. 1989, *Nicolo*.

16. Com. EDH, déc. 19 mai 1976, n° 6959-75, *Brüggevan et Scheuten contre RFA*, DR 5, p. 103.

17. Cour EDH, arrêt du 2 août 1984, § 67, aff. *Malone*, en matière d'écoutes téléphoniques, Série A, n° 82. Cour EDH, 7 déc. 1976, § 52, aff. *Sunday Times*, Série A, n° 24, en matières d'écoutes téléphoniques.

de l'aspect de la vie privée en cause (lorsqu'il s'agit d'un « aspect des plus intimes de la vie privée » elle alors est assez étroite, et l'ingérence doit en ce cas être justifiée par des « raisons particulièrement graves »)<sup>18</sup>. En outre, cette « nécessité » implique également une *proportion* entre la gravité de l'atteinte au droit protégé et la valeur du but légitime. Enfin, la légitimité de l'ingérence est également subordonnée, selon la Cour, à l'existence de *contrôles* destinés à garantir les droits individuels<sup>19</sup>. Cette dernière condition s'applique sans préjudice du droit au recours effectif, prévu à l'article 13, et du droit au procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou aux modalités particulières de protection de la sûreté prescrites par l'article 5<sup>20</sup>.

Sur le plan *législatif interne*, en consécration d'une jurisprudence ancienne et bien établie, une *loi fort importante du 17 juillet 1970, relative au « respect de la vie privée »*, est venue notamment formuler le principe suivant, repris à l'article 9 du code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

Cette loi complète donc l'article 1382 du code civil permettant d'engager la *responsabilité civile* des auteurs d'une atteinte à la vie privée ; et elle comporte également un *dispositif pénal* réprimant les atteintes à la vie privée et la révélation de secrets, notamment (art. 226-1 à 226-25 nouv. c. pén.)<sup>21</sup>. La loi vise indistinctement tout moyen matériel ou technique rendant possible cette immixtion dans la vie privée, et la jurisprudence a adopté une conception extensive de la vie privée : en relèvent la vie sentimentale et affective, l'état de santé, la grossesse ou la maternité, l'image, le domicile, la situation de fortune, etc.<sup>22</sup>.

Mais la difficulté est de savoir dans quelles conditions exactes cet ensemble normatif peut s'appliquer à la police.

\*  
\* \*

Le principe, traditionnel en France, de la *séparation des autorités judiciaires et administratives* fait échapper au juge de droit commun, et donc au droit commun lui-même, les formes de la fonction de police relevant de l'Administration, c'est-à-dire la « police d'information » et la « police d'ordre »<sup>23</sup>. Elles demeurent toutes deux juridiquement administratives tant que leur action ne vise pas telle infraction réelle ou présumée (car alors celle-ci se transformerait en opération de police judiciaire). Les activités qui relèvent de ces deux formes de police, police d'information et police d'ordre, sont donc en

18. Cour EDH, 7 déc. 1976, § 52, aff. *Sunday Times*, Série A, n° 24, en matières d'écoutes téléphoniques.

19. Cour EDH, 26 mars 1987, § 52, aff. *Leander c/ Suisse*, Série A, n° 116, en matière d'usage par la police de renseignements consignés dans un registre pour apprécier l'aptitude d'un candidat à un emploi intéressant la sécurité nationale.

20. V. notamment, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne* (Actes du colloque des 26 et 27 mars 1991 tenu au Centre Georges Pompidou). PUF, Coll. Les voies du droit, 1992, 311 p. et notamment, Renée Koering-Joulin, La phase préparatoire du procès pénal : les grandes lignes de la jurisprudence européenne, *op. cit.* p. 47.

21. L. n° 92-684, 22 juill. 1992, *JO* 23 juill. 1992, p. 9875 et s., en particulier p. 9884 (rectificatif, *JO* 23 déc. 1992, p. 17595). L'entrée en vigueur de cette loi a été fixée au 1<sup>er</sup> sept. 1993 (V. art. 373 L. n° 93-1336, 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouv. c. pén., *JO* 23 déc. 1992, p. 17568).

22. Sur l'ensemble de la question, V. P. Kayser, *La protection de la vie privée*, Economica, 2<sup>e</sup> éd. 1990, 466 p.

23. Sur la fonction juridique de police et sur l'incidence à son égard du principe de séparation des pouvoirs et des autorités, V. E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, Coll. Bib. de droit public, t. 146, 2 t. 946 p.

principe contrôlées par le juge administratif<sup>24</sup>. Or ce dernier applique à l'Administration un droit dérogatoire dominé par les impératifs du service public considéré — donc cependant nombre de principes ou de règles rejoignent ceux ou celles déjà envisagés. Seule la « police d'investigation » (ou police judiciaire) relève naturellement du juge judiciaire, qui lui applique normalement le droit commun<sup>25</sup>, sauf lorsque telle disposition — du code de procédure pénale notamment — lui permet d'y déroger, ce qui est une hypothèse extrêmement fréquente, et dont la portée est considérable pour notre propos.

Toutefois, les actes de la police d'information ou de la police d'ordre (polices administratives) se trouvent soumis au droit commun et assujettis au contrôle du juge judiciaire lorsqu'ils sont constitutifs de « *voies de fait* », c'est-à-dire lorsqu'ils sont « manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'Administration » ou « à l'application d'un texte législatif ou réglementaire », et qu'ils portent atteinte à un droit fondamental, comme par exemple la liberté individuelle, ou l'inviolabilité du domicile ou de la correspondance<sup>26</sup>. En ce cas, les principes précités issus de la loi du 17 juillet 1970 peuvent s'appliquer à l'Administration. Il en va de même, sous d'autres réserves, en cas de « *faute personnelle* » de l'agent, c'est-à-dire d'une faute soit commise en dehors du service, soit dans le service ou avec les moyens du service, mais d'une particulière gravité et sans qu'elle soit en rapport avec les exigences de ce service, conditions plus difficiles à remplir, d'autant qu'il existe des « fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service », qui, à l'initiative de la victime, peuvent justifier la compétence juridictionnelle administrative et l'application du droit administratif. Mais, en toute hypothèse, une faute personnelle peut engager la responsabilité personnelle de son auteur devant les tribunaux judiciaires, qui appliqueront le droit commun. Enfin, un agent public peut commettre une faute pénale et devoir en répondre devant les tribunaux répressifs, même dans le cadre de ses fonctions administratives, et même sans que sa faute pénale constitue une faute personnelle<sup>27</sup>.

Même si l'on fait exception de ces dernières hypothèses particulières, la question du droit applicable à la police se trouve donc singulièrement complexe en France, car il faut encore apporter d'autres indications d'ordre général pour les deux formes juridiques essentielles de la police, police judiciaire (à laquelle correspond la police d'investigation) et police administrative (dont relèvent la police d'ordre et la police d'information).

Pour ce qui intéresse les *activités judiciaires de la police*, le code de procédure pénale prévoit trois types d'enquêtes différentes : *l'enquête de flagrance*, *l'enquête préliminaire* et *l'enquête sur commission rogatoire* délivrée par un magistrat instructeur, sans compter les règles spéciales à certaines formes d'interventions. Ces trois types constituent trois cadres juridiques très spécifiés, quant aux conditions dans lesquelles ces enquêtes peuvent être déclenchées, quant aux autorités qui les dirigent, aux agents qui les exécutent, et surtout quant aux pouvoirs qui sont les leurs, dans chaque cas, à l'encontre des droits

24. V. par ex. en matière d'écoutes téléphoniques administratives et non judiciaires, CE Ass. 17 déc. 1976, *Ferignac*, *Rec.* p. 553 concl. Mme Téletounerie, *JCP* 1978.II.18979, note Fr. Hamon ; en matière de fichiers, V. CE 13 févr. 1976, *Deberon*, *Rec.* p. 100, *JCP* 1976.II.18383, concl. Guillaume, note F. Gallouedec-Genuys et H. Maisl, *Rev. dr. publ.* 1976.1316, *AJDA* 1976.199, chron. Boyon et Nauwelaers.

25. V. par ex. T. pol. Paris, 25 mai 1984 (*JCP* 1985.II.20531, note Taquet), à propos d'une prise de l'image photographique, par la police, d'une personne commettant un excès de vitesse : le juge estime que la prise de la photo n'est pas en elle-même une atteinte au droit à la vie privée : seule la divulgation le serait.

26. *Crim.* 22 janv. 1959, *Randon et autres*, D. 1953.109, rap. Patin, à propos de rétention volontaire de correspondances dans un bureau de poste. V. aussi TGI Paris, 1<sup>re</sup> ch. 25 mars 1992, *Levelt c/ Ministre de l'Intérieur*, D. 1993.III.47, note D. Maillard Desgrées du Lou : est constitutif d'une voie de fait le maintien d'un étranger dans un hôtel proche de l'aéroport où il est arrivé, en attendant qu'il soit statué sur sa demande d'admission sur le territoire ; en effet, la « zone internationale » dans laquelle l'étranger était maintenu n'avait pas d'existence légale ; or l'administration n'a en la matière, selon le jugement, que les pouvoirs que lui accorde la loi ; et la loi ne prévoyait à l'époque que les centres des rétentions administratives (art. 35 bis de l'Ord. de 1945).

27. V. la jurispr. *Thepaz*, T. confl. 14 janv. 1935.

fondamentaux à la sûreté, à la liberté individuelle et au secret de la vie privée. On les passera donc en revue à propos de chaque sorte d'atteinte possible à ces droits.

Pour ce qui concerne les *activités administratives de la police*, on doit signaler — pour en finir avec les principes généraux — que le juge administratif, bien qu'il applique normalement un droit exorbitant du droit commun, admet le principe général du *droit au secret de la vie privée*. Il protège donc normalement tous les droits particuliers relevant de cette notion, qu'il comprend également de façon assez large<sup>28</sup>. Mais il peut aussi admettre, indirectement, et même sans texte particulier, certaines ingérences dans la vie privée, soit parce qu'il ne se donne guère la peine d'en établir la réalité, comme c'était le cas naguère pour les écoutes téléphoniques administratives<sup>29</sup>, soit parce qu'il peut les estimer nécessaires à certains services publics<sup>30</sup>. Mais il s'efforce généralement de déterminer lui-même des limites à ces pouvoirs, même lorsqu'aucune loi ne les aurait fixées (ainsi, c'est de sa seule jurisprudence que découlent en particulier l'interdiction de la communication à des tiers des informations détenues, le droit d'accès ou le droit de rectification des fichiers...).

Toutefois, l'absence de règles générales, claires et établies par avance en la matière a incité le législateur à adopter, au cours des dernières années, divers textes répondant à cette lacune, et propres à chaque type de pouvoirs de la police.

L'on doit maintenant les aborder d'une façon plus particulière en distinguant ceux qui affectent les *données propres à la personne (I)* et ceux qui touchent aux *données relatives à l'environnement de la personne (II)*.

## I. — LA POLICE ET LES DONNÉES PROPRES À LA PERSONNE

Trois séries de données propres à la personne peuvent être distinguées : celles qui intéressent son identité (A), celles qui concernent son propre corps (B) et enfin celles qui consistent en des informations d'ordre personnel collectées sur cette personne, en particulier au moyen de fichiers (C).

### A. — L'identité

La première donnée propre à une personne est naturellement son identité. Or quiconque a fondamentalement le droit de ne la révéler qu'aux personnes de son choix. La question de savoir si la police a le pouvoir de demander à quelqu'un d'établir son identité était relativement incertaine et fort controversée jusqu'à ce qu'intervienne la loi du 2 février 1981. Celle-ci a été plusieurs fois modifiée, en particulier par la loi du 10 juin 1983 qui a inséré dans le code de procédure pénale les articles 78-1 à 78-5, eux-mêmes modifiés ultérieurement par la loi du 3 septembre 1986.

Ces textes distinguent deux opérations différentes : les contrôles d'identité et les vérifications d'identité.

#### 1. Les contrôles d'identité

Malgré le caractère relativement banal de ce type d'opération, la question demeure assez complexe, en sorte qu'il vaut mieux distinguer les règles générales de celles qui s'appliquent à certaines personnes, spécialement aux étrangers.

28. V. aff. *Deberon* préc.

29. CE Ass. 17 déc. 1976, *Ferignac*, Rec. p. 553, concl. Mme Latournerie, JCP 1978.II.18979, note F. Hamon.

30. V. aff. *Deberon* préc. à propos de la constitution et de l'exploitation d'un fichier d'aliénés.

### a) Règles générales

Désormais, il est clairement établi que « toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police visées aux articles suivants » (art. 78-1 c. pr. pén.).

Quelle que soit la nature — administrative ou judiciaire — du contrôle entrepris, seules certaines autorités ont le pouvoir de décider un contrôle d'identité : ce sont les *officiers de police judiciaire* (OPJ), et, « sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci », les agents de police judiciaire (APJ) et les agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 1° du code de procédure pénale. Ces autorités sont tout simplement des agents de la force publique — qui peuvent exercer par ailleurs des pouvoirs de police administrative —, possédant un certain grade dans la hiérarchie des corps de policiers de la Police nationale ou de la Gendarmerie nationale, et qui disposent en outre d'une habilitation expresse leur permettant d'exercer les compétences attachées à ce titre. Il ne faut pas se leurrer sur la portée d'une telle disposition : la qualité d'officier de police judiciaire se trouve délibérément répandue au sein des forces de police ; en tout cas, elle n'est pas rare au point de rendre difficile en pratique la mise en oeuvre de ce pouvoir de contrôle : dans une opération de police, même de petite envergure, accomplie en fait presque toujours par de simples agents de police judiciaire, on trouve le plus souvent non loin de ces derniers quelque officier de police judiciaire susceptible d'avoir donné l'ordre du contrôle d'identité et d'en assumer la responsabilité (en pratique, seuls les agents de police municipale ou encore les agents de police à compétence spécialisée ne sont pas compétents).

Mais les textes distinguent deux sortes de contrôles d'identité, qui n'obéissent pas exactement aux mêmes conditions, étant entendu que ce sont d'ailleurs celles-là qui permettent de les différencier : il existe ainsi des *contrôles d'identité de police judiciaire*, et des *contrôles d'identité de police administrative*. Mais, dans les deux cas, les autorités compétentes pour les décider ou pour les exécuter doivent toujours avoir la qualité d'autorités de police judiciaire déjà mentionnée. De même, dans l'un et l'autre cas, le procureur de la République et le procureur général près la cour d'appel sont chargés de surveiller ces opérations. Mais ces autorités judiciaires un peu particulières (puisqu'elles sont placées sous les ordres du ministre de la Justice, lui-même autorité politique et administrative appartenant à l'exécutif) agissent elles-mêmes sous le contrôle de la chambre d'accusation, véritable juridiction judiciaire indépendante. Cependant, l'intervention des OPJ ne devrait pas préjuger des compétences juridictionnelles en cas de mise en cause de la légalité des mesures de contrôles ou de vérification d'identité de police administrative, ou pour connaître de la responsabilité encourue à ce sujet par la puissance publique : c'est le juge administratif qui devrait en ce cas être compétent ; mais le point est discuté et contesté en droit positif car se trouve en cause le principe selon lequel le juge judiciaire est le gardien de la liberté individuelle<sup>31</sup>.

Les *contrôles d'identité de police judiciaire* ne peuvent viser que les personnes à l'égard desquelles « existe un indice faisant présumer » : — qu'elles ont « commis ou tenté de commettre une infraction » ; — ou qu'elles « se préparent à commettre un crime ou un délit »<sup>32</sup> ; — ou qu'elles sont « susceptibles de fournir des renseignements utiles à l'en-

31. V. E. Picard, *Dualisme juridictionnel et liberté individuelle*, préc. V. aussi notamment Crim. 10 nov. 1992, *Proc. gén. Paris c/ Basilika*, D. 1993.36, n° 3, note D. Mayer.

32. On pourrait soutenir qu'en ce cas le contrôle serait un acte de police administrative, dans la mesure où, par l'hypothèse même envisagée par le texte, il n'y a pas eu commission d'une infraction, ni même de tentative, au sens pénal du terme, mais simple « préparation » — pour autant que celle-ci, dans tel cas considéré, ne soit pas pénalement répréhensible. En réalité, pour opérer la distinction entre les actes de police judiciaire et les actes de police administrative, la jurisprudence ne retient pas le critère de la commission effective d'une infraction, ou de sa tentative : elle se contente d'une infraction « supposée » ou « présumée », même si l'acte ne serait pas pénalement réprimé (T. civ. 15 janv. 1968, *Cons. Tayeb*, *Rec.* p. 791 ; D. 1968.417, concl. Schmelck).

quête en cas de crime ou de délit » ; – ou enfin qu'elles font « l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire ».

Les *contrôles d'identité de police administrative* sont eux aussi reconnus conformes à la Constitution<sup>33</sup>, alors qu'on pouvait avoir des doutes légitimes sur ce point. En effet, ces contrôles peuvent être décidés même en l'absence de toute infraction, et seulement « pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes ou des biens ».

Dans les deux types de contrôle, la personne visée peut justifier de son identité par tout moyen, et non pas seulement par une carte d'identité nationale, dont la possession n'est pas obligatoire.

Au total, on constate donc la relative facilité, pour la police, de décider d'un contrôle d'identité, qu'il soit judiciaire ou administratif : le fait que telle personne présente un indice permettant de penser qu'elle a un rapport avec une infraction, réelle ou simplement présumée, même en tant que simple témoin, autorise le contrôle : et, si ce n'est pas exactement le cas, il reste à la police le motif de la prévention d'une « atteinte à l'ordre public », qui n'est pas autrement spécifié par la loi. En ce cas, il n'est plus nécessaire en principe d'invoquer un indice propre à la personne visée : il suffit de faire état des circonstances extérieures et objectives, faisant craindre la possibilité d'une atteinte à l'ordre public. Or dans certains lieux, en ville notamment, et plus particulièrement dans certains endroits (le métropolitain notamment), surtout à certaines heures, l'ordre public est toujours susceptible d'être troublé. Toutefois, dans une décision récente, du 10 novembre 1992, présentée comme un arrêt de principe, la Cour de cassation a dit pour droit que, lorsqu'il s'agit d'un contrôle de police administrative, il n'est pas suffisant qu'il y ait objectivement un risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux où le contrôle est effectué : il faut encore que cette atteinte soit « directement rattachable au comportement de la personne » visée par le contrôle<sup>34</sup>. La Cour surajoute donc à la condition objective de risque d'atteinte à l'ordre public, posée par la loi, cette condition subjective, tirée du comportement de la personne. Mais il est clair que la notion de comportement ne correspond pas à celle de qualité ou de nature de la personne ; cependant, on peut penser que certaines personnes, en raison de leur nature ou de leur qualité, seront plus facilement considérées par les agents comme ayant une attitude ou un comportement susceptibles de leur faire imputer un risque de trouble à l'ordre public, comme celle d'étranger, ce qui suscite certaines difficultés évoquées plus bas.

Par ailleurs, la police administrative, qui est naturellement chargée du contrôle de la bonne exécution des lois et règlements (de police administrative), est toujours en droit, en principe, de vérifier si ces lois ou règlements sont respectés. Or certaines de ces normes imposent la possession de certains documents à certaines personnes, celles qui exercent telle profession, qui ont tel état ou se livrent à telle activité (brocanteurs, nomades, voyageurs franchissant une frontière, etc.). C'est là un moyen indirect de contrôler l'identité de ces personnes, et d'y procéder en dehors des conditions restrictives posées par le code de procédure pénale pour les contrôles d'identité. Or si les personnes considérées ne présentent pas les pièces exigées, cette circonstance permet de présumer l'existence d'une infraction, qui, elle, justifiera le contrôle d'identité de police judiciaire. Parmi ces personnes, il convient d'envisager plus spécialement les étrangers.

#### b) Règles applicables aux étrangers

Lorsque la personne contrôlée est étrangère, surgissent certaines difficultés qui appellent l'application de quelques règles spécifiques. Deux types de contrôles peuvent en effet viser les étrangers : d'une part, le *contrôle d'identité proprement dit*, dont on vient de décrire les grandes lignes ; et, d'autre part, le *contrôle des conditions de leur séjour*, qui est

33. Cons. const. 20 janv. 1981, préc.

34. Crim. 10 nov. 1992, *Proc. gén. Paris c/ Basilika*, D. 1993.36, n° 3, note D. Mayer.

un contrôle de police administrative dont le fondement repose sur ce principe général sus-énoncé selon lequel l'administration doit toujours pouvoir s'assurer du respect des réglementations s'imposant à telle ou telle catégorie de personnes. En ce qui concerne les étrangers, ce contrôle s'exerce sur le fondement des décrets des 18 mars 1946 et 30 juin 1946.

Les difficultés tiennent d'abord au fait que le contrôle des conditions du séjour suppose une identification de la personne en tant qu'elle est étrangère. Mais, afin de proscrire les contrôles fondés uniquement sur l'aspect étranger de la personne visée (qui risqueraient de couvrir les « contrôles au faciès »), la jurisprudence a décidé que ce contrôle ne peut pas être motivé par des données ou des caractères propres à cette personne, mais sur des signes objectifs et extérieurs à elle — dits *signes objectifs d'extranéité* —, susceptibles d'établir sa qualité d'étranger<sup>35</sup>. Quand ce contrôle du titre de séjour révèle que l'étranger est en situation irrégulière, peut alors être justifiée la mise en oeuvre du contrôle d'identité de droit commun et des mesures coercitives qu'elle implique, voire d'une des mesures que permet la procédure de flagrance, si se trouve révélée une des infractions justiciables de cette procédure.

D'un autre côté, la qualité d'étranger ne saurait naturellement pas faire échapper les intéressés aux contrôles d'identité proprement dits. Cependant, pour effectuer ces contrôles, les policiers ne peuvent pas, là non plus, et à plus forte raison, avancer comme motif susceptible de justifier ce contrôle, l'apparence étrangère de l'intéressé : celle-ci, évidemment, ne saurait en aucune façon constituer par elle-même un indice d'infraction, ni un risque de trouble à l'ordre public ! Les policiers doivent donc se fonder, notamment, comme l'exigent les règles énoncées plus haut, sur des données de fait précises constituant un indice permettant de penser que l'intéressé se prépare à commettre une infraction, ou sur un risque d'atteinte à l'ordre public, qui soit en outre « directement rattachable au comportement de la personne » visée par le contrôle. Lorsque la personne dont l'identité est ainsi contrôlée se révèle être un étranger, elle doit présenter les pièces sous le couvert desquelles elle séjourne en France (art. 78-2 dernier al. c. pr. pén.). Si elle se trouve séjourner irrégulièrement, elle peut alors être poursuivie. Mais le juge pénal pourra alors apprécier la régularité des conditions dans lesquelles le contrôle d'identité avait été effectué<sup>36</sup>.

Les agents effectuant le contrôle ne peuvent pas non plus se fonder cumulativement sur les deux motifs qui, pris séparément justifieraient éventuellement, l'un le contrôle d'identité, l'autre le contrôle des conditions de séjour : les agents doivent donc choisir clairement le cadre dans lequel ils se placent pour procéder au contrôle. Ainsi ils ne sauraient invoquer et le fait que l'ordre public était menacé dans un endroit donné, ou qu'il s'y commet habituellement telle ou telle infraction, et à la fois le fait que la personne contrôlée présentait des signes objectifs d'extranéité, car cela établirait une corrélation nécessaire entre ces deux faits qui, en elle-même et par principe, n'est pas acceptable<sup>37</sup>.

## 2. Les vérifications d'identité

Si la personne dont l'identité est contrôlée — quelle qu'ait été la nature du contrôle, judiciaire ou administrative — « refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de

35. V. par ex. Crim. 8 nov. 1989, *Soltani*, JCP n° 6, 17 févr. 1990.IV.54.

36. Ainsi, la cour d'appel de Paris (12<sup>e</sup> ch. B, 12 déc. 1991, *Bolemba*, D. n° 12.III.155, note D. Mayer), à propos d'un étranger en situation irrégulière qui avait été appréhendé puis poursuivi à la suite d'un contrôle d'identité dont la régularité a été ultérieurement mise en cause devant le juge pénal, a jugé que le fait pour cette personne d'avoir marqué un temps d'arrêt ou d'hésitation à la vue de la police, puis d'avoir brusquement accéléré le pas en direction de la gare SNCF n'est pas à lui seul constitutif des indices objectifs permettant de présumer qu'est réalisée l'une des hypothèses prévues par l'art. 78-2 c. pr. pén. autorisant la police à procéder à un contrôle d'identité. Par suite, le procès-verbal est annulé, de même que toute la procédure subséquente ; et le juge a ordonné la mise en liberté de l'étranger.

37. Crim. 10 nov. 1992, *Proc. gén. Paris c/ Basilika*, D. 1993.n° 3.36, note D. Mayer.

son identité », s'ouvre alors la procédure de la « vérification d'identité ». Celle-ci s'avère nettement plus coercitive, même si de nombreuses garanties, non négligeables, ont été prévues.

En effet, *l'intéressé peut, « en cas de nécessité », être « retenu sur place » ou être « conduit » dans un « local de police ».*

La rétention n'est légalement justifiée que si la personne est démunie de toute pièce d'identité ou, habitant dans une autre ville, se trouve dans l'incapacité d'aller en quérir une à son domicile. Le refus doit également se déduire des circonstances concrètes, que l'officier devra relever pour établir son procès-verbal de vérification d'identité.

La rétention peut être décidée par un simple agent de police judiciaire, dès lors que la personne est « immédiatement » présentée à un officier de police judiciaire, qui la met à nouveau « en mesure de fournir par tout moyen les éléments permettant d'établir son identité ». Elle a lieu « sur place », ce qui implique que l'intéressé peut être retenu dans la rue ou dans un véhicule de police, si, à partir de cet endroit, il lui est possible d'établir son identité, ou à la police de la vérifier sur la base des éléments qu'il énonce ; elle peut aussi consister à l'emmener là où il sera en mesure d'établir son identité, chez lui par exemple ; elle peut aussi avoir lieu dans un local de police, commissariat ou caserne de gendarmerie.

La durée de la rétention doit être limitée au *temps « strictement exigé »* à l'établissement ou à la vérification de l'identité ; en toute hypothèse, elle ne peut excéder *quatre heures* au total, à compter du début du contrôle d'identité. Mais le procureur peut à tout moment décider de libérer l'intéressé. Si au terme de ce délai, l'identité n'a pu être établie ou vérifiée, il doit être relâché, à moins qu'il puisse se voir légalement placé en garde à vue, par exemple parce qu'il peut être suspecté d'avoir commis une infraction susceptible de justifier cette mesure. La durée de la rétention s'impute sur celle de la garde à vue.

Les moyens d'établir ou de vérifier l'identité sont de deux ordres différents : le premier ordre de moyens n'est en lui-même pas coercitif (en dehors évidemment du fait même de la rétention) et il est applicable dans le cadre d'une opération de police aussi bien judiciaire qu'administrative : la personne peut, comme au stade du contrôle d'identité, établir celle-ci par tout moyen de preuve, écrite ou orale, dont la valeur pourra ou non être admise en fonction des circonstances et de la possibilité de la vérifier : un témoignage pourra ainsi constituer au moins un commencement de preuve, comme tout document écrit ne constituant pas une pièce d'identité car dépourvu de photographie. En tout cas, dans ce cadre, la police ne pourra pas prendre des photographies ou relever les empreintes digitales de la personne.

Mais si l'officier de police ne parvient pas de cette façon à établir ou vérifier l'identité, il a, le cas échéant, sous certaines conditions et toujours dans le délai légal de la rétention, le pouvoir de recourir au deuxième ordre de procédés. Ceux-là s'avèrent tout à fait *coercitifs*, et c'est pourquoi il s'agit là d'une *ultima ratio*. Ces moyens sont ceux de l'identité judiciaire ; mais, depuis 1986, ils peuvent aussi être utilisés dans le cadre d'une opération de police administrative : ils consistent dans la prise forcée de photographies et d'empreintes digitales. Mais, pour que le recours à ces procédés soit légal, il faut que la personne persiste à refuser de justifier de son identité ou fournisse des « éléments manifestement inexacts », et que ce soit là « l'unique moyen d'établir l'identité ». En outre, ils doivent être autorisés par un magistrat, le procureur au moins pour une opération de police administrative, le juge d'instruction pour une opération de police judiciaire. Le procès-verbal doit mentionner que ces procédés ont été mis en oeuvre, et en énoncer les motifs.

En cas de refus, l'intéressé commet une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement. L'officier de police judiciaire peut alors constater le flagrant délit, et placer

l'intéressé en garde à vue. Mais la comparution immédiate ne s'applique pas, dès lors que la peine encourue est trop faible.

Les *garanties* prévues par le législateur sont assez *nombreuses* : la personne doit être immédiatement présentée à un officier de police judiciaire. Si elle est mineure de 18 ans, elle doit, « sauf impossibilité », être assistée de son représentant légal. En toute hypothèse, elle doit être informée, par l'officier de police judiciaire, de son droit de faire aviser le procureur de la République qui doit l'être de toute façon s'il s'agit d'un mineur. Elle doit aussi être informée de son droit de faire prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix. L'officier peut lui-même prévenir l'une de ces personnes, afin d'éviter le risque que l'intéressé n'en profite pour prévenir un éventuel complice.

Le procureur peut donc exercer un contrôle sur toutes ces opérations pendant toute la durée de la rétention. Il peut ainsi décider d'y mettre fin, ou de soumettre la personne à un examen médical, pour s'assurer qu'elle est en état de la supporter. C'est à lui qu'il revient de vérifier que le procès-verbal contient bien toutes les mentions prescrites par la loi sur les circonstances et les motifs du contrôle, puis de la vérification d'identité ; il doit faire état de l'accomplissement des différentes obligations à l'égard de la personne, mentionner l'heure du début et de la fin des opérations, de façon à ce que l'on puisse s'assurer que leur durée n'a pas excédé le temps strictement nécessaire. Le procès-verbal doit être présenté à la signature de l'intéressé. S'il refuse de le signer, mention est faite, sur le procès-verbal, de ce refus et de ses motifs. Une copie lui en est délivrée. Enfin, si la vérification n'est suivie d'aucune procédure d'enquête judiciaire, la loi interdit de mettre en mémoire sur fichiers les éléments d'identité recueillis. Et le procès-verbal comme toutes les pièces de l'opération sont détruits dans un délai de six mois.

Toutes ces prescriptions apparaissent extrêmement précises. On peut s'interroger cependant sur leur exacte conformité à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. En tout cas, *elles s'imposent à peine de nullité de toute la procédure*, de sorte que tout acte de poursuite pris à la suite de ce procès-verbal frappé de nullité serait lui-même annulé.

## B. — *Le corps*

La seconde série de données relatives à la personne même ont trait à son corps, quant à ce qu'elle porte sur elle-même (vêtements, objets divers, qui peuvent être dérobés ou dangereux, armes, stupéfiants, etc.) ou quant aux traces ou aux signes qu'il peut présenter (traumatismes, blessures, piqûres, imprégnation alcoolique, maladies, etc.).

On peut différencier trois séries d'ingérences : les fouilles à corps et palpations de sécurité (1), le contrôle de l'alcoolémie (2) et les mesures de police sanitaire (3).

### 1. *La fouille à corps et la palpation de sécurité*

#### a) *La fouille à corps*

La « fouille à corps » ou « fouille corporelle » et, comme son nom l'indique, une *investigation sur le corps même de la personne*. Elle peut être complète en ce sens que tous les objets et vêtements qu'elle porte peuvent être examinés et lui être retirés, tandis que l'enquêteur pourra constater les traces apparentes. Elle peut naturellement, en cas de besoin, être *coercitive*, c'est-à-dire exécutée par la force. Les objets suspects pourront enfin être saisis et placés sous scellés.

Mais évidemment, compte tenu de sa gravité, elle ne saurait être entreprise dans n'importe quelle circonstance, par n'importe qui et sous n'importe quelles conditions. Elle n'est possible que dans le cadre de deux modes d'opérer de la police d'investigation

(ou police judiciaire) : l'enquête de flagrance et la *commission rogatoire*. Elle n'est pas légale dans le cadre de l'enquête dite préliminaire.

La première, l'enquête de flagrance, est un mode de saisine en quelque sorte automatique de la police d'investigation en ce sens qu'elle découle de la loi elle-même, et non d'une décision d'une autorité judiciaire, dès lors que certains faits se produisent.

Selon les articles 53 et suivants du code de procédure pénale, tels qu'interprétés par le juge pénal, elle suppose que le fonctionnaire de police perçoive un *indice* apparent lui permettant de présumer qu'une *infraction*, crime ou délit punissable d'une peine d'emprisonnement, *est en train ou vient de se produire* (quelques heures, au maximum, selon les circonstances)<sup>38</sup>. La présomption de la commission immédiatement antérieure de l'infraction peut également résulter soit de la clameur publique<sup>39</sup>, soit de la découverte d'objets, de traces ou d'indices laissant penser que telle personne a participé à un crime ou à un délit (art. 56 c. pr. pén.)<sup>40</sup>. Il y a aussi flagrance en cas d'appel à la police constitutif d'une « réquisition du chef de maison », l'expression étant entendue au sens large.

L'organe essentiel d'intervention dans le cadre de la flagrance est l'officier de police judiciaire (OPJ), sous le contrôle du procureur et sous réserve de la substitution de ce dernier à l'OPJ. L'agent de police judiciaire ne peut accomplir que certains actes de l'enquête (l'audition des témoins notamment), les autres lui étant interdits (en particulier la perquisition coercitive et la fouille à corps).

Mais le plus étonnant est que la fouille à corps n'est pas explicitement prévue par la loi. Celle-ci ne prévoit, à l'article 56 du code de procédure pénale, que la « saisie (...) d'objets en la possession des personnes paraissant avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés » ou la « perquisition » au domicile de celle-ci. La jurisprudence toutefois l'assimile à ces dernières, alors qu'elle se présente comme une intrusion beaucoup plus accentuée dans l'intimité de la personne. On l'appelle aussi, pour cette raison, « fouille-perquisition »<sup>41</sup>.

Elle suit donc, pour l'essentiel, le régime de la perquisition. Il y a toutefois au moins deux différences : la première concerne les horaires, puisqu'au contraire de cette dernière elle peut, lorsqu'il est légal d'y recourir, être effectuée de jour comme de nuit ; la seconde tient à cela que la fouille corporelle ne peut être effectuée que par une personne de même sexe que celle qui en est l'objet.

La fouille à corps peut également être effectuée dans un second cadre juridique, celui de la *commission rogatoire*.

Celle-ci est une sorte de délégation de pouvoir accordée par le juge d'instruction soit à un magistrat, soit à un OPJ, à l'effet d'effectuer certaines opérations tendant à constater une infraction, à en rechercher les auteurs pour les déferer à la justice. Cette délégation suppose qu'une information judiciaire ait été ouverte, c'est-à-dire que le juge d'instruction ait été saisi, soit par un réquisitoire du procureur, ce qui est la voie normale, soit par une plainte de la victime se constituant partie civile (art. 80 et 86 c. pr.

38. V. par ex. les circonstances de l'affaire Crim. 26 févr. 1991, *Bartoli*, JCP 1991.IV.218 : après avoir été volée à Dieppe, la victime se présente seulement le lendemain au commissariat de Rouen ; les enquêteurs ouvrant alors une enquête de flagrance, réquisitionnent un médecin pour constater le viol et convoquent la personne dénoncée, qui se rend à la convocation ; celle-ci est aussitôt placée en garde à vue, puis confrontée à la plaignante, l'enquête se poursuivant sur les lieux des faits ; mais le suspect n'est présenté au parquet que deux jours après le dépôt de la plainte. La Cour de cassation, confirmant la décision de la chambre d'accusation, estime que le délai de 28 heures entre les faits et le dépôt de la plainte est suffisamment court pour justifier le recours à la flagrance ; et il est intéressant de comparer cette durée à celle de 48 heures que la cour de Douai avait estimé trop longue dans une affaire similaire.

39. La clameur publique peut se manifester par des cris, ou par une interpellation comme : « Arrêtez-le ! » ou « Au voleur ! ».

40. La découverte d'une arme près d'une personne, le fait de fuir ou de se débarrasser promptement d'un objet à la vue de la police peuvent être constitutifs d'indices ; le fait de présenter une blessure peut être constitutif d'une trace.

41. Crim. 22 janv. 1953, *Isnard*.

pén.). La commission rogatoire doit spécialement préciser les actes d'exécution dont est chargé l'OPJ. Mais il existe des commissions rogatoires générales quant aux pouvoirs délégués. La fouille à corps peut être légalement entreprise lorsque l'OPJ dispose d'une commission rogatoire spéciale pour opérer une perquisition (à laquelle est assimilée la fouille corporelle), ou lorsqu'il dispose d'une commission rogatoire générale.

#### b) La palpation de sécurité

La palpation de sécurité est une *investigation sommaire*, à laquelle peuvent se livrer des policiers qui ne sont qu'agents de police judiciaire<sup>42</sup> ou même agents de police judiciaire adjoints. Compte tenu de son objet, elle tend plutôt à protéger ces derniers qu'à établir la preuve ou la possibilité d'une infraction. En effet, elle sert à vérifier la nature des objets que l'intéressé peut porter sur lui, tels qu'armes à feu, couteaux, instruments divers susceptibles de blesser. Ceux-ci peuvent se voir soustraits matériellement pour être remis aussitôt à l'OPJ qui en opérera éventuellement la saisie dans les formes légales.

La palpation de sécurité peut être *pratiquée dans le cadre des trois modes d'enquête de la police judiciaire, y compris dans le cadre de l'enquête préliminaire*, c'est-à-dire en dehors de la flagrance et avant l'ouverture de toute information judiciaire, dès lors que la police a connaissance d'une infraction, réelle ou présumée.

Mais la frontière est en fait fluctuante entre les deux sortes d'investigation, fouille et palpation ; et, en pratique, certaines palpations se transforment rapidement en fouille, par exemple pour examiner le contenu des poches, même s'il n'est pas dangereux pour les agents. Compte tenu de son but de sécurité, elle est en fait pratiquée lors des opérations de contrôle d'identité, même de nature administrative.

## 2. Le contrôle de l'alcoolémie

Il existe au moins deux procédures principales de contrôle de l'imprégnation alcoolique : d'une part, celle applicable aux conducteurs de véhicules ; d'autre part, celle dont peuvent être l'objet les personnes mises en cause dans une procédure judiciaire.

#### a) Le contrôle de l'alcoolémie des conducteurs

La loi du 12 juillet 1978<sup>43</sup> permet aux *OPJ* de décider du contrôle de l'alcoolémie des conducteurs, soit sur instruction du procureur, soit spontanément ; et cela même en l'absence d'accident ou d'infraction préalable, simplement à titre de contrôle, même de routine, c'est-à-dire dans le cadre de la *police administrative*.

Ce contrôle peut être décidé et effectué même à titre *coercitif*. Selon la loi, le dépistage est réalisé par un contrôle de l'air expiré, qui consiste à faire souffler le conducteur dans un ballon contenant un réactif à l'alcool.

Si le dépistage fait présumer un état alcoolique ou si le conducteur le refuse, l'opération se transforme en mesure de *police judiciaire*, en raison de la présence d'une infraction présumée (la conduite en état d'imprégnation alcoolique). La contrainte s'avère alors plus grave : l'intéressé peut être conduit dans un lieu approprié pour y subir un prélèvement de sang<sup>44</sup>.

#### b) Le contrôle de l'alcoolémie des personnes mises en cause dans une procédure judiciaire

Dans le cadre de l'*enquête de flagrance*, les *OPJ* et les *APJ* peuvent faire procéder aux vérifications du taux d'alcoolémie dans l'organisme des personnes en cause<sup>45</sup>. Ces véri-

42. V. Crim. 27 sept. 1988, *Martinez*, *Gaz. Pal.* 1989.1.Somm.75.

43. Modifiée par celles du 10 juill. 1987 et du 31 oct. 1990 (art. L. 1, 1. 3 et L. 15 c. route).

44. Art. L. 1 c. route et art. L. 88 c. débits de boissons.

45. Art. L. 88 c. débits de boissons.

fications sont même obligatoires en cas d'infraction ou d'accident suivis de mort. Sur autorisation du procureur, l'OPJ peut requérir un médecin aux fins de dépistage du taux d'alcoolémie de l'auteur d'un crime ou d'un délit ou d'un accident de la circulation.

Cette possibilité est ouverte même dans le cadre de l'enquête préliminaire dès lors que cette constatation fait partie des « examens techniques ou scientifiques qui ne peuvent être différés »<sup>46</sup>.

### 3. Les mesures de police sanitaire

Sous ce titre, on entend désigner les dispositions qui permettent à la police — ou à toute administration disposant de certains pouvoirs normatifs ou coercitifs — de connaître les *maladies* dont peuvent être affectées telles personnes.

L'article L. 11 du code de la santé publique prévoit l'établissement d'une liste de deux catégories de *maladies transmissibles*, périodiquement révisée, à propos desquelles certaines mesures peuvent ou doivent être prises : les maladies de la première catégorie au nombre de 24 (comme la typhoïde, la scarlatine, la rougeole, la diphtérie, etc.) *doivent être déclarées à l'Administration* par les médecins, sages-femmes ou officiers de santé qui en auraient connaissance<sup>47</sup>. On note que font partie de la première catégorie, par exemple la coqueluche, qui se soigne et contre laquelle un vaccin existe, de même que la variole, d'ailleurs pratiquement éradiquée, tout au moins en France, ou encore le paludisme, qui ne se transmet que par les moustiques, et qui se prévient et se soigne correctement, tandis que, pour l'heure, n'est pas mentionné le Sida, en raison naturellement des représentations morales, affectives, psychologiques et politiques qu'il véhicule, et sans doute aussi de la gravité de la maladie ; on a pensé, en effet, que toute déclaration obligatoire nominative dissuaderait les personnes infectées de se présenter au corps médical. Ont même été institués des centres de dépistage anonyme de la maladie, dont la procédure empêche par hypothèse même toute obligation de déclaration nominative. En revanche, l'article L. 257 du même code oblige à déclarer les maladies vénériennes. Et certaines personnes, notamment les prostituées, sont astreintes à des visites médicales périodiques obligatoires.

Une des protections instituées au profit des personnes concernées réside dans le *secret professionnel* — le secret médical en particulier — qui s'impose à celles ayant connaissance, dans le cadre de leur profession, de ces maladies. Et, d'une façon générale, les agents publics qui divulgueraient le contenu des déclarations médicales encourraient les pénalités prévues par le code pénal<sup>48</sup>.

Pour les *maladies mentales*, en raison des risques qu'elles impliquent pour les tiers et les intéressés eux-mêmes, la police dispose d'assez grands pouvoirs, plus pour parer aux conséquences de la maladie que pour la déceler ou la faire soigner. Elle peut ainsi, même dans le cadre d'une procédure de police administrative, arrêter et placer en *chambre de sûreté* les malades mentaux « dont les troubles compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes », ou « en cas de danger imminent (...) attesté par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique »<sup>49</sup>. Lorsque c'est la notoriété publique qui fait présumer la maladie, la police, par hypothèse, ne recherche par elle-même aucune information confidentielle. Mais il est clair qu'elle ne peut se contenter en la matière de la notoriété publique, et qu'il existe de nombreuses situations intermédiaires entre l'évidence manifeste et l'affabulation ou les dénonciations sans fondement, de sorte que la police peut, en définitive, faire procéder à un examen médical attestant la

46. Art. 77-1 c. pr. pén.

47. Art. L. 12 c. santé publ.

48. Art. 378 et art. 226-13 et s. nouv. c. pén.

49. Art. L. 342 et L. 343 c. santé publ.

maladie. Mais le placement proprement dit en hôpital psychiatrique est prononcé sur décision d'une juridiction, avec de nombreuses garanties au profit des intéressés<sup>50</sup>.

En dehors des renseignements sur l'identité ou sur le corps même des personnes, la police peut chercher à obtenir ou à collecter d'autres informations d'ordre personnel détenues sur elles par des tiers ou par certains services.

### C. — Les informations d'ordre personnel

Apparaissent extrêmement variables les moyens, pour la police, d'obtenir les informations relatives à une personne et susceptibles de l'intéresser, comme par exemple ceux qui touchent à sa profession, sa santé, ses convictions ou activités religieuses, morales, politiques, sa vie affective et familiale, son niveau de revenu, ses dépenses, ses impôts, et, bien entendu, les condamnations pénales dont elle a pu être l'objet, etc.

Pour les renseignements détenus de façon tout à fait informelle par quelque personne que ce soit, la police est naturellement en droit de procéder comme pourrait le faire quiconque, c'est-à-dire sans porter atteinte à aucun secret, ni mettre en oeuvre aucune coercition.

Mais, en réalité, les impératifs et les modalités spécifiques de la fonction ainsi que les risques qu'ils impliquent exigent l'application de règles particulières, protectrices des droits fondamentaux, dans des conditions qui varient selon le cadre dans lequel apparaissent ces exigences. On doit à cet égard distinguer le cadre national et le cadre européen, dans lequel s'exerce la liberté de circulation des personnes.

#### 1. Dans le cadre national

Les règles applicables dans le cadre national dépendent d'abord de la forme de police considérée, police d'information, police d'ordre, ou police d'investigation.

La « police d'information » dont relèvent les « Renseignements généraux » (RG), recourt très couramment à des procédés de droit commun : les agents de ces services peuvent avoir des conversations avec les personnes qui les intéressent, assister à des réunions publiques, prendre part à des manifestations ; ils lisent les journaux accessibles à tous et commandent des sondages comme pourrait le faire n'importe quelle entreprise. Mais, naturellement, ces renseignements, pour pouvoir être exploités et utiles, doivent être classés, rassemblés, c'est-à-dire traités en fichiers, automatisés (ou informatisés) ou simplement manuels. C'est alors qu'entrent en jeu certaines règles de droit, relatives précisément à ces fichiers.

Ces règles apparaissent plus ou moins spécifiques à la police. En effet, ce sont d'abord les règles de droit commun qui la régissent, c'est-à-dire celles s'appliquant à toute personne réalisant des opérations concourant au traitement d'informations nominatives. Ces règles se trouvent pour l'essentiel posées par la loi du 6 janvier 1978, « relative à l'informatique, aux fichiers, et aux libertés »<sup>51</sup>.

Mais cette loi comporte aussi des dispositions particulières sur le traitement de données intéressant la sûreté de l'Etat (c. pr. pén.)<sup>52</sup>, la défense et la sécurité publique<sup>53</sup> ; et

50. V. L. 27 juin 1990.

51. Pour une bibliographie sur cette loi, V. notamment : J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1989 et L. Imbert, *Informatique et libertés, J.-Cl. Administratif*, fasc. 274 ; V. aussi les ouvrages de *Libertés publiques* cités *supra*, note 6.

52. La notion de sûreté de l'Etat est désormais remplacée, dans les textes qui s'y réfèrent, par celle plus large « d'intérêts fondamentaux de la nation ». V. l'art. 410-1 nouv. c. pén. (L. n° 92-686, 22 juill. 1992), et les art. 65 et 68 L. n° 92-1336, 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. Selon le code, « les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent (...) de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu natu-

des textes spéciaux visent certains des services participant à la police d'information. La police d'ordre (ou police administrative) est également visée par certaines dispositions spécifiques ; mais, en la matière, elle agit en étroite relation avec la police d'information. De son côté, la police d'investigation (ou police judiciaire) tient elle aussi plusieurs fichiers fort importants, gérés par une sous-direction du ministère de l'Intérieur dite de la « police scientifique et technique »<sup>54</sup>.

En outre, le ministère de la Justice tient à la disposition des autorités judiciaires un fichier qui lui est propre, également très important, le casier judiciaire, qui enregistre toutes les condamnations répressives d'une certaine gravité. Ce *casier judiciaire* est régi par les articles 768 et suivants du code de procédure pénale<sup>55</sup>.

En dehors des fichiers, et souvent pour les alimenter, la police judiciaire dispose de certains procédés d'enquête pour obtenir des renseignements d'ordre personnel. Ces procédés lui sont éminemment spécifiques, comme les auditions, les interrogatoires, les fouilles corporelles, déjà envisagées, ou les perquisitions qui seront examinées plus loin, etc.

Mais, au regard du sujet de ce rapport qui intéresse les données d'ordre personnel et leur protection, il convient ici de s'interroger sur la façon dont la police en général traite en fichiers les renseignements qu'elle recueille ou celle dont elle pourrait accéder, le cas échéant, aux renseignements disponibles sur d'autres fichiers.

On peut d'abord mentionner une source internationale s'appliquant spécialement à la matière, qui est la *Convention* préparée sous l'égide du Conseil de l'Europe, du 28 janvier 1981 relative aux fichiers et publiée par décret du 15 novembre 1985<sup>56</sup>.

Sur le plan interne, c'est donc la *loi du 6 janvier 1978* qui régit la matière<sup>57</sup>. En cas de non-compatibilité avec la convention précitée — qui n'a jamais été retenue, semble-t-il —, la loi devrait être écartée au profit de la norme internationale. La loi pose d'abord certains *principes fondamentaux*, découlant en partie de ceux déjà entrevus dans l'introduction générale : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen... Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques » ; et « Toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés ».

Celle loi comporte un *champ d'application assez extensif* : elle s'applique à toutes les informations nominatives (c'est-à-dire permettant, directement ou non, d'identifier des personnes physiques qu'elles concernent) et à toutes les opérations concourant à leur traitement : collecte, enregistrement, modification, conservation ou même destruction de ces informations, rapprochement de fichiers voisins, interconnexion, consultation ou

rel, et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».

53. V. notamment l'art. 19.

54. Celle-ci regroupe trois divisions : celle du « Service central d'identité judiciaire » (qui gère les photographies, les fichiers anthropométriques, les fichiers dactylotechniques) ; celle du « Service central de l'information judiciaire » qui rassemble et traite toutes les informations d'ordre criminel recueillies en France ; celle du « Service central de communication et des diffusions », qui tient le Fichier central, le Service de recherche et de diffusion, responsable des fichiers de la Police nationale, V. A. Decocq et alii, *op. cit.* § 242.

55. V. loi modifiée du 4 janv. 1980 relative à l'automatisation de ce casier judiciaire ; les art. 768 et s. ont été modifiés, en dernier lieu par la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale (JO 23 déc. 1992, p. 17568-17595), art. 114 et s. ; pour une étude du régime de ce casier judiciaire, on se reportera aux ouvrages de *Procédure pénale* cités *supra* note 4 et notamment, Stéfani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 14<sup>e</sup> éd. n° 574 et s.

56. JO 20 nov. 1985. V. J.-P. Jacqué, La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *Ann. fr. dr. int.* 1980.777.

57. V. Circ. 12 mars 1993 relative à la protection de la vie privée en matière de traitements automatisés (JO 17 mars 1993, p. 4137).

communication d'informations nominatives. Mais les fichiers manuels ne sont pas visés par certaines dispositions de la loi, tandis que les informations détenues sous forme de dossier y échappent totalement.

La loi soumet ensuite tous les *fichiers automatisés publics*, c'est-à-dire notamment ceux de la police, à une *autorisation préalable*. Cette dernière devrait a-t-on dit, être donnée par le Parlement lui-même lorsque le fichier concerne les libertés publiques dont les garanties fondamentales constituent une matière de la compétence législative<sup>58</sup>. Sinon, c'est un acte réglementaire qui pourrait donner l'autorisation. C'est cependant par décret qu'on été autorisés certains fichiers du ministère de l'Intérieur<sup>59</sup>.

Mais, dans les deux cas, la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, qui est une autorité administrative indépendante, doit fournir son *avis motivé*. Et ce dernier est délivré au regard de toute une série de renseignements devant figurer dans la demande d'avis (portant notamment sur la personne juridique présentant la demande, les caractéristiques et finalités du fichier, le ou les services le mettant en oeuvre, les catégories de personnes y ayant directement accès et celles habilitées à en recevoir communication, la nature et l'origine des informations, la durée de leur conservation, les rapprochements et interconnexions, la garantie des secrets protégés par la loi, etc.).

Mais, pour les *fichiers intéressant la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique*, certains de ces renseignements n'ont pas à être fournis. Un décret du 28 décembre 1979 régit spécialement ces fichiers, et ne mentionne pas dans la liste de ces renseignements à fournir pour obtenir l'avis, ni la nature, ni l'origine des informations devant figurer dans le fichier.

Toutefois, l'acte d'autorisation lui-même doit comporter un certain nombre de mentions, comme les catégories d'informations nominatives enregistrées dans le fichier. Mais la loi prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat peut dispenser les actes réglementaires d'autorisation de fichiers de police d'être publiés<sup>60</sup>. Certains au moins l'ont toutefois été en pratique<sup>61</sup>.

Mais il est difficile de savoir quels sont ceux qui ne l'ont pas été. En effet, si la loi dispose que la CNIL tient en principe à la disposition du public *la liste de tous les fichiers autorisés ou déclarés*, elle permet que ne le soient pas ceux qui intéressent les matières précitées. Et, de fait, l'article 2 du décret du 28 décembre 1979 décide que ces fichiers ne figureront pas sur la liste publique de la CNIL.

En ce qui concerne *le contenu des fichiers*, la loi interdit tout d'abord d'y faire figurer les données collectées par « tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite », ce qui est un peu superfétatoire puisque, par hypothèse, ce type de moyen est déjà condamné légalement.

Sous certaines dérogations, il est interdit ensuite de faire figurer des données nominatives faisant directement ou indirectement apparaître les *origines raciales* ou les *opinions politiques, philosophiques ou religieuses* ou les *appartenances syndicales ou les moeurs*<sup>62</sup> des personnes. Mais la loi précise que, « pour des motifs d'intérêt public », un décret en

58. C'est ainsi que l'automatisation du casier judiciaire a fait l'objet d'une loi du 4 janv. 1980.

59. V. par ex. Décr. n° 87-249, 8 avr. 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur.

60. Art. 20 de la loi.

61. V. Décr. n° 91-1051, 14 oct. 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'art. 31, al. 3 de la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JO 15 oct. 1991, p. 13498) et Décr. n° 91-1052, 14 oct. 1991 relatif au fichier informatisé du terrorisme mis en oeuvre par les services des Renseignements généraux du ministère de l'Intérieur (JO 15 oct. 1991, p. 13498 et 13499). V. Frayssinet, *ALD* 1992.73 et s.

62. La référence aux moeurs a été rajoutée par la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (JO 23 déc. 1992, p. 17568-17595), art. 257.

Conseil d'Etat peut faire exception à cette interdiction, sur proposition et avis conforme de la CNIL.

Or le décret en Conseil d'Etat n° 91-1051 du 14 octobre 1991 relatif aux fichiers des Renseignements généraux<sup>63</sup>, s'il dispose que cette interdiction leur est bien applicable, admet tout de même qu'y apparaissent « les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables » comme éléments de signalement des personnes pouvant « porter atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique par le recours ou le soutien actif apporté à la violence », de même que « les activités politiques, philosophiques, religieuses ou syndicales » de certaines personnes, celles déjà mentionnées, celles sollicitant une autorisation d'accès à des informations protégées et susceptibles d'être « vulnérables » à diverses « pressions », ou encore celles « jouant un rôle politique, économique, social ou religieux significatif ».

Le décret n° 91-1052 du 14 octobre 1991 relatif au fichier informatisé du terrorisme des RG<sup>64</sup> autorise le traitement de certaines données, quelquefois assez vaguement définies, telles que « le signalement », le « comportement », le « motif du signalement », l'identité des personnes « en relation » avec celles concernées par ce fichier, les déplacements de ces dernières, leurs antécédents judiciaires, etc.

Toutes ces informations ne peuvent être *conservées* que pour un certain temps, qui doit être prévu par l'acte d'autorisation. Les décrets précités prévoient une mise à jour de ces informations et, tous les cinq ans, un examen de leur justification et leur bien-fondé sous le contrôle de la CNIL.

L'acte d'autorisation prévoit les *catégories de personnes d'un service ayant le droit d'accès* aux fichiers, en distinguant éventuellement selon les informations ; il précise les modalités et les procédures de l'interrogation du fichier ; et il mentionne, le cas échéant, les autres services auxquels une transmission d'informations peut être opérée<sup>65</sup>.

En ce qui concerne les fichiers déjà cités pour exemple, les décrets précités disposent que les fonctionnaires des RG sont en principe seuls autorisés à accéder aux informations relatives aux « signes physiques particuliers » des personnes et à leurs « activités politiques, philosophiques, religieuses ou syndicales ». Cependant, ces informations peuvent être communiquées aux services de la Police nationale ou de la Gendarmerie nationale chargés de la police d'ordre ou de la police d'investigation, mais seulement dans certains cas, en particulier ceux d'atteintes à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique par le recours à la violence. La demande de communication doit être écrite ; et elle ne peut être agréée que par certaines autorités des RG. La fiche de consultation est conservée pendant deux ans, au terme desquels elle doit être détruite.

De même, le fichier du terrorisme tenu par les RG n'est accessible, dans des conditions semblables, qu'aux mêmes services définis précédemment. Toutefois, sous certaines conditions, les agents de plusieurs autres services peuvent également y accéder, notamment ceux de la Direction de la surveillance du territoire (DST) (chargée de l'espionnage et du contre-espionnage), de la police judiciaire, de la police de l'air et des frontières, des polices urbaines, (tous ces services appartiennent à la Police nationale) de la Gendarmerie, de la Direction générale de la sécurité extérieure (qui relève de l'armée). C'est le cas pour l'instruction des demandes de visa, pour le contrôle de la circulation transfrontière et, d'une façon très générale, pour toutes les enquêtes relevant de la compétence de ces services, ce qui couvre à peu près toutes les missions de la police.

Ces pouvoirs considérables se trouvent tout de même assortis de certaines *garanties*.

63. JO 15 oct. 1991, p. 13498 ; JCP 1991.n° 44.III.418.

64. JO 15 oct. 1991, p. 13498-13499.

65. Les hypothèses de collaboration de services ne sont pas rares : V. par ex. l'arrêt interministériel du 19 oct. 1990 autorisant la participation des services de police et de gendarmerie à la gestion d'un traitement automatisé des chèques déclarés volés ou perdus, mis en oeuvre par la Banque de France (JO 1<sup>er</sup> nov. 1990).

Tout d'abord, les personnes visées par ces informations jouissent d'un *droit d'accès* à leur endroit. Ce droit général en comporte trois plus particuliers : le droit d'*interrogation* sur le point de savoir si le fichier contient des informations concernant l'intéressé ; le droit de *communication* à cette personne de ces données ; enfin le droit de *rectification* de ces dernières. Mais, en ce qui concerne les fichiers ici étudiés, ces droits s'exercent selon des modalités particulières. La demande est adressée non pas directement au service tenant le fichier, mais à la CNIL. Celle-ci mandate l'un de ses membres (qui doit appartenir ou avoir appartenu au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes), pour mener les investigations utiles et faire éventuellement procéder aux modifications nécessaires. Si des informations relatives à cette personne figurent bien dans le fichier et si la CNIL estime, en accord avec le ministre de l'Intérieur, qu'elles ne mettent pas en cause la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique, elle les communique à la personne concernée. Le ministre peut donc s'opposer, pour les motifs indiqués, à la communication des informations. Mais ce pouvoir s'exerce naturellement sous le contrôle du juge administratif. Le décret cité ne mentionne pas les modalités d'exercice du droit de rectification, qui s'exerce donc conformément aux dispositions législatives. Selon celles-ci, « le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite »<sup>66</sup>. Ce droit s'exerce lui aussi sous le contrôle du juge administratif. Mais, en dehors même de l'exercice de ce droit, la loi impose au service gestionnaire du fichier une obligation de correction d'office dès qu'il a connaissance de l'inexactitude ou du caractère incomplet d'une information.

Les garanties résident ensuite dans les pouvoirs de contrôles de la CNIL qui, d'une façon générale, est chargée de s'assurer que les services gestionnaires des fichiers respectent bien leurs obligations légales, comme celles qui sont prévues par l'acte d'autorisation du fichier public.

Enfin de nombreuses *sanctions pénales* spécifiques sont prévues par la loi<sup>67</sup> pour réprimer certains de ces faits notamment : — le traitement automatisé d'informations nominatives non autorisé ou non déclaré, selon le cas ; — l'enregistrement ou la conservation d'informations interdites ; — la divulgation, par les agents chargés de les collecter ou de les traiter, faite auprès de personnes non habilitées à les recevoir, d'informations nominatives, qui aurait pour effet de porter atteinte à la réputation ou à la considération de la personne ou à l'intimité de la vie privée ; — le détournement de finalité de fichiers ; — l'interconnexion du casier judiciaire avec d'autres fichiers. Les textes ont également incriminé certains faits moins graves comme la collecte d'informations nominatives qui n'aurait pas été précédée de l'avertissement, devant être fait à la personne interrogée, du caractère obligatoire ou facultatif, selon le cas, de la réponse et du droit d'accès et de rectification.

## 2. Dans le cadre européen

La construction européenne implique, depuis les Traités originaires, la liberté de circulation en Europe des travailleurs, des prestataires et des utilisateurs de service. Depuis l'*Acte unique européen* du 28 février 1986<sup>68</sup>, elle ouvre la perspective, qui devait être ef-

66. Art. 36.

67. V. L. n° 92-1336, 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal (JO 23 déc. 1992, p. 17566-17595), art. 258 et s. qui modifie l'art. 41 de la loi du 6 janv. 1978 en renvoyant aux articles 226-16 à 226-24 du nouveau code pénal. Les sanctions peuvent aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et les amendes jusqu'à 2 millions de francs. V. aussi les art. 323-1 à 323-7 du nouveau code pénal réprimant les « atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données ».

68. V. art. 8 A du Traité CEE, tel qu'il résulte de l'art. 13 de l'Acte unique : « 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 selon les dispositions du présent traité ».

fective au 1<sup>er</sup> janvier 1993, de la liberté de circulation des personnes en général dans un espace intérieur européen unique : celui-ci ne comporterait plus de contrôle aux frontières internes à l'Europe, mais seulement aux frontières externes (c'est-à-dire entre les pays non-européens et tel Etat membre par lequel s'effectuerait l'entrée dans cet espace européen unifié)<sup>69</sup>.

En réalité, il n'a pas été possible, à la date faidique, d'atteindre totalement cet objectif par la mise en oeuvre des seules procédures et mesures de droit communautaire. Certains Etats membres ont donc passé entre eux divers accords internationaux afin de réaliser partiellement, pour ce qui les concerne, cet espace unique européen. Parmi ces accords, il faut signaler celui qui, depuis les années 1960, régit les relations entre les pays du Benelux, car c'est lui qui a en quelque sorte fourni le modèle ayant inspiré les *Accords de Schengen*, dont c'est là l'un des principaux objets<sup>70</sup>. Le premier accord, conclu initialement entre la France, l'Allemagne et les pays du Benelux (auxquels se sont joints ultérieurement l'Italie, l'Espagne et le Portugal, la Grèce recevant un statut de simple observateur), a été conclu le 14 juin 1985. Mais, pour mettre en oeuvre les principes qu'il contenait, d'autres accords ont été ou seront nécessaires, en particulier la « Convention d'application de l'Accord de Schengen (...) » signée le 19 juin 1990, et qui devait entrer en vigueur en 1992.

Cette convention impose donc notamment une harmonisation des conditions d'entrée dans cet espace unique, ainsi que des contrôles policiers effectués aux frontières extérieures. Elle implique aussi une *coopération policière et judiciaire* ; et, pour la rendre possible, elle exige que les Etats se donnent réciproquement des informations sur les personnes cherchant à entrer dans cet espace, ou circulant déjà à l'intérieur de ces frontières. A donc été mis en place, par le Titre IV de la Convention, un système d'information, dit « *Système d'information Schengen* », composé d'un centre informatique, implanté à Strasbourg et géré par la France, et des réseaux nationaux homologues, qui seront reliés au dispositif central. Les échanges informatiques livreront divers renseignements relatifs à diverses catégories de personnes : les étrangers à l'Europe devant faire l'objet d'un refus d'admission pour des raisons d'ordre public ; les individus recherchés dans le cadre de procédures judiciaires ou d'extradition ; les personnes disparues, les mineurs en fuite... Les échanges d'information porteront aussi sur divers trafics : de stupéfiants, d'armes, de véhicules ou d'objets volés...

La Convention comporte des mesures assez détaillées destinées à protéger les droits fondamentaux et, en particulier, la vie privée des personnes susceptibles de faire l'objet de ces informations et de leur transmission. Tout naturellement, ces dispositions se réfèrent aux règles générales découlant de la Convention adoptée par le Conseil de l'Europe le 28 janvier 1981, et de la législation française précitée, assez élaborée et protectrice de ces droits. La Convention fait d'ailleurs obligation aux Etats de se doter d'une législation appropriée, dans l'hypothèse où ils en seraient encore dépourvus. Enfin, elle institue une autorité de contrôle, commune aux Etats parties, qui sera chargée de véri-

69. V. E. Picard, *The Four Free Movement of the Internal Market of 1992*, à paraître in *Third Tamkang European Studies Conference*, Tamkang University, Taipei, sept. 1992 et in *Droit et pratique du commerce international*, 1993.

70. V. J.J.E. Schutte, *Schengen : its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe*, *Common Market Law Review*, 1991.549-570 ; Demessemakers (lieut.-col.), *L'Accord de Schengen. Conséquences pour la coopération policière internationale*, exposé au 13<sup>e</sup> séminaire international de spécialisation supérieure pour les forces de police, Chypre, 9-8 oct. 1990, Gendarmerie royale belge, doc. n° 71, mars 1991, p. 27 (25 p.). V. L. Chocheyras, *La Convention d'application de l'Accord de Schengen*, *AFDI*, 1991.807 ; B. Neel, *L'Europe sans frontière intérieure : l'Accord de Schengen*, *AJDA* 1991.659, n° 10 ; V. L. n° 91-737, 30 juill. 1991 autorisant l'approbation de la Convention de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (*JO* 1<sup>er</sup> août 1991, p. 10192) ; et Cons. const. déc. n° 91-294 DC, 24 juill. 1991, loi autorisant l'approbation des Accords de Schengen, *AJDA* 1991.675, n° 10.

fier que ce système d'information ne comporte pas d'atteinte aux droits en cause, contrairement aux dispositions conventionnelles.

Telles sont donc les conditions dans lesquelles la police peut accéder à des données qui sont propres à la personne. Il reste à envisager celles dans lesquelles elle peut s'introduire dans son cadre de vie ou ses relations.

## II. — LA POLICE ET LES DONNÉES RELATIVES À L'ENVIRONNEMENT DE LA PERSONNE

La police peut s'intéresser au domicile de la personne (A), à son véhicule (B) et à ses communications (C).

### A. — *Le domicile*

Le domicile est le lieu par excellence de la vie privée. L'article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII posait même le principe selon lequel « la maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable ».

Il se voit donc protégé de façon toute particulière par le droit au secret de la vie privée et, plus spécialement, par l'ensemble des dispositions d'ordre civil ou pénal instituées par la loi du 17 juillet 1970. Le contenu du droit au secret est assez large, puisque non seulement personne n'a le pouvoir, sauf la police dans les cas étudiés ci-après, de pénétrer dans un domicile sans le consentement de l'intéressé, mais même encore d'exiger de connaître le lieu de ce domicile : toute personne est donc en droit de refuser de le révéler. Par suite, sa volonté doit être respectée par celles qui auraient connaissance de son adresse. Il n'en va autrement, sur le plan civil, que dans l'hypothèse où la dissimulation n'aurait pour but que de se soustraire de façon illégitime à l'exécution d'obligations à l'égard d'un créancier<sup>71</sup> ou d'un employeur<sup>72</sup>.

La notion de domicile est également largement définie par la jurisprudence : en fait partie tout endroit habité, résidence principale ou secondaire, chambre d'hôtel louée par l'intéressé, local occupé même sans titre civil régulier, local même professionnel dès lors qu'il est également occupé pour l'habitation, caravane ou même tente pour le camping. En outre, il importe peu, pour que ces endroits soient considérés comme un domicile au sens de la loi, qu'ils soient effectivement occupés au moment même de l'opération en cause.

La violation de domicile est donc réprimée par l'article 226-4 du code pénal<sup>73</sup>, « hors les cas où la loi permet ». Il convient donc de s'interroger sur ces cas et conditions dans lesquels la police peut s'y introduire.

Tout d'abord, comme n'importe quelle personne, un agent de la *police d'ordre* (ou police administrative) pourrait s'introduire dans un lieu d'habitation d'où proviendraient des appels au secours, mais seulement à cette condition. Elle le pourrait même en forçant la porte ou en la fracturant, y compris de nuit. Au demeurant, c'est une obligation statutaire, pour les agents de la police, de porter secours aux personnes en danger, et cela même en dehors de leurs heures de service<sup>74</sup>.

71. V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 1991, D. 1991.JR.110.

72. Lorsque l'employeur a le droit de faire effectuer des contre-visites médicales, en cas de congé de maladie invoqué par son salarié, V. Soc. 2 juin 1981, Bull. civ. V, n° 480.

73. V. A. Chavanne et J. Montreuil, Violation de domicile, *J.-Cl. Pénal*, art. 184. L'art. 226-4 nouv. c. pén. résulte de la loi préc. n° 92-684 du 22 juill. 1992 (JO 23 juill. 1992, p. 9875).

74. Art. 11 Décr. 24 janv. 1968 plusieurs fois modifié portant dispositions statutaires communes aux personnels de la Police nationale.

En second lieu, la *police d'investigation* (ou police judiciaire) est en droit de s'introduire dans un domicile pour y effectuer des *perquisitions*, ou pour exécuter des *mandats d'arrêt* ou *d'amener*, la légalité de fond de l'opération étant subordonnée à la présomption — assez aisément établie — que se trouve dans le domicile considéré quelque objet susceptible d'intéresser l'enquête ou la personne recherchée.

Mais il reste encore à déterminer les conditions exactes dans lesquelles elle peut exécuter ces deux types d'actes.

### 1. Les *perquisitions*

La notion de *perquisition* — ou encore celle de « visite domiciliaire » — suppose que les agents de la force publique aient au moins pénétré dans un lieu non public pour y rechercher quelque objet. Ainsi, n'en constitue pas une le fait, pour des gendarmes, de se présenter simplement au domicile d'une personne pour l'inviter à les suivre jusqu'au siège de la brigade, dès lors que l'intéressé n'a opposé aucune résistance, que les agents n'ont exercé aucun acte de coercition ni de constatation à son domicile. Dans ces conditions, les règles propres à la *perquisition*, en particulier celles relatives aux heures légales, n'avaient pas à s'appliquer<sup>75</sup>.

Tout d'abord, la *perquisition* et les saisies subséquentes peuvent bien être effectuées par la police dans le cadre de l'*enquête préliminaire*<sup>76</sup>. Mais, dans le cadre de cette procédure, la *perquisition* ne saurait en principe être coercitive. Ainsi, « les *perquisitions*, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées qu'avec « l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu », celui-ci devant être exprimé par une « déclaration écrite de la main de l'intéressé »<sup>77</sup> : la simple mention « lu et approuvé » précédant la signature apposée sur un document préétabli ne suffirait pas. Mais cet accord écrit, qui couvre la *perquisition* et les saisies qui seront éventuellement opérées, est irrévocable et ne peut donc être retiré en cours de *perquisition*.

Cependant, la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme permet, en cas de nécessité, de se dispenser de l'assentiment écrit de la personne, même dans le cadre de l'*enquête préliminaire*. Mais il faut alors que, sur requête du procureur de la République, le président du tribunal de grande instance ait autorisé cette *perquisition* par une décision préalable.

En deuxième lieu, dans le cadre d'une *enquête de flagrance*<sup>78</sup>, la *perquisition* peut être coercitive, et l'OPJ a donc le pouvoir de se dispenser de l'assentiment du chef de maison. Toutefois, ce dernier ou son représentant majeur, désigné par lui, doit être présent pendant tout le déroulement de l'opération.

Il en va de même, enfin, pour les *perquisitions* effectuées sur *commission rogatoire*. Il faut, en principe, que le juge d'instruction délivre une *commission rogatoire* spéciale pour l'opération envisagée. Mais il n'est pas légalement requis que le magistrat précise exactement le nom de la personne chez qui elle doit avoir lieu, ni son adresse exacte, du moins lorsque ces éléments de fait ne sont pas connus de façon certaine. En outre, une *commission rogatoire* d'ordre général peut légalement habiliter l'OPJ à *perquisitionner* partout où peuvent se trouver des objets propres à faire découvrir la vérité<sup>79</sup>.

75. Crim. 15 mars 1990, *Gaz. Pal.* 1990.2.Somm.507.

76. On rappelle que l'*enquête préliminaire* peut être conduite par la police sous la surveillance du procureur, quand elle a connaissance d'une infraction en dehors du cas du flagrant délit ou de toute *commission rogatoire*, laquelle est une délégation que le juge d'instruction peut délivrer à un OPJ lorsqu'une information judiciaire est ouverte, suite aux réquisitions du procureur ou au dépôt d'une plainte assortie de la constitution de partie civile par la victime de l'infraction.

77. Art. 76 c. pr. pén.

78. Sur le sens de cette notion et sur les conditions de mise en oeuvre de cette procédure, V. *supra* p. 289.

79. V. art. 94 c. pr. pén.

Si la perquisition doit avoir lieu au domicile de l'inculpé et si celui-ci est détenu, ce dernier doit être présent, sauf impossibilité ou refus, auquel cas l'OPJ désigne deux témoins en dehors des personnes placées sous son autorité. S'il n'est pas détenu mais libre et disponible, l'OPJ l'invite, lorsqu'il le peut, à y assister ou à se faire représenter. S'il est en fuite, l'OPJ désigne deux témoins. Si la perquisition a lieu ailleurs qu'au domicile de l'inculpé, le chef de maison du domicile perquisitionné est invité à y assister.

Certaines règles communes à ces trois types d'enquête doivent encore être respectées. Sur le plan des formes, l'OPJ a le droit de prendre connaissance des papiers ou documents avant de procéder à leur saisie, en provoquant « toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense »<sup>80</sup>. Les objets saisis doivent être « immédiatement » inventoriés et placés sous scellés, en ne conservant que ceux « utiles à la manifestation de la vérité ». Les opérations se font en présence du chef de maison, appelé à reconnaître les objets saisis et à s'expliquer à leur propos, le cas échéant. Un *procès-verbal* de ces opérations doit être dressé en principe sur le champ et signé par l'OPJ, par le chef de maison ou par les témoins.

Par ailleurs, la police ne peut agir que pendant les heures légales, c'est-à-dire seulement après six heures du matin et avant vingt et une heures. Il n'en va autrement que dans le cas général d'une « réclamation faite de l'intérieur » et des cas particuliers comme la lutte contre le proxénétisme<sup>81</sup> ou le trafic des stupéfiants<sup>82</sup>, ou encore lorsqu'est applicable l'un des régimes exceptionnels de restrictions des libertés, état de siège ou état d'urgence<sup>83</sup>. Sous l'empire de la loi du 15 janvier 1963 relative à la sûreté de l'État, la police pouvait également ne pas respecter ces heures légales lorsqu'elle agissait sur ordre des magistrats chargés de la poursuite ou de l'instruction près de la Cour de sûreté de l'État, que la gauche a supprimée en arrivant au pouvoir (loi du 4 août 1981).

## 2. L'exécution des mandats d'amener ou d'arrêt

Pour exécuter un *mandat d'amener* ou un *mandat d'arrêt* (qui consistent, le premier, à amener si besoin de force telle personne devant le juge, et le second, à l'appréhender et à la retenir provisoirement)<sup>84</sup>, les agents de la force publique peuvent également être

80. Art. 56-1 c. pr. pén. : par exemple, si la perquisition devait avoir lieu chez un avocat, elle ne pourrait être faite qu'en présence du bâtonnier de l'ordre des avocats. La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale (JO 5 janv. 1993, p. 215), art. 7 complète l'art. 56-1 c. pr. pén. en prévoyant que « les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier sont effectuées par un magistrat et en présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant ».

81. Art. 59 c. pr. pén. et art. 706-34 de ce même code tel qu'il résulte de l'art. 77 de la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale (JO 23 déc. 1992, p. 17568 et s.).

82. Art. L. 627 c. santé publ. et 706-28 c. pr. pén. tel qu'il résulte de l'art. 77 L. n° 92-1336, 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale (JO 23 déc. 1992, p. 17568 et s.).

83. Respectivement, L. 9 août 1849, art. 9, et L. 3 avr. 1955, art. 11.

84. On doit ici signaler que l'art. 16 de la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 modifie la rédaction de l'art. 78 c. pr. pén. de façon à obliger les personnes convoquées par un OPJ, dans le cadre d'une simple enquête préliminaire, à comparaître devant lui. Si cette obligation n'est pas satisfaite, le procureur, qui en est avisé, peut les y « contraindre par la force publique ». Il s'agit là d'une aggravation des pouvoirs de la police, passée pratiquement inaperçue (une telle obligation n'existait, en dehors de toute information judiciaire, qu'en cas de flagrance, dans les conditions prévues à l'art. 62 c. pr. pén.). S'il n'existe pas d'indice contre elles, elles ne peuvent être retenues que « le temps strictement nécessaire à leur audition ». Mais la loi ne fixe aucun maximum dans le temps, comme c'est le cas pour la garde à vue dont le délai est en principe de 24 heures. On ose à peine penser qu'une telle rédaction implique que, avant de répondre à la question de savoir s'il existe ou non des indices contre la personne considérée, la police dispose de toute latitude pour la retenir le temps qu'elle estimera nécessaire, et cela sans aucune garantie (si ce n'est celle de la rédaction d'un *procès-verbal* dans les conditions prévues à l'art. 62) ! D'une façon générale, on s'étonne qu'il ne se soit pas trouvé 60 députés ou 60 sénateurs — ou encore un président d'assemblée parlementaire — pour soumettre cette loi au contrôle du Conseil constitutionnel.

conduits à pénétrer dans un domicile. Mais alors il ne s'agit plus de perquisition — laquelle tend à découvrir des objets —, et ce sont d'autres conditions qui s'appliquent.

Il faut donc d'abord, par hypothèse, un mandat du juge d'instruction ou, en cas de flagrance, du procureur. Cependant, par lui-même, un tel mandat ne permet pas la perquisition, ni même la fouille à corps-perquisition, mais seulement la palpation de sécurité<sup>85</sup>. S'appliquent également les limites des heures légales pour pénétrer dans un domicile.

## B. — *Le véhicule*

Le véhicule est quelquefois assimilé à un domicile par certaines juridictions. D'une façon générale, le Conseil constitutionnel a rejeté cette assimilation à propos de la loi sur les fouilles de véhicules<sup>86</sup> : il ne voit dans la fouille coercitive du véhicule qu'une atteinte à une manifestation de la liberté individuelle. La Cour de cassation également rejette en principe cette assimilation<sup>87</sup> ; mais elle réserve le cas des véhicules qui constituent de véritables domiciles (caravanes, camping-cars, roulottes, etc.) : s'appliquent alors naturellement les règles envisagées à propos du domicile.

En dehors de cette hypothèse, le véhicule n'est pas considéré comme un lieu privé ; il ne bénéficie donc pas de la protection générale reconnue à la vie privée. Ainsi, ne commettent pas d'atteinte à la vie privée les policiers qui photographient une personne se trouvant dans son véhicule sur la voie publique<sup>88</sup>.

Mais cela ne signifie pas pour autant que la police puisse sans conditions s'ingérer dans l'exercice de cette forme de la liberté individuelle : elle le peut donc, mais seulement sous certaines conditions.

Un contresens est souvent commis à propos de la décision du Conseil constitutionnel ayant condamné la loi instituant, au profit de la force publique, le pouvoir de fouiller les véhicules : contrairement à l'interprétation qu'en donnent certains, ce n'est pas la fouille des véhicules qui est en elle-même contraire à la Constitution (car, alors, bien d'autres pouvoirs d'ingérence dans les données d'ordre personnel seraient inconstitutionnels) : seules l'étaient, dans la loi déferée au Conseil constitutionnel, les modalités selon lesquelles ce pouvoir pouvait être exercé. En effet, la décision du 12 janvier 1977 condamne le fait que le législateur, en ne précisant pas lui-même suffisamment les conditions dans lesquelles les OPJ étaient autorisés à procéder aux fouilles, leur laissait en réalité un pouvoir discrétionnaire pour déterminer eux-mêmes ces cas et conditions, alors qu'est en cause la liberté individuelle, de sorte que le législateur, en refusant d'exercer sa compétence dans ce domaine qui est le sien propre, commettait une sorte d'incompétence négative.

Il faut en déduire que ce pouvoir pourrait être institué sans se voir nécessairement condamné par le Conseil constitutionnel, même si, en fait, le gouvernement a renoncé à déposer un nouveau projet de loi conforme aux exigences énoncées par la Haute instance.

En outre, cette décision du juge constitutionnel n'empêche pas qu'il subsiste, en droit positif français, plusieurs dispositions légales, assez nombreuses, permettant à la force publique de procéder à la fouille des véhicules<sup>89</sup>. Et ces lois demeurent applicables même si certaines, examinées de façon un peu critique, s'avèreraient sans doute

85. V. *supra* note 25.

86. Cons. const. n° 76-75 DC, 12 janv. 1977, Fouilles de véhicules, V. L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 6<sup>e</sup> éd. 1991.

87. Crim. 8 nov. 1979, D. 1980. *Chron.* 102, *Bull. crim.* n° 311, *JCP* 1980.II.19337, obs. J. Dayla.

88. Lyon, 10 févr. 1982, cite par A. Decocq et alii, *op. cit.* p. 55, note 8.

89. Une liste a naguère été dressée : V. *BO min. Intérieur*, 19 janv. 1977, n° 57.

contraires aux principes constitutionnels<sup>90</sup>. Cela s'explique par le fait que le Conseil constitutionnel ne contrôle que les lois non encore promulguées, et non pas celles qui le sont déjà. En effet, n'a pas encore été adopté le projet de révision de la Constitution, permettant de soulever, devant les juridictions chargées de l'application des lois, l'exception de leur inconstitutionnalité, que le Conseil constitutionnel serait naturellement compétent pour examiner sur renvoi de ces juridictions<sup>91</sup>.

En toute hypothèse, si certaines de ces lois apparaissaient contraires à telle convention internationale, en particulier à la Convention européenne des droits de l'homme, ces juridictions seraient en droit, comme on le sait<sup>92</sup>, de ne pas les appliquer.

La fouille des véhicules est en principe interdite dans le cadre d'une opération de police d'ordre ou police administrative, c'est-à-dire en dehors de l'hypothèse de toute infraction réelle ou présumée. Toutefois, certains agents spécialisés peuvent avoir reçu ce pouvoir, sur la base de textes particuliers dont il faudrait examiner la constitutionnalité ou, de façon plus utile, la conventionnalité<sup>93</sup>.

Le principal cas général permettant de fouiller les véhicules est celui de l'enquête de police judiciaire. Dans ce cadre et singulièrement dans celui de l'enquête de flagrance, la jurisprudence admet les fouilles de véhicules ; mais encore faut-il que les conditions de la flagrance soient effectivement remplies<sup>94</sup>. Ainsi, un simple excès de vitesse ne constitue qu'une contravention ; et une telle infraction, même venant de se commettre, ne justifie pas la mise en oeuvre des pouvoirs propres à l'enquête de flagrance<sup>95</sup>.

Dès lors qu'il ne s'agit pas d'un domicile, les dispositions protectrices prévues pour un tel lieu ne trouvent pas toutes à s'appliquer à ce type de perquisitions : c'est le cas en particulier de celles intéressant les heures légales. En revanche, comme pour les autres fouilles ou perquisitions, seuls les OPJ à compétence générale ont ce pouvoir, mais non les OPJ à compétence spéciale, tels ceux qui sont habilités à demander aux conducteurs leur permis de conduire ou les documents administratifs de leur véhicule<sup>96</sup>. Ce serait d'ailleurs un détournement de procédure que de profiter par exemple d'une interpellation motivée par un excès de vitesse — que peuvent constater ces OPJ à compétence spéciale —, pour faire opérer à cette occasion une fouille du véhicule par des douaniers — qui eux ont normalement ce droit pour chercher des marchandises irrégulièrement importées — destinée à trouver un détecteur de radar<sup>97</sup>.

On recommande de procéder pareillement à la mise sous scellés des objets saisis dans un véhicule.

90. V. Cons. const. 29 déc. 1983, Perquisitions fiscales, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 36, et les réf. notamment *JCP* 1984.II.20160, note R. Drago et A. Decocq.

91. Le premier projet de révision constitutionnelle, de 1990, avait été retiré suite à l'impossibilité d'obtenir un vote en termes identiques de la part de l'Assemblée et du Sénat (celui-ci, acceptant cette révision, mais en ajoutant au texte d'autres révisions jugées inacceptables par l'Assemblée). Mais cette proposition de révision a été, depuis lors, reprise par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution (rap. 15 févr. 1993, *JO* 16 févr. 1992, p. 2537), puis par l'un des deux projets de lois de révision de la Constitution adoptés par le Conseil des ministres du 10 mars 1993 (V. E. Picard, *Les propositions du Comité consultatif pour la révision de la Constitution et le droit administratif*, à paraître in *JCP* 1993.éd.G. n° 13, Actualités).

92. V. *supra* Introduction générale.

93. V. l'art. 61 c. douanes ; l'art. L. 20 c. postes ; l'art. 1854 et s. CGI. Mais des textes législatifs plus récents se sont efforcés d'augmenter les garanties des personnes visées au regard des exigences constitutionnelles : V. art. 80 L. n° 86-1317, 30 déc. 1986 ; pour les infractions relatives aux télécommunications, V. L. n° 90-1170, 29 déc. 1990, modifiée par celle n° 91-648, 11 juill. 1991.

94. Crim. 8 nov. 1979, *D.* 1980.Chron. 102, *Bull. crim.* n° 311, *JCP* 1980.II.19337, obs. J. Davia ; à propos d'une enquête de flagrance pour enlèvement de personnes.

95. Crim. 19 déc. 1989, *Souchal*, *Dr. pénal.* févr. 1990, n° 69, *JCP* 1990.II.21531, note Chambon.

96. Art. L. 23 c. route.

97. Crim. 19 déc. 1989, *Souchal*, préc.

## C. — Les communications

Les communications avec les tiers sont une des données personnelles susceptibles d'intéresser la police. On peut ici distinguer deux sortes de communications plus particulièrement intéressantes car la police est matériellement en mesure d'en détecter l'existence et le contenu : ce sont les correspondances postales et les conversations téléphoniques.

### 1. Les correspondances postales

La liberté de correspondance est considérée comme une manifestation de la liberté individuelle et, comme telle, une liberté fondamentale : l'autorité publique doit donc en principe la respecter, sauf à commettre une illégalité et à engager sa responsabilité.

Dans le cas d'une atteinte manifeste à cette liberté, comme par exemple celui d'une saisie de correspondance en dehors d'un pouvoir qui aurait été conféré par la loi, l'acte de l'Administration qui la déciderait avec une menace précise d'exécution, ou l'exécuterait, serait considéré comme une *voie de fait*<sup>98</sup>. La voie de fait constitue une forme aggravée d'illégalité. Elle rend les juridictions judiciaires compétentes pour la constater — au même titre que les juridictions administratives, normalement seules compétentes puisque l'acte émane de l'Administration ; et, surtout, elle les rend compétentes — à l'exclusion des juridictions administratives — pour en réparer les conséquences dommageables, y mettre fin et, mieux encore, la prévenir au besoin par une injonction juridictionnelle de faire ou de ne pas faire, délivrée à l'Administration, pouvoir tout à fait dérogoratoire aux privilèges habituels que le droit administratif reconnaît à la puissance publique.

Il est donc clair que, en dehors de l'application de textes particuliers qui permettent la saisie des correspondances méconnaissant le monopole postal pour certains objets, la puissance publique ne saurait opérer une telle soustraction des lettres ou paquets postaux, et surtout pas pour en déceler le contenu.

Toutefois, la question est ouverte de savoir si la saisie de correspondance postale est possible dans le cadre du pouvoir dont dispose l'OPJ agissant dans le cas d'une *enquête de flagrance*, de requérir « toutes personnes qualifiées » pour procéder à des « constatations qui ne peuvent être différées »<sup>99</sup>.

On entend par saisie de correspondance postale, la saisie d'objets se trouvant entre les mains de la poste, et non ceux qui, n'étant pas encore confiés à la poste, ou étant déjà livrés par cette dernière se trouveraient déjà en possession de leurs destinataires. Ces objets doivent être considérés comme objets ou documents ordinaires susceptibles d'être saisis dans le cadre d'une perquisition, avec les relatives garanties de transparence, de publicité et de formalisme qui sont celles de cette procédure. Ici, au contraire, l'expéditeur et son correspondant ne sont nullement mis en cause dans celle qui est envisagée : il s'agit autant d'une réquisition postale que d'une saisie postale, car, en raison des conditions matérielles dans lesquelles celle-ci est réalisée, il est nécessaire à la police judiciaire de requérir un agent de la poste pour obtenir l'objet ou le document qu'il contient.

Mais, ce qui est en cause, ce n'est pas tant la possibilité de requérir les agents de la poste, — qui doit effectivement être reconnue comme légale par application de l'article 60 du code de procédure pénale —, que de savoir quels actes il est possible de leur demander d'accomplir et d'exécuter à leur suite : ces agents peuvent-ils être requis sim-

98. V. Crim. 22 janv. 1953, *Randon et autres*, D. 1953.109, à propos de rétention volontaire, dans un bureau de poste, en période électorale, d'affiches de propagande expédiées comme des correspondances postales.

99. Art. 60 c. pr. pén.

plement pour constater le dépôt ou la réception par telle personne de tel objet — ce qui est une chose correspondant assez exactement à la notion de « réquisition postale » —, ou est-il possible de leur demander, en plus, de livrer l'objet à l'autorité judiciaire — ce qui correspond à un autre pouvoir, constituant une certaine forme de saisie ?

Mais est-il possible à l'autorité judiciaire — toujours dans ce même cadre légal qui manifestement ne prévoit pas expressément une telle prérogative —, de subtiliser l'objet ou même d'ouvrir directement la correspondance — ce qui constitue un autre degré d'ingérence dans la liberté ?

On peut aussi imaginer que, après ouverture de la correspondance et photocopie éventuelle, la police judiciaire la rende le cas échéant à la poste, à l'insu de l'expéditeur et du destinataire : ce ne serait pas, là non plus, véritablement une saisie, puisque les conditions qui en garantissent la régularité et l'honnêteté n'en seraient pas réunies, mais bien plutôt un quasi-stratagème, dont la régularité est encore plus sujette à caution.

Toutes ces questions sont assez mal réglées : certaines décisions de jurisprudence considèrent que, compte tenu de sa gravité, la saisie de correspondance ne saurait être regardée comme une mesure d'instruction, et par conséquent ne pourrait être légale à aucune condition. Mais quelques auteurs estiment que ces saisies devraient être admises, du moins dans des affaires d'une particulière gravité (par ex. rapt de mineur), après que l'OPJ en ait référé au procureur<sup>100</sup>.

Cette solution est peut-être opportune en fait ; mais elle ne paraît pas découler de la loi, ou alors celle-ci paraît bien contestable sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, si l'on en juge par la jurisprudence de la Cour qui a précisément condamné l'ancienne pratique française des écoutes téléphoniques, assez semblable en fait, et qui ne paraissait pas mieux fondée en droit.

Quoi qu'il en soit, la *réquisition bancaire* dans le cadre de la *procédure de flagrance* — qui met en valeur des secrets d'une autre nature (peut-être moins bien considérés au regard des valeurs actuelles) — est admise en droit positif<sup>101</sup>. La loi du 12 juillet 1990 a d'ailleurs apporté d'assez grandes dérogations au secret bancaire afin de lutter contre le « blanchiment » de « l'argent sale », c'est-à-dire provenant des trafics de drogue, de proxénétisme, etc. Ainsi, notamment, les professionnels doivent déclarer eux-mêmes à l'Administration les opérations qu'ils estiment suspects.

Mais, dans le cadre d'une *commission rogatoire*, la saisie de correspondance paraît certainement moins condamnable, du fait précisément de l'intervention d'un magistrat indépendant, le juge d'instruction, qui a reçu de la loi le pouvoir de faire procéder, sur la base de l'article 81 du code de procédure pénale, « à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

## 2. Les conversations téléphoniques

Le droit français des écoutes téléphoniques constitue un exemple remarquable de l'influence pratique en France qu'a pu exercer le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, d'abord sur le juge puis sur le législateur.

Tout d'abord, au regard de la jurisprudence adoptée en la matière par la *Cour européenne de Strasbourg* — et, sans doute, compte tenu de la perspective d'une condamnation alors imminente de la France sur ce point —, la *Cour de cassation* avait fini par récuser cette vieille pratique policière, ou tout au moins par en indiquer les conditions et les limites : elle se voyait complètement *interdite dans le cadre de l'enquête préliminaire*<sup>102</sup>.

100. V. A. Decocq, *op. cit.* § 625, p. 303.

101. Sur la base de l'art. 56 c. pr. pén. et de l'art. 30-12° c. pén. (V. A. Decocq, *op. cit.* § 630, p. 306).

102. Ass. plén. 24 nov. 1989, *Baribeau*, comm. P. Kayser et T. Renoux, *Rev. fr. dr. const.* n° 1, 1990.139 ; V. aussi J. Pradel, *Écoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme*, *D.* 1990.*Chron.* 15.

Puis, par des arrêts *Kruslin* et *Huwig* du 24 avril 1990, la Cour européenne des droits de l'homme a effectivement condamné la France, dans la mesure où son droit relatif à la question violait l'article 8 de la Convention européenne<sup>103</sup> : en effet, si, comme l'exige cet article, l'ingérence avait bien une base légale, tirée de l'article 81 du code de procédure pénale, le droit français, selon la Cour, n'indiquait pas « avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré » ; elle en déduisait cette conséquence que la personne visée par l'écoute ne pouvait pas jouir « du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique ». Aussitôt, la Chancellerie publiait une circulaire du 27 avril 1990<sup>104</sup> ; mais, surtout, en réponse à la décision de Strasbourg, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rendait le 15 mai 1990 un arrêt *Bacha Baroude* qui précisait assez nettement – en démarquant presque l'arrêt de la Cour européenne – les modalités selon lesquelles cette technique policière pouvait le cas échéant être admise au regard des droits français et européen<sup>105</sup>.

Selon cet arrêt, qui a donc exprimé le dernier état du droit positif en la matière avant la réforme législative intervenue ensuite (et qu'il importe toujours de connaître pour se prononcer sur d'autres formes semblables d'ingérence), l'interception d'une communication téléphonique à l'insu des correspondants n'était légale qu'à la condition d'être ordonnée par le juge d'instruction dans le cadre d'une information judiciaire. Le fondement légal d'une telle mesure pouvait résider simplement dans l'article 81 du code de procédure pénale, déjà cité, qui donne à cette autorité judiciaire – et à elle seulement – le pouvoir de prescrire « tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

Un officier de police judiciaire ne pouvait donc y procéder que sur la base d'une commission rogatoire, et donc sous le contrôle du juge d'instruction, mais certainement pas de sa propre initiative, même dans le cadre d'une enquête de flagrance, et encore moins dans le cadre d'une enquête préliminaire. Cette écoute ne pouvait donc être effectuée que sur présomption d'une infraction déterminée de nature à entraîner l'ouverture d'une information. En outre, seules certaines infractions pouvaient justifier qu'il y soit recouru : il fallait « un crime ou toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public », et à condition encore qu'il ne fût pas possible d'en rapporter la preuve par d'autres moyens. L'interception devait également être effectuée de façon passive, autrement dit *sans ruse ni stratagème* qui consisteraient, par exemple, pour la police, à se faire passer pour un complice et à intervenir dans la conversation.

Enfin, pour se conformer à la jurisprudence européenne, la Cour de cassation décidait que le juge d'instruction devait prévoir une limite dans le temps aux écoutes prescrites ; il devait aussi définir les modalités de retranscription ; les bandes devaient être placées sous scellés et lui être adressées ; le juge et les parties devaient être en mesure de contrôler contradictoirement la retranscription ; les enregistrements devaient être détruits en cas de non-lieu ou de relaxe.

La Commission « Justice pénale et droits de l'homme » fut saisie de la question d'une modification de la législation française en la matière. Et une loi du 10 juillet 1991 est en-

103. V. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd. 1991, p. 252 ; V. aussi les comm. de G. Cohen-Jonathan, *Rev. univ. des droits de l'hom.* 31 mai 1990, vol. 2, n<sup>o</sup> 5, p. 185 et J. Pradel, *D.* 1990.353. V. aussi : J. Pradel, *Les écoutes téléphoniques judiciaires : un statut en voie de formation*, *Rev. fr. dr. adm.* 1991.83 et J.-F. Flauss, *Écoutes téléphoniques : le point de vue de Strasbourg*, *Rev. fr. dr. adm.* 1991.89 ; P. Kayser, *La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques*, *D.* 1991, n<sup>o</sup> 3, 17 janv. 1991, p. 17.

104. *Rev. univ. des droits de l'hom.* 31 mai 1990, vol. 2, n<sup>o</sup> 5, p. 221.

105. V. l'article de J. Pradel préc. *Rev. fr. dr. adm.* 1991.83, *JCP* 30 mai 1990, n<sup>o</sup> 22, *Actualités*, *D.* 26 juill. 1990, n<sup>o</sup> 27, *Chron.* XXXII de R. Koering-Joulin.

fin venue régler l'ensemble de la question, en reprenant de nombreux principes ou règles exposés ci-dessus<sup>106</sup>.

La loi distingue deux sortes d'écoutes téléphoniques : celles dites « interceptions de sécurité », qui s'analysent comme des écoutes de police d'information ou de police administrative, pouvant toujours se transformer en opérations de police judiciaire, en cas de découverte d'une infraction ; et celles présentées comme « interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire », c'est-à-dire exécutées au titre de la police judiciaire.

Les premières doivent être autorisées, à titre exceptionnel, par une décision écrite et motivée du Premier ministre lui-même, prise sur proposition également écrite et motivée d'un des ministres intéressés, chargé de la Défense, de l'Intérieur ou des Douanes. Leur but doit être de rechercher « les renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées, ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combats et les milices privées »<sup>107</sup>.

Par ailleurs, la loi entend limiter l'importance quantitative de ces écoutes en fixant un nombre maximum d'interceptions pratiquées à la fois, en répartissant des contingents entre les différents demandeurs habilités, et en fixant une durée de validité maximale dans le temps de chaque autorisation.

La loi prévoit aussi certaines garanties relatives à l'exploitation des écoutes et à la destruction des enregistrements. Une « nouvelle autorité administrative indépendante » est instituée, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Sa mission est de contrôler la régularité des écoutes. Mais ses pouvoirs se voient soigneusement limités, puisqu'elle ne peut adresser au Premier ministre qu'une recommandation. La répression pénale des écoutes illicites se trouve enfin renforcée<sup>108</sup>.

Les interceptions judiciaires font désormais l'objet de dispositions spéciales incorporées aux articles 100 à 100-7 du code de procédure pénale.

Elles peuvent être ordonnées par le juge d'instruction, si « les nécessités de l'instruction l'exigent » mais seulement en matière criminelle ou correctionnelle et à condition que la peine encourue soit au moins de deux ans d'emprisonnement. Ainsi, comme le voulait la Cour européenne, l'OPJ ne peut l'ordonner même en cas de flagrant délit.

Les opérations que le juge prescrit — d'interception, d'enregistrement et de transcription — sont effectuées sous son « autorité » et son « contrôle ». Il peut aussi recueillir auprès des services de télécommunications toutes informations ou documents nécessaires. Cette possibilité lui permet, le cas échéant, d'obtenir des renseignements figurant dans un fichier, sans que soit opposable l'infraction de détournement de finalité réprimé par la loi du 6 janvier 1978.

Quelques garanties sont en partie communes à celles applicables aux écoutes administratives, notamment les sanctions pénales frappant les écoutes illégales. Mais certaines sont spécifiques : la décision d'interception est écrite ; elle doit comporter tous les éléments permettant d'identifier la liaison à intercepter, l'infraction qui la motive et la durée de l'autorisation, qui ne peut excéder quatre mois, renouvelables ; mais « elle n'a pas de caractère juridictionnel », ce qui se conçoit car elle ne saurait guère être prise contradictoirement. Plus étonnant est le fait que la loi en fait une décision insusceptible de recours.

106. V. P. Kayser, La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, *JCP* 1992.I.3559 et J. Pradel, Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications (comm. L. n° 91-646, 10 juill. 1991), *D.* 1992.Chron. 49.

107. Art. 3.

108. Art. 186 c. pén et art. 226-15 nouv. c. pén.

Le juge d'instruction ou l'OPJ doit dresser procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement, en indiquant leurs date, heure et durée, tandis que les enregistrements doivent être placés sous scellés fermés. La « correspondance utile à la manifestation de la vérité » fait l'objet d'une transcription, versée au dossier. A l'expiration du délai de prescription pénale — qui est en principe de dix ans pour les crimes et de trois ans pour les délits — les enregistrements sont détruits, cette opération étant réalisée à la diligence du procureur et constatée par procès-verbal. Enfin, les écoutes des lignes dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile ne peuvent avoir lieu sans que le bâtonnier en soit averti par le juge d'instruction<sup>109</sup>.

\*

\* \*

Si l'on devait, en conclusion, dresser un bilan de l'évolution depuis une dizaine d'années du droit français applicable à la matière, il semble que pourraient être dégagées deux tendances générales, l'une relative à ses sources, l'autre à son contenu, la portée de ces deux orientations dépassant d'ailleurs largement le sujet.

En effet, il apparaît que les juges de l'application de la loi, juge judiciaire ou juge administratif, tendent à perdre le rôle assez éminent qui était le leur lorsqu'ils devaient régler eux-mêmes l'ensemble des questions soulevées par les pratiques policières traditionnelles, qui ont toujours eu une propension à se développer en marge de la loi, ou celles plus récentes destinées à faire face aux nombreuses difficultés provoquées par les nouvelles formes de délinquance ou les nouvelles technologies.

Désormais, l'acuité des problèmes de libertés et de police, la sensibilité politique plus grande à leur égard de l'opinion publique, la conviction plus largement partagée de l'infinie malléabilité des règles de droit, due en partie à la perte d'autonomie du Droit par rapport au Politique — et peut-être une certaine dégradation du statut et de la confiance accordée aux juges — ont contribué à développer en cette matière un vaste mouvement législatif.

Ce sont donc des lois, maintenant assez nombreuses, qui réglementent avec une relative clarté et précision par exemple les contrôles et vérifications d'identité, les écoutes téléphoniques, la lutte contre le blanchiment des capitaux, les conditions de constitution et d'utilisation des fichiers informatiques...

Ce n'est pas à dire que toutes ces lois s'avèrent parfaites et que le rôle du juge est nul : d'abord, même si leur influence est très souvent ignorée de l'opinion et de ceux qui la forment, en particulier des journalistes, voire des hommes politiques français qui n'ont généralement plus la même culture juridique que sous les Républiques précédentes, les juridictions ont fortement contribué à la formation des quelques principes sur lesquels reposent ces nouvelles législations, que ce soit le juge judiciaire (par exemple pour les contrôles d'identité ou les écoutes téléphoniques) ou le juge administratif (par exemple pour les fichiers).

Ensuite, malgré cette influence, il subsiste d'assez graves lacunes ou incertitudes dans certaines lois, notamment celle relative aux contrôles d'identité. Et si les retouches législatives sont fréquentes, ce n'est pas seulement en raison des alternances politiques, mais aussi à cause de la mauvaise rédaction ou conception de certains articles. Ces défauts tiennent aussi souvent au fait que, en dépit de très notables exceptions, ces lois ne sont pas toujours rédigées ou amendées par les personnes qui, en raison de leurs compétences ou de leur expérience, pourraient trouver les formules les plus aptes à éviter les difficultés contentieuses.

Il en résulte quelquefois des jurisprudences à nouveau aussi nécessaires qu'incertaines, voire contradictoires, en particulier quant aux conditions justifiant les contrôles

109. Art. 100-7 c. pr. pén.

d'identité préventifs, ou quant aux possibilités de contrôler celle des étrangers sans retenir aucun élément subjectif d'extranéité (cette dernière notion, comme celle de prévention des atteintes à l'ordre public donnent lieu aujourd'hui à toutes sortes d'interprétations jurisprudentielles).

De plus, la réglementation par la voie législative est loin d'apparaître comme achevée. Comme on l'a suggéré, certaines questions restent à régler par le législateur, par exemple celles des saisies de correspondances postales ou des fouilles de véhicules. On pourrait aussi souhaiter qu'il vienne entourer les perquisitions de plus grandes garanties.

Et, de toute façon, même pour les interventions policières à propos desquelles il est intervenu, le législateur n'a certainement pas relégué la source jurisprudentielle à un rôle négligeable. C'est même le contraire qui apparaît si l'on tient compte de deux autres facteurs.

Le premier réside en cela que les lois font désormais l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, presque systématique quand il s'agit de liberté — avec cependant les notables et très regrettables exceptions des dernières lois pénales et de procédure pénale de 1992 et 1993. Or ce contrôle est évidemment effectué par des juges, ceux du Conseil constitutionnel. Et ces derniers statuent certes au regard de normes constitutionnelles écrites ; mais, eu égard au fait que ces normes sont souvent lacunaires, obscures, riches d'implications ou quelquefois contradictoires, les normes appliquées sont en réalité largement prétoriennes, quoi qu'en disent ces juges. Ainsi, là où les vides légaux contribuaient à transformer les juridictions judiciaires ou surtout administratives en « législateurs secondaires », le développement actuel du rôle du législateur s'est accompagné de l'apparition d'un autre juge qui, par la force des choses, se pose en constituant secondaire.

Certaines prétendent que la démocratie n'y a pas gagné. Rien n'est moins certain, car la démocratie ne dépend pas seulement de la source du pouvoir, mais aussi de ses modalités d'exercice et de contrôle au fond, en particulier à propos des libertés.

En outre, un second facteur renforce le rôle des juges : au cours de ces dernières années, le centre de gravité de la matière des libertés et des pouvoirs de la police n'est pas simplement passé des juges de l'application de la loi au législateur lui-même, puis de celui-ci au juge de la constitutionnalité des lois, mais aussi et surtout, en cette matière des droits fondamentaux, du législateur national au législateur international, puisque la prégnance des conventions internationales, et spécialement de la Convention européenne des droits de l'homme, est devenue considérable en droit français.

Plus encore, ce centre de gravité se trouve maintenant du côté des juges de l'application des conventions internationales et singulièrement de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est elle, en effet, dont dépend, en dernier ressort, la sanction de ces droits fondamentaux ; et elle les définit, au demeurant, d'une façon très constructive. Ainsi, le Conseil constitutionnel lui-même se trouve, dans une certaine mesure, sous la dépendance de la Cour européenne de Strasbourg car, même s'il prétend toujours ne pas contrôler la conventionnalité des lois dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité, il ne saurait guère refuser d'en tenir compte pour absoudre une loi française qui méconnaîtrait la Convention européenne. Sinon, il risquerait de contribuer à faire condamner la France pour violation de cette convention et ruinerait son crédit de défenseurs des droits et des libertés.

Mais, par un retournement qui peut paraître étonnant, ce phénomène n'est nullement de nature à diminuer le rôle et la place des juridictions internes d'application des lois. En effet, selon l'économie et l'esprit de la Convention européenne elle-même, les juges de droit commun de la conventionnalité sont les juges nationaux. Cela résulte du double effet d'une part du caractère directement applicable de la Convention dans les ordres juridiques internes et, d'autre part, de la règle de l'épuisement des voies de recours interne qui doivent invoquer la violation de cette norme internationale avant

toute saisine des instances de Strasbourg. Ainsi, si la source de la matière s'est déplacée vers le cœur de l'Europe, les juges ordinaires retrouvent, par ce détour, une place primordiale.

Elle est même plus importante qu'auparavant car, sur le fondement d'une incompatibilité de la loi interne avec la Convention, ils peuvent désormais écarter celle-là au profit de celle-ci : ils sont donc appelés — et les praticiens les y pressent instamment — à exercer un contrôle de la loi, ce qui eût été inconcevable naguère.

Or ce contrôle est revêtu d'une grande importance, au moins de principe : en effet, dès lors que les droits fondamentaux consacrés par la Convention sont pratiquement les mêmes que ceux reconnus par les normes constitutionnelles, écrites ou quelquefois non écrites, tout se passe comme si, sous couvert d'un contrôle de conventionnalité, les juridictions de l'application de la loi pouvaient se livrer à un contrôle de la constitutionnalité de la loi. A la limite, si le phénomène se développe, il deviendrait inutile, au moins pour ce qui concerne les questions relevant du champ d'application de la Convention, de réaliser la révision constitutionnelle consistant à renvoyer au Conseil constitutionnel les exceptions d'inconstitutionnalité des lois déjà promulguées qui seraient soulevées devant les juridictions chargées de l'application des lois.

Cette situation s'assortit d'un autre phénomène, qui en est aussi bien la cause que la conséquence et qui touche autant à la question des sources du droit qu'à celle du fond du droit, sinon à la nature même du droit : la perspective d'une remise en cause des lois par les juges ordinaires, au nom des droits fondamentaux et de principes mi-constitutionnels mi-conventionnels, tend à accréditer et à banaliser cette idée que ces droits et ces principes, qui bien souvent s'analysent en réalité comme des valeurs en voie de juridicisation, constitueraient de véritables sources de droit — sinon du droit — directement applicables aux situations litigieuses, au besoin malgré les lois. Cela est naturellement totalement contraire aux présupposés positivistes et volontaristes de notre système juridique et renoue même avec une sorte de jusnaturalisme qui voudrait se subordonner les lois.

La prise en considération des droits fondamentaux comme source de droit, directe et prééminente, relève de cette tendance plus générale d'un retour du Droit ou d'un retour au Droit comme instance de recours, par opposition ou Politique, au Social, à l'Economique, qui ont démontré leurs limites en France et ailleurs, en Europe de l'Est notamment et dans certaines parties du monde entier.

Ce phénomène s'avère évidemment très favorable à la protection des personnes contre les entreprises de la police. Mais il ne laisse pas de surprendre car il comporte certains paradoxes, et il ne lève pas toutes les contradictions de fond que comportent ces principes ou règles de droit dans leur contenu.

Ce qui étonne est qu'il se produise en même temps qu'une relative perte d'autonomie du Droit par rapport au Politique, soulignée plus haut lorsqu'on montrait, à propos des sources de cette matière, que le Politique — à l'initiative le plus souvent de l'Exécutif — ose se mêler de régler, au nom des droits fondamentaux, de points qui étaient jusque-là abandonnés — ou réservés — aux juges, tenus pourtant pour les gardiens désignés de la liberté à l'encontre du Pouvoir, en particulier exécutif.

Et cette redistribution des rôles dans les initiatives, cette remise en ordre dans la hiérarchie des sources normatives, débouchent en définitive sur un renforcement de la prééminence des droits et donc du Droit.

Or cela est d'autant plus remarquable que, à l'occasion de ces réformes législatives, la police, au fond, a gagné la reconnaissance en droit des pouvoirs qu'elle s'était jusqu'alors accordés en fait (écoutes téléphoniques, contrôles d'identité, traitement sur fichiers, convocation coercitive des témoins dans le cadre de l'enquête préliminaire). En

compensation, les garanties des droits qui assortissent la légalisation de ces pouvoirs ont été généralement bien renforcées.

Mais ce qui frappe enfin est que la conciliation de ces droits et de ces pouvoirs n'est pas toujours assurée de façon cohérente. Cela tient en partie à ce que les valeurs en cause, dont on voudrait pourtant faire des normes juridiques directement applicables, sont éminemment sensibles et que leur hiérarchie est mal établie ou fait même l'objet de profonds dissensus.

Ainsi, les incertitudes et les variations jurisprudentielles évoquées plus haut proviennent fréquemment de ce que aussi bien les auteurs de la loi que les juges eux-mêmes n'ont pas levé toutes les contradictions de fond qui les habitent en matière de police et de liberté, ni établi toute la lumière sur des données paradoxales : comment, par exemple, concilier aisément les principes de la séparation des pouvoirs constitutionnels et des autorités judiciaires et administrative, d'une part, et d'autre part, le principe qu'exprime la formule maintes fois répétée comme une incantation — et insuffisamment vérifiée — selon laquelle « le juge judiciaire est le gardien de la liberté individuelle » ? Il faudra bien admettre un jour et tirer les conséquences en droit positif de ce que le juge administratif peut être un aussi bon gardien des libertés que le juge judiciaire, comme l'a d'ailleurs déjà considéré le Conseil constitutionnel.

Pour prendre un autre exemple de ces contradictions, comment lutter contre la transmission du Sida si l'on ne veut surtout pas restreindre l'exercice des libertés par lesquelles le fléau se développe ?

Par ailleurs, comment faire pour lutter, comme on dit le vouloir, contre l'immigration clandestine si l'on répugne néanmoins à contrôler les titres de séjour des étrangers ? Comment, dans le but louable d'empêcher les agents de procéder à des « contrôles au faciès », leur imposer de reconnaître un étranger à des « signes objectifs d'extranéité », c'est-à-dire qui ne tiennent compte ni de la langue, ni du costume, et encore moins de la couleur de la peau ? Faut-il reconnaître un étranger sans le regarder ni sans l'entendre ? N'y a-t-il pas, au demeurant, derrière ces bonnes intentions un peu brouillonnes, une sorte de racisme à rebours qui consisterait à raisonner comme si tenir compte du fait qu'une personne porte, par exemple, une gandoura, parle arabe ou a la peau noire revenait à prendre en considération des marques d'infamie ? C'est aussi, semble-t-il, en voulant nier ces différences — au motif qu'elles sont malheureusement pour certains une occasion de discrimination — qu'on tend à les considérer ou à les faire considérer comme des tares. Quand il s'agit de contrôler les documents d'un commerçant forain, faut-il faire semblant de ne pas voir qu'il est commerçant, en ne s'intéressant qu'à des éléments extérieurs à lui-même ? Pourtant, il n'est pas plus honteux d'être commerçant qu'étranger. Et c'est le racisme lui-même qui devrait être mieux combattu, par le droit et la politique sans doute, mais mieux encore par les moeurs et l'éducation.

Ces exemples attestent simplement que, dans un Etat de droit, le droit n'est pas tout, qu'il lui faut non seulement reposer sur des valeurs favorables à l'homme, à ses droits et libertés, mais encore que ces valeurs, parce qu'elles ne sont pas suffisamment formalisées, ne sauraient tenir lieu de règles de droit.

## A. CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

### I. Droit pénal général

Bernard BOULOC

*Professeur à l'université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)*

#### 1. *Indifférence du mobile*

Si l'on reproche au droit pénal classique de retenir une conception abstraite de l'intention, alors que, pour la punition, notre droit admet largement une individualisation de la sanction, il faut bien convenir que la prise en compte du mobile conduirait à légitimer de très nombreuses actions et donc à rendre inutile le droit pénal. Aussi bien, il n'est pas étonnant que, par un arrêt du 8 janvier 1992 (*Bull. crim.* n° 5), la Chambre criminelle ait rappelé que le vol était constitué quel que soit le mobile ayant inspiré l'auteur. Dans cette affaire, des salariés, après une grève de deux mois, décident de reprendre le travail afin de s'assurer une rémunération dont ils étaient privés. Ils procèdent au sciage de grumes et à la vente des bois travaillés, puis ils se sont répartis le montant des sommes encaissées. Les juges du fond, pour relaxer les salariés du délit de vol qui leur était reproché, avaient retenu qu'en procédant aux ventes ils avaient eu l'intention de reverser à leur employeur le surplus des sommes disponibles, après paiement de leur rétribution. Ainsi, c'était donc sur cette velléité que les juges avaient fondé la relaxe. Une telle manière de procéder ne pouvait être accueillie par la Cour suprême qui rappelle que l'intention est caractérisée en matière de vol par l'appropriation de la chose d'autrui contre le gré du propriétaire ou du légitime propriétaire. Cette solution, déjà consacrée en matière de vol à différentes reprises (V. *Crim.* 12 mars 1970, *Bull. crim.* n° 103), l'a été aussi dans d'autres domaines, et par exemple en matière fiscale (*Crim.* 19 mai 1983, *Bull. crim.* n° 150, cette *Revue* 1984.736, obs. J. Larguier). Et si la légitimité du but fait disparaître l'infraction en matière de légitime défense ou d'ordre de la loi, ce n'est pas en raison du mobile, mais à cause de la justification expresse de la loi, de sorte qu'ici c'est l'élément légal qui fait défaut et non l'élément moral de l'infraction.

#### 2. *Fait justificatif de l'ordre de la loi*

L'ordre de la loi, ou plus précisément la permission de la loi, constitue une cause de justification générale. Mais encore faut-il que l'on puisse faire valoir une permission d'une disposition législative. La question soumise à la Chambre criminelle de la Cour de cassation et tranchée par elle le 25 février 1992 (*Bull. crim.* n° 85) n'était pas évidente : un inspecteur du travail avait été amené à dresser un procès-verbal en matière d'exercice

des fonctions de délégués du personnel. Il avait, en outre, joint une note annexée à son procès-verbal qui réfutait l'argumentation des prévenus et renseignait le parquet sur les antécédents possibles quant à la transgression du droit du travail commise par eux. En même temps qu'ils sollicitaient leur relaxe de la cour d'appel de Paris, ils demandaient à celle-ci de leur réserver leur action en diffamation contre les inspecteurs du travail, sur le fondement de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. La cour d'appel de Paris avait fait droit à cette demande, en relevant que la note de l'inspection du travail n'était pas étrangère à la cause au sens de l'article 41 de la loi de 1881. Sur pourvoi, la Chambre criminelle censure cette partie de la décision. Elle observe que l'article 41 de la loi sur l'immunité judiciaire intéresse les parties privées, de sorte qu'il n'est pas applicable aux procès-verbaux et à leurs annexes établis par les inspecteurs du travail. Ces fonctionnaires tiennent, au surplus, de la loi, le droit, sous le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques d'écrire tout ce que, selon leur conscience, ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Jusqu'à présent, il semble que la Cour de cassation n'avait affirmé que seuls les magistrats, et spécialement les officiers du ministère public étaient protégés par une immunité d'une nature différente de celle admise pour les parties privées et leurs représentants. Il est vrai que, par extension, cette immunité pouvait concerner tous ceux qui accomplissent des actes de police judiciaire. Aussi bien, puisque la loi a conféré aux inspecteurs du travail des missions de constatation qui sont des missions de police judiciaire, la solution adoptée par la Chambre criminelle peut être admise. Ainsi, à côté de l'immunité judiciaire proprement dite, se trouve consacrée une sorte de fait justificatif tenant à la mission confiée par la loi. Nul doute que cette cause de justification concerne tous ceux qui accomplissent des missions de police judiciaire, utiles à l'exercice de l'action publique.

### 3. *Complicité par aide ou assistance*

On sait que, en vue de lutter contre le tabagisme, le législateur a édicté des mesures restrictives quant à la publicité en faveur des cigarettes. Une entreprise ayant procédé à une publicité ne répondant pas aux exigences de la loi du 9 juillet 1976 était poursuivie, ainsi que celui qui l'avait conseillée sur le plan marketing, ce dernier en tant que complice. Il contestait la décision de condamnation aux motifs que la complicité exige des faits positifs d'aide et d'assistance dans la conception, la réalisation ou la diffusion de la publicité litigieuse. Mais le pourvoi a été rejeté par un arrêt du 6 février 1992 (*Bull. crim.* n° 60). Pour la Cour de cassation, dès lors que le prévenu était intervenu comme conseil lors de l'élaboration de la campagne publicitaire concernée, les juges avaient suffisamment caractérisé l'aide ou l'assistance donnée dans les faits ayant préparé ou facilité l'infraction commise. La solution ne peut étonner, car l'aide ou l'assistance est mal définie ; de plus elle peut concerner des actes préparant ou facilitant l'infraction (Stéfani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 14<sup>e</sup> éd. n° 266). Il reste toutefois que cette aide ou assistance ne peut pas être déduite d'un comportement neutre ou passif : celui qui s'abstient — sans avoir une obligation de faire — ne peut être considéré comme complice pour avoir facilité l'action de l'auteur. Dans le cas présent, le prévenu avait donné son accord à la campagne publicitaire projetée, de sorte qu'il ne pouvait pas être considéré comme un spectateur passif n'ayant pas eu conscience de participer à l'action délictueuse. La solution adoptée pourra évidemment être retenue pour l'application de l'article 121-7 du code pénal qui envisage essentiellement le cas de l'aide ou de l'assistance ayant facilité la préparation ou la consommation de l'infraction.

### 4. *Pénalité complémentaire moins sévère*

A nouveau, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'interdiction définitive du territoire français qui peut accompagner le prononcé d'une peine pour l'une des infractions

à l'article L. 627 du code de la santé en matière de stupéfiants. Les juges du fond avaient condamné le prévenu pour trafic et usage illicite de stupéfiants et avaient prononcé l'interdiction définitive du territoire français. Postérieurement à la condamnation, une loi du 31 décembre 1991 avait exclu de cette peine un certain nombre d'étrangers, comme par exemple ceux résidant régulièrement en France depuis plus de dix ans. Afin de ne pas maintenir une peine qui pourrait ne plus être prononcée, la Cour de cassation, par un arrêt du 18 février 1992 (*Bull. crim.* n° 76), a préféré relever d'office le moyen pris de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, et de ne pas examiner celui proposé par le condamné. Elle a rappelé qu'en cas de loi nouvelle plus douce celle-ci doit être appliquée aux faits commis antérieurement et n'ayant pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée lors de l'entrée en vigueur de la loi. Aussi, pour permettre un nouvel examen de l'affaire, elle a annulé la décision des juges du fond, et en raison de l'indivisibilité existant entre la déclaration de culpabilité et la peine elle a annulé cette décision dans sa totalité. Ainsi, la cour d'appel d'origine, autrement composée, devra réexaminer toute l'affaire, et peut-être ne prononcera pas l'interdiction du territoire français.

### 5. Ajournement du prononcé de la peine

L'article 469-3 alinéa 2 du code de procédure pénale dispose que l'ajournement du prononcé de la peine — nécessaire parfois pour permettre de constater que le dommage a été réparé — ne peut être ordonné qu'en présence du prévenu. La raison d'être de cette disposition est de rendre contradictoire la décision à intervenir soit dispensant de peine, soit prononçant une peine déterminée. Aussi bien, comme la loi est impérative, la Cour de cassation censure la décision qui ne constate pas que la personne était présente lors de la décision d'ajournement (Crim. 17 nov. 1987, *Bull. crim.* n° 414). Un arrêt de la Chambre criminelle du 25 février 1992 (*Bull. crim.* n° 84) rappelle la nécessité de la présence du prévenu devant le juge qui ajourne le prononcé de la peine.

### 6. Période de sûreté

Pour un meurtre commis en 1979, une personne a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité. Ultérieurement, elle saisissait la chambre d'accusation d'une requête tendant à faire constater qu'en l'absence de décision prise par la cour d'assises elle ne pouvait être soumise à aucune période de sûreté. Bien évidemment, eu égard aux termes de l'article 720-2 du code de procédure pénale, la chambre d'accusation considéra que la période de sûreté était de droit. Sur pourvoi, la Chambre criminelle approuve la cour d'appel de Douai, par un arrêt du 10 mars 1992 (*Bull. crim.* n° 107). C'est qu'en effet, selon le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 720-2 du code de procédure pénale, la période de sûreté est de droit en cas de condamnation à une peine privative de liberté égale ou supérieure à dix ans, notamment en cas de meurtre (V. notre *Pénologie*, n° 133). Sans doute, le juge de jugement peut réduire ou augmenter cette durée selon les dispositions de l'article 720-2 du code de procédure pénale ; mais son silence emporte période de sûreté de la moitié de la peine (ou quinze ans pour le cas d'une réclusion criminelle perpétuelle). En revanche, en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement excédant trois ans, le juge peut prescrire une période de sûreté d'une durée n'excédant pas les deux tiers de la peine. Mais, comme dans le cas présent, il s'agissait d'un meurtre et d'une condamnation à la réclusion perpétuelle cette disposition ne pouvait pas s'appliquer.

On observera que le nouvel article 132-23 du futur code pénal reprend le principe de la période de sûreté de l'article 720-2 du code de procédure pénale, et ce de manière automatique dès lors que la condamnation excède dix ans. Quand bien même cette disposition concerne les modalités d'exécution de la peine, qui n'entrent pas dans le champ d'application de la non-rétroactivité des lois de fond (cf. art. 112-2 nouv. c. pén.),

elle pourra poser une difficulté au regard de l'article 132-17 du nouveau code pénal, selon lequel « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée ».

### 7. *Non-cumul des peines : contravention et délit*

L'article 5 du code pénal prévoit qu'en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits seule la peine la plus forte est prononcée, la même règle jouant pour l'emprisonnement en cas de pluralité de contraventions de la 5<sup>e</sup> classe. L'on sait cependant que ce dispositif simple ne règle pas tous les problèmes. En particulier, pour les contraventions, il ne fait pas état de la pluralité de fautes, pas plus qu'il ne prévoit le cas d'un concours réel d'une contravention avec un délit. Aussi bien, la jurisprudence considère qu'il y a lieu à cumul des peines, encore que l'on ait pu considérer que la peine du délit évincerait celle de la contravention (V. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, I, 6<sup>e</sup> éd., n° 797 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Précis Dalloz de droit pénal*, 14<sup>e</sup> éd. n° 606). La jurisprudence toutefois écarte le cumul lorsque les deux incriminations procèdent d'une faute pénale unique, c'est-à-dire constitueraient une hypothèse de cumul idéal d'infractions. Mais comme cette hypothèse devient rare, en raison de la prise en compte de la pluralité d'éléments moraux (!), c'est le plus souvent un cumul de peines qu'il convient d'appliquer en cas de concours entre un délit et une contravention.

Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 mars 1992 (*Bull. crim.* n° 119) constitue une application du concours en semblable hypothèse. En l'espèce, une personne avait commis un délit de fuite et une contravention pour défaut de maîtrise de son véhicule. Elle se plaignait du prononcé de deux amendes l'une pour le délit, l'autre pour la contravention. Mais comme la contravention de défaut de maîtrise du véhicule n'était pas en rapport nécessaire avec le délit de fuite, la Cour de cassation n'a pu que rejeter le pourvoi. Ce n'est qu'en cas de deux infractions découlant de faits procédant d'une même action coupable que le non-cumul des peines aurait pu être admis (*Crim.* 8 juin 1971, *Bull. crim.* n° 183). On notera que le nouvel article 132-7 du nouveau code pénal, s'il prévoit le cumul des amendes prononcées pour les contraventions et les délits ou crimes en concours, ne fait pas réserve de l'unicité de l'action coupable, de sorte que la jurisprudence aura à trancher cette difficulté.

### 8. *Suspension provisoire du permis de conduire ; nature*

On sait que, même depuis la loi du 11 juillet 1975 qui a harmonisé les suspensions administrative et judiciaire du permis de conduire, l'autorité préfectorale peut, au vu d'un procès-verbal constatant une des infractions visées à l'article L. 14 du code de la route, prononcer à titre provisoire une suspension du permis de conduire, pour une durée n'excédant pas six mois (sauf les cas visés à l'art. L. 18 al. 2 c. route). Ces mesures cessent d'avoir effet en cas de non-lieu, de relaxe, ou en cas de mesure judiciaire restrictive exécutoire. Mais il est clair qu'elles peuvent être considérées comme des mesures « pré-sentencielles », et comme en cas de relaxe ou de non-lieu, il n'est pas dit comment il est procédé à la remise dans l'état antérieur, on peut se demander si elles n'ont pas un certain caractère de sanction. Dès lors, ne devraient-elles pas être prises en conformité avec l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire par un juge impartial et indépendant ?

Telle était, en tout cas, la question que posait un condamné qui avait refusé de restituer son permis et qui pour cette raison avait été puni d'un emprisonnement d'un mois avec sursis, d'une amende de 1 000 F et d'une suspension de permis pour une durée de quatre mois. S'agissant de cette dernière, la Cour de cassation l'a annulée, car des termes mêmes de l'article L. 14 du code de la route il résulte que la suspension ne peut être prononcée qu'en cas de condamnation intervenue « à l'occasion de la conduite d'un

véhicule », ce qui n'est pas le cas si l'on reproche, comme en l'espèce, le simple refus de restituer le permis de conduire (V. déjà Crim. 4 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 160). Il restait à savoir si la décision préfectorale pouvait être régulière, au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A ce propos, la Cour de cassation avait déjà considéré, par un arrêt du 4 novembre 1988 (*Bull. crim.* n° 371), que les décisions du préfet ne concernent pas le « bien-fondé d'une accusation en matière pénale », si bien qu'elles peuvent ne pas être régies par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aussi bien, par son arrêt du 23 mars 1992 (*Bull. crim.* n° 122) la Cour de cassation se borne à écarter l'argument en indiquant qu'il s'agit d'une « mesure de sécurité provisoire ». On notera que la « matière pénale » n'exclut pas les sanctions administratives et que ce qui peut paraître délicat, c'est l'absence de recours rapide au juge (V. sur ce point Couvrat et Massé, *Circulation routière, infractions et sanctions*, n° 473 et s.; comp. Mme Delmas-Marty, Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain, *D.* 1986.Chron.28). Actuellement donc, les mesures provisoires peuvent, en droit français, être prises par une autorité administrative.

### 9. Défaut d'avertissement au bénéficiaire d'un sursis

Un accusé de faux en écritures publiques bénéficiait de circonstances atténuantes et était condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis simple. Il contestait la légalité de la décision, au motif, en particulier, que l'avertissement donné n'était pas celui prévu par la loi. Sans doute, il est légitime que l'information la plus précise soit fournie au condamné, même s'il s'agit d'une personne avertie des questions juridiques. Néanmoins, il faut bien convenir que l'avertissement prévu par l'article 737 du code de procédure pénale ne coïncide pas avec les conditions de la révocation du sursis, telles qu'elles ont été modifiées, de sorte que l'avertissement peut être conforme à la loi, même s'il n'est pas exact juridiquement parlant. De plus et surtout, cet avertissement peut-il vicier la décision rendue par la cour d'assises ? La Cour de cassation a décidé, depuis longtemps, que l'irrégularité concernant l'avertissement n'emportait aucune nullité (V. Stéfani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, n° 642). Aussi bien, elle ne pouvait que maintenir sa jurisprudence, en rejetant par un arrêt du 15 avril 1992 (*Bull. crim.* n° 165) le pourvoi qui contestait la régularité de la condamnation intervenue pour ce motif sans influence. On observera que le nouvel article 132-29 du nouveau code pénal n'est guère plus explicite que l'article 737 du code de procédure pénale actuel quant à l'avertissement devant être donné au condamné.

### 10. Peines. Non-cumul. Faux en écritures

L'article 164 du code pénal prévoit le prononcé d'une amende en matière de faux en écriture. Celui-ci est obligatoire (cf. Vitu, *Droit pénal spécial*, n° 1222, Larguier, *Droit pénal des affaires*, 8<sup>e</sup> éd. p. 221 ; Vouin-Rassat, *Droit pénal spécial*, n° 359 ; V. Crim. 19 nov. 1974, *Bull. crim.* n° 335 ; Crim. 10 févr. 1977, *Bull. crim.* n° 55) même en cas d'admission du bénéfice des circonstances atténuantes (Crim. 15 mars 1966, *Bull. crim.* n° 98). Une seule dérogation est prévue lorsque la peine du faux est en concours avec une peine encourue plus rigoureuse. En cette hypothèse, il faut faire application des règles sur le non-cumul des peines. Ainsi, le 19 mai 1980 (*Bull. crim.* n° 151), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour de Paris qui, en plus d'une peine d'emprisonnement pour vols, avait prononcé une amende de 500 F au titre du faux document administratif. C'est qu'en effet, en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte est seule prononcée ; dès lors le vol absorbait le délit d'usage de faux document administratif. A nouveau, la solution est affirmée par un arrêt du 23 avril 1992 (*Bull. crim.* n° 173).

En l'espèce, deux personnes avaient été déclarées coupables d'abus de biens sociaux et de faux en écritures de commerce. La cour d'appel les avaient condamnées à dix mois de prison avec sursis et à deux amendes de 140 000 F et de 10 000 F, cette dernière au titre de l'article 164 du code pénal. Mais comme l'abus de biens sociaux est punissable d'une peine plus élevée que le faux en écritures de commerce, il n'y avait pas lieu de prononcer la peine spécifique d'amende de 10 000 F. C'est donc une cassation, par voie de retranchement et sans renvoi, que prononce, en l'espèce, la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

## 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*

### *Le permis de conduire à points (art. L. 11-1 à 7 c. route) : défense dérangeante du retrait de points*

Circulation routière. Exception d'illégalité. Permis à points. Retrait de points (peine, mesure de sûreté)

Quelle fée Carabosse a jeté un mauvais sort sur la loi du 10 juillet 1989 qui a créé le permis de conduire à points ? Sa mise en vigueur, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1992, s'est révélée placée sous le signe du maléfice : hier les *voies publiques*, pendant de longues journées du début de l'été dernier, avaient été bloquées par les « routiers » hostiles à son application, provoquant les embouteillages monstres que l'on sait ; aujourd'hui les *voies judiciaires* sont menacées d'une même paralysie du fait des contestations massives qui s'élèvent à l'occasion des poursuites engagées du chef des infractions visées aux nouveaux articles L. 11-1 et 2 du code de la route entraînant le retrait de points redouté : tribunaux de police, tribunaux correctionnels, cours d'appel sont submergés par ce contentieux (certains parlent de plus de 100 000 procédures par mois concl. A. Legal sous CE, 23 oct. 1992, D. 1992.511) où la contestation de la prévention se complique d'une contestation de la légalité des nouvelles mesures.

Les recueils de droit publient des échantillons impressionnants de cette jurisprudence accompagnée de commentaires argumentés qui s'ajoutent les uns aux autres : jurisprudence et doctrine qui, dans leur large majorité, témoignent d'une hostilité manifeste à cette sanction, jusque-là inconnue en France mais appliquée dans de nombreux pays voisins : le retrait de points. Quasi-unaniment il est dit que cette mesure serait illégale, contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit (cf. notamment, T. corr. Avranches, 29 sept. 1992, *Gaz. Pal.* 25-27 oct. 1992 ; T. corr. Vesoul, 1<sup>er</sup> oct. 1992, *ibid.* ; T. corr. Saint-Dié, 1<sup>er</sup> oct. 1992, *ibid.* ; T. pol. Saintes, 6 oct. 1992, *ibid.* ; T. pol. Millau, 19 janv. 1993, *Gaz. Pal.* 3-4 mars 1993, p. 11, obs. T.-P. Berthelot et Y. Rio ; T. pol. Paris, 29 janv. 1993, *ibid.* p. 6, obs. *idem.* Quant à la doctrine : H.V. Amouroux, Adresse à Némésis : l'automobiliste en quête d'un juge, *Gaz. Pal.* 21-23 juin 1992 ; M. Couzinet, Permis à points et nouveau code pénal, *Gaz. Pal.* 25-27 oct. 1992 ; 3-4 mars 1993, p. 2 ; Permis à points et droit pénal, D. 1992.255 ; J.-P. Doucet, *Gaz. Pal.* 7-8 juill. 1992 ; J.-G. Moore, *Gaz. Pal.* 15-16 et 29-30 janv. 1993, p. 18, 11 ; J. Morisot, *Gaz. Pal.* 15-16 janv. 1993, p. 23).

Certains juges, approuvés par les commentateurs de leurs décisions, dénoncent en termes véhéments l'atteinte intolérable que cette nouvelle sanction porterait à la liberté la plus importante qui soit : *la liberté d'aller et de venir*. Ainsi, par exemple, s'exprime le tribunal de police de Paris :

« l'usage du permis de conduire ... n'est autre que l'expression de la liberté de circuler pour satisfaire soit quotidiennement des besoins professionnels, soit occasionnellement des besoins personnels ou familiaux de loisir et d'évasion... Que, de nos jours, la possession et l'usage d'un permis de conduire sont des composants du droit au travail, voire du droit au logement ; que *la liberté de circuler est sans doute l'aspect essentiel et le plus*

*évident d'aller et de venir, liberté fondamentale reconnue tant par la Déclaration des droits de l'homme que par toutes les Constitutions de la République...* » (T. pol. Paris, 29 janv. 1993, préc. obs. T.-P. Berthelot et Y. Rio).

Formules à notre avis excessives mais très révélatrices de *l'état de dépendance* à l'égard de l'automobile dans lequel notre société « occidentale » nous installe. L'aveuglement est tel qu'il nous conduit à proclamer liberté ce qui, en réalité, n'est qu'un *esclavage*, et à n'admettre comme homme libre que *l'homme au volant...* Attitude qui, si nous nous en accommodons, annonce pour l'an 2000 une société... de culs-de-jatte.

Quelques décisions toutefois savent ne pas être dupes et réagissent contre ce mouvement d'hostilité généralisé manifesté contre le permis de conduire à points (cf. par ex. T. corr. Thenon-les-Bains, 28 oct. 1992, *Gaz. Pal.* 15-16 janv. 1993, p. 18, obs. J.-G. Moore ; T. corr. Versailles, 27 nov. 1992, *Gaz. Pal.* 3-4 mars 1993, p. 16 ; ch. app. corr. Besançon, 1<sup>er</sup> déc. 1992, *Gaz. Pal.* 29-30 janv. 1993, p. 11, obs. J.-G. Moore ; ch. app. corr. Pau, 26 janv. 1993, inédit). Même si nous ne sommes pas toujours d'accord avec leur motivation, nous approuvons la solution que celles-ci consacrent et acceptons le risque de prendre la défense de cette sanction nouvelle du retrait de points. On soulignera, d'une part, le caractère *spécieux* des arguments mis en avant pour condamner celle-ci (A) ; d'autre part on dénoncera le silence total fait, par ailleurs, sur le principe de la légalité de la sanction pénale (*nulla poena sine lege*) trop facilement oublié de nos jours mais sur lequel peut être assis, de façon inattaquable, la justification de la mesure tant décriée (B).

#### A. — La condamnation spécieuse du retrait de points

La vaste offensive menée devant les juridictions pénales contre cette nouvelle sanction se développe principalement sur le thème de *l'illégalité*. Double offensive, car elle se situe à deux niveaux : celui des *décrets d'application* de la loi du 10 juillet 1989 d'une part, celui de *la loi elle-même* d'autre part.

Au niveau des décrets d'application, les contrevenants menacés du retrait de points demandent tous au tribunal de police ou au tribunal correctionnel, avant que d'entrer en condamnation, de contrôler la légalité de ceux-ci.

La démarche est classique : dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle la juridiction pénale a vu s'affirmer pour elle le droit et le devoir de contrôler la légalité des mesures administratives dès lors que celles-ci conditionnent la répression. Dérogation remarquable aux principes qui régissent les règles de compétence et interdisent au juge de l'ordre judiciaire de s'immiscer dans le domaine qui relève de l'exécutif et, notamment, de contrôler la légalité des actes administratifs.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler que le seul fondement sérieux de cette solution exorbitante du droit commun (en attendant la mise en vigueur du nouveau code pénal qui dans son article 111-5, contient une disposition expresse en ce sens) reste celui qu'avait développé, en 1810, le procureur général Merlin devant la Cour de cassation et que celle-ci avait entériné par ses quatorze arrêts cassant, dans l'intérêt de la loi, quatorze jugements de condamnation prononcés contre des commerçants de La Rochelle (Crim. 3 août 1810, S. 1809-1811.1.Chron.224 et Marc Puech, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. I, n° 2, Cujas, 1988) : ce fondement n'est autre que *le principe même de la légalité des délits et des peines*. Le juge pénal ne peut condamner qu'après avoir vérifié sa compétence, c'est-à-dire constaté qu'une base légale peut être donnée à sa décision : « *Attendu que les tribunaux criminels, applicateurs de la Loi seulement, ne peuvent puiser des condamnations que dans la Loi* » — avait en 1810 affirmé la Cour de cassation. En conséquence, si la poursuite dont est saisi le juge pénal se fonde sur un acte administratif (un arrêté de police municipale dans l'affaire des commerçants de La Rochelle), il appartient à ce magistrat d'apprécier la légalité de celui-ci et de prononcer la relaxe s'il l'estime illégal.

Mais encore faut-il, pour que ce pouvoir au plus haut point dérogoire au droit commun puisse être exercé, que l'acte administratif litigieux *serve de fondement à la poursuite*, qu'il conditionne la compétence de la juridiction répressive, ou, selon la formule retenue par le nouveau code pénal, commande « *la solution du procès pénal* » (art. 111-5).

Or, dans le contentieux analysé relatif au retrait de points, ni la poursuite, ni la solution du procès pénal ne dépendent du juge pénal. Celles-ci sont uniquement conditionnées par les textes qui définissent les infractions ayant pour conséquence légale la nouvelle sanction automatique (art. L. 11-1 et 2 c. route), dispositions dont la légalité est incontestable. Le contrôle de la légalité des décrets d'application de la loi du 10 juillet 1989 ne peut donc relever que du juge naturel des actes administratifs, c'est-à-dire de la juridiction administrative (en ce sens les décis. préc. : T. corr. Thenon-les-bains, 28 oct. 1992 ; T. corr. Versailles, 27 nov. 1992 ; ch. app. corr. Besançon, 1<sup>er</sup> déc. 1992 ; ch. app. corr. Pau, 26 janv. 1993).

On ajoutera que, même si l'on voulait admettre que le juge pénal soit, en la matière, compétent pour contrôler la légalité de ces décrets d'application, on ne voit pas quelles conséquences pratiques pourraient s'attacher à une déclaration d'illégalité. La juridiction pénale n'a, en l'espèce, aucun pouvoir en ce qui concerne le retrait de points dont la loi ne l'a pas fait juge : elle ne peut pas décider que le retrait prévu par la loi n'aura pas lieu, ni enjoindre aux autorités administratives de ne pas remplir la mission qu'elles tiennent directement d'une loi dont la validité a été affirmée par le Conseil d'Etat (CE 23 oct. 1992, préc.).

Au niveau de la loi : sans doute le juge pénal n'est-il pas juge de la constitutionnalité de la loi (l'article 56 de la Constitution qui réserve au Conseil constitutionnel ce pouvoir le lui interdit) ; mais, sur le fondement de l'article 55 de cette même Constitution qui déclare le Traité international ratifié par la France supérieur à la loi interne, il peut refuser d'appliquer une disposition de valeur légale qui lui paraît contraire, par exemple, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou au droit communautaire. Et, dans le cadre du contentieux analysé, les prévenus, forts de cette solution, ont invité la juridiction pénale à déclarer la loi du 10 juillet 1989 contraire à ces règles internationales — ce qu'ont admis certaines juridictions (T. pol. Tarbes, 18 nov. 1992, mais infirmée en appel par la cour de Pau, 26 janv. 1993, préc. ; T. pol. Paris, 29 janv. 1993, préc.).

Mais encore faudrait-il, pour que le juge pénal refuse, pour ce motif, d'appliquer la loi nouvelle qu'existent dans celle-ci des dispositions réellement incompatibles avec les règles européennes évoquées et qui lieraient la France. Qu'en est-il ?

La réponse à cette question sera donnée dans le cadre plus général de l'examen de l'ensemble des arguments mis en avant par la jurisprudence et la doctrine pour contester, aux deux niveaux évoqués (celui de la loi comme celui de ses décrets d'application) la légalité du retrait de points. A cet égard trois thèmes sont privilégiés par cette jurisprudence et cette doctrine contestataires : celui de la *date* de mise en vigueur de la sanction nouvelle (a), celui de la *nature* de celle-ci (b), celui enfin de sa *mesure* (c).

a) Illégalité tirée de la *date* tardive de parution des décrets d'application de la loi.

La loi du 10 juillet 1989 prévoyait, en son article 21 : que les dispositions instaurant le permis à points entreraient en vigueur « à une date qui sera fixée par décret en Conseil d'Etat et *ne pourra être postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1992* ». Or le premier règlement d'application de la loi n'est intervenu que le 25 juin 1992. Pour essayer d'échapper au retrait de points, nombreux sont alors les prévenus qui vont soutenir que le non-respect par l'Exécutif du délai imparti par le législateur rendrait illégal le décret en question et ferait donc obstacle à l'application de la loi. Mais le Conseil d'Etat a jugé, par un arrêt longuement motivé et conforme aux conclusions du commissaire du gouvernement, que le délai donné par la loi à l'Administration pour prendre les mesures d'exécution qui s'imposaient n'était pas impératif mais seulement *incitatif* et que son inobservation

n'entachait pas la validité de celle-ci (CE 23 oct. 1992, préc. et obs. M. Couzinet, *Gaz. Pal.* 3-4 mars 1993, p. 2).

En décider autrement reviendrait à reconnaître à l'Exécutif le pouvoir exorbitant de paralyser, par négligence ou manque de zèle, l'application de la loi : un risque dont la jurisprudence et la doctrine dominantes se sont accommodées en la matière en déclarant illégaux les décrets litigieux faute d'avoir été pris dans les temps prévus par le législateur, adoptant ainsi une attitude paradoxale puisqu'au nom de la légalité elles en arrivent à justifier une atteinte caractérisée au principe de séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et à reconnaître à ce dernier la possibilité de paralyser l'application de la loi.

Certaines juridictions, conscientes de la contradiction, ont préféré adopter — et nous les approuvons — la solution que le Conseil d'Etat avait fait sienne et refuse d'admettre que la publication tardive des décrets d'exécution puisse entacher d'illégalité ceux-ci (T. corr. Thenon-les-bains, 28 oct. 1992, préc. ; ch. app. corr. Besançon, 1<sup>er</sup> déc. 1992, préc.).

b) Illégalité tirée de la nature du retrait de points

La thèse développée par la jurisprudence et la doctrine majoritaires fait du retrait de points instauré par la loi nouvelle *une peine proprement dite* ; il s'agirait d'une peine accessoire s'attachant de plein droit à la condamnation prononcée du chef de l'une des infractions visées aux articles L. 11-1 et 2 du code de la route. Et seraient alors méconnus trois principes fondamentaux de notre droit pénal :

— d'une part, au plan du droit interne, celui qu'exprime l'article 132-17 du nouveau code pénal : « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée » ;

— d'autre part, et toujours au plan du droit interne, serait violé le principe constitutionnel qui fait du juge de l'ordre judiciaire *le gardien des libertés individuelles* — et celles-ci seraient bien mises en cause par le retrait de points ;

— enfin, au plan du droit européen, ne serait pas respectée l'exigence fondamentale posée par l'article 6 § I de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme qui impose, s'agissant notamment de la répression pénale, le contrôle « d'un tribunal indépendant et impartial ».

Triple argumentation riche mais spécieuse : d'abord on fera valoir que, sans doute, des mesures affectant l'usage ou la validité du permis de conduire peuvent être des *peines* proprement dites, soit principales soit complémentaires (cf. nouv. c. pén. art. 131-6, 11, 14, 16, 18) ; mais elles peuvent aussi constituer, non des peines, mais des *mesures de sûreté* destinées à écarter de la route, pendant un temps plus ou moins long, des conducteurs dangereux par leur comportement (en ce sens Crim. 4 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 371 ; Crim. 20 oct. 1964, *Bull. crim.* n° 268). Une mesure de sûreté qui peut être *administrative* (celle par exemple prononcée par le préfet en vertu de l'art. L. 18 c. route) ou *légale*, celle qu'ordonnent désormais, en vertu de la réforme du permis à points, les articles L. 11-1 à 5 du même code.

Cette mesure de sûreté légale entre bien dans le champ de la « *matière pénale* » au sens où l'entend la Cour européenne de Strasbourg (cf. La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, le flou du droit pénal, cette *Revue* 1987.819) ou notre Conseil constitutionnel (M. Delmas-Marty in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, p. 164-169, PUF, recherche politique, 1989 ; Décis. DC 30 déc. 1982 et 30 déc. 1987 : B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, n° 423, STH 1988 ; L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.* p. 475), mais elle n'est pas pour autant une peine, ce qui peut justifier un régime juridique particulier comme il en a déjà été décidé ainsi pour d'autres mesures (cf. en matière d'amnistie : Crim. 4 nov. 1988, préc.).

Que cette sanction ne soit pas « prononcée » par le juge pénal mais attachée automatiquement à la décision de condamnation rendue par celui-ci ne soulève pas d'objection majeure : d'une part l'exigence posée par l'article 132-17 du nouveau code pénal n'a pas la valeur d'un principe constitutionnel (cf. DC 19-20 janv. 1981, 27 juill. et 2 nov. 1978, in L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.* 492, 510) ; d'autre part ce texte ne vise expressément que les peines et des mesures de sûreté accessoires à une condamnation pénale existant déjà (cf. l'annulation de plein droit du permis de conduire de l'art. L. 15, II c. route et la période de sûreté légale obligatoire de l'art. 132-23 nouv. c. pén.). Enfin, au plan des garanties données aux justiciables, la protection directe de la loi, pour qui se veut serviteur du principe de la légalité, est souvent préférable à celle qui peut résulter de l'intervention du juge (et cf. *infra* B).

Quant au grief tiré de ce que cette sanction légale automatique interviendrait en méconnaissance de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, il est sans portée. Ce qu'exige ce texte est qu'un tribunal indépendant et impartial décide du « bien-fondé de l'accusation en matière pénale » : or l'économie générale du retrait de points respecte bien ce principe puisque celui-ci est subordonné à l'examen et la déclaration de culpabilité du chef de l'une des infractions visées par les articles L. 11-1 et 2 du code de la route (rapp. Crim. 23 mars 1992, *Bull. crim.* n° 122 ; Crim. 4 nov. 1988, préc.).

Aussi approuvons-nous les décisions précitées qui ont jugé que le retrait de points, envisagé dans sa nature, n'était contraire à aucun des principes de notre droit interne ou européen (T. corr. Thenon-les-bains, 28 oct. 1992 ; ch. app. corr. Pau, 26 janv. 1993).

#### c) Illégalité tirée de la mesure du retrait de points

Un dernier thème développé par le courant jurisprudentiel et doctrinal dominant consiste, pour condamner le permis de conduire à points, à prétendre que la fixité, l'automatisme du retrait de points organisé par la loi et ses décrets d'application seraient contraires à deux principes fondamentaux de notre droit pénal moderne (en ce sens T. pol. Paris, 29 janv. 1993, préc.) : d'une part le principe de proportionnalité de la peine, d'autre part le principe d'individualisation de la peine. Mais, là encore, l'argumentation développée se révèle spécieuse.

Sans doute ressort-il, tant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (DC 237, 30 déc. 1987, B. Genevois, *op. cit.* n° 420 et notre étude : 1789 ... un nouveau droit pénal est né, in *Mélanges Pierre Jaubert*, 173, Presses universitaires de Bordeaux, 1992) que de celle de la Chambre criminelle (Crim. 6 nov. 1984, *Bull. crim.* n° 337, obs. J. Pradel, cette *Revue* 1985.585, n° 2), qu'il importe de veiller à ce qu'une juste proportion existe entre la gravité de la faute commise par l'agent et la sévérité de la peine sanctionnant celui-ci. Mais ce principe de proportionnalité est parfaitement respecté en matière de retrait de points car le nombre de points retiré est modulé par la loi en fonction du danger créé par l'infraction retenue contre le prévenu (Décr. 25 juin et 23 nov. 1992).

Quant à la violation du principe de l'individualisation de la sanction pénale que réaliserait la réforme du permis à points, elle résulterait, nous dit-on, de ce que la loi nouvelle interdirait toute possibilité d'aménagement du retrait de points et notamment la prise en considération de la situation personnelle, professionnelle, économique ou sociale du prévenu. Toute individualisation serait interdite en la matière, que ce soit au moment de la condamnation ou postérieurement à celle-ci, puisque le nouvel article L. 11-4 du code de la route exclut toute possibilité de relèvement (al. 1<sup>er</sup>) voire de réhabilitation (al. 2 excluant l'application de l'art. 799 c. pr. pén.).

Argument spécieux là encore, car si la loi écarte en la matière le jeu du relèvement et celui de la réhabilitation ce n'est pas par hostilité à l'idée d'individualisation de la sanction. Bien au contraire ! Et il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à l'article L. 11-6 du code de la route : ce texte consacre en effet une innovation remarquable sur le terrain de l'individualisation pénale. Il s'agit d'une « auto-individualisation » puisqu'un ra-

chat des points perdus est rendu possible, dépendant entièrement du comportement et de la volonté du contrevenant. Il ne tient qu'à lui de reconstituer son permis à points par sa « bonne conduite » ou sa participation à des stages de formation et de sensibilisation aux problèmes de la circulation routière — solution à rapprocher de celle que Macconochie, au siècle dernier, avait mise en oeuvre à Norfolk en Australie : dans son régime progressif de détention, le condamné pouvait racheter, par les signes d'amendement donnés, les mauvais points inscrits au passif de son compte en fonction de son passé judiciaire (cf. B. Bouloc, *Pénologie*, n° 179, Dalloz, 1991 ; J. Léauté, *Les prisons*, p. 35, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2<sup>e</sup> éd. n° 493, 1990).

Sans doute pourra-t-on objecter que cette individualisation n'est pas celle qu'exigeraient les principes de notre droit pénal et qu'énonce pour la première fois de manière expresse l'article 132-24 du nouveau code pénal : « *la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur...* ». Mais faire de cette règle un principe absolu, comme le prétendent la jurisprudence et la doctrine dominantes qui se manifestent en la matière, est commettre une grave erreur qu'il importe de dénoncer, et d'autant plus vivement qu'aucune voix ne semble jusqu'ici s'être élevée pour le dire : par une aberration paradoxale est présenté comme un *principe* ce qui, en réalité, ne peut constituer qu'une *exception*, puisque cette individualisation se fait au détriment de la règle *nulla poena sine lege* qui, sauf à revenir à l'arbitraire judiciaire de notre Ancien droit, reste un des fondements du droit pénal moderne. Il est des évidences qui s'oublent et qu'il est essentiel de rappeler.

#### B. — *L'oubli du principe : nulla poena sine lege*

Souvenons-nous de ce que Beccaria en 1764, avec l'approbation de tous nos penseurs et philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, avait formulé cette règle pour mettre fin à l'arbitraire judiciaire et l'inégalité qui caractérisaient alors, dans toute l'Europe, l'exercice de la justice pénale. C'est *contre le pouvoir du juge criminel* qu'était, pour l'essentiel, proclamée la nécessité du principe de la légalité. Et sa conséquence obligée était l'instauration par la loi du système des peines fixes comme l'avait compris le législateur des lendemains de la Révolution (c. pén. de 1791 et de l'An IV) : c'est à la Loi qu'il appartient, pour chaque délit, de fixer la peine, la seule peine que peut prononcer le juge ; peine déterminée par le législateur dans sa nature et son quantum.

Sans doute ce système des peines fixes est-il apparu rapidement comme trop rigide, et les juridictions de jugement se sont-elles vu reconnaître par la Loi des pouvoirs d'aménagement de la sanction pénale (fourchette légale entre un maximum et un minimum, possibilité d'accorder des circonstances atténuantes...). Et plus le temps passera, plus des prérogatives importantes seront données par le législateur au juge pénal pour qu'il puisse moduler la peine en fonction des données concrètes de l'espèce et de la personnalité de l'agent. Le mouvement s'accélérera à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle sous l'impulsion de l'École positiviste italienne qui se fera le champion de l'individualisation de la réaction sociale face au crime... La nécessité qu'il y a de procéder à cette individualisation de la peine s'imposera ainsi à l'esprit.

Mais il ne doit jamais être perdu de vue que chaque fois qu'une nouvelle prérogative est, en ce domaine, conférée au juge pénal lors de la condamnation ou postérieurement à celle-ci (songeons aux pouvoirs du juge de l'application des peines), une entorse est apportée au principe de la légalité des peines. Chacune de celles-ci, à son niveau et à sa façon, éloigne la peine effectivement subie de la peine prononcée, laquelle n'était déjà plus la peine attachée par la loi à l'infraction commise. Toute individualisation de la sanction pénale par le juge est une « injure » faite au principe de la légalité, une « offense » porteuse d'une double menace : le retour à l'arbitraire judiciaire et l'inégalité dans l'exercice de la répression pénale.

Un indicateur du danger existant en la matière est révélé par les formules mêmes utilisées par la Chambre criminelle : saisie de pourvois demandant la cassation de condam-

nations prononcées jugées trop sévères par le prévenu qui reproche à la cour d'appel d'avoir violé « le principe d'individualisation » en prêtant trop d'attention à la gravité de l'infraction commise et pas assez à la personnalité de l'agent, la Cour de cassation répond : « Le moyen qui remet en cause le pouvoir d'appréciation et d'individualisation de la peine que les juges tiennent de la loi et dont ils ne doivent aucun compte ne peut être qu'écarté » (Crim. 25 févr. 1991, inédit, pourvoi n° 90-82.254). Pour elle l'individualisation de la peine relève d'un « pouvoir souverain » de la juridiction du fond (Crim. 13 mars 1989, inédit, pourvoi n° 88-83.329) ; elle est une « faculté discrétionnaire » (Crim. 18 oct. 1989, inédit, pourvoi n° 88-87.619). Autant d'expressions significatives qui exaltent sans doute le pouvoir du juge, mais qui peuvent inquiéter dans un système pénal où le principe de la légalité des peines a été proclamé pour faire obstacle au retour de l'arbitraire judiciaire de notre Ancien droit.

La conséquence de ces observations est qu'on ne peut sérieusement faire, partant de certaines formules légales (ex. art. 132-24 nouv. c. pén.), de l'individualisation de la peine un principe fondamental de notre droit pénal. D'ailleurs le Conseil constitutionnel a refusé de l'ériger en règle constitutionnelle : partant des termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (qui a valeur constitutionnelle) il a précisé que cette disposition ne signifie pas que « la nécessité des peines doit être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné » et, encore moins, qu'à cette fin « le juge doit être revêtu d'un pouvoir arbitraire que, précisément l'article 8 de la Déclaration de 1789 (il énonce entre autres le principe de la légalité des peines) a entendu proscrire... Il ajoute : « Si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression... » (DC 19 et 20 janv. 1981, L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.* p. 493).

Il convient donc de ramener à sa juste valeur la règle de l'individualisation de la peine qui a trouvé une place méritée dans notre système pénal. D'ailleurs le nouveau code pénal, s'il invite bien le juge, dans son article 132-24, à adapter la sanction « aux circonstances de l'infraction » et à « la personnalité » de son auteur, précise que ce ne peut être que « dans les limites fixées par la loi » : celle-ci peut donc, et très constitutionnellement, comme elle l'a fait pour le permis de conduire à points, mettre en place un système de sanction pénale fixe et automatique.

Beccaria, dans sa tombe, en sera rasséréiné.

### III. Infractions contre les personnes

Georges LEVASSEUR

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

#### 1. *Infanticide*

La dame J. avait été condamnée pour infanticide à 5 ans de réclusion. A la cour d'assises de la Seine-Saint-Denis, devant laquelle elle comparaisait, la question suivante avait été résolue affirmativement : « L'accusée ... est-elle coupable d'avoir ... volontairement donné la mort à son enfant nouveau-né ? ». Elle forma un pourvoi en cassation, soutenant que cette unique question contenait deux interrogations relatives : l'une au meurtre d'un nouveau-né commis par l'accusé, l'autre à la qualité de mère de cet enfant, et se trouvait, de ce fait, entachée de complexité, puisque la seconde interrogation portait sur un élément de fait de nature à entraîner une réduction de la peine encourue par l'effet d'une excuse légale.

La Chambre criminelle le 24 juin 1992 (*Bull. crim.* n° 256, *Gaz. Pal.* 24 déc. 1992, p. 12 obs. Doucet) a rejeté le pourvoi, en affirmant que, « selon les dispositions combinées des articles 300 et 302 alinéa 2 du Code pénal, l'infanticide commis par la mère de son enfant nouveau-né est un *crime spécifique* dont les éléments constitutifs peuvent être réunis en une question unique.

Notre collègue Doucet s'en étonne car l'article 302 alinéa 2 ne crée rien d'autre, dit-il, qu'une excuse individuelle intégrée aux éléments constitutifs de l'infraction, et cette excuse en tant que telle devrait faire l'objet d'une question distincte.

C'est effectivement la première fois, à notre connaissance, que la Cour de cassation se prononce aussi nettement. Il faut dire que l'histoire mouvementée de cette incrimination et les modifications successives (1901, 1941, 1954) des articles 300 et 302 du code pénal ont contribué à compliquer les choses. Que l'infanticide soit un crime autonome, l'article 300 ne permet pas d'en douter. C'est en ce sens que doit s'entendre notre affirmation (*Rép. pén. Dalloz, v° Infanticide*, n° 5 à laquelle se réfère M. Doucet), mais le régime spécial accordée à la mère en 1901 a compliqué les choses. Il n'est que de se reporter aux développements embarrassés de Garçon dans son *Code pénal annoté*, sur l'article 300 (1<sup>re</sup> éd. n° 15 à 20 et n° 65 à 70 ; 2<sup>e</sup> éd. par Rousselet, Patin et Ancel n° 17 à 22 et n° 61 à 66) ; il approuve néanmoins (2<sup>e</sup> éd. n° 63) la formule même utilisée dans la présente espèce, ce qui fournit à la Chambre criminelle une caution indiscutable. R. Garraud (*Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd. t. III, n° 1887, p. 205) se prononce dans le même sens. Si notre collègue Vitu n'examine pas spécialement le libellé des questions en cette matière, il affirme à juste titre (*Droit pénal spécial*, t. II, n° 2089, p. 1697) que l'infanticide se présente aujourd'hui sous deux aspects, la forme « neutre », lorsque le coupable est un tiers, et une forme « spéciale » propre à la mère infanticide ; dans les deux cas, l'infraction nous paraît constituer un crime autonome.

On ne peut manquer d'attirer l'attention sur le fait que la qualification d'infanticide a disparu du nouveau code pénal (les agissements tombant sous le coup des articles 221-1 à 221-4).

Sur les aspects criminologiques et sociologiques de l'infanticide, voir *Recherches sur l'infanticide*, Dalloz 1968 (notamment Levasseur et Denizart, *Vingt-cinq ans d'infanticide dans le ressort de la cour d'appel de Douai 1930-1955*).

## 2. Violences volontaires

### I. — Persécutions téléphoniques

L'arrêt du 3 mars 1992, commenté dans le précédent numéro, a été publié au *Bulletin* (n° 95). Nous avons signalé les observations de notre collègue Véron ; celui-ci les a reprises et amplifiées au *JCP* 1993.I.3641, n° 2-1° ; il voit dans cette évolution de la jurisprudence une préfiguration du nouveau code pénal (art. 222-16), lequel n'exige plus la constatation d'une atteinte effective à l'intégrité corporelle.

### II. — Persécutions télématiques

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 juin 1992 de la Chambre criminelle (*Bull. crim.* n° 243, *Gaz. Pal.* 24 déc. 1992, p. 12, obs. Doucet), c'est par la voie postale que le trouble avait été causé à la victime, mais c'est par la voie télématique que l'agresseur avait agi (notons au passage qu'ici la plaignante avait produit un certificat médical).

Le sieur J., technicien en télécommunications à France-Télécom, avait fait diffuser à plusieurs reprises, par les services du « minitel rose », une annonce précisant qu'une jeune fille de 21 ans recherchait un homme viril ; cette annonce mentionnait les nom, prénom et domicile de la dame X (qui était l'ancienne amie de l'auteur de l'annonce).

Il va sans dire que la dame X. reçut un volumineux courrier, dont le contenu était (aux termes de l'arrêt) « offensant pour sa pudeur ». Aussi, J. fut-il poursuivi et condamné (trois mois de prison avec sursis simple et 5 000 F d'amende) pour violences n'ayant pas entraîné d'incapacité de travail, mais commises avec préméditation. Son pourvoi en cassation a été rejeté.

La Chambre criminelle constate que « l'atteinte délibérément recherchée à l'intégrité physique de la victime est le résultat du mécanisme que le prévenu a sciemment élaboré et mis en oeuvre, et dont l'intervention finale de tiers (le minitel), agissant sans intention de nuire, n'a été qu'un élément ». D'autre part, l'infraction de violence de l'article 309 (V. art. 222-13-9° nouv. c. pén.) ne requiert pas, lorsqu'elle est établie et qu'elle a été commise avec préméditation, l'existence d'une incapacité de travail d'une durée quelconque. Certes, la cour d'appel avait eu tort de condamner J. comme complice (des services du minitel), alors qu'il était auteur principal, mais, par application de la théorie de la peine justifiée et de l'article 598 du code de procédure pénale, il n'y avait pas lieu à cassation de ce seul chef.

### III. — Actes volontaires. Conséquences non voulues

Nous avons développé (cette *Revue* 1992.748, n° 2-I) les réflexions inspirées par deux arrêts de la Chambre criminelle (3 oct. 1991, *Dr. pén.* 1992, n° 57, obs. Véron, *Gaz. Pal.* 11 févr. 1992, p. 4, obs. Doucet ; 27 févr. 1992, n° J.91-84621). Notre collègue Véron a repris et développé (*JCP* 1993.I.3641, n° 2-2°) les observations présentées sur le premier de ces arrêts ainsi que sur *Crim.* 19 décembre 1991 (*Dr. pén.* 1992, n° 171 ; sur ce dernier, cf. nos propres obs. cette *Revue* 1992.750, n° 2-II-a). Son opinion présente quelques nuances par rapport à la nôtre.

## 3. Suicide. Qualifications éventuelles

a) Le jugement du tribunal de Lille du 5 avril 1990 relaxant un prévenu de provocation au suicide, constituant une des premières applications connues de la loi du 31 décembre 1987 intégrée à l'article 398-I du code pénal (demain art. 223-13 nouv. c. pén.), n'a pas manqué d'attirer l'attention (*Dr. pén.* 1991, n° 196, obs. Véron ; *D.* 1993.Somm.comm.14, obs. Azibert. Sur l'état antérieur du droit, V. *Crim.* 26 avr. 1988, *Bull. crim.* n° 178 et nos obs. cette *Revue* 1987.202, n° 3 et 1989.111, n° 5).

Alors que la jeune X, passablement droguée, avait manifesté à son compagnon Y. une intention suicidaire, celui-ci lui avait tendu un couteau à cran d'arrêt et même, selon un des témoins, avait ajouté : « Tiens, si tu veux te f... en l'air ». Malheureusement la jeune fille se poignardait quelques instants plus tard et décédait peu après.

Le tribunal a jugé que le geste et le propos de Y. étaient équivoques et auraient pu ramener sa compagne au bon sens ; il a pensé que le législateur avait voulu sanctionner le fait d'un tiers qui affecterait l'autonomie d'une personne en abolissant sa liberté, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce. Pour les juges, la provocation punie par la loi doit revêtir un « caractère contraignant ou convaincant de nature à paralyser la volonté ». Ni M. Véron (qui paraît avoir ignoré l'issue tragique), ni M. Azibert n'approuvent la décision rendue, qui semble en effet avoir confondu provocation et contrainte et avoir ainsi, comme l'observe M. Azibert, ajouté un élément constitutif à l'incrimination.

Le geste de Y. avait été, pour le moins, imprudent. Dès lors, la disqualification en homicide involontaire n'eut-elle pas été préférable ? (comp. Lisieux, 26 févr. 1937, *DH* 1937.26, obs. Louis Huguency cette *Revue* 1937.483 ; Agen 1<sup>er</sup> juill. 1948, *JCP* 1949.II.4807, note Colombini, obs. Louis Huguency cette *Revue* 1949.344, n° 2).

b) C'est d'ailleurs la qualification d'homicide involontaire qui avait prévalu dans l'affaire jugée par la Chambre criminelle le 5 mars 1992 (*Gaz. Pal.* 5 déc. 1992, p. 6, obs. Doucet, non publié au *Bulletin*).

Le 8 mai 1989, les services de police avaient découvert de grand matin, dans un navire de plaisance qui venait d'accoster au port, le cadavre du sieur X., membre de l'équipage, qui s'était suicidé par pendaison. Des déclarations de ses compagnons, il résultait que la veille, lors du retour d'une croisière, X. avait tenté de se suicider en se jetant à la mer, mais que l'intervention immédiate de ses coéquipiers avait évité une issue fatale.

Ces derniers furent poursuivis et condamnés pour homicide involontaire et la Cour de cassation a rejeté leur pourvoi. A s'en rapporter au sommaire publié par la *Gazette du Palais*, on aurait reproché aux coéquipiers moins la non-révélation des faits, laquelle relevait d'une discrétion compréhensible, que le fait de ne pas avoir pris toute mesure pour éviter le renouvellement de la tentative. L'arrêt attaqué constatait que, jusqu'à l'arrivée au port le lendemain, aucun membre de l'équipage n'avait cherché à reprendre contact avec l'intéressé, ni même exercé une surveillance discrète par le hublot de sa cabine. Or, la victime se trouvait dans un état de déséquilibre physique ou psychique nécessitant des précautions et une attention particulière. La négligence fautive des coéquipiers avait donc favorisé la réalisation du suicide.

Il semble que la Cour suprême, dans cet arrêt non publié, ait appliqué le raisonnement parfois utilisé pour justifier la condamnation (surtout en matière civile) des médecins ou infirmiers, à raison du suicide d'un malade interné dans leur établissement. Mais, dans cette espèce, on peut se demander si la qualification de non-assistance à personne en péril n'eut pas été préférable. (Sur l'utilisation de cette qualification en cas de suicide, voir les nombreuses références doctrinales et quelques applications jurisprudentielles dans nos obs. cette *Revue* 1987.204, n° 3 ; V. aussi, pour le cas où il était reproché à un père de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour empêcher le suicide de son fils : Crim. 23 avr. 1971, *Bull. crim.* n° 116 et nos obs. cette *Revue* 1972.114, n° 3 avec déjà de très nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles).

#### 4. Non-assistance à personne en péril

##### I. — Non-assistance à l'enfant à naître

Le 14 août 1984, la dame S. avait été admise à la maternité d'un hôpital public, à la suite d'une hémorragie. La sage-femme, ayant constaté l'existence d'un « placenta *prævia* recouvrant », la position transversale du fœtus et des contractions anarchiques, ap-

pela par téléphone le docteur H., qui assurait le service de garde par astreinte à domicile. Le médecin, qui avait été appelé à trois reprises dans la même soirée, ne put se déplacer à nouveau alors que l'état de la malade nécessitait une césarienne urgente. L'accouchement n'ayant eu lieu que le lendemain, l'enfant est resté atteint de troubles graves et irréversibles du système nerveux et le docteur H. fut condamné pour non-assistance à personne en péril. Cette condamnation était devenue définitive, mais la cour de Toulouse ayant considéré que la faute du docteur H. était une faute de service s'était déclarée incompétente pour statuer sur les intérêts civils. Sur pourvoi de la partie civile, la Chambre criminelle a cassé cette décision par arrêt du 2 avril 1992 (*Bull. crim* n° 140, *Gaz. Pal.* 24 oct. 1992, p. 7, note J.-P. Doucet). Elle a estimé que la condamnation pénale du chef de non-assistance à personne en danger, ayant autorité de la chose jugée, impliquait que la faute reprochée au médecin était bien une faute personnelle, relevant des tribunaux judiciaires, et non une faute de service justiciable des juridictions administratives.

La distinction de ces deux fautes n'est pas toujours très nette si l'on se réfère à la jurisprudence répressive (Crim. 26 janv. 1977, *Bull. crim* n° 38 ; Crim. 28 oct. 1981, *Bull. crim* n° 287 ; Crim. 25 mai 1982, *Bull. crim* n° 134, *Rev. dr. sanit. et soc.* 1982.626, note J.-M. de Forges ; Crim. 27 nov. 1984, *Bull. crim* n° 369 ; Crim. 7 oct. 1986, *Bull. crim* n° 274 et nos obs. cette *Revue* 1987.201, n° 2-I ; Crim. 7 juin 1988, *Bull. crim* n° 261, *D.* 1989.Somm.comm.312, obs. Penneau et nos obs. cette *Revue* 1989.109, n° 4-a ; Crim. 17 oct. 1989, *Dr. pén.* 1990, n° 122 obs. Véron, et nos obs. cette *Revue* 1990.569, n° 3-II).

Mais il peut être bon d'insister ici sur le fait que la personne en péril était un fœtus vivant encore de la vie intra-utérine (la preuve en est que le pourvoi était formé par la mère au nom de son enfant définitivement handicapé, par suite du défaut de césarienne) et que l'espèce pose à nouveau le problème de savoir depuis quel moment de l'existence on est tenu de porter secours (on connaît au contraire l'instant ultime, puisqu'à partir de la mort on ne peut plus apporter aucun secours, fût-il moral).

La question avait été soulevée par notre collègue Larguier (cette *Revue* 1953.154), à propos d'un mari qui avait refusé qu'un médecin procédât à une césarienne sur sa femme défunte, alors que cela eut permis la naissance d'un enfant, qui en était au huitième mois de la gestation. L'enfant conçu peut-il être une personne en péril ? M. Larguier l'a pensé et nous partageons son avis. La règle *infans conceptus est* aujourd'hui dépassée, depuis que l'article 1 de la loi du 17 janvier 1975 a jugé utile de proclamer « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie ».

La même solution doit s'appliquer en matière d'homicide involontaire (V. *infra*, n° 5-I).

## II. — Point de départ du délai de prescription

L'ancien Premier ministre M. Fabius et les ministres de son gouvernement, Mme Georgina Dufoix et M. Edmond Hervé, avaient été déférés à la Haute Cour, le 20 décembre 1992, à raison de l'affaire dite du sang contaminé, du chef de l'article 63, alinéa 1 et 2 du code pénal. La Commission d'instruction de cette haute juridiction a, le 5 février 1993, (*Gaz. Pal.* 16 févr. 1993), estimé que l'action publique était éteinte par prescription, ce qui a provoqué peu de surprises chez les juristes.

L'abstention délictueuse susceptible d'être imputée aux ministres était en relation, d'après la résolution du 20 décembre 1992, avec les deux arrêtés interministériels du 23 juillet 1985, supposés tardifs ou inopérants, l'un rendant obligatoire le dépistage du virus du sida dans les dons du sang à compter du 1<sup>er</sup> août 1985, l'autre se bornant à prescrire le non-remboursement des produits sanguins non chauffés à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1985.

Or, l'abstention de secours, qu'il s'agisse du péril d'une infraction (art. 63, al. 1) ou d'un péril commun quelconque (art. 63, al. 2), est une infraction instantanée

(Levasseur, *Cours de Droit pénal spécial*, Les cours de Droit, 1966, p. 156 ; Vouin, *Droit pénal spécial*, 6<sup>e</sup> éd. par Mme M.-L. Rassat : « elle suppose un péril imminent ou une infraction que peut seule prévenir une action immédiate », n° 187-b). C'est au moment opportun qu'il faut porter secours ; si l'on vient, avec un certain retard, essayer de porter le secours que l'on aurait dû apporter plus tôt, ce sera du repentir actif qui n'empêche pas l'infraction d'avoir été déjà réalisée.

La prescription débute dès que les éléments constitutifs sont réalisés. La Commission d'instruction, après avoir dit fort justement que les infractions poursuivies « se trouvaient constituées au moment où l'intervention était possible », constate que la prescription a commencé à courir « au plus tard à compter du dernier jour auquel les ministres avaient l'obligation d'intervenir ». En l'occurrence, en raison des règles propres à la Haute Cour de Justice, l'acte de poursuite interrupteur ne pouvait émaner que de l'intervention du Parlement, en sorte que les poursuites contre certains médecins, engagées les 21 et 31 mars 1988, du chef de tromperie sur les qualités substantielles du produit, et le 22 avril 1988, du chef de non-assistance à personne en danger, n'avaient pas pu interrompre la prescription. Il en était de même des plaintes avec constitution de partie civile déposées le 29 octobre 1991 à Montpellier et le 27 juillet 1992 à Paris (sur ces points, V. note Pradel, *D.* 1993.261). La Commission d'instruction estime, en conclusion, que les faits dénoncés, à les supposer établis, auraient été commis au plus tard le 23 juillet 1985, en ce qui concerne le dépistage du sida, et le 20 mars 1986, en ce qui concerne le défaut de retrait et de destruction des produits sanguins non chauffés, en sorte que l'action publique pour défaut d'assistance était prescrite le 17 novembre 1992, lorsque le bureau du Sénat déclara recevable la première proposition de résolution.

La Commission d'instruction n'a pas manqué, d'autre part, d'attirer l'attention sur une autre qualification qui ne serait pas prescrite, celle d'homicide involontaire (qui avait d'ailleurs été envisagée lors de la procédure parlementaire). En effet, cette infraction ne commence à se prescrire que lorsque son dernier élément (le décès de la victime) est réalisé. (V. à ce sujet : Vitu, *Droit pénal spécial*, II, n° 1787-2° ; Levasseur, *op. cit.* p. 213 ; Véron, *op. cit.* p. 137 ; Vouin et Mme Rassat, *op. cit.* n° 183 *in fine* et la jurisprudence citée par ces auteurs ; *adde* Pradel, note préc. *in fine*).

## 5. Homicide et blessures involontaires

### I. — Homicide ou blessures involontaires causés à l'enfant à naître

Nous avons commenté autrefois (cette *Revue* 1989.319, n° 2-I) l'arrêt rendu par la cour de Douai, le 2 juin 1987 (*Gaz. Pal.* 14 févr. 1987, note J.-P. Doucet), dans une affaire où l'auteur d'un accident de la circulation avait blessé grièvement une femme enceinte d'une grossesse à terme ; opérée par césarienne, la victime donna naissance à un enfant mort de près de 4 kg (enfant « mort-né-frais » selon le compte rendu opératoire). La Cour avait estimé qu'il y avait homicide involontaire sur le fœtus et non la contraction de violence involontaire ayant entraîné une incapacité n'excédant pas trois mois.

La même solution était d'ailleurs intervenue un siècle plus tôt et devant la même cour de Douai (Douai 16 mai 1882, *S.* 1883-2-153, cf. Garçon, *Code pénal annoté*, 2<sup>e</sup> éd. art. 300, n° 27). Or, la Chambre criminelle a rendu, le 9 janvier 1992 (*Dr. pén.* 1992, n° 172, obs. Véron, non publié au *Bulletin*), une décision confirmant la condamnation d'un accoucheur pour blessures involontaires sur un nouveau-né, intervenues dans des conditions très voisines (voisines également de celles entourant la condamnation d'un autre accoucheur pour non-assistance à personne en péril commentée *supra*, n° 4-I). Le docteur H. avait trop tardé à venir au chevet de la parturiente, en dépit de plusieurs appels de la sage-femme, en sorte qu'en raison des souffrances néo-natales apparues après réanimation le bébé était affligé d'un handicap moteur grave.

Cette solution, qui nous paraît incontestable depuis la loi du 17 janvier 1975 (art. 1), correspond d'ailleurs à une jurisprudence assez constante. Le 17 juin 1957 (*D.* 1957. 512), la Chambre criminelle rejetait le pourvoi formé par un accoucheur fort maladroit condamné à la fois pour homicide involontaire sur la mère et sur l'enfant. Certes, l'expertise montrait que l'enfant avait respiré (d'où une application possible de la règle *in-fans conceptus*), mais son décès résultait de la fracture des os crâniens et d'une hémorragie méningée due à une application malencontreuse du forceps, faute commise au cours de l'extraction du fœtus.

Le 10 janvier 1959, la cour de Paris (*Gaz. Pal.* 1959.1.233, obs. Louis Huguency cette *Revue* 1959.678, n° 2) a condamné l'auteur d'un accident à la fois pour blessures involontaires sur la mère et pour homicide involontaire sur l'enfant (décédé dans les heures suivant sa naissance), à raison de la commotion cérébrale résultant du traumatisme ayant provoqué l'accouchement.

Enfin, la cour d'Amiens, le 28 avril 1964 (obs. Louis Huguency, cette *Revue* 1964. 615), a condamné pour homicide par imprudence une sage-femme qui, à raison du retard fautif de son intervention, était responsable de la naissance d'un enfant mort-né (alors que le tribunal correctionnel avait relaxé la prévenue). Notre maître Huguency a sans cesse approuvé cette jurisprudence, conforme à la jurisprudence belge et à la doctrine allemande de l'époque. On pourra ajouter à ses références, au titre du droit comparé, celles indiquées par J.-P. Doucet, (*Gaz. Pal.* 14 févr. 1989), ainsi que les développements du document de travail n° 58 de la Commission de réforme du droit du Canada consacré aux « Crimes contre le fœtus », (cité dans nos obs. cette *Revue* 1989.740, n° 4-I).

## II. – Homicide involontaire reproché à un chirurgien

Le 7 octobre 1992 (n° W 91-86012), la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par le docteur C. La jeune F. atteinte d'invagination intestinale avait été opérée par lui. Au cours de l'opération, tandis que l'on procédait à une infiltration de xylocaïne dans le mésentère, l'enfant fut victime d'un arrêt cardiaque de quelques minutes. Son transfert dans deux hôpitaux successifs ne put empêcher son décès quelques jours plus tard.

Pas moins de trois expertises furent effectuées en cette affaire. La dernière, excluant toute faute au niveau du diagnostic ou de la technique d'intervention, établit qu'une erreur avait été commise par une infirmière, laquelle avait versé un flacon de xylocaïne de 200 mg. à 1 % dans une cupule contenant du sérum chaud destiné à humecter les champs opératoires, lesquels furent utilisés par la suite par le chirurgien. La cour d'Aix-en-Provence, étant donné que le chirurgien ne contestait pas avoir vu le geste malencontreux de l'infirmière (mais discutait sur le dosage qui avait pu résulter de la dilution dans le sérum), et que tous les experts indiquaient que l'arrêt cardiaque et le décès étaient dus à la xylocaïne, était entrée en condamnation (5 000 F d'amende). La Chambre criminelle a estimé que ni la faute, ni le rapport de cause à effet ne pouvaient être contestés.

## III. – Exclusion de la légitime défense

L'arrêt du 28 novembre 1991, commenté dans cette *Revue* (1992.751, n° 3-I), a fait l'objet au *Dalloz* (1993.*Somm.comm.*18) des observations de M. le conseiller Azibert. Ce dernier ne partage pas les critiques doctrinales que nous avons rappelées et auxquelles nous nous sommes associé. C'est pourquoi il convient de signaler ses développements à nos lecteurs. Le distingué annotateur constate que la solution de la Chambre criminelle « est mise en application, sans difficulté particulière par les juridictions du fond ». Nous ne le contesterons point, mais nous devons remarquer que les observations de notre collègue Vitu, sous l'arrêt du 5 juin 1985 cité par M. Azibert (cette *Revue* 1987.865), sont particulièrement critiques, en sorte que ce n'est pas seulement « une partie de la doc-

trine » qui « reste opposée à cette incompatibilité de principe », mais sa quasi-totalité, dont les objections ont été balayées en cinq lignes par l'arrêt du 28 novembre 1991.

#### IV. — Morsures de chien

Les affaires de morsures de chiens rapportées dans les recueils tendent à devenir fréquentes (Crim. 15 sept. 1986, *Bull. crim* n° 257, *Gaz. Pal.* 28 mars 1987, note F. Chabas, et nos obs. cette *Revue* 1987.693, n° 4-II et les réf. citées ; Crim. 1<sup>er</sup> mars 1989, *Bull. crim* n° 99 et nos obs. cette *Revue* 1989.738, n° 2-II-b ; Pau 2 oct. 1991, *Dr. pén.* 1992, n° 95 et obs. Véron et nos obs. cette *Revue* 1992.752, n° 3-II-a ; Crim. 24 oct. 1991, *Bull. crim* n° 374 et nos obs. cette *Revue* 1992.752, n° 3-II-b).

La Chambre criminelle a rendu un nouvel arrêt en ce domaine le 19 mars 1992 (*Bull. crim.* n° 120, *Gaz. Pal.* 5 déc. 1992, obs. Doucet). Le sieur J. avait été condamné pour une double contravention : divagation d'animal malfaisant ou féroce et blessures involontaires de l'article R. 40-4°. En fait, l'arrêt attaqué avait constaté que le chien divaguait, s'était jeté sur le jeune Bruno H. âgé de 5 ans et l'avait mordu au visage.

Sur le premier point, la Chambre criminelle a décidé, en dépit du mémoire du demandeur au pourvoi que « l'animal qui se jette spontanément sur les personnes pour les mordre est malfaisant et féroce ».

Sur le second point, le pourvoi prétendait qu'il s'agissait « d'un chien calme et doux, ne présentant, selon le vétérinaire qui l'a examiné, aucun signe de méchanceté ou d'agressivité », et qu'il n'y avait aucune faute à laisser l'animal sans surveillance ; qu'au surplus le lien de causalité entre la prétendue faute de J. et le dommage subi par l'enfant n'était pas établi. A cela, la Chambre criminelle a simplement répondu que « les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a caractérisé, sans insuffisance ni contradiction, les contraventions reprochées au prévenu », et que le moyen « se bornait à remettre en discussion l'appréciation souveraine faite par les juges du second degré des éléments de preuve contradictoirement débattus ».

Visiblement le sieur J. laissait entendre que l'accident ne pouvait être dû qu'à une initiative malencontreuse du gamin (comp. Albi 20 juin 1958, *D.* 1958.688, obs. Huguency cette *Revue* 1959.121 où une petite fille avait tiré la queue d'un chien paisible), mais il lui eut incombé alors d'en porter la preuve alors que lui-même n'avait pas assisté aux faits. Loin de laisser divaguer leur chien, les propriétaires doivent non seulement les tenir en laisse, voire muselés, mais aussi les conduire d'une main ferme (puisque dans l'affaire précitée, jugée par la cour de Pau, le chien était tenu en laisse) ainsi que nous le disions dans un précédent numéro de cette chronique.

Rappelons que si le chien a été excité à mordre la victime, on est en présence de violences volontaires (Crim. 7 avr. 1967.601 et nos obs. cette *Revue* 1968.76, n° 1), mais non pas de violences avec arme (Crim. 1<sup>er</sup> mars 1989 et nos obs. cette *Revue* 1989.738, n° 2-II-b).

Signalons enfin que l'on a vu récemment condamner comme entièrement responsable des conséquences d'un accident de la circulation, le propriétaire d'un chien qui avait provoqué la frayeur d'un enfant, lequel s'était précipité sous les roues d'un véhicule automobile (Civ. 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1992, *JCP* 1993.IV.473).

## 6. Viol

### I. — Viol par le mari

Dans le précédent numéro de cette *Revue* (1993.107), nous avons commenté l'arrêt du 11 juin 1992 (*Dr. pén.* 1992, n° 227 obs. Véron) ; on trouvera au *Dalloz* (1993.*Somm. comm.*13) les longues observations de M. le conseiller Azibert sur cette décision. Elles

comportent d'intéressantes considérations sur le refus d'informer (V. sur ce point précis : Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, II, 4<sup>e</sup> éd. n° 337 et les réf. ; Stéfani, Levasseur et Boulloc, *Procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd. n° 513, Mme M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, n° 308 ; Chambon, *Le juge d'instruction*, 3<sup>e</sup> éd. n° 129 à 132 ; Pradel, *L'instruction préparatoire*, n° 241 à 245), et approuvent la solution adoptée.

Le même arrêt a été commenté par notre collègue Véron (*JCP* 1993.I.3641, n° 3), qui constate lui aussi que l'évolution de la Cour de cassation a suivi celle « des moeurs et des esprits ».

## II. — Eléments constitutifs

a) Il ne suffit pas d'avoir accompli un « acte de pénétration sexuelle », il faut encore que celui-ci ait été commis « par violence, contrainte ou surprise ». Pour n'avoir pas relevé l'une de ces circonstances de l'élément matériel, l'arrêt de la cour d'assises de Versailles, en date du 20 mai 1992, renvoyant Ch. devant la cour d'assises du Val-d'Oise pour viol aggravé, a été cassé par la Chambre criminelle le 16 septembre 1992 (n° T. 92-83.368 D).

b) Le 11 février 1992 (*Dr. pén.* 1992, n° 174 obs. Véron non publié au *Bulletin*), la Chambre criminelle a, au contraire, rejeté le pourvoi contre l'arrêt par lequel la chambre d'accusation de Nancy renvoyait C. devant la cour d'assises. L'accusé prétendait essentiellement que la résistance de sa victime n'était qu'un baroud d'honneur. Il reconnaissait cependant « avoir exercé à plusieurs reprises un chantage consistant à menacer la demoiselle S. de l'abandonner sur place, en pleine nuit, dans un froid vif, par un temps de brouillard dense, loin de toute habitation, si elle ne céda pas à ses avances ». Dans ces conditions, observait l'arrêt attaqué, « même si l'on admet pour les besoins du raisonnement que l'inculpé n'a pas usé de violences physiques pour parvenir à ses fins, le chantage auquel s'est livré l'inculpé est constitutif d'une *contrainte morale* exclusive de tout libre consentement de la victime » (V. déjà, *Crim.* 9 oct. 1985, *Bull. crim.* n° 307 et nos obs. cette *Revue* 1986.370, n° 3 et les réf. citées).

La Chambre criminelle a pris acte de ces constatations et, notant au surplus que « les juges n'ont pas mis en doute l'existence de violences physiques, se bornant à en faire abstraction pour les besoins du raisonnement », elle a rejeté le pourvoi. On ajoutera que la contrainte avait conditionné, en l'espèce, plusieurs catégories de pénétrations sexuelles, notamment des fellations. L'annotation de M. Véron approuve la solution intervenue.

## III. — Constitution de partie civile de la victime

La jeune Patricia X. avait été victime des agissements incestueux de son père ; elle n'atteindra sa majorité qu'en septembre 1993. Dans l'information ouverte contre son père, du chef de viols sur mineure de 15 ans par ascendant légitime, elle demanda à se constituer partie civile. Le juge d'instruction puis la cour de Douai rejetèrent sa demande, estimant que la constitution de partie civile ne pouvait être faite en son nom que par le titulaire de l'autorité parentale, par un tuteur ou par un administrateur *ad hoc*. Son pourvoi contre cet arrêt fut jugé irrecevable par la Chambre criminelle le 16 juin 1992 (les deux décisions *D.* 1993.75, note A. Prothais) pour les mêmes raisons.

Ainsi que l'observe notre collègue Prothais, la solution est juridiquement exacte, mais socialement regrettable (« Violée trop jeune pour être recevable », tels sont les premiers mots de sa note). La loi du 10 juillet 1989, ajoutant un article 87-1 au code de procédure pénale, prévoit bien que, dans les cas de ce genre, le juge d'instruction *peut* procéder à la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour exercer, s'il y a lieu, au nom de l'enfant, les droits de la partie civile. Mais, comme le remarque M. Prothais, « ce n'est donc pas un droit pour l'enfant mais un pouvoir pour le juge, qui plus est un pouvoir

discrétionnaire » (en ce sens : C. Neirinck *JCP* 1991.I.3496, n° 27). Notre confrère conseille opportunément le recours au nouvel article 388-2 du code civil dû à la loi du 8 janvier 1993, lequel prévoit la désignation d'un administrateur par le juge des tutelles ou « le juge saisi de l'instance », lorsque les intérêts d'un mineur paraissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux. S'agissant des aspects civils de la poursuite pénale, l'application de cette disposition nous paraît possible, sans attendre du législateur une « exception à l'incapacité pour le prémajeur émancipé par la rudesse de l'épreuve endurée ».

#### IV. — Déchéance de l'autorité parentale : peine complémentaire ou mesure civile ?

L'article 378 du code civil permet de prononcer la déchéance de l'autorité parentale contre les père et mère qui sont condamnés pour un crime ou un délit commis sur la personne de leur enfant. S'agit-il alors d'une peine complémentaire ou d'une mesure civile ? Si la condamnation intervient en cour d'assises, la compétence pour prononcer la déchéance appartiendra à la cour seule s'il s'agit d'une mesure civile, à la cour et au jury réunis s'il s'agit d'une peine complémentaire.

La Chambre criminelle avait déjà opté pour le caractère civil, dans un arrêt de cassation du 4 janvier 1985 (*Bull. crim* n° 10 et nos obs. cette *Revue* 1985.814, n° 7-III). Elle l'a répété en rejetant, le 14 octobre 1992 (*D.* 1993.IR.1), le pourvoi formé contre un arrêt qui avait suivi sa jurisprudence.

#### 7. *Secret professionnel de l'avocat*

La grave controverse soulevée par l'arrêt du 30 septembre 1991 analysé dans nos observations cette *Revue* (1992.756, n° 6 citant les nombreuses annotations et commentaires qu'il avait suscités, et auxquels il faut ajouter les nouvelles observations de notre collègue Véron, *JCP* 1993-I-3641, n° 5) paraît désormais réglée.

En effet, l'article 4 de la loi du 4 janvier 1993 donne désormais à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 sur les professions judiciaires et juridiques la rédaction suivante : « En toute matière les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel ». On peut penser que cela inclut bien l'activité de négociateur.

## IV. Infractions contre les biens

Pierre BOUZAT

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

### *1. Vol. Eléments constitutifs. Soustraction frauduleuse. Mobile*

C'est un principe fondamental incontesté aujourd'hui que le délit de vol est constitué, quel que soit le mobile qui a inspiré son auteur, dès lors que la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui est constatée. En application de ce principe, la Chambre criminelle a :

a) cassé (8 janv. 1992 *JCP* 1992.IV.131, n° 1210 et *D.* 1902.JR.128) un arrêt de la cour de Fort-de-France qui avait relaxé des ouvriers qui, ayant décidé, après une grève de deux mois, de reprendre le travail afin de s'assurer une rémunération dont ils étaient privés et ayant d'un commun accord procédé au sciage de grumes et à la vente des bois travaillés, s'étaient réparti le montant de la somme provenant de ces ventes, ce qui était dans leur esprit une rémunération de nature salariale, énonce qu'il ressortait du dossier et des débats qu'en décidant de procéder à ces ventes les ouvriers avaient eu l'intention de reverser à leur employeur, en cas de surplus après paiement de leur rétribution, les sommes restant disponibles, et estimait en conséquence qu'un doute subsistait sur l'élément moral du délit de vol et corrélativement sur celui de recel ».

On serait tenté d'approuver les magistrats de Fort-de-France en tant que contribuant par leur décision à l'apaisement du climat social si désirable dans nos départements lointains. Mais le Droit est le Droit et l'arrêt de la Cour de cassation ne pouvait être autre, vu les deux grands principes rappelés ci-dessus ;

b) approuvé (Crim. 13 mai 1992, *Dr. pén. déc.* 1992, n° 279, note Véron) un arrêt de condamnation de la cour de Paris dans une affaire où les prévenus avaient soustrait des babouins au préjudice du Centre national de la recherche scientifique pour les faire échapper à des expérimentations, ainsi qu'un ours mis en cage devant un restaurant pour des raisons de publicité, et soutenaient que ces mauvais traitements constituaient un fait justificatif.

### *2. Escroquerie. Eléments constitutifs. Simple mensonge*

a) Dans une espèce jugée par la Chambre criminelle, le 6 novembre 1991 (*JCP* 1992.IV, p. 62, n° 582), les faits étaient les suivants : le 10 janvier 1985, Mme A. fut déclarée, par le tribunal de Grasse, adjudicataire d'une villa au prix de 904 000 F ; que J.-P. P. l'aborda ensuite alors qu'elle se trouvait en compagnie de son conseil et lui demanda si elle était disposée à lui verser la somme de 5 000 F pour éviter une surenchère ; que ce marchand de biens réitéra téléphoniquement à trois reprises sa demande, en en augmentant chaque fois le montant ; qu'il lui précisa que « l'un des associés n'allait pas en rester là et qu'il n'allait pas à 50 ans se laisser faire par une femme » ; qu'en définitive la société Fiminter, dont l'enquête a démontré qu'elle n'avait aucun lien avec J.-P. P., déposa un acte de surenchère, mais qu'en l'absence de surenchérisseur à l'audience Mme A. devint définitivement propriétaire de la villa. Pour retenir la culpabilité du pré-

venu du chef de tentative d'escroquerie, la cour d'Aix-en-Provence énonça que ce dernier avait tenté de se faire remettre par Mme A. une somme d'argent, en employant des manoeuvres frauduleuses (appels téléphoniques, pressions diverses, évocation de l'intervention d'un tiers associé) pour faire naître chez elle l'espérance qu'en versant cette somme aucune autre personne ne se porterait surenchérisseur du bien immobilier qui l'intéressait.

La Cour suprême a accueilli favorablement le pourvoi formé en déclarant : « Qu'en l'état de ces seules énonciations qui, si elles établissent l'existence de mensonges imputables au prévenu, ne caractérisent pas les manoeuvres frauduleuses exigées par l'article 405 du code pénal, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

b) Dans un arrêt rendu le mois suivant, le 2 décembre 1991 (*JCP*, 1992.IV, p. 102, n° 958 ; *Gaz. Pal.* 29-30 mai 1992, *chron. dr. crim. comm. J.-P. Doucet*, p. 13), la Cour suprême a confirmé sa jurisprudence en déclarant : « Le juge correctionnel ne peut prononcer une peine en raison de divers faits qu'il qualifie délit qu'autant qu'il constate l'existence des circonstances exigées par la loi que tous les faits soient punissables. Spécialement, lorsque les agissements retenus par la cour d'appel comme caractérisant des manoeuvres frauduleuses au sens de l'article 405 du code pénal ne constituent en réalité que de simples mensonges écrits, la cour d'appel ne donne pas de base légale à sa décision en condamnant le prévenu ».

On ne peut qu'approuver la Cour suprême. Elle n'est certainement pas suspecte de laxisme en matière de qualification de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance. Nous avons dit bien souvent qu'elle manifeste en ces matières une juste sévérité. Mais, comme le rappelle très justement le deuxième arrêt commenté, on ne peut étendre indéfiniment la qualification pénale de certains faits.

Comme on me l'a appris dès le début du cours de droit pénal en deuxième année de licence, tous les mensonges sont regrettables et devraient être punis mais très peu souvent peuvent être sanctionnés pénalement. Le droit pénal ne peut recouvrir entièrement la morale.

### 3. Faux

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour déclarer le faux punissable, non seulement lorsque les agissements du coupable ont effectivement nui à autrui — le préjudice est alors réalisé — mais aussi lorsque le préjudice ne s'est pas manifesté, mais était possible au moment où l'infraction a été commise c'est-à-dire lorsqu'il n'y a qu'un préjudice éventuel. C'est ce que vient d'affirmer un arrêt de la Chambre criminelle du 25 novembre 1991 (*Gaz. Pal.* 29-30 mai 1992, *chron. dr. crim. comm. J.-P. Doucet*, p. 10).

En l'espèce, le prévenu avait accepté en connaissance de cause que des factures soient établies, non pas au nom des façonniers qui avaient exécuté des travaux, mais à celui de diverses sociétés spécialisées dans la fabrication de fausses factures à des fins de fraude fiscale.

### 4. Faux en écriture privée

M. S. directeur d'une agence de banque, après avoir, le 24 décembre 1987, débité le compte de la société L. du montant d'un chèque de 141 807 F émis à l'ordre de la société Mercedes-Benz France dont le propre compte à la Société Générale a été crédité à due concurrence, a le 5 janvier 1988, en rejetant le chèque faute de provision, annulé cette écriture par contre-passation avec effet rétroactif au 31 décembre 1987.

La cour de Bordeaux, le 26 février 1991, déclara M. S. coupable de faux en écriture de banque au préjudice de la société Mercedes-Benz. Elle releva « que l'annulation du paiement du chèque avait été décidée dès la révélation du dépôt de bilan de la société

L. en date du 4 janvier 1988 » et déclara ensuite « que cette circonstance ne constituait pas, selon la jurisprudence et les pratiques de la Banque de France, un motif légitime de la contre-passation d'écriture, laquelle, en raison de son irrégularité, constituait un faux par fabrication de décharge ».

La défense rappela le principe incontestable : « que le faux en écriture par fabrication de décharge suppose l'altération de la vérité par le contenu d'un écrit dont les mentions ne rendent pas fidèlement compte de la réalité des faits ou actes qu'il est censé rapporter » et déclara ensuite : « qu'en décidant que la contre-passation d'écritures réalisée par S., qui ne faisait qu'enregistrer l'annulation effective du paiement auquel la banque avait antérieurement procédé pour le compte du client L., était constitutive d'un faux en écriture, pour la seule raison que cette annulation n'était pas, selon elle, conforme aux règles bancaires, la Cour, qui ce faisant n'avait pas caractérisé l'existence d'une altération quelconque de la vérité, n'avait pas donné de base légale à sa décision ».

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 27 janvier 1992 (*JCP*. 1992.IV.1825), lui a donné raison en déclarant : « qu'en l'état de ces constatations et énonciations, qui ne caractérisent aucune altération de la vérité dans l'écriture arguée de faux, et alors qu'une telle altération ne saurait se déduire de la seule irrégularité ou illicéité de l'acte incriminé » et elle a prononcé cassation sans renvoi. On ne peut que l'approuver, l'interprétation de la loi pénale est restrictive.

### 5. Corruption. Ingérence

Par arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1989, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Grenoble renvoyait devant le tribunal correctionnel A. B., C. B. et J. L. sous les préventions de corruption et d'ingérence ; A. B. était le maire de Cauro en Corse du sud. L'affaire qui avait des reflets politiques fit du bruit.

Voici les faits, tels du moins que nous avons pu en prendre connaissance : M. A. B. avait été dénoncé par l'un de ses adjoints qui lui reprochait d'avoir commis des « irrégularités » lors de la vente à un promoteur d'un terrain communal de 43 hectares, terrain qui aurait dû accueillir deux cent cinquante villas et aurait ainsi grossi la population de ce village de six cents habitants. Finalement, une seule maison-témoin fut construite sur ce terrain. Vendu officiellement 1 600 000 F, le terrain fit l'objet d'un dessous de table d'un montant de 700 231 F, versé à une société en nom collectif, la SAET, créée spécialement pour cette opération par M. B., lui-même entrepreneur. A l'époque des faits, son entreprise connaissait de graves difficultés financières. L'enquête du service régional de police judiciaire révéla que la SAET, qui n'enregistra dans sa comptabilité que ces seules opérations, servit à blanchir l'argent destiné, indûment, au maire de Cauro, à l'aide de fausses factures.

Le parquet déclara d'abord que les trois prévenus, qui relevaient tous des mêmes chefs d'inculpation, avaient mis en place « un mécanisme de corruption dissimulé seulement par une société fantôme chargée d'établir des faux » et il estima, dans son réquisitoire, que le premier magistrat de Cauro devait être condamné pour ingérence puisqu'il avait favorisé la passation de marchés entre sa commune et sa propre entreprise. Il déclara ensuite : « Le contexte national, porteur pour ce type de dossier, réclame des sanctions exemplaires. Les infractions commises portent atteinte aux deux piliers de notre Etat de droit, le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, et celui de la neutralité de la puissance publique ». Enfin, il réclama des peines sévères, notamment une peine de prison ferme pour le maire.

A l'audience, la défense fit valoir que la première remise illicite d'argent au maire de Cauro était intervenue deux ans après la signature du compromis de vente du terrain et donc « qu'aucun pacte préalable n'avait été établi pouvant justifier un acte de corruption ». Le promoteur se serait contenté d'avancer de l'argent à la société du maire pour

des travaux futurs et pour l'aider à surmonter des difficultés financières passagères. Malheureusement pour eux lors de l'enquête préliminaire, les prévenus avaient reconnu les caractères fictifs des factures ...

Le tribunal a rendu un très long jugement le 24 mars 1992 (inédit) examinant minutieusement et avec une grande conscience les faits. Il estima que « les aveux des prévenus en enquête préliminaire avaient été obtenus en dehors de toute contrainte et étaient suffisamment circonstanciés et détaillés pour qu'il n'y ait aucun doute sur leur entière sincérité ». La condamnation devenait certaine ; le tribunal releva certaines circonstances aggravantes notamment que les travaux facturés indûment avaient été réalisés dans une importante proportion par un employé communal. Cela ne l'a pas empêché de se montrer bienveillant et de retenir des circonstances atténuantes. Aussi A. B. n'a été condamné qu'à deux ans de prison avec sursis et 50 000 F. d'amende ; C.B. à un an de prison avec sursis et 20 000 F d'amende et J. L. à un an de prison et 50 000 F d'amende.

### *6. Corruption active. Corruption passive. Faux en écritures privées et de commerce. Pots-de-vin funéraires*

La morgue de l'hôpital Pasteur de Nice, qui accueille plus de 70 % des personnes qui décèdent dans cette ville, était devenue, au milieu des années 80, un champ de bataille pour les sociétés de pompes funèbres. Celles-ci y dépêchaient quotidiennement leurs représentants en cercueils et fournitures de deuil, leurs agents spécialisés dans l'embaumement des corps et leurs spécialistes des cérémonies. Cette activité était réglée par des fonctionnaires de l'hôpital qui orientaient les familles vers telle ou telle entreprise. En échange de leurs services, les sociétés de pompes funèbres les gratifiaient (par exemple de 600 F pour une crémation et de 1 000 F pour un enterrement traditionnel). Les agents hospitaliers parvenaient ainsi à augmenter confortablement leurs modestes salaires de fonctionnaire. A partir de 1986, la concurrence entre les sociétés présentes sur le marché devint très vive. Aussi, certaines entreprises refusèrent de poursuivre cette indécente « chasse » aux morts. Du coup, plusieurs d'entre elles disparurent faute de « clients ». La société Pompes funèbres de la liberté (PFR), qui n'avait pas voulu entrer dans ce trafic, porta plainte en se constituant partie civile. L'enquête conduite par la police révéla que cette pratique des pots-de-vin avait cours depuis de très nombreuses années à Nice, mais aussi dans d'autres grandes villes françaises. Elle permit d'établir, ô stupeur ! qu'un mécanisme comptable complexe avait été mis en place au sein de la société « Pompes Funèbres Réunies ». Ses salariés étaient censés percevoir une indemnité pour sujétions particulières et relations extérieures (ISPRE). En vertu d'un accord d'entreprise du 17 mai 1977 : ils établissaient chaque mois un reçu relatif au paiement de cette indemnité. En réalité, ces sommes étaient remises en liquide à l'employeur qui les employait pour payer les gratifications aux agents hospitaliers et aux rabatteurs des familles des défunts. Voilà pourquoi les responsables de quatre sociétés de pompes funèbres des Alpes-Maritimes et des agents de l'administration hospitalière, en poste à la morgue de Nice, comparurent le 14 avril 1992 devant le tribunal correctionnel de Grenoble. Tous étaient inculpés de corruption active ou passive. L'ancien directeur de la S.A. les Pompes Funèbres Réunies Lamy-Trouvain, M. G. R., adjoint au maire de Nice, ainsi que son fils Olivier, qui lui succéda en 1987, étaient en plus poursuivis pour faux en écritures privées et de commerce.

Ils furent tous condamnés le 19 mai 1992 (inédit). Le tribunal a rendu un remarquable jugement détaillant avec minutie et précision les faits coupables entraînant condamnation.

I. — Ce sont évidemment M. R. et son fils Olivier qui, étant poursuivis pour deux sortes d'infractions, ont été condamnés le plus sévèrement : deux ans de prison avec sursis et 100 000 F d'amende. Voici les attendus types les concernant.

a) En ce qui concerne le délit de corruption

« L'argument selon lequel les remises de sommes d'argent représentaient la rémunération de services rendus par les morguistes ne résiste pas à l'examen. D'une part, en effet, aucun des fonctionnaires de la morgue ne donnait une telle explication lors de leurs auditions en enquête préliminaire. D'autre part, l'utilisation des sommes d'argent à des fins de corruption est établie par le texte d'une note interne à l'entreprise saisie lors de la perquisition ».

b) En ce qui concerne les délits de faux en écritures privées et fausses attestations

« L'information a permis d'établir que l'ISPRE n'était pas payée de façon effective aux salariés. Ceux-ci étaient autorisés à conserver par devers eux une somme correspondant à la majoration de l'IRPP en résultant pour eux. Ils remettaient en espèces au chef d'entreprise l'essentiel de cette indemnité afin d'alimenter une "caisse noire". Il en ressort donc que les bulletins de paie et les attestations établies par les salariés ne correspondaient pas à la réalité économique. Ils doivent dès lors être considérés comme des faux intellectuels. La simple constatation de fait que la réalité économique était travestie dans les pièces comptables de l'entreprise suffit à caractériser l'éventualité d'un préjudice pour les tiers comme élément constitutif du délit de faux. Il y a encore lieu de relever que, si le mécanisme de l'ISPRE résultait d'un accord national d'entreprise, les deux prévenus se sont chargés, chacun en son temps, d'en assurer la mise en oeuvre au niveau de la Direction Régionale de la société : il n'est pas contesté qu'ils disposaient librement de la "Caisse noire" créée par ce procédé. La circonstance qu'ils recevaient des instructions en ce sens de leur employeur ne saurait manifestement leur tenir lieu de fait justificatif. L'élément moral du délit résulte par ailleurs de l'utilisation frauduleuse des fonds. Enfin en ce qui concerne les fausses attestations, il y a lieu de noter que si celles-ci étaient signées par les salariés, les prévenus en étaient les auteurs intellectuels ; que dès lors, la prévention est bien fondée ».

II. — Voyons maintenant les cas des personnes simplement inculpées de corruption active ou passive

a) Parmi ces personnes, deux ont été condamnées plus sévèrement que les autres : à dix-huit mois de prison, dont douze avec sursis, et 10 000 F d'amende.

1) M. V., parce que dans trois affaires, il avait manifestement joué un rôle prépondérant dans le domaine de la corruption active. Il est en effet constant qu'il était présent de façon presque permanente à la morgue de l'hôpital Pasteur pour y solliciter les familles des défunts ou pour y faire des offres aux fonctionnaires.

2) Un corrupteur passif, M. M. qui, affecté à la morgue à partir de 1986 comme surveillant, devenait chef d'équipe en septembre 1987. Le tribunal note l'importance des sommes perçues par le prévenu (au moins 1 500 F à 2 000 F par mois selon ses propres aveux).

Citons un attendu type le concernant : « Attendu qu'il est prévenu d'avoir à Nice, entre le 16 mars 1985 et le 1<sup>er</sup> septembre 1988, reçu des dons ou présents, pour, étant gérant d'une administration publique : — faire un acte dont il avait l'obligation de s'abstenir par les devoirs de sa profession en l'espèce recommander aux familles de personnes décédées certaines entreprises de pompes funèbres (Pompes Funèbres Réunies) ; — s'abstenir de faire un acte de leur fonction ou emploi, en l'espèce mettre fin à la présence insistante et intéressée de V. dans les locaux de l'hôpital Pasteur ».

b) Les autres prévenus ont été condamnés à des peines de huit à dix-huit mois avec sursis et des amendes allant de 5 000 à 20 000 F.

### 7. Chèques. Action civile en remboursement de la valeur du chèque

La Chambre criminelle appliquant strictement les textes a rendu un excellent arrêt le 7 octobre 1991 (*Gaz. Pal.* 19-21 avr. 1992, chron. dr. crim. comm. J.-P. Doucet, p. 10).

Dans cette affaire, M. D., gérant de la SARL Morgan Voyages, avait tiré le 22 juillet 1989 sur un compte bancaire de cette société, en règlement d'un carnet de voyages, un chèque de 30 627 F à l'ordre de la société Bennett Voyages, qui fut retourné impayé faute de provision. Puis la société Morgan Voyages fit l'objet le 6 novembre 1989 d'une procédure de redressement, convertie ultérieurement en liquidation judiciaire. La cour de Chambéry, dans un arrêt du 7 novembre 1990, pour condamner personnellement M. D., déclaré coupable d'émission de chèque sans provision, à payer à la société Bennett une somme de 31 000 F à titre de dommages-intérêts, releva que l'auteur d'une infraction doit réparer le préjudice qui en est directement résulté et qu'en l'espèce « la société Bennett n'aurait pas adressé le carnet de voyages impayé si le prévenu n'avait émis le chèque litigieux ».

La Cour suprême adoptant les moyens de la défense rappelle d'abord dans son arrêt le principe général et incontesté « que l'action civile en remboursement de la créance que la remise du chèque prétend éteindre ne peut être dirigée que contre le débiteur lui-même » et en tire cette conséquence « que sous le couvert de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice particulier causé par l'infraction, la cour d'appel avait ordonné le remboursement d'une créance contractuelle préexistante, dont la seule débitrice était une société non présente à l'instance et en liquidation judiciaire, la cour d'appel avait méconnu le principe susénoncé ». Et elle prononce cassation. La décision est exacte du point de vue juridique, mais un peu amère du point de vue moral.

## V. Infractions contre l'ordre économique et financier

### De l'impact du droit communautaire sur le droit national et sur les sanctions

Jean-Claude FOURGOUX

*Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles*

Si le droit pénal européen reste à créer, le droit communautaire produit des effets immédiats à la fois sur la réglementation pénale adoptée ou à adopter dans un Etat membre comme sur les sanctions applicables. Les uns et les autres sont soumis au principe de proportionnalité et s'imprègnent de la subsidiarité.

#### I. — LA PROPORTIONNALITÉ

##### A. — *Proportionnalité dans l'action normative*

Même si les directives laissent aux Etats membres le soin de prendre les mesures nationales appropriées à leur mise en oeuvre, notamment en matière de répression des infractions, le principe de proportionnalité est régulateur du droit communautaire. Il a gagné le domaine du droit sanctionneur interne, qu'il s'agisse du droit pénal proprement dit ou d'un droit pénal dérivé, essentiellement administratif comme le droit de la concurrence, dans une évolution qui tend à élargir les contours de la matière pénale.

Proportionnalité dans l'action lorsqu'en vertu du pouvoir résiduel, se fondant sur les dérogations de l'article 36, un Etat membre adopte des mesures assorties de sanctions pénales ou entend appliquer sa législation nationale préexistante à des situations la rendant incompatible avec le Traité et notamment avec les exigences de l'article 30 sur la libre circulation des marchandises.

C'est ainsi que le droit communautaire a eu un effet abrogatif sur des réglementations nationales incompatibles qui ne permettaient plus l'aboutissement des poursuites (Crim. 22 oct. 1970, *D.* 1971.221, rap. Mazard, note J. Rideau ; *Gaz. Pal.* 1970.2.234 ; *JCP* 1971.II.16671, note P. L. ; 7 janv. 1972, *D.* 1972.497, note J. Rideau ; *Gaz. Pal.* 1972.1.247 ; *JCP* 1972.II.17158, note H. Guerin ; Ch. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975.497, concl. Touffait ; *JCP* 1975.II.18180 bis, concl. Touffait, *Gaz. Pal.* 1975.II.470, concl. Touffait, note R.C. ; Crim. 14 janv. 1980, *JCP* 1980.II.19391).

Le choc entre le droit communautaire et le droit pénal national dans ce domaine est particulièrement mis en évidence dans les procédures relatives aux modalités d'importation de produits en provenance d'autres Etats membres de la Communauté sur le fondement de la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 modifiée. Les juges français, chargés d'appliquer la loi mais aussi le Traité, juges communautaires, en arrivent parfois à se substituer à la

Cour de justice en se prenant pour des « interprètes naturels du Traité » (Crim. 12 déc. 1991, *D.* 1993.232 et notre note).

Même si l'une des modifications apportée par la loi du 10 janvier 1978, créant un article 13-1, prévoit dans un esprit européen d'appliquer les sanctions pénales aux infractions à un règlement CEE qui contient des dispositions entrant dans le champ d'application de la loi (à condition d'être retranscrites dans un règlement de l'administration publique), l'exigence de la compatibilité de la loi elle-même ou des décrets d'application avec le Traité conduit à vérifier si les moyens mis en oeuvre pour réaliser l'objectif visé s'accordent avec l'importance de celui-ci et s'ils sont nécessaires pour l'atteindre (*Denkavit c/ Forma*, CJCE 28 janv. 1986, aff. 266/84, *Rec.* p. 149).

Reprenant aussitôt cette idée, la Cour de justice l'appliquait à des mesures nationales imposant des essais de laboratoires en sus de ceux effectués dans l'Etat membre exportateur, en se référant à une notion d'équivalence, équivalence entre les niveaux de protection de l'Etat exportateur et de l'Etat importateur qui conduirait à condamner, au nom du principe de proportionnalité, des mesures imposant que des « produits importés satisfassent littéralement et exactement aux dispositions et aux caractéristiques techniques prescrites pour les produits nationaux » (CJCE 28 janv. 1986, *Commission c/ République française*, aff. 188/84, *Rec.* p. 419).

Ces considérations doivent être rapprochées de celles de la Cour qui, pour la défense des intérêts financiers de la Communauté, a stigmatisé, dans des conditions analogues à celles applicables aux violations du droit national, les violations du droit communautaire de manière que la sanction ait une *effet* effectif, proportionné et dissuasif, l'article 5 du Traité imposant aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire (CJCE, 21 sept. 1989, *Commission c/ République hellénique*, aff. 68/88, *Rec.* p. 2965 ; notre étude, *La fraude communautaire*, *D.* 1992.Chron.187).

Il est vrai que la Communauté s'impose à elle-même les mêmes limites nées du principe de proportionnalité dans le second alinéa de l'article 3 B adopté à Maastricht : « L'action de la Communauté n'exécède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité ».

## B. — Proportionnalité dans les sanctions

Pour l'application du principe de proportionnalité aux sanctions en matière de droit douanier (CJCE 26 oct. 1989, *Procédure pénale c/ Levy*, aff. 212/88, *Rec.* p. 3511) la Cour refusait d'admettre que la législation française puisse frapper l'omission ou l'inexactitude de déclarations en douane de sanctions pénales qui seraient aussi fortes que celles prévues pour les fausses déclarations faites en vue de réaliser les importations interdites. Il s'agit de la reprise de la jurisprudence *Donkerwolcke* (CJCE, 15 déc. 1976, aff. 41/76, *Rec.* p. 1921) qui a assimilé à une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative prohibée par le Traité « toutes mesures administratives ou répressives dépassant le cadre de ce qui est strictement nécessaire ».

L'intrusion dans le domaine de la sanction du principe de la proportionnalité se généralise, se renforce et s'appuie au surplus sur les principes fondamentaux reconnus dans la Déclaration des droits de l'homme ou dans la Convention européenne.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, dans une décision du 30 décembre 1987 (n° 87-237 DC) déclarait anticonstitutionnelle la disposition de la loi de finances pour 1988 qui punissait la divulgation des revenus d'une personne par une amende d'un même montant, ce qui pourrait dans bon nombre de cas « revêtir un caractère manifestement disproportionné ».

C'est ainsi également qu'en matière douanière, la Chambre criminelle dans un arrêt du 5 décembre 1983 (D. 1984.222) a rejeté le pourvoi de l'Administration contre un arrêt qui, « s'appuyant sur le principe de la proportionnalité défini par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, a relaxé des personnes prévenues de fausses déclarations en douane, qualifiées de délits douaniers, compte tenu du fait que les sanctions prévues par les articles 414 et 426-3 du code des douanes étaient disproportionnées à l'infraction ».

La même conclusion doit être tirée, en matière de sanctions, aussi bien administratives que pénales, de l'importance de ces sanctions. La Chambre commerciale de la Cour de cassation à plusieurs reprises vient de casser des arrêts de la cour de Paris, rendus par elle en tant que juridiction de recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, soit faute d'avoir apprécié le rapport entre la gravité des faits et le dommage porté à l'économie (Com. 10 mars 1992, *France Loisirs*, BOCC 21 mars 1992), soit faute d'avoir suffisamment motivé l'importance de la peine par rapport à la gravité des faits (Com. 6 oct. 1992, *Entreprise Jean Lefebvre et autres*, BOCC 29 oct. 1992).

Cette jurisprudence vient d'être traduite de façon incidente mais précise dans une loi du 31 décembre 1992 (relative aux délais de paiement entre les entreprises !!!) qui ajoute un deuxième alinéa à l'article 13 de l'ordonnance, ainsi rédigé :

« Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

## II. — LA SUBSIDIARITÉ ET L'EXTENSION DES POUVOIRS DES AUTORITÉS FRANÇAISES EN MATIÈRE DE CONCURRENCE

Le principe de subsidiarité, principe de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres en ce qui concerne les actions à entreprendre dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté, principe éminemment politique, a pour objectif de rendre subsidiaire l'intervention de la Communauté, limitée aux hypothèses où le résultat ne peut pas être atteint au niveau des Etats membres et peut-être mieux réalisé au niveau communautaire.

Ce principe, dont on a dit qu'il était de simple bon sens, qu'il était appliqué sans qu'on en parle depuis la signature du Traité, qu'il s'y trouvait inscrit entre les lignes sans qu'il ait été encore identifié, est invoqué en matière contentieuse par la Commission pour renvoyer sur les autorités et juridictions des Etats membres, ce qu'elle faisait elle-même sans se préoccuper jusqu'alors du degré d'intérêt communautaire.

En matière de concurrence, il vient d'être déjà fait application du principe dans des conditions qui provoquent une procédure en annulation devant le tribunal de première instance, enregistrée sous le n° T-5/93.

L'administration française de son côté a voulu, malgré les réserves exprimées par des parlementaires qualifiés au cours des débats, étendre la compétence en matière de concurrence, à la fois de ses services, du Conseil de la concurrence et des juridictions chargées de se prononcer sur les recours contre les décisions du Conseil, en faisant adopter un amendement cavalier (aussi cavalier que celui sur la proportionnalité) dans la loi du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation d'un contrat dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (!!!).

Il s'agit d'un nouvel article 56 *bis* de l'ordonnance ainsi rédigé :

« Pour l'application des articles 85 à 87 du Traité de Rome, le ministre chargé de l'Économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispo-

sente ordonnance, pour ce qui concerne le ministre et les fonctionnaires susvisés, et par son titre III pour ce qui concerne le Conseil de la concurrence. Les règles de procédure prévues par ces textes leur sont applicables ».

Les enquêtes communautaires, grâce à ce texte, seront régies en France par les dispositions des articles 47 et 48 de l'ordonnance, d'où, a-t-on dit, un plus en matière de garanties des droits de la défense.

La question qui n'est pas résolue est celle des sanctions que pourrait être amené à appliquer le Conseil de la concurrence, dans le cas où il ne relèverait d'infractions qu'aux articles 85 et 86 du Traité.

On peut répondre que là où il y a pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 85 et 86, il y a en général infraction aux articles 7 et 8 de l'ordonnance et, par conséquent, les deux textes seront forcément invoqués cumulativement. Mais les sanctions pécuniaires ne sont pas les mêmes dans les deux ordres juridiques. Et que dire des entreprises extérieures au territoire français ?

En tout cas, la concurrence des compétences (Commission de Bruxelles, Conseil, juridictions de droit commun, civiles et pénales et éventuellement administratives) ne sera pas réduite et le Conseil de la concurrence sera de toute façon tenu de surseoir à statuer dans le cas où une notification de griefs de la Commission serait intervenue (Cette limitation de compétence découlant de l'article 9-3 du règlement 17/62 ne s'impose qu'aux autorités nationales, c'est-à-dire en France au Conseil, et non pas aux juridictions).

Le droit communautaire apporte des améliorations, mais ne résoud pas tout. Les nouvelles réticences de la Cour de justice à répondre aux demandes d'interprétation du Traité (notamment, CJCE, 26 janv. 1993, *Telemarsi Cabruzzo*, aff. jointes 320, 321, 323/90 et CJCE, ordonnance 19 mars 1993, *Pretore di Genova C157/92*, non publiés) n'arrangera pas les choses, pas plus que les prises de position techniques aventureuses sur l'application de l'article 30, du tarif douanier ou des actes des institutions en matière agro-alimentaire.

## VI. Infractions contre la qualité de la vie : environnement

---

Jacques-Henri ROBERT

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

### 1. Chasse

L'article L. 224-4 du code rural pose un problème d'exégèse comme en aiment les pénalistes : sachant que, selon ce texte, le permis de chasser donne le « droit de chasser soit à tir, soit à courre, soit à cor et à cri, soit au vol », l'arc est-il une arme licite ? Le philologue répond oui sans hésiter beaucoup, car si l'on dit « tirer au fusil » quoique l'on presse la détente, c'est parce que cette arme à feu a progressivement remplacé l'arc sur la corde duquel on tire. D'ailleurs, l'énumération de l'article L. 224-4, qui reproduit celle de l'article 9 de la loi du 3 mai 1844, emploie un vocabulaire ancien qui permet de l'interpréter par référence aux antiques procédés de la chasse.

Ce point de vue n'était pourtant pas unanimement adopté par la jurisprudence civile : la cour d'appel de Paris (Paris, 27 févr. 1989, *D.* 1989.IR.119), et celle de Bordeaux (Bordeaux, 9 avr. 1991), saisies d'actions en nullité contre les associations de chasseurs à l'arc, renfermaient le sens du mot « tir » à l'usage des armes à feu ; l'arc, en conséquence devenait un de ces « engins et tous autres moyens » que l'article 9 de l'arrêté du 1<sup>er</sup> août 1986 prohibe en principe et sauf autorisation administrative.

Mais d'autres juridictions, pénales celles-ci, voulaient bien que pour tirer, on utilisât un arc (T. pol. Sancerre, 28 avr. 1987 et T. pol. Saint-Dizier, 15 janv. 1988, cité par J. de Malafosse, *La chasse à l'arc et le droit*, Maison de la chasse et de la nature, 1989, n° 52, p. 41 ; T. pol. Epernay, 1<sup>er</sup> juin 1990, inédit. Et sur l'ensemble de la question : R. Romi et E. Tête, *Chasse à l'arc : l'arrêté manquant*, *Rev. jur. env.* 1989.39 ; D. Delcourt-Poulx, *La chasse à l'arc serait-elle illégale ?*, *Gaz. Pal.* 1991.I.doct.205).

La première Chambre civile de la Cour de cassation a tranché ce débat par deux arrêts qui affirment la licéité de la chasse à l'arc (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 1991, cassant Paris, 27 févr. 1989 préc., *Bull. civ.* 1, n° 314 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 1992, cassant Bordeaux, 9 avr. 1991 préc., *Bull. civ.* 1, n° 310). La seconde décision ajoute une précision relative à l'emploi de l'arc contre les poissons : cette pratique est prohibée par l'article R. 236-42 du code rural, mais seulement dans les eaux où s'exerce la police de la pêche soit, selon l'article L. 231-3, « les cours d'eau, canaux, ruisseaux ainsi que les plans d'eau avec lesquels ils communiquent ».

En dépit des cassations prononcées, ces deux affaires rappellent un principe utile : l'action en nullité absolue d'un contrat inspiré par une cause illicite ou immorale est fondée sur les articles 6 et 1131 du code civil, et elle est ouverte à tout intéressé ; lorsqu'elle est dirigée contre l'acte constitutif d'une personne morale et qu'elle réussit, elle aboutit à la dissolution de ce groupement. Ces règles simples rendent inutile l'élaboration acrobatique, à laquelle se livre pourtant le nouveau code pénal (art. 121-2 et 131-39, 1°), d'une responsabilité des personnes morales pour les menacer d'une nouvelle sanction pénale consistant en leur dissolution. Le code civil est d'ailleurs plus efficace en ce qu'il prévoit la dissolution même quand l'objet social n'est pas constitutif d'une in-

fraction. Des esprits subtils en déduiront que le nouveau code pénal est un instrument protecteur de la liberté d'association.

## 2. Protection de la faune sauvage

Dans une précédente chronique (cette *Revue* 1992.334, sur Poitiers 16 nov. 1990), nous traitions des pouvoirs d'investigation des gardes-chasse pour noter que la loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature, leur avait refusé le droit de procéder à des perquisitions, notamment chez les taxidermistes soupçonnés de contraventions à son article 3, qui interdit la naturalisation de certaines espèces protégées. Nous imaginions aussi que, pour surmonter cette difficulté, les fonctionnaires concernés pourraient tenter de tirer parti de la codification de la loi de 1976 dans le code rural, en utilisant les pouvoirs qu'ils tiennent du droit de la chasse et qui sont établis par ce code ; mais nous réfutions d'avance la légalité de cette solution en notant que le décret de codification du 27 octobre 1989 ne pouvait pas avoir changé le sens des actes législatifs qu'il réunissait.

C'est pourtant bien cet amalgame de textes qu'approuve la Cour de cassation dans un arrêt récent (Crim. 17 juin 1992, *Dr. pén.* 1992, n° 13) : il s'agissait encore une fois de la visite de gardes nationaux de la chasse venus perquisitionner chez un taxidermiste alors qu'ils étaient accompagnés d'un officier de police judiciaire. La Cour justifie l'opération en rapprochant l'article L. 215-5 du code rural, qui est l'ancien article 29 de la loi du 10 juillet 1976, et l'article L. 228-31 qui est l'ancien article 384, alinéa 3, du code rural, relatif à la chasse. Mais ce premier rapprochement, si illégitime qu'il fût, n'était pas, à lui seul, très fructueux, car l'article L. 228-31 se borne à donner au ministre chargé de la chasse le pouvoir de commissioner « des gardes-chasse dépendant de l'Office national de la chasse et des gardes-chasse dépendant des fédérations de chasseur pour exercer les fonctions de préposés des eaux et forêts chargés spécialement de la police de la chasse ». Il n'y a rien là qui établisse un pouvoir de perquisition. Et, bien au contraire, l'impossibilité où se trouvent les agents chargés de la police de la chasse d'entrer dans les domiciles privés résulte, *a contrario*, de l'article L. 228-35 (ancien art. 372, al. 7) qui confine leurs intrusions au domicile des « aubergistes » et à celui des « marchands de comestibles » (Bourges, 14 déc. 1990, *Dr. envir.* 1991.14 ; J. de Malafosse, *J.-Cl Pénal Annexes*, v° Chasse, n° 270 à 278).

L'arrêt du 17 juin 1992 se risque donc à grossir son amalgame en l'étendant jusqu'à l'article 23 du code de procédure pénale : celui-ci autorise « les chefs de district et agents techniques des eaux et forêts et les garde champêtres » à « pénétrer dans les maisons, ateliers et enclos en présence d'un officier de police judiciaire qui ne peut se refuser à les accompagner et qui signe le procès-verbal de l'opération à laquelle il a assisté ». Or, l'article L. 228-31 fait référence aux « préposés des eaux et forêts » et, en l'espèce, les agents verbalisateurs étaient accompagnés d'un officier de police judiciaire. Mais l'interprétation ainsi faite de l'article 23 est nouvelle, puisqu'il n'était considéré jusqu'à présent que comme un renvoi fait aux dispositions particulières du code forestier et non pas une règle autonome ; c'est ce que décidait traditionnellement la Cour de cassation pour interpréter l'article 16 alinéa 3 du code d'instruction criminelle, dont l'article 23 du code de procédure pénale a repris la disposition : « Les gardes forestiers, en dehors du cas prévu par l'article 161 du code forestier (devenu l'art. L. 152-2), sont sans qualité pour procéder à des visites domiciliaires, même avec l'assistance du maire, et l'irrégularité d'une telle visite, ainsi que du procès-verbal auquel elle a donné lieu, n'est pas couverte par le consentement de l'inculpé chez qui elle a été opérée » (Crim. 17 juill. 1858, S. 1859.1.634).

Plutôt que d'un revirement de jurisprudence, l'arrêt du 17 juin 1992 a procédé à un oubli de jurisprudence, qui est aussi une forme d'évolution du droit. Mais elle ne va pas

dans le même sens que « les avancées significatives de l'Etat de droit » dont notre code de procédure pénale vient de s'enrichir avec la loi du 4 janvier 1993.

### 3. Hygiène rurale

Les ministres de l'Environnement s'agitent, prennent ou font prendre des textes applicables à force de technicité (par exemple Décr. et Arr. du 5 mai 1988, relatifs au bruit : cf. Crim. 25 oct. 1990, *Dr. pén.* 1991, n° 16 ; 22 nov. 1990, *Dr. pén.* 1991, n° 67, obs. A. Maron, et cette *Revue*, 1991, obs. G. Levasseur), mais ils négligent le modeste et commode instrument que constitue le vieux règlement sanitaire départemental. C'est un texte long et minutieux qui permet de réprimer facilement un grand nombre de nuisances écologiques (Crim. 26 oct. 1987, *Bull. crim.* n° 368 ; cette *Revue* 1988.818 ; *Rev. jur. env.* 1988.69 ; J.-H. Robert, Un code Cendrillon de l'environnement, *Dr. env.* 1990.33).

Un récent arrêt de la Cour de cassation (Crim. 28 oct. 1992, *Leforestier*, inédit) en est une nouvelle preuve, mais par excès. Il approuve la condamnation d'une personne qui laissait son jardin à l'abandon et y entassait une très grande quantité de bois de chauffage. Où est le mal ? Est-on tenu partout, même à la campagne, d'imiter la coquetterie des jardiniers de banlieue et de ne se chauffer que par des procédés modernes ? Le bois qui brûle ne répand-il pas une odeur plus écologique que le fioule ?

La condamnation trouvait pourtant un fondement juridique dans le règlement sanitaire du Calvados, selon lequel on ne doit pas favoriser la pullulation des animaux nuisibles, tels ceux qui avaient trouvé refuge dans les stères d'un Normand dont la personnalité aurait sans doute inspiré Maupassant. On voit poindre là un inconvénient du règlement sanitaire : rédigé par des bureaucrates un peu maniaques, il peut servir de moyen de persécution contre des marginaux qui ne plaisent pas à leurs voisins, même si leur jungle rustique n'abrite pas le moindre brin de cannabis.

### 4. Pollution de l'eau

La Cour de cassation vient de rendre une nouvelle décision à propos de la difficile question de l'effet d'une autorisation administrative de déversement d'effluents dans une rivière, lorsque le débit de celle-ci devient inférieur aux prévisions de l'Administration et qu'il s'ensuit une pollution d'eau réprimée par l'article L. 232-2 du code rural (Crim. 25 nov. 1992, *Mercier*, inédit). Par un précédent arrêt (Crim. 15 mars 1988, cette *Revue* 1990.800), elle avait cassé une condamnation en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas recherché si, du fait de la sécheresse, le prévenu ne s'était pas trouvé dans une situation de force majeure, ainsi qu'il le soutenait. Sur renvoi, la cour d'appel de Riom s'était attelée à la tâche, et ayant résolu la question par la négative, avait prononcé une nouvelle condamnation (Riom, 26 oct. 1988, *Dr. env.* 1991.22).

La nouvelle affaire concerne le même prévenu, M. Mercier, qui a de nouveau invoqué dans son pourvoi le même argument de force majeure, à propos d'une autre pollution qui lui était reprochée. Mais, échaudée par la précédente cassation, la cour de Nîmes avait, cette fois, pris soin de mieux motiver son arrêt et elle évita une nouvelle censure : « La loi, disait-elle, fait obligation à l'utilisateur (d'une installation classée) d'adapter son activité, et ses conséquences secondaires, aux conditions climatiques, la sécheresse présentant de surcroît un caractère prévisible et la connaissance du débit d'étiage étant toujours possible ». Il y en avait assez pour que l'exception de force majeure fût rejetée.

Mais, à l'avenir, quand les poursuites seront engagées sur le fondement de l'article 22 de la loi du 3 janvier 1992, sur l'eau, l'argument fondé sur l'existence d'une autorisation administrative prospérera car ce texte, après avoir établi l'incrimination de pollution dans des cas que ne vise pas l'article L. 232-2 du code rural, ajoute : « Lors que l'opéra-

tion de rejet a été autorisée par arrêté, les dispositions de cet alinéa ne s'appliquent que si les prescriptions de cet arrêté n'ont pas été respectées ». Le déversement devient donc objectivement licite, même si la personne qui le fait a conscience que l'eau réceptrice est polluée, faute par l'administration d'avoir prévu une sécheresse.

### 5. Sites et paysages

La protection des sites et paysages est assurée par des textes que l'on peut trouver compliqués. On distingue en effet entre les « monuments historiques », régis par la loi du 31 décembre 1913, et les « monuments naturels et sites » auxquels s'applique la loi du 2 mai 1930. Les premiers portent un bâtiment historique ou mégalithique ou bien ils renferment un gisement préhistorique ; les seconds, sont des espaces plus étendus, bâtis ou non, qui se singularisent par leur beauté ou par les légendes et histoires qui s'y attachent (F. Billaudot et M. Besson-Guillaumet, *Environnement, urbanisme et cadre de vie*, 1979 ; J.-H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *Droit pénal de l'environnement*, Masson, 1983, n° 277 et s.). La protection de l'une et l'autre de ces deux catégories d'immeubles peut revêtir deux formes juridiques qui, par ordre décroissant de rigueur sont, d'une part, le « classement » (art. 1<sup>er</sup> L. 1913 ; art. 5 L. 1930) et, d'autre part, « l'inscription » sur la liste des monuments protégés (art. 2 L. 1913 qui parle « d'inscription sur l'inventaire supplémentaire » ; art. 4 L. 1930). Il existe donc quatre régimes juridiques applicables à la conservation des beaux endroits (si l'on ne tient pas compte, en plus, de l'institution des parcs nationaux, régionaux et réserves naturelles).

Un agriculteur contrevient-il aux dispositions de l'un ou de l'autre quand, au voisinage de remparts classés, il défriche et nivelle le sol pour les besoins de son exploitation ? La cour d'appel de Poitiers (Poitiers, 12 déc. 1991, *Berbudeau*) a estimé qu'il y avait là infraction à l'article 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 qui dispose : « Lorsqu'un immeuble est situé dans le champ de visibilité d'un édifice classé ou inscrit, il ne peut faire l'objet d'aucune construction nouvelle, d'aucune démolition, d'aucun déboisement, d'aucune transformation ou modification de nature à en affecter l'aspect, sans autorisation préalable ».

Sur cette qualification, la cour d'appel est approuvée par la Cour de cassation (Crim. 15 sept. 1992, *Berbudeau*, inédit), mais celle-ci a dû résoudre une question embarrassante que le prévenu proposait. L'avocat au conseil chargé de soutenir son pourvoi s'aperçut que la longue loi de décentralisation du 7 janvier 1983 (*JO*, 9 janv. 1983, p. 215) comportait, dans ses articles 69 à 72, des dispositions très favorables à son client puisqu'elles abolissaient, sous certaines conditions, les servitudes qu'on lui reprochait d'avoir méconnues.

Mais il y avait, justement, certaines conditions à vérifier notamment la création par acte administratif d'une « zone de protection du patrimoine architectural ». La Cour de cassation refuse, par l'arrêt rapporté, d'entrer pour la première fois ce débat, estimant qu'il était mélangé de fait et de droit. Pourtant, l'existence ou l'inexistence d'un acte dont dépend la réalisation de l'infraction paraît être une question de pur droit, intimement liée, même, au principe supérieur de la légalité des incriminations. Mais, quand il s'agit d'ouvrir de nouveaux débats devant elle, la haute juridiction nourrit une conception très extensive du « fait » par rapport au « droit » : elle refuse par exemple, et depuis longtemps, d'examiner la légalité du règlement qui forme la base des poursuites, si cette exception est pour la première fois soulevée devant elle, car la question suppose certaines vérifications, comme celles des conditions dans lesquelles a agi le fonctionnaire et qui ressortissent du fait. Cette règle a déjà été observée dans nos colonnes (Crim. 23 févr. 1988, cette *Revue* 1989.763).

Mais l'arrêt commenté aujourd'hui, en incluant l'existence même d'un règlement, et non sa licéité, parmi les questions de fait, élargit encore le champ de cette jurisprudence.

## **VII. Infractions relevant du droit social**

Antoine LYON-CAEN

*Professeur à l'université de Paris X-Nanterre*

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Infractions relevant du droit social ». Ils la retrouveront dans un prochain numéro.

## VIII. Procédure pénale

André BRAUNSCHWEIG

*Président de chambre honoraire à la Cour de cassation*

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Procédure pénale ». Ils la trouveront dans le prochain numéro.

## B. CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Michèle-Laure RASSAT

*Professeur à l'université de Paris 12*

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 1992)

### I. — DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

---

### II. — DROIT PÉNAL SPÉCIAL

#### I. — ENVIRONNEMENT

##### 1. *Élimination des déchets et installations classées pour l'environnement*

La loi n° 92-646 du 13 juillet 1992 (JO 14 juill. 1992) modifie ou complète plusieurs textes antérieurs relatifs à l'élimination des déchets et aux installations classées pour la protection de l'environnement. Son titre II (art. 11 et 12) comporte de nombreuses dispositions pénales complétant les incriminations contenues soit à l'article 24 de la loi n° 75-663 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets (lui-même déjà modifié par une loi n° 88-1260 du 30 déc. 1988), soit à l'article 20 de la loi n° 76-663 du 19 juillet relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

##### 2. *Utilisation et dissémination des organismes génétiquement modifiés*

Une loi n° 92-654 du 13 juillet 1992 (JO 16 juill. 1992) s'attache au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des organismes génétiquement modifiés dont elle donne d'abord une définition (art 1<sup>er</sup>).

a) L'utilisation à des fins de recherche, de développement ou d'enseignement d'organismes génétiquement modifiés dans une installation publique ou privée est soumise à agrément, lequel agrément peut être subordonné au respect de prescriptions techniques. Dans le cas où une nouvelle évaluation des dangers et des inconvénients de l'activité le justifie, l'autorité administrative peut imposer la modification des prescriptions techniques initiales, suspendre l'agrément ou retirer celui-ci. Deux délits sont prévus pour sanctionner le non-respect de ces différents aspects de la réglementation.

L'exploitation d'une installation utilisant des organismes génétiquement modifiés sans agrément ou sans respecter les prescriptions techniques de l'agrément constitue un délit punissable d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2 000 à 500 000 F ou de l'une de ces deux peines. En cas de récidive les peines deviennent

l'emprisonnement de deux mois à deux ans et l'amende de 20 000 à 1 000 000 F. En cas de condamnation, le tribunal peut interdire le fonctionnement de l'installation et ordonner l'exécution provisoire mais il est prévu que l'interdiction cesse de produire effet si un agrément est délivré ultérieurement, singularité qui permet à une décision administrative d'annuler une décision judiciaire et qui confirme dans l'idée que la mesure de fermeture n'est peut-être elle-même qu'une mesure administrative exceptionnellement prononcée par une juridiction judiciaire.

L'exploitation d'une installation en violation d'une mesure de modification des prescriptions techniques initiales ou d'une suspension d'agrément ou d'un retrait d'agrément est punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 20 000 et 1 000 000 F. Le tribunal peut interdire le fonctionnement de l'installation en cas de condamnation, sans rémission ici.

b) Toute dissémination ou toute mise sur le marché d'organismes génétiquement modifiés est soumise à une autorisation préalable. Une nouvelle évaluation des risques de ces opérations peut conduire à une modification des termes de l'autorisation, à sa suspension ou son retrait, à la destruction des organismes en cause et/ou à l'obligation de consigner une somme suffisante pour effectuer les travaux nécessaires. Trois délits différents sanctionnent ces obligations.

Un emprisonnement de dix jours à six mois et une amende de 2.000 à 50.000 F sanctionnent le fait de ne pas se conformer à une mise en demeure de respecter les restrictions techniques accompagnant l'autorisation initiale.

Un emprisonnement de deux mois à un an et une amende de 10.000 F à 500.000 F (deux mois à deux ans ; 20 000 à 1 000 000 F en cas de récidive) sont prévus en cas de dissémination et de mise sur le marché sans autorisation.

Un emprisonnement de deux mois à deux ans et une amende de 20 000 à 1 000 000 F répriment quiconque ne respecte pas une mesure de suspension, de retrait, d'interdiction ou de consignation.

### c) Dispositions communes

1) En cas de condamnation, le tribunal peut ordonner aux frais du condamné la publication intégrale ou par extraits de sa décision. Il peut aussi ordonner la diffusion d'un message dont il fixe explicitement les termes et qui a pour but d'informer le public des motifs et du contenu de sa décision. Cette publication peut se faire par voie de presse dans un ou plusieurs journaux que la juridiction désigne ou par voie d'affichage dans les termes de l'article 51 du code pénal, le tout aux frais du condamné qui ne peuvent dépasser le maximum de l'amende encourue.

2) Outre les officiers et agents de police judiciaire divers agents techniques, peuvent rechercher et constater les infractions aux dispositions de la loi selon une procédure établie. Quiconque met obstacle aux fonctions des agents ci-dessus mentionnés encourt une peine d'emprisonnement de dix jours à un an et une amende de 2 000 à 100 000 F.

3) Les associations agréées au titre du code rural pour la défense de l'environnement peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile.

## 3. Usage de l'eau

Un décret n° 92-1041 du 24 septembre 1992 (JO 27 sept. 1992) pris pour l'application de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau est relatif à la limitation ou à la suspension provisoire de ses usages. L'article 6 de ce décret prévoit l'application de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe à quiconque aura contrevenu aux mesures de limitation ou de suspension provisoires des usages de l'eau prescrites par arrêté préfectoral pour faire face à une menace ou aux conséquences d'accidents, de sécheresse, d'inondations ou à un risque de pénurie.

#### 4. Lutte contre le bruit

La loi n° 92-1444 du 31 décembre 1992 (JO 1<sup>er</sup> janv. 1993) a pour but de lutter contre les dispositifs et les activités bruyants.

a) Un délit punissable d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 200 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement (peines doublées en cas de récidive) est prévu à l'égard de celui qui aura 1) fabriqué, importé ou mis sur le marchés des objets ou des dispositifs non pourvus de l'homologation ou de la certification exigées en application de l'article 2 de la loi en raison de son niveau sonore ; 2) exercé une activité bruyante au sens de l'article 6 de la loi sans l'autorisation prévue par cet article ou poursuivi son activité malgré une mise en demeure administrative de satisfaire aux aménagements nécessaires à la réduction du niveau sonore de cette activité (art. 27-II de la loi).

b) En dehors des officiers et agents de police judiciaire un grand nombre d'agents nationaux et locaux énumérés à l'article 21 de la loi sont habilités à rechercher et constater les infractions qui lui sont rapportées selon une procédure déterminée. L'entrave à l'accomplissement des opérations de contrôle est punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 50 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive ces peines sont doublées.

##### c) Dispositions communes

La juridiction répressive peut, après avoir déclaré le prévenu coupable, ajourner le prononcé de la peine en lui enjoignant, éventuellement sous une astreinte dont elle détermine le taux et le point de départ, de se conformer, dans un délai fixé, aux prescriptions qu'elle détermine et qui ont pour objet de faire cesser l'agissement illicite et d'en réparer les conséquences. Elle peut ordonner l'exécution provisoire de la décision d'injonction. L'ajournement ne peut intervenir qu'une seule fois et peut être décidé même si le prévenu ne comparait pas en personne (régime différent ici du droit commun). A l'audience de renvoi qui doit intervenir au plus tard dans le délai d'un an à compter de la décision d'ajournement, la juridiction statue sur la peine et liquide l'astreinte, s'il y a lieu. Elle peut supprimer cette dernière ou en réduire le montant. Le non paiement de l'astreinte ne peut donner lieu à contrainte par corps.

En cas de condamnation, le tribunal peut ordonner, aux frais du condamné, le retrait, la saisie ou la destruction des objets ou dispositifs sur lesquels a porté l'infraction. Si les poursuites sont exercées pour activité bruyante, il peut prononcer l'interdiction temporaire de l'activité en cause jusqu'à ce que les dispositions auxquelles il a été contrevenu aient été respectées. Il peut, enfin, dans tous les cas, ordonner la publication intégrale ou par extraits de sa décision ou un message d'avertissement dans les mêmes termes que ceux déjà rencontrés ci-dessus (V. n° 2 c).

Les associations agréées pour la défense de l'environnement peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile.

##### d) Mesures administratives

Indépendamment des poursuites pénales, l'autorité administrative compétente peut, après mise en demeure et « procédure contradictoire » (*sic*), prendre toutes mesures destinées à faire cesser les troubles résultant de l'émission ou de la propagation des bruits ayant pour origine tout objet ou dispositif ne satisfaisant pas aux prescriptions établies et décider à titre provisoire l'arrêt du fonctionnement, l'immobilisation, l'interdiction de mise sur le marché, la saisie en tout lieu où il se trouve ou demander au juge (lequel puisque la procédure pénale n'est pas engagée ?) que l'objet ou le dispositif soit rendu inutilisable ou détruit.

Une fois de plus, il y a télescopage entre mesures administratives et pénales dans des conditions floues alors que la seule technique acceptable est un pouvoir provisoire de l'Administration en attendant la décision judiciaire.

## 5. Divers

Un décret n° 92-1271 du 7 décembre 1992 (JO 8 déc. 1992) relatif à certains fluides utilisés dans les équipements frigorifiques crée une contravention de la cinquième classe.

## II. — CIRCULATION ROUTIÈRE

### 1. Infractions commises par les employeurs de chauffeurs routiers

Un décret n° 92-699 du 23 juillet 1992 (JO 24 juill. 1992) répond à la grogne suscitée, particulièrement chez les transporteurs routiers, par la mise en vigueur du permis de conduire à points. Les salariés et artisans de la profession estimaient, en effet, que leurs conditions de travail leur imposaient en quelque sorte de commettre les infractions routières susceptibles d'entraîner des retraits de points des permis (et notamment des excès de vitesse) pour satisfaire aux exigences manifestées par leurs employeurs ou leurs clients.

Le décret du 23 juillet crée cinq infractions différentes réparties en deux groupes toutes punissables « des peines prévues pour les contraventions de la cinquième classe ».

#### a) Infractions des employeurs

— donner (sauf pour les employeurs de conducteurs des services de sécurité au sens de l'art. R. 105 c. route) directement ou indirectement à un salarié chargé de la conduite d'un véhicule de transport routier de personnes ou de marchandises des instructions incompatibles avec le respect des limitations de vitesse (art. R. 10-1 à R. 10-3 c. route) ;

— donner des instructions incompatibles avec les durées maximales de conduite, la durée minimale des repos journalier et hebdomadaire, les durées quotidiennes et hebdomadaires du travail ;

— donner des instructions incompatibles avec les limites de poids des véhicules.

#### b) Infractions des donneurs d'ordre

— provoquer, directement ou par l'intermédiaire d'un mandataire ou d'un préposé, un dépassement des poids limites à transporter par une fausse déclaration du poids d'un chargement placé à bord d'un camion ;

— donner des instructions incompatibles avec les durées maximales de conduite quotidienne, la durée du travail dans les entreprises de transport routier, la limitation de la vitesse des véhicules, les limites de poids des véhicules.

On peut émettre des doutes sur l'efficacité pratique de ces incriminations prises dans un but conjoncturel de traitement de tensions sociales compte tenu du caractère éminemment variable des critères à prendre en compte.

### 2. Puissance des cyclomoteurs

Un décret n° 92-987 du 10 septembre 1992 (JO 16 sept. 1992) interdit la fabrication, l'importation, la détention en vue de la vente et la distribution à titre gratuit des dispositifs ayant pour objet d'augmenter la puissance du moteur des cyclomoteurs (art. 1<sup>er</sup>) ainsi que toute transformation par des professionnels des moteurs de cyclomoteurs en vue d'augmenter la puissance (art. 2).

Toute personne qui contrevient aux dispositions des articles 1<sup>er</sup> et 2 sera punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. En cas de récidive, la peine d'amende sera celle qui est prévue pour les contraventions de la cinquième classe en récidive.

### 3. Permis de conduire à points

Un décret n° 92-1228 du 23 novembre 1992 (JO 24 nov. 1992) modifie, à la suite des manifestations auxquelles a donné lieu la mise en vigueur du permis de conduire dit « à points » et du rapport remis par une commission dite « du suivi », le décret n° 92-559 du 25 juin 1992 qui avait fixé les modalités d'application de la loi n° 89-469 du 10 juillet 1989 (art. L. 11 à L. 11-6 c. route). La circulaire d'application est publiée au *Journal officiel* de la même date.

Le décret du 23 novembre donne une nouvelle rédaction aux articles R. 255 à R. 257 du code de la route ainsi qu'à l'article R. 262. Le permis de conduire est affecté d'un nombre initial de douze points (au lieu de six précédemment). L'article R. 256 fixe le barème des retraits (de six à un point) en fonction des infractions commises. L'article R. 257 prévoit l'éventualité d'un concours de plusieurs des infractions pénalisantes en limitant le retrait global à six points lorsque les infractions simultanément commises ne dépassent pas le niveau de la contravention et à huit points s'il figure au moins un délit dans les infractions successivement commises.

Il s'agit là d'un réaménagement de détail qui ne touche pas aux principes établis et notamment à la nature juridique de la mesure : sanction administrative découlant de la commission d'une infraction soit avouée (par paiement de l'amende forfaitaire) soit constatée par une condamnation judiciaire.

### 4. Infractions des sous-traitants dans le transport routier

La loi n° 92-1445 du 31 décembre 1992 (JO 1<sup>er</sup> janv. 1993) sanctionne pénalement une sorte d'abus de puissance économique des donneurs d'ordre dans le cadre du transport routier. Elle punit d'une amende de 600 000 F (doublée en cas de récidive) le donneur d'ordres qui, dans le cadre des contrats définis à l'article 1<sup>er</sup> de la loi (contrats de commission de transports routiers ou de location de véhicule routier avec conducteur qui doivent être passés par écrit) aura rémunéré par un prix qui ne permet pas de couvrir les charges entraînées par les obligations légales et réglementaires, les charges de carburant, d'entretien et d'amortissement des véhicules et, pour les entreprises unipersonnelles, la rémunération du chef d'entreprise.

Les infractions peuvent être constatées par les agents des services de la concurrence et ceux de contrôle des transport terrestres selon une procédure définie.

L'action publique se prescrit par le délai d'un an à compter de la date de fin d'exécution du contrat. Elle peut être engagée non seulement par le ministère public mais aussi par le ministre chargé de l'Economie ou son représentant. Ces derniers peuvent déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience de la juridiction, produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête.

Le transporteur ou le loueur évincé en raison d'un prix trop bas et les organisations professionnelles de transporteurs routiers, de commissionnaires de transport et de loueurs de véhicules industriels représentatives au niveau national peuvent se porter partie civile.

## 5. Divers

Un décret n° 92-757 du 3 août 1992 (JO 5 août 1992) est relatif à la sécurité des courses et épreuves sportives sur les voies ouvertes à la circulation publique. Il modifie les articles R. 53 et R. 232 et crée une contravention de la quatrième classe.

## III. — DROIT PÉNAL DU TRAVAIL

### 1. Assistants et assistantes maternels

La loi n° 92-642 du 12 juillet 1992 (JO 14 juill. 1992) modifie le code de la famille et de l'aide sociale, le code de la santé publique et le code du travail en ce qui concerne l'activité d'assistant maternel.

La personne qui accueille des enfants à son domicile sans avoir reçu les agréments requis n'est pas immédiatement en infraction. Les peines prévues à l'article 99 du code de la famille et de l'aide sociale (emprisonnement de dix jours à trois mois et amende de 500 à 20 000 F ou l'une de ces deux peines) ne sont donc applicables, d'une part, qu'à la personne qui, signalée au président du conseil général comme assistante maternelle de fait n'a pas déféré dans les quinze jours à la mise en demeure délivrée par celui-ci d'avoir à se mettre en règle et n'a pas fait connaître les noms et adresses des représentants légaux des mineurs qu'elle accueille, et, d'autre part, qu'à la personne qui a continué à accueillir des enfants après une décision de refus, de suspension ou de retrait de son agrément.

### 2. Repos dominical

Un décret n° 92-769 du 6 août 1992 (JO 7 août 1992) donne la liste, par activités, des établissements autorisés à faire travailler leurs salariés le dimanche. L'article 3 de ce décret modifie l'article R. 262-1 du code du travail pour y ajouter un alinéa prévoyant que « les contraventions donnent lieu à autant d'amendes qu'il y a de personnes illégalement employées ». On voit mal l'intérêt d'une semblable précision qui ne fait que réaffirmer une règle classique du droit commun.

### 3. Harcèlement sexuel

La loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 (JO 4 nov. 1992) relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail modifie l'article 416 du code pénal relatif à la discrimination dans l'embauche ou le licenciement. Il a pour but de punir des peines prévues par cet article ceux qui auront embauché ou licencié en tenant compte soit du fait que l'intéressé « a subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un supérieur hiérarchique ou de toute personne, qui abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers », soit du fait que l'intéressé a témoigné de tels agissements ou qu'il les a relatés.

Cette disposition est un chef-d'oeuvre de maladresse : 1) Elle commence par dire qu'elle modifie « l'alinéa 4 de l'article 416 » alors qu'il s'agit, en réalité de l'alinéa 1<sup>er</sup> 3°. 2) Pour matérialiser sa modification, elle ne reprend pas l'énumération des faits incriminés, mais renvoie à une loi du 13 juillet 1983, également modifiée par elle, mais qui concerne la situation des fonctionnaires alors que l'article 416 ne concerne que les employeurs privés. Il en résulte, par renvoi mais il n'importe, des termes parfaitement inappropriés à la situation à régler (prise en compte pour « la titularisation » ou « la mu-

tation » ; pressions exercées « sur le fonctionnaire ») qui pourraient, dans le cadre d'une interprétation véritablement restrictive de la loi rendre cet article inapplicable ; 3) curieusement, la loi nouvelle ne modifie pas l'article 187-1 du code pénal qui est bien, lui, l'article symétrique de l'article 416, mais pour des délinquants fonctionnaires en sorte que le harcèlement sexuel d'un fonctionnaire ne sera pas pénalement punissable ce qui est curieux, en admettant que cela ait été voulu (et naturellement sous réserve de l'application des dispositions prévues par le nouveau code pénal s'il est et quand il sera en vigueur).

Le reste des dispositions pénales de cette loi n'est pas plus satisfaisant. Une modification de l'article 2-6 du code de procédure pénale (droit d'action des associations pour la lutte contre les discriminations) prévoit que pour les faits considérés, l'association devra avoir reçu l'accord écrit de la personne intéressée ou, si celle-ci est mineure, l'avis de cette dernière et l'accord de son représentant légal. La seule difficulté est que, selon la loi, cette disposition sera valable « en ce qui concerne les "infractions" aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 123-1 du code du travail et aux quatre derniers alinéas de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 ». L'ennui est que ces dispositions ne concernent pas des infractions pénales susceptibles d'ouvrir une action civile mais des dispositions de fond du droit du travail et du droit de la fonction publique, en sorte qu'on ne voit pas bien qu'elle peut être la portée de la modification en question qui au demeurant, ne vise même pas l'article 416 !

#### 4. Travail clandestin

Le *Journal officiel* du 18 novembre 1992 publie la circulaire (9 nov. 1992) d'application de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le travail clandestin.

### IV. — CONSOMMATION

#### 1. Sécurité des consommateurs, notamment des enfants

Un décret n° 92-985 du 9 septembre 1992 (JO 15 sept. 1992) est relatif à la prévention des risques liés à l'usage de certains produits imitant des denrées alimentaires. Le décret du 9 septembre 1992 fixe les quantités maximales de produits chimiques énumérés qui peuvent entrer dans la composition des produits visés (art. 2) et le gabarit minimum que peuvent avoir ces produits ou leurs parties détachables (art. 3).

Tout fabricant, importateur ou distributeur qui procédera à la fabrication, l'importation, l'exportation, l'offre, la vente, la distribution à titre gratuit ou détiendra des produits non conformes aux prévisions du décret se rendra coupable d'une contravention punie des peines d'amende prévues pour les contraventions de la cinquième classe (les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de la cinquième classe, en cas de récidive).

#### 2. Vente ou prestation de services à distance

Un décret n° 92-1289 du 9 décembre 1992 (JO 12 déc. 1992) punit des peines d'amende prévues pour les contraventions de la cinquième classe le professionnel qui, dans toute offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de services faite à distance à un consommateur omettra d'indiquer le nom de son entreprise, ses coordonnées téléphoniques, l'adresse de son siège et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre. En cas de récidive les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la cinquième classe sont applicables.

### 3. Divers

Un décret n° 92-1280 du 10 décembre 1992 (JO 11 déc. 1992) édicte les prescriptions de sécurité relatives aux poêles mobiles à pétrole lampant et crée trois contraventions des troisième, quatrième et cinquième classe.

## V. — SECRET PROFESSIONNEL

### 1. Domaine bancaire

La loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 (JO 17 juill. 1992) porte adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit. Elle en profite pour compléter la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit qui n'avait prévu de dispositions particulières en matière de secret professionnel qu'en ce qui concerne les établissements de crédit pris individuellement. Ses articles 41, 43 et 45 fixent les obligations faites à cet égard dans le cadre du fonctionnement du Comité des établissements de crédit (art. 41 de la loi), de la Commission bancaire (art. 43) et des différents organes de contrôle de la profession (art. 45).

### 2. Revenu minimum d'insertion

La loi n° 92-722 du 29 juillet 1992 (JO 30 juill. 1992) portant adaptation de la loi n° 88-1088 du 1<sup>er</sup> décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion comporte plusieurs dispositions intéressant le secret professionnel (art. 5 de la loi).

a) Par une modification des articles 12 et 21 de la loi de 1988, elle confirme ou crée des autorisations de révélation d'éléments de la situation personnelle ou sociale du bénéficiaire ou demandeur nécessaires à la mise en oeuvre du dispositif (permission de la loi) pour les organismes ou associations chargés de la mise en place du contrat d'insertion. Ces révélations doivent, bien entendu, pour être justifiées être « limitées aux données nécessaires ».

b) Une modification par ajout d'un alinéa à l'article 22 de la loi de 1988 précise que toute personne à laquelle a été transmise la liste des personnes percevant une allocation de revenu minimum d'insertion est tenue au secret professionnel dans les termes de l'article 378 du code pénal.

## VI. — USURE

### 1. Définition

Le décret n° 92-1165 du 26 octobre 1992 (JO 27 oct. 1992) modifie le décret n° 90-506 du 25 juin 1990 qui définit les règles de fixation des taux usuraires. Il a pour but d'introduire plus de souplesse dans l'évolution de ceux-ci. La question traitée est celle des cas dans lesquels il se produit une variation des taux d'une ampleur exceptionnelle depuis l'enquête trimestrielle de la Banque de France qui sert à déterminer les taux effectifs moyens à partir desquels se définit l'usure. Jusqu'à présent seule était prise en compte la variation intervenant dans la période séparant l'enquête de la publication des cours moyens au *Journal officiel* alors que désormais toute variation exceptionnelle devra être répercutée. Pour rendre cette mesure opérationnelle, il est précisé qu'une publication spécifique doit intervenir dans les quarante-cinq jours de la constatation de la variation.

## 2. Taux usuraires

Le dernier avis fixant les seuils de l'usure (à compter du 1<sup>er</sup> janv 1993) a été publié au *Journal officiel* du 24 décembre 1992.

## VII. — ORGANISATION ET VENTE DE VOYAGES ET DE SÉJOURS

La loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 (JO 14 juill. 1992) fixe les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages et de séjours. Son article 29 crée un délit imputable à toute personne physique ainsi qu'à tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale ou d'un organisme se livrant aux activités réglementées.

L'infraction consiste à se livrer aux activités prévues à l'article 1<sup>er</sup> de la loi (l'organisation ou la vente de voyages ou de séjours individuels ou collectifs ; de services pouvant être fournis à l'occasion de voyages ou de séjours — délivrance de titres de transport, de réservation de chambres, etc — ; de services liés à l'accueil touristique — visites de musées ou de monuments ; de forfaits touristiques tels que définis à l'article 2 de la loi — combinaison d'au moins deux opérations portant sur le transport, le logement et les prestations touristiques offertes pour plus de vingt-quatre heures pour un prix tout compris) sans avoir obtenu les habilitations nécessaires.

La peine principale prévue est une amende de 5 000 à 50 000 F qui devient, en cas de récidive une amende de 50 000 à 100 000 F assortie d'un emprisonnement de deux à six mois (ou l'une de ces deux peines seulement). Il peut s'y ajouter, sur décision du tribunal, une peine complémentaire de fermeture temporaire ou définitive de l'établissement exploité par les personnes condamnées.

Pendant la durée de la procédure, le préfet du département dans le ressort duquel se trouve exploité « l'établissement en infraction » (*sic*) peut en ordonner la fermeture à titre provisoire par décision motivée après que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter ses observations. La mesure ne peut excéder six mois. Elle est levée de plein droit par une décision de classement sans suite ou une décision juridictionnelle de non-lieu ou de jugement.

On peut remarquer qu'une fois de plus le législateur utilise la technique de la fermeture d'établissement qui risque de pénaliser des innocents (salariés, créanciers, clients) au lieu de l'interdiction personnelle faite au délinquant de se livrer directement ou par personne interposée à une activité dans le domaine du tourisme. Ce confusionnisme manifeste, comme de coutume, le double jeu que joue le droit pénal contemporain pris entre responsabilité des personnes physiques et responsabilité non reconnue des personnes morales. Autant la fermeture d'établissement peut être une sanction naturelle de la responsabilité pénale d'une personne morale, autant elle ne peut que choquer lorsqu'elle découle de la responsabilité pénale d'une personne physique à laquelle elle est manifestement inadaptée puisqu'elle la dépasse. On ne peut, d'autre part que regretter le flou traditionnel des interdictions qui peuvent être, sans critère précis, « temporaires ou définitives ».

## VIII. — ORGANISATION ET PROMOTION DES ACTIVITÉS SPORTIVES

La loi n° 92-652 du 13 juillet 1992 (JO 16 juill. 1992) modifie la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives. On y relève de nombreuses dispositions d'ordre pénal au sein desquelles on trouve le rappel de certains événements regrettables qui se sont déroulés, ces dernières années dans le domaine sportif.

1) L'article 15-1 nouveau de la loi de 1984 interdit à tout porteur de droit privé de titres conférant un droit de vote ou donnant accès au capital d'une société anonyme à objet sportif ou d'une société d'économie mixte sportive locale (art. 11 de la loi) de consentir un prêt à une autre société dont l'objet social porte sur la même discipline sportive, de se porter caution en sa faveur ou de lui fournir un cautionnement.

Un délit sanctionne le comportement de toute personne physique ou de tout président, administrateur ou directeur d'une personne morale qui aura contrevenu à ces dispositions. La peine prévue est une amende de 18 000 à 300 000 F et un emprisonnement de six mois à un an ou l'une de ces deux peines seulement.

2) L'article 15-2 nouveau règlemente l'activité d'intermédiaire rémunéré intervenant pour la conclusion de contrats entre des sportifs professionnels et les organisateurs de manifestations sportives tandis que le ministre chargé des Sports peut prononcer l'interdiction d'exercer l'activité d'intermédiaire à l'encontre de toute personne se livrant à cette activité qui aura porté atteinte aux intérêts matériels ou moraux d'un ou plusieurs sportifs ou d'un ou plusieurs groupements sportifs. Une interdiction temporaire peut être prononcée par le ministre sans formalités préalables en cas d'urgence mais pour une durée limitée à trois mois. Une interdiction temporaire ou définitive d'exercer tout ou partie de l'activité peut aussi être prise par arrêté du ministre précédé de l'avis d'une commission comprenant des représentants de l'État, du mouvement sportif, des collectivités territoriales et des différentes catégories de personnes intéressées.

L'exercice de l'activité d'intermédiaire sportif en dehors des conditions définies par la loi est un délit sanctionné d'une amende de 12 000 à 120 000 F et d'un emprisonnement de six mois à un an ou de l'une de ces deux peines seulement. Il faut admettre que le délit est constitué non seulement lorsque l'activité est exercée par quelqu'un qui ne remplit pas les conditions de fond ou de forme requises mais aussi par celui qui poursuit l'activité après avoir été frappé d'interdiction.

On peut regretter la possibilité offerte à la seule administration (le ministre) même avec une procédure préliminaire, de prononcer une interdiction de type professionnel éventuellement définitive. Si l'on croit ces dispositions pénales opportunes, ce qui n'est pas notre cas, tout cela nous paraissant relever de la pure et simple responsabilité contractuelle ou éventuellement du droit pénal commun (abus de confiance), il aurait été préférable, sur le plan technique, de faire de l'exercice déloyal de l'activité d'intermédiaire sportif un délit distinct pour lequel la juridiction pénale aurait pu prononcer à titre de peine principale ou complémentaire l'interdiction en question. Il est vrai que l'arrêté ministériel étant un acte administratif pourra être déféré aux juridictions du même nom, mais il n'en demeure pas moins qu'une interdiction professionnelle porte atteinte à la liberté individuelle dont les juridictions judiciaires sont les gardiennes.

3) Protection du titre et de l'activité des fédérations sportives.

a) Le titre de « Fédération française de ... » bénéficie d'une protection pénale. Les présidents, administrateurs ou directeurs de groupements qui utilisent ce titre en dehors des conditions légales (c'est-à-dire sans bénéficier de la délégation du ministre chargé des Sports) se rendent coupables d'un délit (art. 17-2 nouv. de la loi de 1984).

b) Les organisateurs d'une manifestation sportive ouverte aux licenciés d'une fédération sportive délégataire de la discipline concernée et donnant lieu à une distribution de prix supérieure à un montant fixé par décret doivent demander l'agrément de la fédération délégataire (art. 18 nouv.). Le défaut de cet agrément constitue un délit.

c) Les personnes ou organismes autres que les fédérations délégataires ne peuvent organiser des manifestations dans lesquelles sont délivrés des titres de champion international, national, régional ou départemental (liste de titres fixée par décret). L'organisation de semblables manifestations ainsi que l'organisation de compétitions sportives à

l'issue desquelles sont délivrés des titres susceptibles de créer une confusion avec les titres officiels constituent des délits (art. 17 nouv.).

L'ensemble de ces délits est puni d'une amende de 5 000 à 15 000 F doublée en cas de récidive.

#### 4) Sécurité des manifestations sportives

a) Lutte contre l'alcoolisme durant les manifestations sportives. Un délit punissable d'une amende de 600 à 15 000 F est prévu à l'égard de quiconque aura accédé en état d'ivresse à une enceinte ou se déroule une manifestation sportive (art. 42-4 nouv.) ; un délit punissable d'une amende de 600 à 20 000 F sanctionne quiconque aura introduit des boissons alcooliques (2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup>, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> groupes définis par l'art. 1<sup>er</sup> du code des débits de boissons) dans une enceinte où se déroule une manifestation sportive (art. 42-5 nouv.).

#### b) Sécurité des installations

Deux délits punis de la même façon répriment, l'un le fait d'avoir organisé une manifestation sportive publique dans une enceinte non homologuée ou en violation des prescriptions imposées par l'homologation, l'autre le fait de quiconque aura émis ou cédé, à titre gratuit ou onéreux, des titres d'accès à une manifestation sportive en nombre supérieur à l'effectif des spectateurs fixé par l'arrêté d'homologation. Les peines prévues sont un emprisonnement de six mois à deux ans et une amende de 10 000 à 500 000 F ou l'une de ces deux peines seulement. Ces peines sont susceptibles d'être aggravées d'une part, en vertu de la récidive qui en fait des peines de six mois à cinq ans d'emprisonnement et de 20 000 à 1 000 000 F d'amende, et d'autre part par le concours réel avec un délit d'homicide ou de coups et blessures involontaires qui double les peines encourues (en infraction simple ou en récidive). En cas de condamnation, le tribunal peut interdire l'organisation de manifestations sportives publiques dans l'enceinte en ordonnant éventuellement l'exécution provisoire de la décision (art. 42-6 nouv.). La nature juridique de cette sanction (peine complémentaire, ce à quoi peut faire penser la nécessité d'une condamnation, sanction administrative ou mesure de sûreté) est très douteuse.

#### c) Sécurité du déroulement de la manifestation

Un délit puni d'une amende de 600 à 200 000 F réprime le fait de toute personne qui, lors d'une manifestation sportive, aura, notamment par mégaphone, haut-parleur ou tout autre moyen d'amplification phonique ou visuelle, provoqué les spectateurs à la haine ou à la violence, à l'égard de l'arbitre ou d'un groupe de personnes ou favorisé l'excitation du public (art. 42-7). Il est cependant à noter qu'une difficulté, voire un conflit de qualification peuvent exister entre ce délit et, d'une part, le délit de droit commun de menaces (art. 305 et 306 du C. P.), d'autre part, le délit de diffamation ou d'injure (notamment raciale, nationale, ethnique ou religieuse, art. 32 et 33 L. 29 juill. 1881), enfin le délit de provocation à la haine et à la violence pour les mêmes motifs (art. 24, al. 6 loi de 1881). Il est difficile, en effet, de prévoir quelle pourrait être la position de la jurisprudence. On peut, d'abord, considérer que le fait que les actes coupables aient été commis lors d'une manifestation sportive constitue l'élément spécifique qui permet d'appliquer la règle *specialia generalibus derogant*, en sorte que tous les actes commis au cours des manifestations sportives relèveraient de la disposition nouvelle. Mais il faudrait voir là l'application de la notion criminologique de crime de foule atténuante de la responsabilité pénale puisque les peines prévues par ce délit nouveau sont plus douces que celles des autres infractions possibles. On pourrait donc, aussi, traiter ces situations comme des conflits de qualification classiques réglés en faveur de la plus haute expression pénale et donc des incriminations préexistantes. Il est probable que les auteurs du texte n'ont pas vu la difficulté sinon ils se seraient peut-être interrogés d'une façon salutaire sur l'intérêt de cette nouvelle incrimination qui n'apporte pas grand chose aux anciennes et qu'il aurait été bienvenu, en tout cas de limiter à son aspect spécifique (favoriser l'excitation du public).

Les fédérations sportives, les associations de supporters et les associations ayant pour objet la prévention de la violence à l'occasion des manifestations sportives, qui ont été agréées par le ministre chargé des Sports et déclarées depuis au moins trois ans au moment des faits peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile.

#### 5) Dispositions relatives à l'enseignement sportif

Les articles 24 à 29 de la loi nouvelle modifient les dispositions de la loi de 1984 relative aux qualifications des enseignants sportifs et aux caractéristiques des établissements où s'exerce cet enseignement selon une technique voisine de celle rencontrée ci-dessus (2) pour l'activité d'intermédiaire sportif : réglementation des conditions requises des personnes et des établissements pour pouvoir délivrer l'enseignement ; possibilité pour le ministre de suspendre à titre conservatoire et à titre définitif l'activité en question.

En conséquence, l'article 30 de la loi modifie l'article 49 de la loi de 1984 pour étendre le champ de la répression pénale. Quiconque exerce une activité d'enseignement sportif ou exploite un établissement sportif sans remplir les conditions posées pour ces activités ou persiste à le faire en violation d'un arrêté d'interdiction, se rend coupable d'un délit sanctionné d'une amende de 6 000 à 50 000 F et d'un emprisonnement de six mois à un an ou de l'une de ces deux peines seulement.

6) Règles de procédure applicables à l'ensemble des infractions créées ou modifiées par la loi (ainsi qu'à la constatation des infractions prévues par la loi n° 89-432 du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage des produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives, art. 38 de la loi nouvelle).

Les infractions prévues par la loi peuvent être constatées non seulement conformément au droit commun procédural par les officiers de police judiciaire mais aussi par des fonctionnaires du ministère chargé des sports et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat selon une procédure déterminée.

L'opposition aux activités de contrôle et de recherche des fonctionnaires habilités constitue un délit punissable d'une amende de 6 000 à 50 000 F et d'un emprisonnement de six mois à un an ou de l'une de ces deux peines seulement.

## IX. — NAVIGATION MARITIME

Un décret du 21 octobre 1992 (JO 27 oct. 1992), relatif à la conduite en mer des navires de plaisance à moteur, modifie les titres de conduite nécessaires à cette activité. Deux types de documents sont prévus en fonction du genre de navigation pratiqué et des capacités du navire (la « carte mer » et le « permis mer »). Ces deux documents sont délivrés sur examen (art. 4) et peuvent être retirés temporairement ou définitivement, par voie administrative, en cas d'inobservation des règlements de police afférents à la circulation maritime, de négligence ou d'imprudence grave de nature à compromettre la sécurité du conducteur, des passagers ou des tiers ou en cas de conduite en état d'ébriété (art. 6) tandis que les conducteurs de navires de plaisance étrangers peuvent se voir pour les mêmes motifs interdire de pratiquer la navigation à partir de ports français ou dans les eaux territoriales françaises (art. 9).

Trois contraventions sanctionnent les manquements à ces règles.

Une contravention de la première classe est prévue à l'égard de toute personne qui n'aura pas présenté immédiatement aux agents de l'autorité compétente les autorisations, déclarations et pièces administratives exigées pour la conduite d'un navire de plaisance.

Les peines d'amende prévues pour la contravention de la quatrième classe s'appliquent à toute personne qui, invitée à justifier dans un délai de cinq jours de la posses-

sion des autorisations, déclarations et pièces administratives exigées pour la conduite d'un navire de plaisance n'aura pas présenté ces documents à l'expiration de ce délai.

Les peines d'amende prévues pour les contraventions de la cinquième classe sont applicables à toute personne qui aura conduit un navire de plaisance en violation des dispositions du décret ou malgré une interdiction temporaire ou définitive.

## X. — EXPORTATION DES OEUVRES D'ART

La loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 (JO 5 janv. 1992) relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation organise pour l'exportation des oeuvres d'art un régime pénalement sanctionné.

Un délit puni de deux ans d'emprisonnement et de 3 000 000 F sanctionne toute personne ayant procédé à une exportation irrégulière d'un « bien culturel » au sens de l'article 4 ou 5 de la loi. L'article 4 définit (mal pour la dernière partie de la formule) les « trésors nationaux » : biens appartenant aux collections publiques, bien classés en application de la loi sur les monuments historiques et de la loi sur les archives ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie ; l'article 5 vise les autres biens culturels tels que définis par un décret en Conseil d'Etat.

Est irrégulière : l'exportation définitive d'un trésor national ; l'exportation temporaire d'un trésor national sans avoir respecté les prescriptions de l'article 10 de la loi (exportation aux fins de restauration, d'expertise, de participation à une manifestation culturelle ou de dépôt dans une collection publique sans avoir obtenu une autorisation administrative d'une durée proportionnée à l'objet de la demande) ; l'exportation temporaire ou définitive d'un bien culturel autre qu'un trésor national sans avoir obtenu un certificat délivré par l'autorité administrative (art. 5).

## XI. — PHARMACIE VÉTÉRINAIRE

La loi n° 92-650 du 13 juillet 1992 (JO 14 juill. 1992) modifie le chapitre III du titre II du livre V du code de la santé publique (art. L. 607 à L. 624) relatif à la pharmacie vétérinaire. Corrélativement, elle étend les sanctions pénales prévues à l'article L. 624 (amende de 2 000 à 30 000 F et, en cas de récidive amende de 4 000 à 60 000 F et emprisonnement de dix jours à six mois) aux nouvelles dispositions qu'elle crée. Ces sanctions visent désormais les prescriptions des articles L. 610, L. 610-1, L. 610-2, L. 612 (au lieu des seuls articles L. 610 et L. 612).

## XII. — DROIT DES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

La loi n° 92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992 (JO 3 juill. 1992) codifie, à droit égal, les dispositions relatives au droit des propriétés intellectuelles. Dans cette perspective, elle abroge les articles 418 (violation du secret de fabrication) et 422 à 429 (contrefaçons des oeuvres de l'esprit) du code pénal. Ces dispositions deviennent respectivement les articles L. 621-1 (secret de fabrication) ; L. 617-9 à 14 (contrefaçon des marques) ; L. 615-14 (contrefaçon des brevets) ; L. 335-2 à 7 (contrefaçon des oeuvres relevant de la propriété littéraire et artistique) du code de la propriété intellectuelle.

## III. — DROIT PÉNAL DES MINEURS

# C. CHRONIQUE PÉNITENTIAIRE ET DE L'EXÉCUTION DES PEINES

## Le décret du 8 février 1993 : une étape de la modernisation de l'Administration pénitentiaire

Pierre DARBEDA

*Magistrat*

*« Le système pénitentiaire ne peut produire les heureux effets qu'on est en droit d'en attendre que si l'administration proprement dite parvient à faire naître en dehors d'elle l'intérêt des populations, à s'assurer le concours libre d'un certain nombre de citoyens. »*

Alexis de Tocqueville 1843

Le *Journal officiel* du 12 février 1993 a publié le décret n° 93-193 du 8 février 1993 portant modification de certaines dispositions de la troisième partie du code de procédure pénale.

Ces modifications visent à traduire dans les textes le processus de déconcentration dans lequel l'Administration pénitentiaire s'est résolument engagée et à actualiser les dispositions relatives à la procédure d'écrou simplifié, à la protection sociale, à l'enseignement, ainsi qu'aux recours contre les décisions du juge de l'application des peines.

### I. — DÉCONCENTRATION

L'idée directrice des nouvelles dispositions du livre V du code de procédure pénale exprime la volonté de modernisation et de progrès qui anime cette administration depuis plusieurs années. C'est dans le cadre de la modernisation administrative définie par la circulaire du Premier ministre du 23 février 1989 relative au renouveau du service public que s'inscrit ce transfert de compétence du Garde des Sceaux aux directeurs régionaux des services pénitentiaires dans la procédure de nomination ou d'habilitation de certains agents non titulaires de l'Etat.

Ce sont essentiellement des agents vacataires qui sont concernés : médecins généralistes (D. 3376), médecins spécialistes (D. 364), délégués vacataires à la probation (D. 578). Il faut aussi citer les chirurgiens-dentistes qui, eux, continuent à être rémunérés à l'acte, selon un système complexe qui ne répond plus aux exigences du service public.

La procédure d'agrément des instituteurs, encore centralisée, relève désormais de l'échelon régional. Ce texte réglementaire traduit bien la nécessité de réagir contre une administration congestionnée par une gestion hypercentralisée. L'administration centrale, ici comme ailleurs, est appelée à se recentrer sur ses missions fondamentales de conception, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle<sup>1</sup>. S'il reste encore beaucoup à faire dans ce domaine, le processus est, en tout cas, lancé<sup>2</sup>.

A côté des neuf régions pénitentiaires métropolitaines, le décret institue la mission des services pénitentiaires de l'outre-mer. Celle-ci a en réalité été créée au titre de la loi de finances de 1990 afin de coordonner et de contrôler les établissements et services pénitentiaires de l'outre-mer. Il était souhaitable de la consacrer dans le code de procédure pénale.

La compétence de cette mission s'étend à la fois sur les établissements pénitentiaires du milieu fermé et sur les services du milieu ouvert des départements et territoires d'outre-mer<sup>3</sup>. Elle est également chargée des relations avec les territoires ou collectivités territoriales liés par convention à la direction de l'Administration pénitentiaire et responsables de leurs propres établissements<sup>4</sup>. La direction de cette mission est confiée à un directeur régional des services pénitentiaires<sup>5</sup>.

## II. — PROCÉDURE D'ÉCROU SIMPLIFIÉ

Ce décret institue une nouvelle procédure d'écroû simplifié applicable lorsque l'absence du détenu de l'établissement d'origine n'excède pas soixante-douze heures et que la date de retour est connue par le greffe. A l'occasion de la comparution d'un détenu devant une juridiction éloignée de son lieu de détention ou plus généralement lors de l'accomplissement d'un acte ne pouvant être effectué dans l'établissement, une levée d'écroû temporaire est nécessaire. Cette procédure est conforme aux principes des transfèrements administratifs et des translations judiciaires. Elle permet de pallier les difficultés inhérentes aux extractions. En effet lorsque ces dernières, qui ne comportent pas par définition de levée d'écroû, se prolongeaient au-delà de vingt-quatre heures, il arrivait que l'intéressé fût incarcéré dans l'établissement le plus proche du lieu de comparution en qualité de « passager » sans autre titre que la photocopie de sa fiche pénale visée par le magistrat du parquet local. Le recours à des opérations de transfert définitif et les formalités lourdes qu'elles impliquaient dans un délai assez bref n'étaient pas non plus satisfaisants. C'est ainsi que l'écroû simplifié remédie à ces difficultés. En effet, le greffe est dispensé de l'envoi des avis aux autorités administratives et judiciaires (D. 149-2). En outre, le compte nominatif de l'intéressé reste ouvert à l'établissement et les objets lui appartenant y demeurent. Les différents services de l'établissement, informés, pourront prendre les diligences opportunément : ainsi le service médical pourra-t-il remettre à l'escorte une note sous pli fermé destinée au service médical du lieu de destination si l'état de santé du détenu nécessite des soins particuliers.

1. La loi d'orientation n° 92-125 du 6 févr. 1992 relative à l'administration territoriale de la République a inversé la règle de répartition des compétences entre les administrations centrales et les services déconcentrés. Désormais les administrations centrales ne disposent plus que d'une compétence d'attribution limitée aux « missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial ».

2. Il est prévu d'instaurer des organes paritaires locaux : comités spéciaux d'hygiène et de sécurité, comités techniques paritaires régionaux, comités régionaux de formation.

3. Il s'agit des comités de probation et d'aide aux libérés et des établissements de Guadeloupe, Martinique, La Réunion, Guyane ainsi que du centre pénitentiaire de Nouméa (Nouvelle-Calédonie).

4. Maison d'arrêt de Saint-Pierre-et-Miquelon, maison d'arrêt de Papeete et centre pénitentiaire de Faa (Polynésie française), maison d'arrêt de Mamoutzou (Mayotte).

5. Cette mission est installée dans les locaux administratifs du centre de formation des personnels à Juvisy-sur-Orge (Essonne).

Dès son retour à l'établissement, il est procédé au réécrou de l'intéressé sous forme simplifiée.

Cette solution est étendue aux condamnés bénéficiant d'une mesure de fractionnement ou de suspension de peine lorsque la réintégration intervient dans le même établissement (D. 149-1)<sup>6</sup>.

Par ailleurs, la mise en place de nouveaux imprimés liés à l'informatisation du greffe impose de nouvelles règles de numérotation de ces documents (D. 148).

En outre, le souci de clarification des indications portées sur la fiche pénale conduit à supprimer les mentions relatives aux extractions dont la trace est au demeurant conservée au greffe de l'établissement (5<sup>e</sup> al. de l'art. D. 149).

### III. — LA PROTECTION SOCIALE DES DÉTENUS BÉNÉFICIAIRES D'UNE ACTIVITÉ À L'EXTÉRIEUR

L'article 19-1 de la loi n° 91-738 du 31 juillet 1991 portant diverses mesures d'ordre social a unifié le régime de sécurité sociale des détenus qui exercent un travail, à l'extérieur de l'établissement, dans les mêmes conditions que les travailleurs libres. Ces détenus sont désormais affiliés au régime d'assurance maladie et d'assurance vieillesse dont ils relèvent au titre de cette activité. Ils ont, en outre, vocation à percevoir, le cas échéant, des indemnités journalières d'accident de travail.

Un souci de clarté a conduit à abroger l'article D. 141 consacré exclusivement à la semi-liberté et à créer un article D. 125-1 dans les dispositions communes au placement extérieur et au régime de semi-liberté.

Par ailleurs, un nouvel alinéa de l'article D. 380 permet d'assurer une couverture sociale aux détenus qui travaillant à l'extérieur ne remplissent pas encore les conditions de droit aux prestations d'un régime obligatoire d'assurance maladie.

Afin de faciliter la gestion du pécule de ces détenus, il est recommandé de les orienter vers des médecins, des pharmaciens ou des établissements de soins pratiquant le tiers payant. Les juges de l'application des peines pourraient favoriser la gestion directe par le condamné de son salaire et *ipso facto* de ses dépenses de santé<sup>7</sup>.

### IV. — ENSEIGNEMENT

Le décret complète l'article D. 440 qui reconnaît une priorité pour les détenus les plus jeunes de mettre à profit les facilités de suivre un enseignement scolaire et professionnel en prenant également en considération « les moins instruits ». Cette disposition traduit la priorité accordée au public le plus défavorisé.

En outre, les dispositions de l'article D. 451 ne font plus seulement référence aux centres de jeunes condamnés mais sont élargies à l'ensemble des établissements qui doivent déterminer dans le règlement intérieur l'organisation de l'enseignement y compris l'éducation civique, la formation professionnelle ainsi que les activités physiques et sportives. Par ailleurs, le décret apporte un tempérament au principe énoncé par l'article D. 454 selon lequel les détenus supportent les frais d'inscription aux cours par correspondance. Il existe, en effet, une convention entre l'Administration pénitentiaire et

6. La circulaire E 111 du 3 mai 1991 précise les modalités d'application de cette procédure et l'utilisation des fiches de levée d'écrou simplifié et de réécrou simplifié.

7. Il convient de se reporter pour de plus amples développements à la circulaire du 25 févr. 1992 sous le double timbre de la direction de la Sécurité sociale et de la direction de l'Administration pénitentiaire sur les modalités d'application de cette réforme.

le Centre national d'enseignement à distance aux termes de laquelle l'Administration pénitentiaire prend en charge une partie des frais d'inscription. Il est probable que d'autres conventions soient passées en ce sens avec d'autres organismes de formation à distance, notamment des universités, dans les prochaines années.

## V. — LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DU JUGE DE L'APPLICATION DES PEINES

Les articles D. 544-1 à D. 544-5 sont conformes aux dispositions de l'article 733-1 et précisent les modalités d'exercice du recours formé par le procureur de la République contre les décisions du juge de l'application des peines.

En vertu de ces textes, le procureur de la République peut déférer les décisions prises par le juge de l'application des peines devant la juridiction. Il s'agit soit d'un recours en opportunité contre des décisions de suspension ou de fractionnement de peine, de placement en semi-liberté, de permission de sortie, de libération conditionnelle si la peine restant à subir est inférieure à cinq ans ; soit de recours pour violation de la loi en matière de réductions de peine, d'autorisation de sortie sous escorte, de réduction du délai d'épreuve pour l'octroi de la libération conditionnelle ou de révocation de la libération conditionnelle.

La requête doit être formée dans les vingt-quatre heures à partir soit de la date de la décision prise en présence du procureur de la République en commission d'application des peines soit de la date de notification de la décision à ce magistrat. Cette requête a un effet suspensif jusqu'à ce que la juridiction ait statué. La juridiction compétente est le tribunal correctionnel ou, s'il s'agit d'un mineur, le tribunal pour enfants. Le procureur de la République doit notifier la requête au condamné. Ce dernier peut choisir de se faire assister d'un avocat qui pourra, s'il en fait la demande, être entendu à l'audience.

L'affaire doit être audience pour être soumise à la juridiction dans la huitaine du jour de la requête. A défaut de respecter ce délai, la requête est non avenue.

La décision juridictionnelle est notifiée immédiatement au procureur de la République qui en informe le juge de l'application des peines, le chef d'établissement pénitentiaire ainsi que les parties à l'instance.

La décision rendue par la juridiction peut être frappée d'un pourvoi en cassation par le procureur de la République, le condamné, son avocat ou celui de la partie civile dans le délai de cinq jours. Il convient de souligner que ce pourvoi n'est pas suspensif.

Bien que considérées comme des mesures d'administration judiciaire, les décisions du juge de l'application des peines sont en voie de se juridictionnaliser : l'évolution jurisprudentielle se dessine dans le sens de l'incompétence de la juridiction administrative. Dès 1984, la Chambre criminelle avait ouvert la voie à la juridictionnalisation de l'exécution des sanctions répressives sous l'empire de la loi du 22 novembre 1978<sup>8</sup>.

Plus récemment, l'arrêt *Théron*<sup>9</sup> est significatif à cet égard. « La décision par laquelle le juge de l'application des peines accorde la réduction d'une peine privative de liberté n'est pas une simple modalité du traitement pénitentiaire, mais constitue une mesure qui modifie les limites de la peine » affirme avec sagesse la Haute juridiction administrative qui renvoie l'exercice de ce contrôle au juge judiciaire. Aussi n'est-il pas acceptable que la crainte d'un volumineux contentieux n'aboutisse à priver le détenu de toute

8. V. l'article du professeur Couvrat, *Les recours contre les décisions du juge de l'application des peines*, cette *Revue* 1985.135-140.

9. CE *Théron*, 9 nov. 1990. Pour les commentaires, cf. notamment à D. n° 27, 25 juill. 1991, note Plouvin et *AJDA* n° 7/8, 20 juill.-20 août 1991, note Belloubet-Frier.

voie de droit contre une décision qui lui est défavorable en matière d'application des peines. Les recours organisés par la loi du 3 décembre 1986 demeurent insuffisants et il faut souhaiter qu'un pas supplémentaire soit franchi dans la direction d'un recours effectif et aussi dans celui de la reconnaissance définitive de la compétence de la juridiction judiciaire dans le contrôle de l'application des peines.

## VI. — DISPOSITIONS DIVERSES

Un nouvel article D. 430-1 permet de contrôler la diffusion croissante des productions audiovisuelles réalisées dans le cadre des actions d'insertion à l'instar des autorisations délivrées aux reportages réalisés par des professionnels de l'information sur le fondement du dernier alinéa de l'article D. 277.

L'article D. 397 est abrogé. Les services psychiatriques mis en place après guerre par le ministère de la Justice ont fait place aux secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire desservis par les services médico-psychologiques régionaux. Ceux-ci implantés dans les grandes maisons d'arrêt sont constitués d'équipes de secteur psychiatrique intervenant à temps complet chargées de mettre en oeuvre des « actions de prévention, de diagnostic, et de soins des troubles mentaux »<sup>10</sup>. Les dix neuf S.M.P.R. actuellement en fonction sont en voie d'étendre leur champ d'intervention aux établissements pour peines et de diversifier leurs actions dans le domaine de la lutte contre la toxicomanie et l'alcoolisme.

Dans un autre domaine qui concerne aussi la santé publique, il convient de mentionner les dispositions du décret n° 93-347 du 15 mars 1993 modifiant les articles D. 220 et D. 347 pour les mettre en conformité avec les nouveaux textes relatifs à la lutte contre le tabagisme<sup>11</sup>.

En conclusion, ce décret consacre une nouvelle mutation de l'Administration pénitentiaire qui participe au renouveau du service public comme tout autre service de l'Etat. Il permet, par ailleurs, de réduire l'écart existant dans la mise à jour des articles du code de procédure pénale entre les textes législatifs et leur traduction réglementaire.

Après les changements intervenus ces dernières années et l'adoption de nouvelles méthodes d'action de l'Administration pénitentiaire induites notamment par le décloisonnement des services, le programme 13000 et la démarche de projet de service, il apparaît nécessaire d'actualiser le livre V qui constitue un véritable « code pénitentiaire » destiné aux professionnels, aux usagers et à tous ceux qui se sentent concernés par le devenir de cette institution.

10. Il faut se référer au décret n° 86-602 du 14 mars 1986 relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique et à l'arrêté du 14 décembre 1986 relatif au règlement intérieur type fixant l'organisation des services médico-psychologiques régionaux relevant des secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire.

11. Il s'agit de la loi n° 91-32 du 10 janv. 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme et le décret n° 92-478 du 29 mai 1992 fixant l'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif et modifiant le code de la santé publique.

# 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. — La Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 16 décembre 1992, un arrêt dans l'affaire *Sainte-Marie c/ France*, qui posait à nouveau le problème du cumul de fonctions des juges et du cumul d'interventions de nature différente du même juge, au regard de l'article 6 de la Convention européenne et des critères exigés pour que le « tribunal » soit reconnu indépendant et impartial.

Les nécessités de l'organisation judiciaire sont telles qu'il n'est pas toujours possible de cantonner le juge dans une seule mission et à un seul stade de la procédure. Cette situation varie suivant les pays mais est plus fréquente en Autriche, France, Italie, Suisse. La Cour européenne a souvent été appelée à statuer en ce domaine.

Un des arrêts les plus importants a été celui rendu dans l'affaire *Hauschildt c/ Danemark*, 24 mai 1989, dont la principale motivation était la suivante.

La Cour a estimé qu'en l'occurrence l'impartialité des juridictions pouvait être sujette à caution et que l'on pouvait considérer les appréhensions de M. Hauschildt comme objectivement justifiées. Il ne s'ensuit pas que la condamnation n'était pas fondée, La Cour a retenu la violation de l'article 6. Le juge avait ordonné au départ la détention et lancé plusieurs perquisitions puis avait présidé la juridiction du jugement.

L'affaire *Sainte-Marie* se présentait dans des conditions différentes. Les juges n'avaient pas rendu de décision au fond après avoir siégé au premier stade de la procédure, mais pour deux procédures connexes ils avaient siégé dans des compositions qui pouvaient prêter à critique.

Rappelons que par sa jurisprudence sur le tribunal indépendant et impartial, la Cour européenne se réfère aussi au précepte britannique : la justice doit être bien rendue, mais aussi avoir les apparences d'être bien rendue et ne pas donner l'impression au justiciable que son cas n'est pas examiné dans une totale impartialité.

Rappelons les faits :

« M. Sainte-Marie allègue que sa cause n'a pas été entendue par un « tribunal impartial » au sens de l'article 6, paragraphe 1, d'après lequel

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ».

Selon M. Sainte-Marie, la chambre des appels correctionnels de la cour de Pau, qui le 29 octobre 1985 lui infligea quatre ans d'emprisonnement, ne répondait pas aux exigences de ce texte. En effet deux de ses trois membres, MM. Bataille et Biecher, avaient siégé le 8 août précédent à la chambre d'accusation de la même cour d'appel. En confirmant une ordonnance de refus d'élargissement, ils avaient nécessairement dû s'interroger sur l'existence de raisons plausibles de soupçonner le requérant d'avoir commis une infraction et, dès lors, procéder à un examen préalable du fond. Ils avaient ainsi pris parti sur la valeur des preuves et indices retenus contre le prévenu. Alors que ce dernier n'avait jamais subi de condamnation, ils avaient notamment invoqué "sa dangerosité pour l'ordre public et contre les institutions de l'Etat".

Sans doute leur décision du 8 août 1985 se situait-elle dans le cadre des poursuites pour destruction d'immeuble et non, comme l'arrêt du 29 octobre, dans celui de la procédure relative à la détention d'armes et à la participation à une association de malfaiteurs, mais d'après le requérant il s'agissait en réalité d'une seule et même affaire pénale ; le parquet ne l'aurait scindée en deux que pour des raisons purement techniques et d'opportunité. A cet égard, plusieurs éléments entreraient en ligne de compte : un même juge d'instruction avait ouvert le même jour deux informations qu'il mena ensuite simultanément ; la chambre d'accusation se référa, dans son arrêt du 8 août 1985, aux faits établis dans celui du 5 avril 1985, qui citait des circonstances se rattachant aux deux causes et rappelait les deux inculpations ; enfin, la Cour de cassation aurait estimé, dans son arrêt du 6 novembre 1986, que l'on se trouvait en présence d'une seule affaire. Bref, l'impartialité objective de la juridiction de jugement pouvait paraître sujette à caution ».

Le gouvernement a combattu cette thèse, à la lumière principalement des arrêts *Piersack et De Cubber c/ Belgique* (1<sup>er</sup> oct. 1982 et 26 oct. 1984, série A, n° 53 et 86) et des avis de la Commission dans les affaires *Ben Yaacoub c/ Belgique* et *Hauschildt c/ Danemark* (7 mai 1985 et 16 juill. 1987, série A, n° 127, p. 11-16 et n° 154, p. 33-38). La Cour analyse ainsi la position du gouvernement.

En premier lieu, le requérant ne fournirait nul élément de nature à jeter un doute sur l'impartialité personnelle de MM. Bataille et Biecher lorsqu'ils siègèrent le 29 octobre 1985. De plus, aucun d'entre eux n'aurait connu auparavant de la cause en qualité de membre du ministère public ou de juge d'instruction. Enfin, l'arrêt du 8 août 1985 concernait uniquement le contentieux de la détention provisoire de M. Sainte-Marie ; la chambre d'accusation n'y aurait porté aucune appréciation sur l'éventuelle responsabilité pénale de celui-ci dans l'attentat contre la gendarmerie de Mauléon-Licharre.

Au total, on ne saurait douter de l'impartialité d'une juridiction pour la simple raison que certains de ses membres ont eu, avant de se prononcer sur la culpabilité d'un prévenu, à examiner une demande — unique — d'élargissement, formulée au surplus dans le cadre d'une autre procédure, relative à des faits différents, commis à des moments différents et dans des lieux différents.

L'essentiel de la thèse du requérant — à savoir que le fait d'avoir statué sur la détention provisoire entraînerait nécessairement un défaut d'impartialité objective — va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour. D'après l'arrêt *Hauschildt* du 24 mai 1989, qui selon ses propres termes vise d'ailleurs uniquement les décisions d'un juge non chargé de préparer le dossier en vue du procès au fond, le simple fait qu'un tel juge ait pris des décisions avant ledit procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité (série A, n° 154, p. 22, § 50-51). Seules des circonstances particulières peuvent, comme dans l'affaire *Hauschildt*, autoriser une conclusion différente (même arrêt, p. 22-23, § 52).

Avec la Commission, la Cour n'aperçoit rien de semblable en l'occurrence. Le 8 août 1985, la chambre d'accusation déclara se "référer expressément" aux faits déjà examinés par elle dans l'arrêt du 5 avril 1985. Or ce dernier, rendu dans une composition large-

ment différente renfermait des constatations fort précises : M. Sainte-Marie "se disait membre d'Iparretarrak, revendiquait la propriété des armes, munitions et objets répréhensibles ou suspects découverts dans les voitures et à son domicile", et "reconnaissait même avoir participé en tant que chauffeur à l'expédition de la nuit du 24 au 25 novembre 1984" contre la gendarmerie de Lecumberry ; "l'arme et les munitions saisies (étaient) du type de celles utilisées habituellement par le groupe révolutionnaire basque Iparretarrak" ».

Pour la Cour, les juges fondèrent leur décision du 8 août 1985 surtout sur les déclarations de l'intéressé ; la participation des conseillers Bataille et Biecher à l'adoption de l'arrêt du 29 octobre 1985 n'a pas porté atteinte à l'impartialité de la chambre des appels correctionnels.

En conséquence, la Cour à l'unanimité moins une voix dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, paragraphe 1.

Le problème du cumul d'interventions du juge se pose à nouveau devant la Cour européenne dans l'affaire *Fey* (Autriche) concernant le juge de district et l'affaire *Padovani* (Italie) concernant le Pretore. Ces deux procédures renvoyaient à l'examen des critères utilisées par la Cour dans son arrêt *De Cubber* du 26 octobre 1984 (série A, n° 86, p. 15-16, § 29-30), lesquels sont centrés sur une analyse abstraite de la position du juge d'instruction au sein du système judiciaire national. Les motifs de cette décision autorisent à conclure que, dans ledit arrêt, la Cour a posé comme règle que les fonctions de juge d'instruction sont incompatibles avec celles de juge du fond.

Pour le juge Martens, cette jurisprudence appelait les réflexions suivantes : « Cette interprétation trouve un appui supplémentaire au paragraphe 50 de l'arrêt *Hauschildt* du 24 mai 1989 (série A, n° 154, p. 22) : la Cour, manifestement pour distinguer l'espèce de l'affaire *De Cubber*, y analyse les activités judiciaires sur l'exercice desquelles reposent les appréhensions du requérant, et qui concernent la phase antérieure au procès » pour juger qu'elles sont celles « d'un magistrat indépendant, non chargé de préparer l'affaire en vue du procès ni d'ordonner le renvoi en jugement », et conclure en disant :

« En vérité, le présent litige se distingue des affaires *Piersack*, *De Cubber* (...) par la nature des tâches dont les juges qui siégèrent en l'espèce s'acquittèrent avant de connaître du fond » (soulignage ajouté).

« La doctrine *De Cubber* peut se comparer à celle de l'arrêt *Huber c/ Suisse* du 23 octobre 1990, série A, n° 188, où la Cour a posé comme règle que l'appartenance aux autorités de poursuites n'emporte pas interdiction de siéger comme juge du fond (comp. l'arrêt *Brincat c/ Italie*, 26 nov. 1992, série A, n° 249-A).

Ces règles doivent en principe s'appliquer indépendamment des différences de détail entre les dispositions internes pertinentes. Par conséquent, il ne s'impose pas d'examiner si le juge de tribunal de district autrichien présente, lorsqu'il procède à une enquête préliminaire, toutes les caractéristiques qui ont été jugées décisives pour le juge d'instruction belge. Il suffit que, ce faisant, il appartienne à la même catégorie de magistrats : des magistrats dont la mission est de mettre l'affaire en état en conduisant de manière active des investigations de nature inquisitoire. Du reste, l'ampleur de celles-ci est sans pertinence : ce qui est en cause, c'est un manque fonctionnel d'impartialité ».

Les arrêts *Fey* et *Padovani* seront rendus ultérieurement et préciseront la jurisprudence de la Cour européenne.

II. — L'affaire *Edwards c/ Royaume-Uni* (arrêt du 16 déc. 1992) conduisait la Cour européenne à statuer sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne à l'occasion d'une procédure pénale britannique au cours de laquelle la police intervenue en enquête préliminaire avait occulté des éléments importants lors de la transmission du dossier à la juridiction de jugement.

L'examen de l'affaire portait donc sur une procédure anglo-saxonne sans l'intervention d'un juge d'instruction.

Les faits évoqués étaient les suivants :

« Les deux chefs de cambriolage reprochés aux requérants avaient trait à deux incidents distincts survenus les 19 avril et 10 juin 1984, eux aussi au domicile d'une femme âgée. A cette dernière occasion, la police arrêta à proximité le codéfendeur du requérant. C'est la déclaration que lui fit cet homme qui conduisit à l'arrestation de l'intéressé ».

« Le 16 mai 1985, le requérant saisit le ministre de l'Intérieur de plaintes contre les policiers ayant enquêté dans son affaire et témoigné au procès. Une enquête de police indépendante fut ordonnée, au cours de laquelle certains faits vinrent à la connaissance de l'intéressé. Le 3 décembre 1985, le requérant sollicita l'autorisation de faire appel hors délai contre le verdict de culpabilité. Le rapport de police (le rapport Carmichael), daté du 5 décembre 1985, fut communiqué à la *Police Complaints Authority* qui l'adressa au *Director of Public Prosecutions*. Les conseils de M. Edwards en demandèrent communication, mais elle fut refusée pour motif d'intérêt général ».

« En février 1986, le *Director of Public Prosecutions* décida qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour étayer des accusations pénales contre les policiers, mais recommanda des poursuites disciplinaires contre trois d'entre eux. A l'audience dans la procédure disciplinaire, du 13 au 15 juin 1988, le tribunal prononça un non-lieu et rejeta les accusations ».

« Le 21 mars 1986, le ministre de l'Intérieur déféra la cause du requérant à la *Court of Appeal (Criminal Division)*, conformément à l'article 17, paragraphe 1 a) de la loi de 1968 sur les appels criminels (*Criminal Appeal Act 1968* (la loi de 1968)). L'affaire fut examinée le 18 juillet 1986 et l'arrêt prononcé le même jour ».

Le pourvoi fut rejeté.

La *Court of Appeal* conclut en ces termes : « Il est clair qu'en l'espèce il y a eu des négligences dans la manière dont l'enquête a été menée par la police qui, incontestablement, a estimé être en face d'une personne ayant pleinement reconnu ses crimes. Dès lors, la police ne s'est pas sentie obligée de se livrer à des vérifications complémentaires sur la véracité des dires de l'intéressé. Bien que cela jette peut-être sur la police une ombre de paresse ou d'oisiveté, nous ne pensons pas que, dans les circonstances de l'espèce, cela ait finalement donné un caractère peu solide ou peu satisfaisant au verdict. En conséquence, en examinant la question comme il se doit au regard de l'article 17 de la loi, nous pensons que cet appel est non fondé et doit être rejeté ».

La Cour européenne estima que l'une des exigences de l'équité visée au paragraphe 1 de l'article 6, d'ailleurs reconnue en droit anglais, est que les autorités de poursuite divulguent à la défense tous les éléments matériels en faveur ou défaveur de l'accusé et que sa non-observation en l'espèce a représenté un vice de la procédure au premier stade.

Toutefois, lorsqu'il fut découvert, le ministre, après une enquête de police indépendante, a déferé l'affaire à la *Court of Appeal* qui a examiné le compte rendu du procès y compris les aveux prétendus du requérant et a considéré de près l'incidence des nouveaux renseignements sur la condamnation.

Dans la procédure devant la *Court of Appeal*, le requérant fut représenté par un avocat principal (*senior counsel*) et un avocat en second (*junior counsel*) qui avaient toute possibilité de tenter de persuader cette cour de ne pas confirmer la condamnation, la non-divulgation d'éléments étant avérée. Certes, la *Court of Appeal* n'entendit pas les officiers de police qui avaient déposé au procès. Les conseils du requérant n'en avaient pas moins la faculté — dont ils ont choisi de ne pas user — de l'inviter à citer les officiers de police comme témoins.

Au cours de l'audience devant la Cour européenne, le requérant a prétendu pour la première fois que, le rapport Carmichael n'ayant pas été communiqué à lui-même ou à la *Court of Appeal*, la procédure considérée dans son ensemble ne saurait passer pour équitable. Il ne prête toutefois pas à controverse que l'intéressé eût pu demander à la *Court of Appeal* la production de ce rapport mais il ne l'a pas fait. Le requérant ne saurait exciper, pour s'exonérer du défaut de pareille demande, de ce que la Couronne eût pu s'y opposer en invoquant l'intérêt général car il eût alors appartenu en tout état de cause à la *Court of Appeal* de statuer sur pareille thèse.

La Cour finalement, à la majorité, considéra que la procédure devant la *Court of Appeal* avait corrigé les vices du procès initial et qu'il n'y avait pas violation de l'article 6<sup>1</sup>.

1. La rédaction de la *Revue* attire l'attention des lecteurs sur l'opinion dissidente de M. le Juge Pettiti selon laquelle « il y a violation incontestable de l'article 6 de la Convention européenne ». Cette opinion se fonde sur deux arguments : d'une part, le fait que la *Court of Appeal* a préjugé de ce qu'aurait été la décision du jury si celui-ci avait été saisi, et d'autre part le système permettant au *Public Prosecutor*, au nom de l'intérêt général, de ne pas révéler ou communiquer à la défense toutes les pièces en sa possession et d'en « réserver » certaines (et cela même en dehors du « secret défense », qui n'était pas en jeu en l'espèce).

## II. Droit pénal international

### L'affaire *Touvier* : l'échappée belle\*

Michel MASSÉ

*Professeur à la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers*

A l'origine et à l'infinif, l'expression signifiait : « manquer une balle qui était pourtant belle ». On ne traitera cependant point ici de celle qui, dans l'immédiat après guerre, aurait pu mettre fin aux jours du condamné à mort Paul Touvier ... et dispenser la justice française, non abusée par l'avis de décès publié par le *Dauphiné libéré* en date du 19 septembre 1984, de s'engager dans un imbroglio juridique dont elle a bien du mal à se sortir.

En français moderne, une échappée belle signifie plutôt que l'on vient d'« échapper de justesse à un danger », ce qui s'est produit avec le dernier arrêt rendu par la Chambre criminelle dans cette affaire. Danger d'injustice : celui de se révéler incapable (mais on aurait dit, techniquement, incompétent) de condamner en cette fin de siècle les crimes commis au cours de la deuxième guerre mondiale, sur le territoire national et par des nationaux de surcroît. Echapper de justesse : il s'en est fallu de peu que l'état dans lequel le droit français s'était lui-même enserré ne fournisse à Paul Touvier la troisième chance de sa vie, après les complicités occultes des premières décennies (sur lesquelles V., chez Fayard, L. Greilsamer et D. Schneidermann, *Un certain Monsieur Paul*, puis dernièrement, sous la direction de R. Remond, *Paul Touvier et l'Eglise*) et les faveurs officielles du début des années 1970 (V. dans *le Monde*, 24 avr. 1992, Les raisons de Georges Pompidou, exposées par Mme Anne-Marie Dupuy, alors directeur de cabinet du président de la République).

L'affaire *Touvier* a déjà été évoquée dans cette chronique (cette *Revue* 1989.793 et s.) au lendemain de l'arrestation de l'ancien milicien. Passons sur le contentieux — qui n'est cependant pas sans intérêt — né de la requête du procureur général tendant au renvoi du dossier devant les juridictions de Lyon dans l'intérêt d'une bonne (ne pourrait-on dire, rétrospectivement, meilleure ?) administration de la justice (Crim. 25 janv. 1990, n° 2 89-86.605), ainsi que du placement en détention provisoire (Crim. 27 févr. 1990, *Bull. crim.* n° 96) puis de la mise en liberté sous contrôle judiciaire (Crim. 17 oct. 1991, n° 91-84.306). Nous n'aborderons maintenant que le non-lieu prononcé le 13 avril 1992 par la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris (214 pages, extraits publiés in *Gaz. Pal.* 17-18 juin 1992), arrêté très partiellement cassé par la Chambre criminelle le 27 novembre 1992 (48 p., extraits in *JCP* 1993.II.21977, avec une très brève note de Michel Jobkine, magistrat au ministère de la Justice, qui vient par ailleurs de publier aux éditions Romilat, sous le titre *Crimes et humanité*, quelques pages des Actes du Procès de Nuremberg)<sup>1</sup>.

Sans prendre parti sur l'analyse historique tant reprochée aux magistrats de la cour d'appel, la juridiction suprême censure leur qualification des assassinats commis les 28

\*. Cette chronique a été rédigée avant que l'auteur ait eu connaissance des intéressantes publications de Catherine Grynfoegel, Touvier et la justice, une affaire de crime contre l'humanité, cette *Revue* 1993.62 et s. et de André Decocq, Le droit et la notion de crime contre l'humanité, *Revue des sciences morales et politiques*, 1992.357 et s.

1. V. également J.-M. Varaut, *Le procès de Nuremberg, le glaive dans la balance*, L.A. Perrin, 1992.

et 29 juin 1944 à Rilleux. Selon elle, ce sont bien des crimes contre l'humanité et l'action publique ne peut donc pas être déclarée éteinte.

I. — Inutile, désormais, de s'arrêter ici longuement sur l'arrêt de la chambre d'accusation. Tant et peut-être même trop a déjà été dit.

Rappelons cependant que c'est la même juridiction, qui déjà le 27 octobre 1975 (*D.* 1976.J.260, note Coste-Floret) et à propos de l'affaire de Rilleux précisément, avait déclaré irrecevable la constitution de partie civile de M. Glaeser. Mais à l'époque, elle nous avait épargné la lecture de centaines de pages, soulevant d'office une prescription de l'action publique trouvée dans la non-rétroactivité de la loi de 1964, sans même examiner si la qualification de crime contre l'humanité proposée par la partie civile pouvait être retenue alors qu'elle était saisie pour ce faire sur renvoi de la Cour de cassation. Le débat, cette fois-ci, ne pouvait être évité. Mais il aurait pu être conduit d'emblée, puisque les faits, « même à les supposer établis », devaient être à nouveau déclarés prescrits. Loin de là, la cour, comme par excès de zèle, présente un arrêt fleuve, construit selon la fameuse technique « de l'entonnoir », pour aboutir au non-lieu.

Regrettons surtout que les chambres d'accusation en général et celle-ci en particulier ne traitent pas avec autant de scrupules et d'égards l'ensemble des dossiers dont elles sont saisies et tous les inculpés qui se prétendent innocents. Combien d'autres évadés ou fuyards arrêtés au terme d'une aussi longue et bien organisée « cavale » ont-ils été remis en liberté sous contrôle judiciaire (décision de la chambre d'accusation elle-même, le 11 juill. 1991, jugeant que l'inculpé P. Touvier présentait des « garanties de représentation suffisantes ») ? Combien d'autres acteurs « d'événements tragiques résultant d'une réaction criminelle à chaud relativement improvisée » n'ont-ils pas, eux, tout de même été traduits devant les cours d'assises ? La note qui accompagne les extraits de l'arrêt publié dans la *Gazette du Palais* considère que les non-lieux prononcés « témoignent de la manière la plus nette du degré de respect des droits de la défense atteint par le droit contemporain ». Il est vrai que la présomption d'innocence a été cette fois-ci poussée très loin, l'inculpé profitant du moindre doute. A la lecture de l'arrêt il semble que le renvoi en cour d'assises suppose une preuve rapportée « de toute évidence ». Si on peut s'en réjouir, on peut aussi souligner le caractère très exceptionnel de la décision.

Renvoyons enfin le lecteur de cette chronique à deux extraits de presse<sup>2</sup>, hors de la polémique. A Claude Julien d'abord, qui écrit, dans *Le Monde diplomatique* de juin 1992 (p. 32) que « par leur libre décision, prise sans risque, les trois juges permettent aujourd'hui de mieux comprendre l'attitude, entre 1940 et 1944, de tant de magistrats vertueux, dignes représentants de "l'élite" à laquelle ils appartenaient »<sup>3</sup>. A Pierre Legendre ensuite, qui se déclare dans *l'Autre Journal* (n° 25 juin 1992, p. 16 et s.) « tout à fait l'adversaire des discours tonitruants contre les juges, parce que c'est le discours de la facilité » et voit l'essentiel ailleurs : « Tant que nous n'aurons pas tiré au clair les questions de fond qui ont rendu possible, et je le rappelle populaire, l'abrutissement nazi, l'ère post-hitlérienne ne sera pas close. Nous sommes les descendants de ces questions en suspens (...) Nous avons à comprendre les principes constitutifs du nazisme, le fait qu'il s'est attaché au principe de filiation par la promotion juridique du racisme, plus particulièrement du racisme anti-juif. (...) Vaste matière à réflexion, car c'est à ce niveau-là que la plaie demeure ouverte, nous souffrons d'un nazisme insu ».

2. En librairie, on lira T. Klein, *Oublier Vichy ? A propos de l'arrêt Touvier*, Critérium, 1992.

3. Sur l'effet « d'euphémisation » et « d'anesthésie » du discours juridique à l'époque, sur sa structure même, V. récemment, Bernard-Michel Bloch, *Le regard des juristes sur les lois raciales de Vichy*, *Les Temps modernes*, févr. 1992, n° 547, p. 161 et s. Plus anciens, V. D. Lochak, *La doctrine sous Vichy, où les mésaventures du positivisme*, p. 252 et s. in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, ainsi que l'ouvrage de Michael R. Marrus et Robert O. Paxton, *Vichy et les Juifs*, paru en français chez Calman-Levy en 1973 et sorti en livre de poche (Biblio-Essais, n° 4115) en 1981, édition dans laquelle on consultera les p. 196, 215 et s., 537 et s.

II. — L'arrêt de la Chambre criminelle suscitera maintenant deux séries d'observations, sur l'histoire d'abord, tel que son statut nous apparaît en droit, puis sur la méthode et les lacunes de la Chambre criminelle dans les poursuites contemporaines contre les criminels de la seconde guerre mondiale.

A. — L'histoire, en tant que telle, a été mal traitée par la cour d'appel, prenant la Chambre criminelle aux mots (« Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique ») pour juger que tel n'était le cas ni du régime de Vichy ni de la milice qui agissait en son nom. A force de dire qu'il fallait un procès pour l'histoire et, pour ce faire, de solliciter à tort et à travers des règles de droit encore très fragmentaires et fragiles, peut-être ne faut-il pas s'étonner outre mesure que la justice ait fini par sortir de son lit. De justicière elle est devenue historienne. La Cour de cassation la première, lorsque, dans l'affaire *Barbie*, elle refusa de s'en tenir au droit jusqu'ici établi pour recevoir, quarante ans après les faits, les constitutions de partie civile des familles et associations de résistants victimes du nazisme.

Mais, dans l'affaire *Touvier*, la Haute juridiction n'a pas assumé ce qu'elle avait initié. L'histoire, devant elle, a été négligée. Son silence à cet égard est critiquable, même si le retranchement derrière les déclarations de criminalité faites à Nuremberg est une technique éprouvée.

— Le silence de la Cour de cassation est critiquable.

La critique se mesure à celles qui ont été faites à la chambre d'accusation. La Cour suprême, avait déclaré son Premier président (*Le Monde* 26-27 avr. 1992), « devra dire si les juges ne sont pas sortis des voies qui doivent être les leurs ». Mais elle n'a rien dit, pas même une allusion à « des motifs surabondants sinon erronés », comme elle l'avait fait, entre autres exemples, pour tempérer les ardeurs de la chambre d'accusation de Lyon en droit international (6 oct. 1983). Cela ne peut s'interpréter, certes, comme une approbation totale et définitive. Mais, à tout le moins, il faut en conclure : 1) que l'histoire est du fait et non du droit, ce qui n'est guère contestable en effet ; 2) que c'est un fait dont la connaissance ne requiert pas de spécialisation, sur lequel les juges peuvent statuer sans recourir à des experts et sans que la Cour de cassation ne contrôle leurs sources et leurs méthodes, ce qui est pour le moins curieux ; 3) que le contenu d'une expression comme « politique d'hégémonie idéologique », ajoutée à la loi par la Cour de cassation elle-même, est laissé à la libre interprétation des juges du fond, ce qui est proprement incroyable. Les laisserait-on se contredire, d'une juridiction à l'autre, dans l'appréciation portée sur cette période de notre histoire ?

Cela s'est d'ailleurs produit dès le 26 juin 1992, date à laquelle le tribunal d'Annecy jugea que « l'idéologie » prônée par un parti politique contemporain reprenait certains « thèmes développés par le régime de Vichy », parmi lesquels « la ségrégation, l'exclusion, l'antisémitisme ... » et que n'était pas diffamatoire, parce que conforme à la vérité, l'article de presse indiquant que cela avait « conduit aux chambres à gaz, à l'extermination des Juifs ... » (extraits du jugement parus dans *Le Monde* du 9 juill.). Absence de preuve à Paris en avril, vérité-historique à Annecy en juin ! Dans un domaine voisin, la Cour de cassation n'a point hésité à intervenir puis à s'imposer pour mettre fin aux divergences d'appréciation des cours d'appel sur l'utilisation du titre de déporté par les personnes contraintes au travail en Allemagne (Ass. plén. 10 févr. 1992, *Bull. inf. C. cass.* 1<sup>er</sup> avr. 1992, p. 1). Dirait-on que, sur ce point, la notion à interpréter était plus juridique, parce que prévue dans une loi, et l'intervention de la Cour de cassation d'autant plus nécessaire ? Cela condamnerait, pour l'avenir, le silence gardé par la Chambre criminelle dans l'arrêt *Touvier* puisqu'un décret du 3 février 1993 vient d'instituer une journée nationale à la mémoire des victimes des « persécutions racistes et antisémites commises sous l'autorité de fait dite gouvernement de l'Etat français »<sup>4</sup>. Ce texte est un

4. Cf. les divergences d'approches entre les juristes et les historiens sur ce point d'histoire constitutionnelle dans l'article de D. Rousseau, *Vichy a-t-il existé ?*, *Le Monde des débats*, nov. 1982, p. 22.

démenti aux affirmations de la chambre d'accusation de Paris. On regrette que la Cour de cassation ne l'ait pas apporté d'elle-même.

— Elle se retranche derrière les déclarations de criminalité prononcées à Nuremberg.

La position adoptée par la Chambre criminelle est beaucoup plus confortable : au lieu de juger maintenant l'histoire, renvoyer à des jugements antérieurs. Peu importe que le gouvernement de Vichy ou la Milice aient partagé ou non l'idéologie de l'occupant puisque les crimes reprochés à l'inculpé « ont été perpétrés à l'instigation d'un responsable de la Gestapo, organisation déclarée criminelle ... ». On dira, certes, une fois de plus, que c'est le résultat qui compte : Paul Touvier sera jugé pour les exécutions de Rilleux. On argumentera que la Cour de cassation est arrivée à ce résultat par une économie maximum de moyens. Il reste que, si les sept assassinats des prisonniers de la Milice sont qualifiés de crime contre l'humanité, c'est seulement parce que leurs assassins répondaient à une sollicitation de la Gestapo, qui en voulait d'ailleurs bien davantage. Si les exécutions avaient été perpétrées d'initiative, uniquement parce que les détenus étaient Juifs et que la Milice les haïssait, et auraient-ils été cinquante ou cent désignés pour mourir, M. Touvier serait aujourd'hui définitivement libre !

On voit combien le renvoi aux déclarations de criminalité prononcées contre certaines organisations par le Tribunal militaire international de Nuremberg est aujourd'hui<sup>5</sup> confortablement réducteur. La même technique a cependant été utilisée par la loi du 13 juillet 1990 (art. 24 bis nouveau de la loi de 1881 sur la presse incriminant le « révisionnisme ») critiquée par A. Grosser dans *Le Monde* du 13 septembre 1990 et par un décret du 18 mars 1988 (art. R. 40-3° c. pén.) relatif à l'interdiction du port en public des uniformes, insignes ou emblèmes d'une organisation ou de personnes reconnues coupables de crimes contre l'humanité (cette *Revue* 1988.561).

B. — La méthode de la Chambre criminelle, pour autant que l'on puisse utiliser cette expression, est en définitive toujours la même. Et le dernier arrêt Touvier est parfaitement représentatif, selon nous, de la jurisprudence développée par la Cour suprême à l'occasion des poursuites contemporaines contre les criminels de la seconde guerre mondiale. Nous avons assisté à une série de décisions prises au coup par coup, sans que les conséquences en aient toujours été mesurées. Lorsqu'elle s'est trouvée prise à son propre piège, ou sur le point de l'être, la Cour de cassation s'en est chaque fois sortie de la même manière : par le haut, c'est-à-dire en invoquant le droit international. Mais une réflexion préalable et, pour tout dire, une formation suffisante sur la combinaison de ce droit avec le droit interne paraît bien avoir fait défaut.

— Au coup par coup

Comme prise au dépourvu par une résurgence tardive de la mémoire<sup>6</sup>, la Cour de cassation s'est avancée pas à pas, réglant les problèmes l'un après l'autre, mais sans trop savoir où elle allait. Ainsi de la définition de la notion de crime contre l'humanité :

« Crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit ». Ce qui conduit à la compétence de la cour d'assises (6 févr. 1975)<sup>7</sup> et « ne permet pas de déroger aux règles de compétence et de procédure ordinaires dès lors que la loi n'a pas institué de dispositions spéciales pour

5. Fort peu utilisé dans les poursuites des années 1945-1950, il a soulevé d'énormes difficultés lorsqu'il s'est agi de juger les « malgré-nous » incorporés dans le régiment SS responsable du massacre d'Oradour-sur-Glane. Les points communs avec les difficultés rencontrées dans l'affaire *Touvier* sont nombreux et mériteraient d'être développés : comment juger des Français, déterminer les incriminations et le titre d'imputation (auteur, co-auteur, complice) lorsque interfèrent avec les poursuites une grâce ou une amnistie... V. la note H. Donnedieu de Vabres sous Crim. 3 août 1950, *D.* 1950.701 et les Réflexions contemporaines sur le procès des auteurs du massacre d'Oradour-sur-Glane, de M. Danti-Juan, in *Armée, Guerre et droit pénal*, vol. 5 des travaux de l'ISC de Poitiers, Cujas, 1986.

6. Au livre d'A. Grosser déjà cité dans cette *Revue* 1991.401, ajoutez un article de S. Klarsfeld et H. Rouso, *Histoire et Justice*, publié dans le n° de mai 1992 de la revue *Esprit*.

7. Cf. Crim. 31 janv. 1991, Bousquet, *D.* 1991.259, note A. Braunschweig.

leur poursuite » (application de la règle selon laquelle une information terminée par un arrêt de non-lieu ne peut être reprise sur charges nouvelles que sur réquisitions du procureur de la République C., 29 nov. 1988).

« Crimes contre les collectivités » (29 oct. 1982).

« Actes inhumains, persécutions, qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de manière systématique ». Ce qui rend la qualification de crimes contre l'humanité applicable aux crimes commis contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition (recevabilité des constitutions de partie civile des associations et familles de résistants) et alors même que les crimes dont il s'agit pourraient être également qualifiés de crimes de guerre (20 déc. 1985).

« Le fait que l'accusé, en perpétrant des crimes contre l'humanité, ait pris part à l'exécution d'un plan concerté (...) n'est pas une infraction distincte ni une circonstance aggravante, mais un élément essentiel du crime contre l'humanité consistant en ce que les actes incriminés ont été accomplis de façon systématique au nom d'un Etat pratiquant par ces moyens une politique d'hégémonie idéologique », ce qui permet de déclarer exemptes de complexité prohibée les questions posées aux jurés de la cour d'assises de Lyon (3 juin 1988).

« La chambre d'accusation ne pouvait, sans se contredire, déclarer que les assassinats poursuivis ne constituaient pas des crimes contre l'humanité tout en relevant qu'ils avaient été perpétrés à l'instigation d'un responsable de la Gestapo, organisation déclarée criminelle comme appartenant à un pays ayant pratiqué une politique d'hégémonie idéologique » (27 nov. 1992, arrêt commenté).

Si l'on recherche, d'une décision à l'autre, une perspective d'ensemble ou une stratégie prédéterminée<sup>8</sup>, on sera nécessairement déçu. Sceptique comme le Recteur Cl. Lombois (Un crime international en droit positif français, l'apport de l'affaire *Barbie* à la théorie française du crime contre l'humanité, *Mélanges A. Vitu*, p. 361 et s.) auquel on doit cette description aussi nuancée qu'imagée des conséquences de la loi de 1964 : « Un fragment de vide circonscrit » et dont on lira avec intérêt au *Dalloz* les appréciations sur les dernières décisions *Touvier*. Franchement critique comme Pierrette Poncela (L'humanité, une victime peu présentable, à propos de deux arrêts inédits de la Chambre criminelle, *D.* 1991.Chron.229) qui ne voit dans la jurisprudence « qu'une rose de sable posée sur le droit, si belle dehors, si froide dedans »<sup>9</sup>. Déçus comme Renée Koering-Joulin, André Huet et Patrick Waschmann écrivant à propos de la décision de la Chambre criminelle ici commentée que « l'habileté dans l'esquive déployée par cet arrêt force l'estime du tacticien à défaut d'emporter la conviction du juriste » (*Le Monde* 19 déc. 1992).

La seule stratégie d'ensemble perceptible, s'il y en a vraiment eu une, serait d'éviter aux juridictions françaises d'avoir un jour à se prononcer sur la qualification de certains « événements » d'Algérie.

Pour le reste, les différentes définitions données par la Cour de cassation paraissent circonstanciées — pour ne pas dire de circonstances — nullement limitatives, difficilement transposables au-delà de la question précise qu'elles ont servi à régler et, à la limite, exclusives les unes des autres. Des arrêts d'espèces ? Relisons les conclusions du conseiller Le Guehec au terme de l'un de ses savants rapports dans l'affaire *Barbie*

8. Comme J.-L. Clergerie (La notion de crime contre l'humanité, 1251), beaucoup d'auteurs ont voulu y voir une « contribution à l'évolution de la définition internationale des crimes contre l'humanité », une « illustration de la théorie du dédoublement fonctionnel ».

9. A la suite de sa chronique, L'humanité, une victime peu présentable (A propos de deux arrêts inédits de la Chambre criminelle), *D.* 1991.229, un Comité d'entente La Saint-Cyrienne reproche (*D.* 1993.32) à P. Poncela certaines de ses affirmations. Ce comité « supposait que les articles publiés par une revue savante, de caractère purement juridique, ne contenaient pas de prise de position sur des faits controversés et encore moins d'allégations manifestement contraires à la réalité ». A être aussi sourcilieux pour la jurisprudence, faudra-t-il bientôt s'opposer à la publication de l'arrêt *Touvier* rendu le 13 avr. 1992 par la cour d'appel de Paris ?

(Crim. 20 déc. 1985) : « On aura compris néanmoins, je l'espère, que la question essentielle posée par les pourvois dont nous sommes saisis est moins de donner une définition définitive et intemporelle des crimes contre l'humanité que d'appliquer la définition de Nuremberg à des actes bien déterminés, dont ont été victimes, en 1943 et 1944, des membres ou des sympathisants de la Résistance et qui ont été commis au nom du national-socialisme ».

Les victimes de Rilleux n'étaient pas concernées. La cour d'appel de Paris n'avait donc pas, reprenant la définition donnée par la Cour de cassation, à se demander si le gouvernement de Vichy menait une politique d'hégémonie idéologique. Utilisant ces mots, la Cour de cassation n'avait pas ouvert un débat, mais simplement réglé une question.

— La Cour de cassation s'en « sort toujours par le haut »

Une fois de plus, la Chambre criminelle s'est servi du droit international comme issue de secours, après avoir demandé au ministre des Affaires étrangères d'y trouver un principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et après avoir décidé, de sa propre autorité cette fois-ci, qu'aucun principe de droit international ne permettait de déclarer imprescriptibles les crimes de guerre ...

Elle relève « qu'aux termes de l'article 6 du statut du tribunal international de Nuremberg, les auteurs ou complices de crimes contre l'humanité ne sont punis que s'ils ont agi pour le compte d'un pays européen de l'Axe ».

La formulation laisse sceptique. On notera d'abord que les mots sont empruntés au premier alinéa de l'article 6, qui, de toute évidence, traite de la compétence du tribunal et non du caractère punissable des faits. A tout prendre, il aurait été plus habile de s'appuyer sur le paragraphe *c in fine* donnant assez nettement aux crimes contre l'humanité un caractère d'incrimination circonstancielle, raison pour laquelle les plus graves d'entre eux ont ensuite été repris par la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime du génocide. On s'étonnera ensuite de la tournure négative donnée à la phrase par la Chambre criminelle. Ce n'est pas le cas dans le texte visé ; et ce n'était pas nécessaire pour les besoins du raisonnement. Il aurait suffi d'écrire : « Alors que les crimes contre l'humanité sont punis lorsqu'ils ont été commis pour le compte d'un des pays de l'Axe, la chambre d'accusation s'est contredite en relevant ... ». Serait-ce que, pour une fois, la Cour de cassation anticipe, pour d'autres contentieux, les conséquences de sa décision ? On remarquera encore qu'en inscrivant à la fin de cet attendu que la Gestapo a été déclarée criminelle « comme appartenant à un pays ayant pratiqué une politique d'hégémonie idéologique », la Chambre criminelle impose l'assimilation : politique d'hégémonie idéologique = pays de l'Axe. Faut-il donc désormais lire ainsi la définition donnée en 1985 dans l'affaire *Barbie* : crimes commis au nom d'un Etat « ayant pratiqué, au cours de la deuxième guerre mondiale et à l'est du Rhin », une politique d'hégémonie idéologique ?

Ce n'est pas certain. Cet arrêt, lui non plus, n'aura peut-être pas la portée que, par abstraction, on serait tenté de lui donner. C'est tout de même probable. Sur la question ainsi formulée par Claude Lombois : Nuremberg, droit d'un moment ou moment d'un droit ? La Cour de cassation, cette fois-ci, paraît bien pencher pour la première branche de l'alternative.

Au total, le bilan utilisation-évolution du droit international est contrasté. Il faut distinguer *ratione materiae*, *ratione temporis* et *ratione personae*. La Chambre criminelle, s'opposant à la cour d'appel de Lyon, s'est d'abord engagée sur la voie de l'extension matérielle de la notion apparue dans les textes de 1945 et visant seulement, à l'époque, le génocide. Mais elle refuse maintenant toute extension temporelle de ces textes initialement destinés, c'est bien vrai, à juger les criminels de guerre nazis. Quant aux personnes, la solution est intermédiaire : des Français seraient punissables, mais seulement pour des crimes de la seconde guerre mondiale.

— Sans réflexion suffisante et préalable sur le droit pénal international

Nous ne négligeons pas les difficultés qu'il a fallu surmonter, ni les spécificités de chacune des affaires dont on a parlé au cours des deux dernières décennies. Mais il est tout de même stupéfiant qu'après une quinzaine — peut-être même aujourd'hui, une vingtaine de décisions de la Cour suprême dans les contentieux *Touvier, Barbie, Papon, Bousquet, Touvier* de nouveau ... on ne sache toujours pas si les Français seront jugés un jour et pourquoi. C'est que, de cette jurisprudence casuistique, des données parmi les plus élémentaires ne sortent guère affinées. Prenons les questions de l'incrimination elle-même (définition d'un comportement déclaré criminel), puis celle de la qualification génératrice d'un régime particulier et enfin celle de l'imputation des infractions ainsi constituées et qualifiées aux différents protagonistes du drame. Trop souvent confondues, il conviendrait pourtant de les distinguer. Essayons.

Première question : la source de l'incrimination. Elle demeure incertaine. Nous en voulons pour preuve, sans même sortir du dernier arrêt rendu par la Chambre criminelle, la constante incertitude du vocabulaire utilisé par les praticiens : « information poursuivie du chef de crime contre l'humanité » (p. 3) ; « chefs d'inculpation suivants : tentative d'assassinat, complicité d'assassinat, complicité de séquestration ... Ces crimes étant qualifiés crimes contre l'humanité au sens de l'article 6 du statut du T.M.I. » (p. 5 et 6) ; « du chef de crime contre l'humanité sous la qualification d'assassinat » (p. 26) ; « assassinats incriminés par les alinéas 1 et 2 de l'article 6 c » (p. 27) ... La difficulté provient, on le voit, de « l'articulation » — le mot est de la Chambre criminelle — à trouver entre le droit international et le droit interne. La Chambre d'accusation de Paris les a intimement imbriqués dans son arrêt du 13 avril 1992. Dans une analyse par ailleurs intéressante, elle distingue — et numérote — avec soin (p. 197 et 198) les différents éléments de l'infraction tant matériels que moraux (dol général et dol spécial). Il n'y manque plus que l'opposition entre les conditions préalables et les éléments propres constitutifs de l'infraction.

Mais en vérité, si le droit international peut toujours fournir des définitions, seul le droit interne a le pouvoir de dire qu'ici et maintenant de tels faits seront des crimes. Claude Lombois l'a démontré dans la première partie de son article précité, aux *Mélanges Vitu* : ce pouvoir a été exercé en France par ... la loi de 1964. L'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle cette loi « s'est bornée à confirmer qu'était déjà acquise en droit interne, par l'effet des accords internationaux auxquels la France avait adhéré, l'intégration à la fois de l'incrimination dont il s'agit et de l'imprescriptibilité des faits » (26 janv. 1984) n'est exacte que pour l'imprescriptibilité, pas pour l'incrimination.

Deuxième question, distincte et consécutive nous semble-t-il : la qualification de crime contre l'humanité. Tel est, selon nous, le domaine propre et, peut-être même, le seul domaine du droit international : qualifier de crime contre l'humanité, non point pour dire que certains faits sont des crimes (ce sont, nous venons de le voir, des crimes de droit interne — « commun » comme l'a dit la Chambre criminelle dès les premiers arrêts, *Touvier* — notamment des assassinats, des tortures, des séquestrations ...), mais pour les faire entrer dans une catégorie qui détermine un régime spécifique (comme on dit, en droit français, de certains crimes qu'ils sont « politiques » ou constitutifs de « terrorisme »). Ce régime est prescrit par le droit international pour les faits qu'il définit : tribunal militaire inter-allié en 1945 ; obligation de collaborer à la recherche et à la livraison des criminels dans les résolutions de l'A.G. de l'O.N.U. en 1946, imprescriptibilité par la suite ...

Troisième question : l'imputation. Quelles personnes (physiques, morales) poursuivre et à quel titre (auteur, complice, pour le fait d'autrui ...) ? Ces questions sont réglées par des règles distinctes qu'il convient de ne pas mélanger avec les précédentes. L'exemple d'une telle confusion nous est cependant donné dans les arrêts commentés avec la dis-

cussion sur l'existence d'un plan concerté, discussion au cours de laquelle même la désignation des textes a été malmenée, non sans conséquences sur le fond<sup>10</sup>.

La disposition en cause est celle de l'article 6 alinéa 3 ainsi rédigé : « Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan ». Il est clair que la notion de plan concerté y est utilisée pour impliquer dans les poursuites des personnes qui n'auraient pas pris part à l'exécution matérielle des crimes, question d'imputation. Dans la jurisprudence commentée, on la retrouve paradoxalement à titre d'élément constitutif des crimes contre l'humanité.

Chronologiquement, cette condition apparaît lors de la rédaction des questions posées à la cour d'assises de Lyon dans le procès de Klaus Barbie. Devant la Cour de cassation, le pourvoi du condamné soutenait que lesdites questions se trouvaient entachées de complexité parce que mélangeant à l'infraction principale (6 al. 2 c) une circonstance aggravante ou une infraction différente (6 dernier al.). Fort justement, l'avocat général Robert devait écarter toute référence au dernier alinéa inapplicable à tous ceux qui, tels Touvier et Barbie, avaient personnellement participé aux crimes soit comme auteur soit comme complice. Le Tribunal militaire international n'avait d'ailleurs pas dit autre chose. Mais l'avocat général considéra néanmoins, en dehors de toute base légale, qu'une telle circonstance « caractérise l'élément intentionnel, ce dol spécial qui doit s'ajouter au dol général et qui implique que les crimes contre l'humanité, à la différence des crimes de guerre, soient le résultat d'un plan concerté ou d'une pratique collective ou systématique ». Ainsi le glissement s'amorçait-il du terrain de l'imputation à celui de l'incrimination. Du moins, l'existence d'un plan concerté n'était-elle pas indispensable (« ou d'une pratique collective ou systématique »). C'est la Cour de cassation elle-même qui accentua le mouvement dans son arrêt précité du 3 juin 1988 : « élément intentionnel » devient « élément essentiel (...) consistant en ce que les actes incriminés ont été accomplis de façon systématique au nom d'un Etat ... ». Quatre ans plus tard, le problème de la rédaction des questions à poser à la cour d'assises n'étant pas encore à l'ordre du jour, la chambre d'accusation de Paris intégrait tout naturellement « l'existence d'un plan concerté accompli au nom d'un Etat pratiquant de façon systématique ... » au nombre des conditions à vérifier pour que les faits reprochés à P. Touvier puissent être qualifiés de crimes contre l'humanité. Elle n'a pas été censurée sur ce point, ni même critiquée par le procureur général<sup>11</sup>.

Suivre pas à pas, ainsi que nous venons de le faire sur ce dernier point, le chemin parcouru par la jurisprudence montre que certaines solutions ne doivent pas être crées d'une trop grande rationalité. Et qu'elles peuvent encore être remises en cause.

N'a-t-on pas appris, chemin faisant et de la Cour de cassation elle-même (3 juin 1988), poussée dans ses derniers retranchements, que les peines prononcées après guerre étaient tout aussi imprescriptibles que l'action publique exercée contre les faits qui n'avaient pas encore été poursuivis, qu'il aurait été possible au parquet de demander la

10. Les troisième et quatrième moyens du procureur général, de même que le moyen unique proposé par la société civile professionnelle Lemaitre et Monod, dernier moyen examiné par la Cour de cassation, se réfèrent en effet à « l'article 6 c alinéas 1 et 2 ». Cela conduit à donner au soit-disant alinéa 2 un rôle essentiel dans la définition des crimes contre l'humanité.

Mais telle n'est pas la construction du texte de l'article 6 qui comprend trois alinéas, le second étant composé de trois paragraphes (a, b, c) et le dernier (6 al. 3 ou 6 in fine) étant commun à l'ensemble des crimes définis dans l'alinéa 2.

L'un de ces crimes inclut effectivement l'existence d'un plan concerté parmi les éléments de sa définition. Mais c'est celui du a (contre la paix) et non du c (contre l'humanité).

Le visa de la Cour de cassation, puisque réduit à sa plus simple expression : « vu lesdits articles », n'a même pas corrigé ces ambiguïtés.

11. De P. Truche, lire La notion de crime contre l'humanité, bilan et propositions, *Esprit*, mai 1992, p. 67 et s.

purge du contumace et de faire ainsi, en droit, le procès que demandait l'histoire, c'est-à-dire rejurer les accusés et les juger enfin pour le tout. Que ne le savait-on plus tôt ?<sup>12</sup>.

Cela aurait évité que les faits reprochés à Paul Touvier, partant déjà de peu, ne cessent de diminuer tout au long de la procédure, au point qu'il sera jugé, s'il l'est un jour, uniquement pour les exécutions de Rilleux. Du moins le droit, sans le faire exprès, serait-il tombé juste : l'inculpé considère lui-même cette affaire comme « le drame de sa vie » (V. p. 49 in C. Flory, *Touvier m'a avoué*, Michel Lafon 1989).

#### Arrêts antérieurs publiés de la Cour de cassation

6 février 1975 GLAESER	Bull. n° 42 D. 1975.386, rap. Chapart, note Coste-Floret cette <i>Revue</i> 1976, obs. Vitu
30 juin 1976 GLAESER	D. 1977.1, note Coste-Floret JCP 1976.II.18435, rap. Mongin Gaz. Pal. 1976.699, note M. R.
21 octobre. 1982 LEGUAY	Bull. n° 231
6 octobre 1983 BARBIE	Bull. p. 610 D. 1984.113 JCP 1983.20107, rap. le Gunhec, concl. Dontenwille, note Ruzie Gaz. Pal. 1983.II.710 cette <i>Revue</i> 1984.801, obs. Lombois JDI 1983.779, obs. Edelman
26 janvier 1984 BARBIE	Bull. p. 90 JCP 1984.20197, rap. Le Gunehec, concl. Dontenwille Gaz. Pal. 1984 cette <i>Revue</i> 1984.801 et 1985.863, obs. Lombois JDI 1984.315 obs. Edelman
20 décembre 1985	Bull. n° 407 D. 1986.500, note Chapar JCP 1986.II.20655, rap. Le Gunehec, concl. Dontenwille Gaz. Pal. 1986.247 cette <i>Revue</i> 1987.275, 937, obs. Lombois JDI 1986.130, note Edelman
25 novembre 1986 BOGATTO veuve LESEVRE	Bull. n° 353 JCP 1987.IV.42
11 février 1987 PAPON	Bull. n° 70
3 juin 1988 BARBIE	Bull. n° 246 D. 1988.IR.187 JCP 1988.II.21149, rap. Angevin Gaz. Pal. 1988, concl. Robert
29 novembre 1988 Veuve LAKHDAR-TOUMI et autres	D. 1991.229 chronique n° XLIV, Pierrette Poncela
29 novembre 1988 Mme YACOUB	
31 janvier 1991 Y.	D. 1991.259, note Braunschweig JCP 1991.IV.174

12. Cf. l'affaire *Barbie* in travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 5, *Armée, guerre et droit pénal*, Cujas, 1986. *Addé Crimes contre l'humanité et droit international*, XXVI<sup>e</sup> Congrès de l'Association française de criminologie, Lyon, oct. 1990, à paraître.

# E. CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

Reynald OTTENHOF

*Professeur à l'université de Pau et des Pays de l'Adour  
Directeur du Centre de sciences criminelles*

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique de criminologie. Ils la retrouveront dans un prochain numéro.

# F. CHRONIQUE DE POLICE

## La police et l'Europe

Jean SUSINI

*Président honoraire de l'Association française de criminologie\**

Dans le chantier européen la police s'implique en vertu de son essence et de ses paradoxes. Et cela de diverses façons. La notion de sécurité intérieure lui servirait d'attracteur spécifique dans cette évolution vers la création d'une nouvelle entité politique.

La notion de sécurité est une valeur essentielle de la pratique policière. Le socio-politologue J.-L. Loubet del Bayle nous le rappelle clairement<sup>1</sup> : « au-delà du principe général de la participation de la police pour donner corps à la signification obligatoire des décisions du système politique, la police constitue un instrument pour produire et assurer un certain nombre de biens et de services ... et le produit le plus souvent associé à l'action de la police, surtout dans les sociétés modernes, est la sécurité ».

Quelque soit la composition de l'objet ainsi visé, l'essentiel est qu'il s'agisse d'une demande de l'environnement sociétal. Et « la réponse policière à cette demande sociétale sécuritaire oblige à prendre en compte à la fois sa dimension objective et ses aspects psychologiques ». Les sociétés développées exigent la mise en oeuvre de véritables « politiques publiques de sécurité ». On peut se demander pourquoi cette demande qu'a toujours adressée l'environnement sociétal bénéficie « d'une acuité politique » accrue ! Selon le même auteur, « cette sensibilisation peut varier en fonction de l'évolution de l'environnement socio-politique de la police, laquelle évidemment s'en trouve plus ou moins affectée dans son organisation et son fonctionnement ». La demande de sécurité de la part de la société est donc naturelle.

Or, l'europeanisation a engendré la constitution d'un secteur des affaires intérieures : police, justice, immigration s'europeanisent ...<sup>2</sup>. Selon Didier Bigo, « le champ européen de la sécurité intérieure s'est mis en place en liaison avec les projets de libre circulation des personnes. Il en est le revers ... Il est le révélateur d'enjeux essentiels ». On peut postuler que les « Etats vont tenter de ne pas trop y perdre de souveraineté ». L'Europe fabriquée par accords inter-gouvernementaux est-elle conforme au désir sociétal ! Or le policier sert de médiateur entre le sociétal et le politique ! Ne devrait-on pas privilégier la voie communautaire ! Laquelle impliquant le contrôle du Parlement européen assurerait le contrôle démocratique. Cela pourrait produire une légitimisation aux décisions relatives à la sécurité ...

\* Ancien chef du bureau de la criminologie et des sciences humaines de la police nationale.

1. *La police. Approche socio-politique*, Jean-Louis Loubet del Bayle, Montchrestien, 1992.

2. *L'Europe des polices et de la sécurité intérieure*, Didier Bigo et autres, Complexe, 1992.

L'engagement policier - en avance sur le politique - dans la production de sécurité est donc légitime et légal. Mais cette avance a des raisons que le politiste devrait expliquer. L'évocation de la légitimité nous introduit dans la phénoménologie policière, sous un angle non juridiquement formel. On utiliserait volontiers les approches ethnométhodologiques et phénoménologiques. La police doit bénéficier d'une légitimité correspondant à ses missions. Et dans certains cas cette légitimité doit être exceptionnellement confirmée. C'est le cas lorsque le *politique* est morcelé, troublé, en recherche ... Les éclairages que J.-L. Loubet del Bayle nous fournit par son « analyse systématique des rapports du *politique* et du *policier* ... et l'inventaire des formes d'intervention possible de la police dans le fonctionnement politique des sociétés, par delà la diversité des réalités historiques et politiques » nous permettent d'examiner en toute indépendance les avatars à incidence policière de la gestation socio-politique que nous vivons. « Penser la sécurité intérieure, c'est connaître les menaces et leur perception pour y répondre ensemble » lit-on à la première page des *Cahiers de la Sécurité Intérieure* (Institut des hautes études de la sécurité intérieure, IHESI) ... S'agit-il d'un appel pour une connaissance systématique et suivie de la police ? La connaissance devrait jouer un rôle dans la transition créatrice d'une nouvelle socialité en Europe.

Ainsi les institutions responsables de la sécurité, *Police* et *Justice*, ont pris conscience de la gravité de la libre circulation des personnes. Elles ont craint que cette liberté ne favorisent l'extension et même la création de formes organisées de criminalité, de trafics illégaux, l'accroissement des flux migratoires ... D'où, peut-être le conditionnement de passages à l'acte aux motivations les plus diverses. Pouvant prendre le caractère de violences et de turbulences sociétales. Ils étaient dans la logique de leur rôle. D'où, face à cette perception des risques une attitude de prudence, qui a pu passer pour un manque de foi européeniste. Ne serait-ce pas cela la motivation de l'Europe de la sécurité intérieure ? Cette « intériorité » est-elle celle des nations ou de tout l'espace européenisé, celui des Douze ? A cette prise de conscience en quelques sorte institutionnelle ont répondu toute une succession d'accords, de conférences, de groupes de travail ... Notamment pour notre propos l'accord de Schengen et la conférence de Trevi ... Ils jalonnent la construction d'une Europe des polices et de la sécurité intérieure qui serait en opposition avec l'Europe des citoyens ... ?

L'historicité de la production policière de sécurité est évidemment liée aux rapports de la société avec son propre système politique. Pour évaluer le rôle de la police il est commode de la situer, dans un ensemble environnemental sociétal où elle baigne en commun avec le système socio-politique en exercice<sup>3</sup>. Dans cette logistique dynamique la police filtre et médiatise les demandes provenant du sociétal. Elle contribue ainsi à vérifier les risques ... Tout en sachant que le système politique a une façon particulière d'évaluer ces risques et notamment de leur répondre publiquement, stratégiquement, politiquement ...

L'Europe de la sécurité aurait-elle pris le départ avant le politique pour des raisons de prudence et de sagesse institutionnelle ?

D. Bigo insiste sur « la question du contrôle démocratique des réglementations décidées par des organes comme le Comité exécutif de Schengen. On critique la fabrication administrative des réponses à des menaces possibles. On redoute « une déconnexion entre l'Europe de la sécurité intérieure et l'Europe du judiciaire, qui se construisent parallèlement en dépendant de groupes de praticiens différents (ce qui n'est pas toujours le cas). La Cour européenne « renforcerait sa prééminence sur les instances juridictionnelles nationales » (V. D. Bigo, *op. cit.* p. 89).

D'où des contradictions, une opposition entre l'Europe des Etats et celle des citoyens.

Ce qui reviendrait à opposer l'Intérieur et la Justice ! On s'étonne que ce soit les Etats qui construisent l'Europe des citoyens ... L'auteur ne manque pourtant pas de voir là

3. *Op. cit.* note 1.

« des réactions d'angoisse face au changement ». Surtout lorsque celui-ci se développe plutôt confidentiellement, (bureaucratiquement dit-on). Mais ce changement, à dynamiques multiples, est d'une rare envergure. Les populations ont tout lieu d'être angoissées. Le politique, dont on vante tant la prévoyance, aurait-il oublié d'être attentif à ce si proche futur, plus réel même que « futurible »... Du point de vue de la police la question est *simple* et *grave*. *Simple* en vertu d'une déduction fonctionnellement logique. Toute société ayant franchi l'étape de la maturation politificatrice (V. J.-L. Loubet del Bayle, *op. cit.* p. 21) se trouve « transformée en société *politiquement organisée*. c'est-à-dire disposant de la capacité d'exercer la fonction policière, c'est-à-dire de faire exécuter ses décisions, au besoin par la force ». Cette *politification* se révèle lorsqu'on « rencontre une organisation propre, consacrée au maintien et à la survie d'un groupe grâce à l'influence qu'elle exerce au moyen de la contrainte monopolisée ».

Or les Etats d'Europe ont tous subi cette maturation politique. *Grave*, car celle-ci procure symboliquement et concrètement de la légitimité à l'autorité. (Toutefois on aurait observé que l'intensité du recours à la police et les difficultés qu'elle rencontre constituent un bon indicateur du *degré* de légitimité d'un système politique) (V. J.-L. Loubet del Bayle, *op. cit.* p. 51). Or une police ne peut agir pleinement que si la légitimité de son emploi, de son travail, de l'exercice de ses missions d'information est crédible. Or la police aux prises avec les aléas du chantier, a-t-elle la légitimité qui convient pour jouer ce dernier rôle ? Il se peut d'ailleurs qu'elle bénéficie d'une légitimité sociétale vécue contrastée.

Pour faire face aux formes européanisées de criminalité organisée, de terrorisme, de trafic de la drogue, d'immigration clandestine la police a dû s'engager dans une coopération intergouvernementale classique, dans l'esprit d'Interpol qui a fait ses preuves, associant les praticiens de l'Intérieur et de la Justice ... Mais il semble que la coopération policière européenne obéisse à d'autres impératifs qu'Interpol. Elle doit être plus opérationnelle. Et cela pose aussitôt la question de la *souveraineté* susceptible de conférer aux polices d'action la nécessaire légitimité ... Il n'empêche que les organismes, les groupes, face aux problèmes, ont beaucoup travaillé. On irait vers l'organisation d'une structure coopérante souple mais interactive, qui pourrait être Europol. Maastricht n'a pas prévu un Office européen de police. Certains y verraient l'embryon d'une police fédérale européenne ... Cela supposerait l'harmonisation des lois pénales. C'est dans le même sens que l'Association de recherches pénales européennes (ARPE) déploie ses travaux. Elle vient de tenir à Royamaont sur le thème : *Quelle justice pénale pour l'Europe ?*, un colloque international ...

A propos ne convient-il pas de remarquer que les praticiens de la police sont présents aussi bien dans l'Europe de la sécurité que dans l'Europe des citoyens. Dans leur multifonctionnalité ils sont soit en sécurité publique soit en police judiciaire. Ils sont rompus à la bi-dimensionnalité des paradigmes. Et Denis Bigo (p. 43) reconnaît (nous n'y voyons aucun chauvinisme, sinon la confirmation de la valeur d'une longue expérience) que « le modèle policier français actuel apparaît comme un modèle équilibré. Il serait « concurrentiel en termes de définition et de référence pour le futur modèle européen » ...

Il nous paraît donc excessif de parler d'opposition entre le développement des deux approches qui à un certain niveau convergent et réalisent mieux qu'on ne le pense l'idéalité démocratique. Dans un chantier tout ne se fait pas d'un seul coup, par opération magique.

L'Europe dite de la sécurité intérieure « compenserait » la liberté accrue et jugée précoce, de circuler. Les arguments avancés auraient dû être mieux approfondis. Peut-être le calendrier eut-il dû être plus réfléchi. Ils ne se contredisent peut-être qu'en apparence ! Il ne faut pas les mêler sans précaution.

L'évaluation des risques aurait peut-être dû être confiée à des chercheurs qualifiés. C'est-à-dire suffisamment éloignés de l'action pour ne pas en partager l'émotivité.

C'est le « déficit de sécurité » qui perturbe. Les mesures compensatoires sont « destinées à contrebalancer l'affaiblissement des contrôles aux frontières intérieures par un renforcement des contrôles entre ces pays et les pays tiers (frontières extérieures) et par une plus grande mobilité des contrôles à l'intérieur des territoires nationaux » (Denis Bigo). Or les mesures techniques ainsi prises touchent aux fonctions essentielles de l'Etat, ses fonctions régaliennes : souveraineté, contrôle des frontières, régulation de la violence, sécurité des citoyens ...

Tout cela, en se connectant, et s'amplifiant réaliserait un changement de paradigme, échappant à la compétence des décideurs techniques. Selon D. Bigo « le problème central que des textes bureaucratiques cherchent à résoudre n'est pas la coordination européenne de la lutte antiterroriste ou contre la drogue et la criminalité, ni même le déficit de sécurité, mais l'immigration clandestine et l'afflux de réfugiés vers l'Europe, que le principe de libre circulation est censé favoriser ». Cette inquiétude mériterait une réponse autre que de principe. On passerait ainsi d'enjeux spécifiques, crimes organisés, terrorisme, drogue, à un autre paradigme ! Il s'agirait d'un problème « que les politiques n'osent pas aborder de face ». On « serait sans en avoir eu l'impression entré dans un débat philosophique ou politique » (D. Bigo, p. 30).

Il nous semble qu'une telle question ne peut pas être traitée aussi formellement. Il serait temps d'étudier sérieusement les risques en question. L'augmentation de la criminalité est sans cesse réaffirmée. Les contrôles frontaliers, devenant mobiles, peuvent-ils les remplacer et même en améliorer l'efficacité ? D'autre part, manque une approche valable d'ordre démographique en ce qui concerne les mouvements de population, en une telle période où l'appel migratoire s'intensifie. D. Bigo note en conclusion (p. 91), d'ailleurs, « qu'en période de crise économique, l'idée d'un nouveau partage des richesses qui stabiliserait l'exode et les flux migratoires, serait difficilement admis par les populations européennes. Il ne pourrait à court terme stabiliser les flux en question. Il s'ensuivrait une baisse ou un blocage de longue durée de leur niveau. Il pense qu'une politique contraire à l'évolution des flux transnationaux ne peut déboucher que sur des logiques répressives », il est donc logique de penser que les études n'ont pas été suffisantes pour vérifier l'hypothèse optimiste.

La police est bien, à son corps défendant, impliquée dans une problématique que les politiques n'ont pas su situer au-dessus de leur lutte pour le pouvoir.

### *Quelques remarques ...*

Nous souhaitons étudier le rôle de la police dans une représentation calme de l'euro-péanisation. L'équivalence des maturités politiques permettait de l'imaginer comme un perfectionnement de l'Etat de droit. Nous avons utilisé la représentation des rapports du policier et du politique (non de telle ou telle politique) dans leur interaction en milieu sociétal commun. Toutes choses égales on pouvait maîtriser intellectuellement la transition. Il suffisait de faire confiance au pragmatisme et à l'imagination créatrice. La bi-fonctionnalité du système français de police nous paraissait (et toujours) procurer une puissance d'adaptation éprouvée. Ne bénéficie-t-il du soutien des deux grands systèmes de valeurs qui déterminent le régime démocratique. Celui du pouvoir exécutif et celui du pouvoir judiciaire. Fonctions qui ne peuvent, en raison de leur gravité fondamentale, être distribuées n'importe comment, à n'importe qui, pour n'importe quoi ... (l'enquête n'est-elle pas un acte *grave*, en toutes circonstances !). Nous envisageons une vision policiologique d'évolution créatrice de ses propres logiques et articulations dans la perspective d'une transition. La police s'y trouvant associée selon ses vertus et ses missions. Le travail intergouvernemental pouvait être propice à une telle progression, dont les avatars expriment des vérités incontournables. Or on évoque le « tournant 86 » (V. D. Bigo, p. 52) ... On fait allusion à l'angoisse des ministres ...

Le perfectionnisme que nous évoquions où « la conjugaison de l'intergouvernemental et du communautaire (demeurait) un des éléments de base en matière de justice et de sécurité intérieure »<sup>4</sup> nous est apparu en avance sur l'état sociopolitique en turbulence et même comme un luxe à protéger ... d'autant plus. Car toute chaotisation est grosse de l'ordre qu'elle engendre.

Ainsi dans le cadre socio-politique (J.-L. Loubet del Bayle) sont en place les repères : souveraineté, légitimité, mais connaissance<sup>5</sup> permettant une démarche consciente au travers d'une étape transitionnelle ...

Ce modèle nous procure des moyens socio-anthropologiques, sur fond de protopolitification du sociétal, d'observer comment le politique doit évoluer pour que la mutation aille, de tous les ordres qui la constituent, vers un état de calme ...

4. J.-C. Masclat, De la difficulté d'atteindre un objectif communautaire par des moyens qui ne le sont pas, *L'Europe des polices*, p. 95.

5. Hugues de Jouvenel, La criminologie I, *Prospective des phénomènes de rupture sociale en leurs liens avec la sécurité intérieure*, (colloque IHESI, Paris, déc. 1992).

## I. — CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

### COLLOQUE INTERNATIONAL DE L'ASSOCIATION DE RECHERCHES PÉNALES EUROPÉENNES

#### QUELLE POLITIQUE PÉNALE POUR L'EUROPE ?\*

(Fondation Royaumont, 23 et 24 octobre 1992)

1. Les 23 et 24 octobre 1992, à Royaumont, s'est tenu le colloque international de l'A.R.P.E. (Association de recherches pénales européennes) sous le haut patronage de la Commission des communautés européennes, avec le concours du journal *Le Monde*.

2. Le colloque, réunissant des universitaires, des praticiens du droit (magistrats, avocats, policiers) et des représentants des institutions européennes, proposait d'analyser le thème de la politique pénale en Europe, sous deux perspectives complémentaires : d'un côté les contrôles et les sanctions envisagées au niveau communautaire et, d'un autre côté, les procédures et les garanties établies en Europe pour la lutte contre le crime et, corrélativement, pour la protection des droits fondamentaux.

#### *Séance inaugurale*

3. Les travaux ont été ouverts par M. A. Lamassoure, président de la Commission du contrôle budgétaire du Parlement européen, lequel s'est entretenu sur les rapports entre la coopération judiciaire et la création d'un véritable droit pénal communautaire. Compte tenu du fait que les infractions au droit communautaire sont de plus en plus fréquentes, surtout dans le domaine financier, l'observation du principe de subsidiarité constitue une limite remarquable à la protection efficace des intérêts communautaires. C'est pour cela que, dans les dix dernières années, on a souvent demandé de conférer des compétences pénales aux autorités de Bruxelles et de créer une véritable police européenne. A ce propos M. Lamassoure a envisagé un compromis entre les positions différentes et a mis l'accent sur la récente introduction, dans un certain nombre d'Etats membres, d'incriminations pénales qui visent à la protection des finances communautaires.

4. Lors de son allocution d'ouverture M. L. de Moor, directeur général de la Division du contrôle financier des Communautés européennes, a souligné l'importance que revêt, dans le cadre de la protection des finances communautaires, le respect des principes du procès équitable, c'est-à-dire du respect des droits fondamentaux et des droits de la défense. Les Communautés européennes, à travers les arrêts de la Cour de justice, assurent le respect de ces principes, qui doivent s'appliquer à toutes formes de sanctions, qu'elles soient pénales ou administratives. L'étude des sanctions administratives a fait l'objet d'une recherche comparative menée par la Commission qui a mis l'accent sur les grandes différences existant dans les pays membres et qui a aussi signalé la nécessité

\* Les Actes du colloque ont été publiés aux éditions Economica, sous le titre : *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Paris, 1993, 372 p.

d'assurer le respect des droits fondamentaux dans une matière aussi proche du droit pénal.

5. La politique pénale en Europe présente une grande hétérogénéité, due à la pluralité des sources et des logiques qui en sont la base. Comme l'a exposé M. R. Grass, magistrat référendaire au Cabinet du président de la Cour de justice des Communautés européennes, en la matière il existe deux références fondamentales : la Convention européenne des droits de l'homme et le Traité sur l'Union. Les effets que ces deux textes normatifs produisent sur le droit pénal national sont partiellement différents. Alors que la Convention impose aux Etats signataires le respect des droits de l'homme, le Traité signé à Maastricht concerne la coopération des autorités nationales en matière judiciaire et policière, mais il prévoit aussi l'attribution de certaines compétences pénales aux institutions communautaires. En tout cas la coopération judiciaire et policière restera confiée aux gouvernements et non pas aux autorités de Bruxelles, ainsi qu'il résulte des dispositions du Traité de l'Union.

6. La pluralité de logiques pénales qui caractérisent la construction européenne a été analysée par M. M. Lemonde, magistrat et sous-directeur à l'École nationale de la magistrature. Si l'on peut en effet constater des signes précis de la construction d'une Europe pénale, tels que l'harmonisation des législations nationales et la mise en oeuvre des principes fondamentaux, on ne peut pas négliger les facteurs qui s'opposent à cette évolution. Il s'agit notamment du pouvoir discrétionnaire des Etats membres dans la répression des violations du droit communautaire ; des dérogations apportées par les autorités nationales aux traités d'entraide pour des raisons d'ordre public, et de la répression généralisée de l'immigration clandestine qui pourrait entraîner le danger d'une atteinte aux droits de l'homme.

#### Contrôles et sanctions

7. La première séance de la session dédiée aux contrôles et aux sanctions, concernant l'entrée et le travail des étrangers dans la Communauté, a été ouverte par M. F. Julien-Laferrière, professeur à l'université de Limoges qui a analysé le régime juridique des étrangers en Europe, un régime répressif et restrictif, qui relève plus du droit administratif que du droit pénal. De même que dans d'autres domaines, la discipline européenne relative aux étrangers est caractérisée par une pluralité d'ensembles normatifs. Au niveau communautaire, il n'existe pas de véritable système : excepté trois directives relatives à la circulation intra-communautaire, consacrant le droit du libre établissement pour le ressortissant des Etats membres, il n'y a pas d'autre disposition communautaire notamment pour ce qui concerne la circulation extracommunautaire, qui reste donc de la compétence administrative de chaque Etat. Bien plus importante, sous cet angle, est la réglementation envisagée par le Groupe de Trevi et par l'Accord et la Convention de Schengen, dont le rapporteur a tracé les lignes maîtresses. La fragmentation de la notion d'étranger en plusieurs catégories diversement défavorisées, le renforcement des contrôles à l'entrée ; une forte limitation du droit d'asile et enfin la reconnaissance d'un statut de faveur pour les étrangers déjà installés, sont les idées force d'une conception de l'immigration de plus en plus répressive, qui vise à bâtir une « Europe forteresse » dans laquelle la libre circulation ne joue pleinement que pour les ressortissants de la CEE. M. Julien-Laferrière n'a donc pas caché les dangers découlant d'une telle réglementation, notamment en matière d'asile.

8. Le caractère international des trafics illicites n'est plus à démontrer. C'est avec cette affirmation que M. P. Bernasconi, avocat et professeur à l'université de Zurich, a débuté son analyse des infractions transfrontalières. Face à ce phénomène, les Etats ont adopté une attitude très souple, inspirée de quatre « libertés » : la liberté de légiférer, la liberté de compétence, la liberté de concurrence et la liberté de poursuite. En premier lieu,

donc, subsistent de grandes différences, de pays à pays, dans la définition des infractions typiquement internationales, tels les crimes économiques. En outre certains Etats se sont spécialisés, en profitant de la liberté de compétence juridictionnelle dans la relaxe des responsables de crimes internationaux, en fonction de la protection de leurs intérêts économiques. Cela explique aussi l'existence de refuges fiscaux, qui se transforment en véritables refuges pénaux : c'est en effet la concurrence entre Etats qui génère une attitude laxiste envers les atteintes aux intérêts financiers étrangers et envers la corruption de fonctionnaires publics. C'est, enfin, à travers une interprétation « xénophobe » du principe de la liberté de poursuite pénale, que de nombreux pays renoncent à la surveillance du système bancaire et financier. Les solutions envisagées par M. Bernasconi consistent, d'une part, dans la réalisation d'une liberté de circulation des juges, dont les limites de mouvement constituent le véritable obstacle à l'entraide judiciaire et, d'autre part, dans le renforcement des instruments internationaux de lutte contre la criminalité. Sur ce dernier point, quelques progrès ont été réalisés, notamment par le Conseil de l'Europe en matière de blanchiment de capitaux, et surtout par le GAFI (Groupe d'action financière internationale) qui, grâce à un système permanent d'auto-évaluation, permet de vérifier la mise en état de ses propres instruments.

9. L'analyse des infractions transfrontalières est suivie de l'exposé de M. J.-M. Bardy, chef du Service juridique de la Commission des opérations de bourse, axé sur le délit d'initiés (*insider trading*). Si l'origine historique de cette incrimination remonte à la crise de Wall Street de 1929, ce n'est qu'en 1989 que l'Europe s'est dotée d'une norme en la matière, en adoptant une directive communautaire qui, dans le moment de grande expansion du « village financier mondial », a entendu poser des règles pour prévenir la fraude internationale. La directive 592/89, même si elle ne contient aucune référence au droit pénal, prévoit une interdiction des opérations d'initiés extrêmement répressive, en adoptant une notion étendue du sujet « initié », de l'information privilégiée et du marché mobilier. A côté de l'harmonisation des législations nationales répressives, la directive impose à chaque Etat membre de créer une autorité nationale de contrôle, chargée de surveiller le marché interne et de coopérer avec les autorités d'autres pays, notamment à travers un échange d'informations. M. Bardy a défini la conception européenne du délit d'initiés comme « un modèle réussi d'harmonisation et de coopération » et qui constitue un exemple à suivre dans d'autres domaines.

10. M. J.-C. Marin, chef de la Section financière du parquet de la cour d'appel de Paris, a examiné un autre domaine intéressé par la coopération internationale : la lutte contre le blanchiment de l'argent provenant de trafics illicites. Les normes édictées en la matière visent, d'une part, à l'incrimination pénale de certaines conduites et, d'autre part, à la réalisation de systèmes permettant de déceler les capitaux illicites. Il faut donc surtout considérer la Convention de Vienne de 1988, les recommandations du GAFI de 1990, la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime signée en 1990 et la Directive communautaire 91/308 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux. Ces textes, qui se réfèrent notamment aux produits du trafic de stupéfiants, ont reçu une application très différente dans les pays de l'Europe, ce qui constitue un sérieux obstacle à la lutte contre ce phénomène, puisque ce qui prévaut est la notion de blanchiment accueillie dans chaque Etat. Lors de la conclusion de son intervention, M. Marin a craint que l'actuelle limitation des incriminations aux seuls profits du trafic de la drogue et les difficultés de déceler l'argent « sale » puissent porter atteinte à la lutte efficace contre le blanchiment.

11. Le sujet des fraudes au détriment du budget communautaire, objet de la dernière séance dédiée aux contrôles et aux sanctions, a été exposé par M. E. Mennens, directeur de l'Unité de coordination de la lutte anti-fraude des Communautés européennes. Après avoir examiné les différents éléments qui composent le budget communautaire,

le rapporteur a dessiné, cas par cas, les fraudes les plus communes dans chaque domaine. Ainsi, en matière de recettes, et plus précisément de ressources propres, les plus nombreuses sont les fraudes douanières classiques et les fraudes à la TVA, qui portent atteinte non seulement aux finances de l'Etat mais aussi à celles de la Communauté. Sur le plan des dépenses, les cas les plus importants d'atteinte aux intérêts européens concernent l'indue perception des restitutions à l'exportation, des primes individuelles aux agriculteurs et des fonds structurels. La lutte contre la fraude doit donc passer par le biais d'une collaboration étroite entre les Etats membres et la Communauté. Le principe directeur en la matière étant celui de subsidiarité, les autorités nationales sont *in primis* chargées de mettre en oeuvre le droit communautaire, de faciliter la mission de la Commission et de rendre disponibles toutes les informations nécessaires sur les cas de fraude. La Commission, pour sa part, est responsable de la coordination, l'impulsion, la surveillance et le soutien de l'activité des différents Etats membres ; ainsi elle peut demander toutes les informations nécessaires et procéder à toute vérification opportune. Mais c'est sous l'angle de la répression que la coopération doit se faire la plus étroite : ainsi s'est prononcée la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire du « maïs grec » (arrêt 68/88) en demandant aux Etats membres de sanctionner, par la voie pénale, les fraudes au budget communautaire de manière équivalente aux fraudes au budget national et d'adopter en la matière des sanctions à caractère « effectif, proportionné et dissuasif ». Mais dans le même arrêt, la Cour a reconnu à la Communauté le pouvoir d'édicter des sanctions. Ce pouvoir étant réduit actuellement aux sanctions administratives, une collaboration entre Etats membres et Communauté est considérée comme essentielle.

#### *Procédures et garanties*

12. La deuxième session des travaux, ayant pour objet les procédures et les garanties, a été ouverte par l'allocution de Mme R. Koering-Joulin, professeur à l'université de Strasbourg, qui a abordé le sujet de la coopération judiciaire entre Etats. Le point de départ du rapport a été l'article K 1 du projet de Traité sur l'Union européenne, qui confère au Conseil le pouvoir d'arrêter des positions communes, d'adopter des actions communes et d'établir des conventions en la matière, selon un *crescendo* de compétences (qui reflète les trois niveaux de coopération judiciaire déjà existants en Europe). Le cadre normatif actuellement en vigueur est d'ailleurs représenté par le corpus de conventions adoptées au sein du Conseil de l'Europe (Convention d'extradition de 1987 ; Convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1989 ; Convention sur la valeur internationale des jugements répressifs de 1970 ; Convention sur la transmission des procédures répressives de 1972 ; Convention sur le transfèrement des personnes condamnées de 1983) auxquelles il faut ajouter la Convention d'application de l'Accord de Schengen de 1990 et cinq accords ou conventions résultant de la coopération politique en Europe. Le cadre normatif ainsi dessiné est donc extrêmement complexe, soit par le grand nombre de conventions adoptées, soit par l'éclatement géographique de l'Europe, un éclatement qui se vérifie dans le temps et l'espace. Mais Mme Koering-Joulin a remarqué une certaine évolution qui vise à renforcer et à rendre plus efficace l'entraide judiciaire. Le premier but est poursuivi soit à travers l'extension du champ d'application des conventions qui ont recueilli un grand nombre de ratifications, soit à travers la reprise du contenu essentiel de certaines conventions qui n'ont pas connu un tel succès. L'efficacité de ces instruments, surtout en matière d'extradition et d'entraide judiciaire est, par ailleurs, réalisée à travers la simplification des procédures et la réduction des formalités. En concluant son exposé, Mme Koering-Joulin a signalé le risque qu'un tel système répressif puisse conduire à la violation des garanties dont jouissent les personnes inculpées ou condamnées et notamment de la règle du *ne bis in idem*, qui

pour cette raison constitue l'objet d'un projet de convention dans le cadre de la coopération politique.

13. Toutefois, la coopération judiciaire ne représente qu'un élément de la collaboration générale entre Etats, pour la détection et la poursuite des infractions pénales ou administratives. Dans cette perspective M. A. Potocki, chef du Service des affaires européennes et internationales au ministère de la Justice français et M. J. Schutte, professeur à l'université d'Amsterdam, ont axé leurs exposés, respectivement, sur la coopération policière et la coopération administrative. M. A. Potocki, après avoir rappelé la complexité du réseau de conventions internationales régissant la matière, a identifié dans les conventions du Conseil de l'Europe, dans l'acte Unique de 1985 et dans le groupe de Trevi, qui date de 1976, les principaux instruments qui permettent l'action conjuguée des polices européennes. Mais d'autres instruments plus efficaces ont été récemment adoptés : il s'agit notamment de l'Accord de Schengen de 1985 et de la Convention de 1990. Les principales nouveautés contenues dans ces textes consistent dans la reconnaissance du droit d'observation et de poursuite transfrontalière, grâce auquel les policiers d'un pays membre de la Convention peuvent élargir leur activité au-delà du territoire national ; la possibilité de correspondance directe entre les autorités de police ; et enfin la constitution d'un système informatique de données, à disposition des polices et des magistrats d'Europe (S.I.S., Système Information Schengen). Le traité de Maastricht vise, lui aussi, au renforcement des instruments de coopération déjà existants. M. Potocki a conclu à la nécessité d'une coordination étroite entre coopération judiciaire et policière et au respect, sans exception, de deux principes : le pragmatisme et la protection des droits fondamentaux.

14. Dans sa contribution M. J. Schutte a analysé la coopération administrative qu'il a définie « la coopération des services administratifs (...) extérieurs au système judiciaire et qui ont pour mission d'appliquer ou de contrôler l'application de certaines réglementations administratives ». Cela consiste essentiellement en échanges — sur demande, spontanés ou périodiques — d'informations dans les domaines fiscal, douanier, financier et dans d'autres domaines beaucoup plus spécifiques. Après avoir examiné les textes normatifs — conventions internationales, directives et règlements communautaires — régissant la matière, le rapporteur a abordé le thème des relations entre la coopération administrative et la coopération pénale. A ce propos, M. Schutte a rappelé que les données obtenues dans le cadre de la coopération administrative sont susceptibles d'être utilisées au cours d'une instance pénale, privant de cette façon l'inculpé des droits et des garanties envisagées par la procédure pénale ; il est donc nécessaire d'insérer dans les textes relatifs à la coopération administrative l'interdiction d'utiliser les informations échangées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été demandées. Toutefois, la distinction traditionnelle entre les différentes formes de coopération inter-étatique est aujourd'hui largement réduite par l'utilisation à des fins pénales des informations concernant les enquêtes administratives et par la création, surtout dans le cadre des violations du droit communautaire, de services de contrôle spécialisés qui ont le pouvoir d'infliger des sanctions pénales ou quasi pénales. La préoccupation émergeant de cette évolution est représentée, encore une fois, par la violation des droits de l'homme, que les différentes législations nationales sont appelées à protéger par la voie législative ou jurisprudentielle.

15. La séance suivante a commencé par l'exposé de M. J. Vervaele, professeur à l'université d'Utrecht, qui a analysé les compétences communautaires en matière d'enquête et de mise en oeuvre des sanctions. Si les Etats membres sont à considérer comme responsables de la mise en oeuvre et du respect du droit communautaire, en vertu de l'article 5 du traité CEE, cela n'exclut pas une obligation de sauvegarde du droit communautaire de la part de la Communauté, et notamment de la Commission, découlant des articles 145 et 155 du même Traité. Sur la base de ces deux articles, la Communauté

peut imposer des obligations de contrôle aux pays membres et dispose elle-même d'une compétence générale de contrôle : en particulier elle peut imposer la communication d'informations, l'ouverture d'une enquête, l'institution de services spécialisés et elle peut aussi s'associer aux enquêtes nationales pour procéder à une vérification directe sur place. Mais il s'agit de pouvoirs limités, la Commission ne disposant ni d'un pouvoir de contrôle autonome, ni d'unités mobiles qui peuvent agir par surprise. En outre, la participation de la Communauté aux contrôles nationaux a été souvent considérée, par les Etats membres, contraires aux règles internes de la procédure pénale et notamment au secret de l'instruction préliminaire et aux normes qui disciplinent la valeur de la preuve. Egalement, de nombreuses critiques concernent la compétence de la Communauté d'imposer des sanctions à caractère administratif, applicables aux ressortissants des Etats membres. Comme l'a fait remarquer M. Vervaele, les pays de la CE ont adopté sur ce point, jusqu'à maintenant, la « politique de l'autruche » ; le moment est arrivé de réfléchir sur les rapports entre le contrôle national et le contrôle communautaire, ainsi que sur les relations entre l'enquête administrative et l'enquête judiciaire.

16. A ce sujet, M. J. Biancarelli, vice-président du tribunal de première instance des Communautés européennes, a axé son intervention sur le pouvoir de la Communauté d'instituer des sanctions, entendues comme des mesures qui, en présence d'une infraction à l'ordre juridique communautaire, visent à punir le comportement fautif de l'auteur. En effet la Communauté, en abandonnant sa position traditionnelle, a introduit dans son ordre juridique des sanctions de nature économique (amendes, exclusion de bénéfices futurs, perte et reconstitution de cautions, remboursement avec majoration d'aides indûment perçues), surtout dans le domaine de la lutte anti-fraude, ce qui a donné lieu à un important débat pour déterminer la nature (pénale, quasi pénale ou administrative) des sanctions en question. La Cour de justice, à partir de 1977, a implicitement mais nécessairement reconnu la légitimité des sanctions communautaires, mais en a toujours nié la nature pénale ; toutefois, compte tenu de leur caractère afflictif, la Cour a considéré que leur sont applicables les grands principes de droit pénal, tels que le principe de proportionnalité et le respect des droits fondamentaux. Pour sa part la doctrine s'est demandé si, en l'absence d'une base légale claire (exception faite pour certaines dispositions spécifiques, tel l'art. 87, par. 2 du Traité CEE), on peut reconnaître un tel pouvoir de sanction aux institutions communautaires. M. Biancarelli a conclu en souhaitant que l'arrêt de la Cour dans l'affaire *République fédérale d'Allemagne c/Commission* (C-240/90) et les récentes dispositions contenues dans le Traité sur l'Union portent un peu de clarté dans ce domaine.

17. Le renforcement des instruments de lutte contre le crime pose, par ailleurs, le problème du respect des garanties de l'inculpé. Ce sujet a été abordé par M. P. Lafarge, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, avocat à la cour, qui a parlé sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, adoptée au sein du Conseil de l'Europe en 1950, qui établit les règles du « procès équitable » : caractère impartial du tribunal, présomption d'innocence et respect des droits de la défense au cours de l'audience. Mais, a souligné le rapporteur, c'est à travers l'interprétation des différents juges (Cour et Commission européennes, juges nationaux et Cour de Justice des Communautés) que les règles du procès équitable reçoivent application et s'imposent aux autorités des pays membres, tout en gardant certaines différences de pays à pays, en raison de l'hétérogénéité des ordres juridiques (marge d'appréciation). Le problème du procès équitable se pose aujourd'hui à nouveau par rapport aux Accords de Schengen qui, dans le but de combler les lacunes de la Convention européenne de 1957, ont étendu le domaine d'application de l'extradition. Les Etats membres doivent donc veiller à éviter que les Accords de Schengen ne portent atteinte aux garanties essentielles de l'inculpé.

18. Le problème du respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme se pose aujourd'hui, comme l'a souligné Mme C. Teitgen-Colly, aussi dans le domaine de la répression administrative, qui consiste dans l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives et qui représente un aspect de plus en plus important de la politique répressive menée par les Etats et par la Communauté européenne. En particulier il s'agit de vérifier si les garanties prévues par l'article 6 de la Convention pour les contestations sur les droits et les obligations civiles et pour les accusations en matière pénale sont applicables à la répression administrative.

#### *Séance de clôture*

19. Des conclusions ont été tirées, lors de la séance de clôture, par Mme M. Delmas-Marty, professeur à l'université Paris I, et par M.-P. Truche, procureur général à la Cour de cassation (France), qui ont souligné la nécessité de distinguer les domaines dans lesquels une identité normative entre les Etats membres s'impose, des domaines où il est opportun de garder certaines différences législatives. Si dans le secteur des fraudes au budget de la Communauté on peut souhaiter arriver à l'unification des normes répressives nationales, à travers une définition communautaire de l'infraction, des sanctions et de la procédure, pour les autres matières il vaut mieux procéder à la simple harmonisation des législations nationales par l'adoption de principes directeurs communs, de manière à laisser une certaine marge d'appréciation aux Etats.

20. Dans son allocution de clôture, Mme D. Theato, rapporteur de la Commission du contrôle budgétaire au Parlement européen, a analysé les fonctions et les pouvoirs de l'Assemblée de Strasbourg dans la lutte contre la fraude. Comme Mme Theato l'a rappelé le Parlement exerce le contrôle de l'exécution du budget communautaire et en vérifie la légalité et la régularité par la Commission de contrôle budgétaire (COCOBU). La lutte contre la fraude étant un des principaux soucis du Parlement européen, celui-ci a affirmé, dans une Résolution de septembre 1991, que le Traité de Rome (art. 100 à 235) confère à la Communauté, pour la protection de ses finances, un pouvoir d'édicter des normes pour l'harmonisation des législations pénales nationales. Cette position du Parlement, à laquelle a fait aussi référence le Conseil des ministres de la Justice de novembre 1991, résulte actuellement du Traité de Maastricht qui dans l'article 209A consacre le principe d'assimilation déjà dégagé par la Cour de justice dans l'affaire 68/88. De la lecture coordonnée des articles 209A du traité sur l'Union et 100A du Traité CEE, qui prévoit l'harmonisation des législations nationales pour la réalisation du Marché unique, découle, selon le rapporteur, pour la première fois une compétence pénale de la Communauté.

M. F. de Angelis, directeur de la Division générale du contrôle financier des Communautés européennes, a conclu les travaux du colloque en soulignant l'existence de deux tendances divergentes : d'un côté, les praticiens du droit demandent de plus en plus le renforcement des instruments pour la lutte contre le crime transnational ; d'un autre côté, la doctrine s'oppose à toute compétence des Communautés en matière pénale. M. de Angelis, pour sa part, a exclu que la législation communautaire dans le secteur des fraudes puisse porter atteinte aux grands principes de droit pénal, et à ce propos il a rappelé que la proposition de réglementation relative aux principes de fond et de procédure applicables aux sanctions communautaires fait référence aux principes de légalité, de culpabilité, de proportionnalité, etc.

Stefano MANACORDA

## XX<sup>e</sup> ANNIVERSAIRE DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE BOBIGNY

### *JUSTICE SANS FRONTIÈRES. LE JUGE ET L'ÉTRANGER*

(Bobigny, 15 septembre 1992)

Quant au thème de ce colloque, tant son actualité — en raison de la loi du 6 juillet 1992 sur les zones de transit — que sa spécificité au tribunal de grande instance de Bobigny (juridiction de la Seine-Saint-Denis, département comportant plus de 30 % d'étrangers officiellement recensés de 140 nationalités différentes) n'ont échappé à personne.

Le colloque fut ouvert par M. le Premier président Draï, qui, dans son discours magistral, a retenu la nécessité pour le juge de réfléchir sur sa pratique, surtout dans un domaine aussi périlleux que le droit appliqué à l'étranger.

La matinée, placée sous la présidence de M. Jacques Robert et sous notre direction scientifique, comportait naturellement une première partie relative au caractère polysémique de la notion d'étranger.

Une première communication de M. Jean-Marc Varaut présentait ce qu'est l'étranger pour le philosophe, dans une vaste fresque historique partant du rôle de l'étranger-l'autre dans les dialogues platoniciens jusqu'à la réflexion contemporaine de Michael Levinas en passant par l'invention de la personne humaine par la Bible. Puis, M. Jean-Marie Carbasse devait traiter de l'étranger pour l'historien du droit : ses droits, peu souvent, ses devoirs, voire même l'ostracisme exercé à son encontre. Enfin, dans une réflexion pluridisciplinaire empruntant à la philosophie, à la sociologie et au droit, Mme Blandine Barret-Kriegel analysait, au travers d'un intitulé un peu ésotérique « l'étranger et le national », les notions de nationalité, de citoyenneté et d'étranger.

La deuxième partie de la matinée, après ces présentations d'ordre général, visait à entrer dans la sécheresse du droit pur, si ce n'était le talent des deux orateurs : M. Bernard Boulou traita du difficile sujet des délits spécifiques à l'étranger en droit pénal français — institués afin de rejeter au-delà des frontières ceux que l'on aime moins — et, à la fois plus classique et plus original, du problème de connaissance par l'étranger du droit positif français. M. François Julien-Laferrière montra comment les pouvoirs publics français, en harmonie avec le reste de l'Europe, ont modifié à un rythme accéléré les conditions d'entrée et de séjour des étrangers, avec l'espoir de contrôler les flux au sein desquels les demandeurs d'asile occupent une place croissante, et prit pour exemple la récente loi du 6 juillet 1992 sur la réglementation des « zones d'attente ».

Après quelque restauration au sein même de la cafétéria du palais de justice, les participants étaient prêts pour une après-midi placée sous la présidence de M. François Terre et la direction scientifique de Mme Françoise Prager.

Un premier temps, intitulé « Cultures étrangères et langage judiciaire », comportait trois communications : Mme Prager, magistrat, et Mme Tandia, interprète, ont évoqué les difficultés du recours au truchement de la traduction : comment rendre l'au-delà de l'oralité et du simple sens des mots, ce qui est davantage acquis culturel ou fonctionnement propre de la pensée. Mme Frison-Roche décortiqua rigoureusement les aspects sociologiques de la présence de l'étranger en justice. Enfin, Mme Lilah Hoijman apporta l'éclairage captivant d'une ethnopsychiatre sur la matière.

Retour au droit dans le second temps : Mme Annie Rocher, substitut chef de la section civile du parquet de Bobigny, retraça avec vigueur que le droit au territoire de l'étranger, s'il était une réalité, devenait parfois un mirage en raison de la difficulté de l'intégration et de la volonté d'enculturation que cela suppose, et était souvent obtenu au moyen d'artifices, le pain quotidien de sa section : mariages blancs, fausses recon-

naissances d'enfants ... l'imagination ne saurait avoir de limites en matière de fraude. Le débat fut animé.

Le colloque s'achevait par le remarquable rapport de synthèse de Mme Brigitte Burdeau, magistrat, qui mettait en perspectives les résultats de cette manifestation et souhaitait qu'elle fût suivie de nombreuses autres. Espérons que l'avenir lui donnera raison tant la qualité des interventions et le choix judicieux des thèmes de réflexion ont permis l'intérêt et l'enrichissement des participants. Les *Actes* du colloque de Bobigny 1992, résultat de la collaboration de l'Ordre des avocats de l'Association du Palais de justice de Bobigny et de la Chambre syndicale des huissiers, furent publiés par la *Gazette du Palais* (n° 34 et 35, 3-4 févr. 1993) grâce à une sténotypie en temps direct sous la surveillance du toujours dynamique directeur, M. Jean-Gaston Moore.

Frédéric-Jérôme PANSIER

### COLLOQUE DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE BOBIGNY LÉGITIMITÉ ET JUSTICE (Bobigny, 15 octobre 1993)

Le colloque organisé par le tribunal de grande instance de Bobigny aura lieu le 15 octobre 1993 et aura pour thème *Légitimité et justice*, étudié en deux volets.

La matinée sera consacrée plus spécialement à l'aspect « Légitimité et justice pénale », avec pour sujets d'étude : 1) Légitimité et action pénale. 2) Légitimité et détention. 3) Légitimité et détermination de la peine. Légitimité et le juge.

L'après-midi, sera envisagé le deuxième volet du thème : « Légitimité et justice civile », qui comportera les sujets suivants : 1) Légitimité et science du vivant. 2) Légitimité et droit communautaire. 3) Légitimité et défense de l'avocat.

### XV<sup>e</sup> CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT PÉNAL (Rio de Janeiro, 4-10 septembre 1994)

Le XV<sup>e</sup> Congrès international de droit pénal, organisé par l'Association internationale de droit pénal (le groupe brésilien), aura lieu à Rio de Janeiro (Brésil) du 4 au 10 septembre 1994.

Les thèmes proposés sont les suivants :

- 1) L'aspect pénal de la protection de l'environnement.
- 2) Infractions relatives à l'informatique et autres moyens de communication.
- 3) Protection des droits de l'homme et procédure pénale.
- 4) La coopération internationale et régionale en matière pénale et les droits de l'homme.

Les langues officielles du Congrès seront le portugais, le français et l'anglais, avec en outre une traduction simultanée en espagnol.

Pour tous renseignements complémentaires, il faut d'adresser à :

The Brazilian Group of the AIDP  
c/o CPG Assessoria e Promoções Ltd  
Rua Visconde de Pirajá, 550 Sala 2.113  
22416 - 900 - Rio de Janeiro - RJ  
(Brésil)

## II. — DROITS ÉTRANGERS

### LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'HOMME PROPOSÉE PAR LE GOUVERNEMENT SUD-AFRICAIN<sup>1</sup>

Le 2 février 1993, le ministre sud-africain de la Justice a présenté au cours d'une conférence de presse ce texte. Pour le ministre, ce document sera un des éléments les plus importants de la nouvelle Constitution car il y sera enchâssé. Cela devrait être le fruit d'une négociation car ce texte n'est qu'un projet et n'a rien de définitif. Ce texte de 22 pages constitue une révolution juridique pour l'Afrique du Sud.

En effet un tel document préparé pendant des années et résultat des efforts du gouvernement de Pretoria devrait permettre l'éradication totale du système d'Apartheid et ferait que l'Afrique du Sud nouvelle serait un Etat de droit. Pour le ministre de la Justice<sup>2</sup>, seul un climat de tolérance peut permettre un espoir de paix. C'est d'une véritable culture des droits de l'homme qu'il s'agit.

Cette charte proposée unilatéralement par Pretoria reconnaît d'emblée que le système actuel constitutionnel fondé sur la souveraineté parlementaire fait que les pouvoirs de la législature du Cap sont sans limites. Le Parlement pouvait amender ou abroger tout texte de loi ou principe de *common law* comme bon lui semblait. Dans ce système de Westminster, le parlement sud-africain était tout puissant.

Comme le précisent les remarques introductives, l'histoire sud-africaine a montré qu'un tel système qui accepte l'omnipotence du parlement ne peut garantir la protection des droits fondamentaux. Dans le passé, comme chacun sait, ces droits ont été bafoués et pourraient aussi l'être dans l'avenir. On voit là que le gouvernement de Pretoria veut protéger la minorité blanche contre les possibles empiètements que pourrait lui faire subir un jour la majorité noire lorsque celle-ci sera au pouvoir. Dans ces conditions, le gouvernement désire une profonde réforme constitutionnelle dans laquelle les différents pouvoirs se verront limiter par des normes fondamentales acceptées de façon universelle.

Cette charte des droits fondamentaux est, bien entendu, directement inspirée des textes américain et allemand. Comme le disent les remarques préliminaires, le nouveau système doit consacrer la suprématie de la loi c'est-à-dire l'Etat de droit. Pretoria considère que ce document établit un certain nombre de droits définis que les personnes possèdent comme créances contre l'Etat. Cette liste de droits propose un certain nombre de normes qui ne peuvent être restreintes par l'Etat que ce soit par voie législative ou administrative. Afin de rendre effective une telle protection, ces droits sont enchâssés afin que l'Etat ne puisse les restreindre.

Ce document est fondé sur quatre principes :

1) Le principe de verticalité : la charte règle les relations juridiques entre l'Etat et l'individu. Elle ne règle pas les relations entre individus. Bien sûr, les principes de la charte doivent servir de guide à l'interprétation des lois traitant des relations juridiques entre individus. De tels principes influenceront le contenu des lois futures.

2) Le principe d'application négative : la charte s'applique à l'Etat de façon à limiter ses pouvoirs. Dans certains cas, l'Etat est tenu de remplir certains besoins.

3) L'Etat peut restreindre certains droits dans des limites raisonnables. Afin qu'il y ait bon fonctionnement de la société, l'Etat doit pouvoir délimiter certains droits en accord avec les valeurs et normes spécifiquement démocratiques.

1. *Government's Proposals on a Charter of Fundamental Rights, 2 February 1993*, Government Printer, Pretoria ISBN 0 621 14920 9.

2. *South Africa News Background*, n° 2/93, Paris, Information Section, South African Embassy, p. 2.

4) Principes d'application et de contrôle : la protection et l'application des droits fondamentaux doivent être assurées par une magistrature forte et indépendante. Les clauses régissant l'application judiciaire et administrative ne sont pas incluses dans le projet. Il y aura une cour constitutionnelle et un médiateur.

Ce document comprend 37 points et reconnaît le droit à la vie mais maintient le principe de la peine de mort comme forme de châtement. Ce texte traite avant tout de droits civiques et politiques. Le droit de se déplacer pour les citoyens sud-africains et d'avoir droit à leur passeport.

Dans son premier article, la charte précise qu'elle opère contre l'Etat. Les droits définis sont enchâssés et comme ce sont des droits fondamentaux, l'Etat accepte de voir limiter son ancien pouvoir souverain. La charte doit devenir partie intégrante de la Constitution. Aucune loi ne peut entrer en conflit avec ces droits, ainsi la souveraineté parlementaire est remplacée par l'Etat de droit garanti par le contrôle de constitutionnalité attribué à une cour constitutionnelle.

L'article 1 prévoit que ces droits appartiennent à des personnes physiques mais aussi morales. Des sociétés industrielles se trouveront protégées par ce document.

L'article 2 précise bien que le but de la charte n'est pas de régler les relations entre personnes mais entre l'Etat et un individu. Le but de la charte est la protection des individus contre l'Etat. Le commentaire de l'article 2 nous déclare que la charte ne doit pas être considérée comme source directe de droits ; ainsi un employé non satisfait ne pourrait poursuivre son employeur en alléguant qu'il possède un des droits fondamentaux bafoués. La charte reconnaît à l'Etat le devoir de protection de la dignité humaine. Pour ce qui concerne la peine de mort, la charte se réfère explicitement au pacte international sur les droits civiques et politiques (art. 6). La charte ne se prononce pas pour l'abolition de la peine.

L'article 6 (de la charte) est peut-être le plus important car il met un terme à l'Apartheid avec la très célèbre formule américaine : « *equal protection of the law* », légèrement modifiée. Il y a désormais interdiction complète de toute discrimination. Toutes mesures discriminatoires encore en vigueur doivent être expurgées du droit positif sud-africain par exemple les lois constitutionnelles fondées encore aujourd'hui sur des critères raciaux. L'alinéa 3 du même article prévoit explicitement la possibilité de l'action positive à l'américaine « *affirmative action* » afin de remédier aux torts du passé.

Les articles 7 et 8 traitent des droits civiques et politiques. Un citoyen sud-africain ne pourra plus être expulsé ni privé de sa citoyenneté. Son passeport ne pourra plus lui être refusé ou confisqué de manière arbitraire. Tout citoyen pourra former un parti politique et participer à la vie du pays. Les élections se dérouleront selon les principes du suffrage universel.

Il y aura dans l'Afrique du sud post Apartheid liberté d'expression (art. 9) mais aussi liberté de manifestation et de pétition (art. 10).

La liberté religieuse est aussi garantie. Les enfants sont protégés par l'article 13 et leur éducation est prévue à l'article 4 avec droit d'être enseigné dans sa langue, ce qui ne manquera pas de créer un contentieux. Ce sont les communautés de parents qui auront droit de choisir la langue d'instruction et la religion enseignée à leurs enfants dans l'établissement.

Chaque citoyen se voit reconnaître le libre droit de participer à l'économie.

L'article 17 précise que tout citoyen aura liberté de mouvement c'est donc la fin de l'« *influx control* ».

La propriété privée est consacrée à l'article 18. L'expropriation est prévue dans l'intérêt public avec compensation fixée par cour de justice selon le prix du marché. Les libertés des travailleurs comme des employeurs sont prévues aux articles 20 et 21. Le droit de grève est explicitement reconnu. L'article 21 prévoit des droits sociaux dont les

personnes sont créancières face à l'Etat. Tous les droits économiques ne pouvaient être inclus car ils auraient transformé la charte en un document tissé de voeux pieux. Les droits socio-économiques sont-ils des créances que l'individu possède contre l'Etat ? Sont-ce des libertés individuelles que l'Etat ne peut bafouer par la voie législative ou autre ? L'Etat n'est-il pas dans l'obligation de satisfaire ces demandes mais ne doit-il pas ne pas gêner leur éventuelle satisfaction ? Rien n'empêche l'Etat de remplir ses obligations sociales vis-à-vis de ses citoyens.

La protection de l'individu se trouve garantie à l'article 23. Il traite de la détention qui ne peut être permise que dans certains cas précisés. Personne ne peut être détenue plus de 10 jours sans autorisation ou ordonnance d'une cour de justice (art. 37).

L'article 24 présente des garanties pour les détenus qui ont droit de se voir informer dans leur langue ce qu'on leur reproche. Ils ont droit à la protection de leur dignité humaine et droit à pouvoir communiquer avec leurs conseils.

L'article 25 précise que l'accusé doit se voir informer dans sa langue des charges qui pèsent contre lui. Celui-ci doit être présenté dans les 48 heures devant une cour de justice et y être « inculpé » ou informé de la raison de sa détention faute de quoi il doit être relâché. L'accusé doit être jugé après un temps raisonnable.

L'article 26 traite du procès équitable public devant une cour de justice. L'accusé est bien évidemment présumé innocent jusqu'à preuve du contraire. Celui-ci a droit au silence pendant le procès et peut ne pas témoigner. Le système accusatoire à l'anglaise est prévu. L'accusé ne doit pas subir de châtement inhumain ni être jugé deux fois dans la même cause. Il a droit à l'appel d'une cour supérieure à celle qui l'a jugé et a droit à être informé dans sa langue et à y être jugé ou avoir un interprète. Il doit être condamné un certain temps après reconnaissance de culpabilité.

Les règles du droit naturel sont aussi enchâssées dans la charte : personne ne peut être juge dans sa propre cause et « *audi alteram partem* ».

Le droit coutumier est reconnu par la charte et toute personne a droit à un procès devant une cour de justice ainsi qu'aux règles du droit privé international sud-africain. Les droits religieux des groupes sont reconnus ce qui ne manquera pas de créer des problèmes pour le statut personnel. Les rédacteurs de ce texte se sont bien gardés de définir les droits des groupes car en Afrique du sud ce serait réintroduire l'Apartheid.

Toute personne aura droit à la protection de sa vie privée que ce soit chez elle pour ses biens, sa résidence, son emploi. Les lois dérogatoires à ce principe sont constitutionnelles si elles sont votées par la législature compétente afin de combattre les opérations d'espionnage, le trafic de drogues et d'armes, les délits économiques graves et l'exploitation des femmes et des enfants.

Le droit à l'environnement est prévu.

La limitation des droits fondamentaux ne peut que résulter de la sûreté de l'Etat, la protection du public, l'ordre et l'intérêt publics. Cette limitation ne peut se faire que pour garantir les droits ou libertés d'autrui afin de prévenir ou combattre le désordre, la violence, l'intimidation ou le crime. On peut aussi limiter les droits fondamentaux en cas de désastres naturels. La limitation d'un droit fondamental se trouve soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle qui doit considérer si cette limitation est raisonnable et nécessaire. Il en va de même pour la suspension des droits fondamentaux. Ceux-ci peuvent être suspendus si l'existence de l'Etat, la sûreté du public ou d'une partie de la république se trouvent en danger de guerre, d'invasion, d'insurrection ou d'émeute généralisée. Cette suspension à la différence du droit positif actuel pourra faire l'objet d'un recours auprès de la Cour constitutionnelle.

La charte se termine en prohibant absolument la torture physique et mentale ainsi que le traitement inhumain, la création de délits rétroactifs, l'indemnisation d'un agent de l'Etat pour mort ou blessure illégales de quiconque.

La détention de toute personne dans des circonstances autres que celles de l'article 23 pendant une durée de dix jours sans autorisation ou ordonnance de justice est illégale.

Les faiblesses de ce texte :

ce texte fort intéressant en lui-même n'est pas le fruit d'une négociation entre les parties en présence en Afrique du sud. Ce document est présenté de façon unilatérale par le gouvernement, ce qui affaiblit sa portée. Beaucoup plus grave est le fait que le texte ne prévoit pas explicitement le droit de vote pour tous les Sud-Africains. Cet oubli ? dévalorise un document autrement assez convaincant.

Ce *Bill of Rights* aurait pu être intérimaire et servir de banc d'essai avec la Cour constitutionnelle constituée à partir d'une chambre de la Cour suprême. Aujourd'hui, il semble que ce texte ne soit plus acceptable car il n'est pas le résultat de la future assemblée constituante qui aura responsabilité de rédiger une constitution et une déclaration des droits.

Malgré ces critiques, il est cependant rassurant de voir le chemin parcouru par les organes gouvernementaux sud-africains qui ont décidé d'utiliser des techniques juridiques éloignées de leur tradition afin de démanteler la discrimination raciale.

Il y a aussi de la part de la minorité blanche la volonté de se protéger de la majorité noire en érigeant des barrières juridiques afin de limiter son pouvoir alors qu'elle est à la veille de prendre celui-ci. La minorité blanche se protège alors que pendant des siècles elle n'a pas protégé la majorité noire. On pourra aussi arguer que la majorité noire sera aussi protégée par cette déclaration des droits.

Même si ce texte n'est jamais adopté, il n'en demeure pas moins qu'il constitue de la part de Pretoria une avancée dans la protection des droits de l'homme. Pour ce faire, les Sud-Africains se sont inspirés des exemples américain et allemand afin qu'avec un contrôle de constitutionnalité et une déclaration des droits enchâssée dans la Constitution ces textes puissent être utilisés afin d'invalider toute loi votée contraire aux principes sus-énoncés.

De façon assez sage, le gouvernement de Pretoria n'a retenu avant tout que les droits de première génération (civiques et politiques), et très peu de droits de la seconde génération (socio-économiques) et encore moins de la troisième génération (de solidarité entre nations comme l'environnement pourtant prévu) car une déclaration des droits ne saurait être ni un ensemble de vœux pieux ni une déclaration d'intention politique mais une liste de créances générales que l'individu possède contre l'Etat et qui peut être interprétée selon les époques et les circonstances et appliquée à des situations que le législateur n'aura sans doute même pas prévu.

Antoine J. BULLIER

## LOI CONTRE LES GROUPES DE CRIME ORGANISÉ AU JAPON

D'après l'Agence nationale de police du Japon, il y avait 3 305 groupes de crime organisé qu'on appelle *boryokudan* (beauriocoudan : prononciation française) et 88 259 membres qu'on appelle *yakuza* (yacouza : prononciation française) au Japon le 31 décembre 1990. Les *boryokudan* sont bien connus universellement du nom de *yakuza*. Pour dire exactement, le mot *boryokudan* signifie un groupe de crime organisé et le mot *yakuza* un membre du groupe.

Dans notre pays il n'existe pas de loi réglant la participation à une organisation de malfaiteurs telle que celles de l'article 265 du code pénal français, de l'article 416 bis du code pénal italien, etc. En conséquence, les groupes de crime organisé ont étendu leur puissance et ont obtenu des fonds considérables par suite d'activités illégales telles que le trafic illicite des stupéfiants, les demandes d'extorsion, etc. On présume que la

somme totale des revenus de telles activités des *boryokudan* augmente chaque année de presque dix billions U.S. dollars au moins.

De plus, les groupes de crime organisé ont renforcé leurs armements en obtenant des révolvers, dans le but de vaincre les autres groupes rivaux.

C'est ainsi que la loi contre les groupes de crime organisé (Loi contre *boryokudan*, loi n° 1991-77) a été promulguée en se basant sur le fort appui de l'opinion publique. La loi nouvelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1992.

La loi est divisée en trois sections principales. La première section consiste dans la prévention des activités de demandes d'extorsion faites par des *boryokudan*, la seconde consiste dans la limitation et la régulation de l'utilisation des officiers des *boryokudan* pendant la période de confrontation, et la troisième consiste dans la désignation des Centres de promotion des mouvements pour l'élimination de la violence.

### 1. Définition de *boryokudan*

Il est à noter que la loi définit le mot *boryokudan*. Le *boryokudan* est une organisation dont les membres peuvent promouvoir des activités illégitimes en groupe ou habituellement (art. 2). Il est sûr que cette définition n'est pas conforme aux conditions réelles des groupes de crime organisé, car récemment au Japon les groupes de crime organisé ont tendance à étendre leurs activités dans le domaine des affaires légitimes ou pseudo-légitimes.

### 2. Désignation de *boryokudan*

La Commission du département de la Sécurité publique (ci-après CSP) a le pouvoir de désigner comme *boryokudan* un groupe de crime organisé qui répond aux trois conditions suivantes requises par la loi :

a) une organisation qui permet à ses membres d'utiliser la force intimidante du groupe dans le but d'accumuler des fonds servant à la subsistance du groupe et de ses membres ;

b) une organisation dont la majorité des membres a un record criminel. Le nombre requis de membres est déterminé par un décret gouvernemental, par exemple, en ce qui concerne un groupe ayant cent membres, il faut que plus de 8,01 % des membres aient été condamnés antérieurement ;

c) une organisation dont le groupe a une structure hiérarchique, en d'autres termes une organisation dont les membres doivent obéissance au chef.

La désignation de *boryokudan* est annoncée dans un journal officiel et elle vaut pour une période de trois ans. La CSP a le pouvoir de désigner après trois ans à nouveau le même groupe comme *boryokudan* après avoir fait les démarches nécessaires.

A la fin d'août 1992, dix grands groupes de crime organisé ont été respectivement désignés comme *boryokudan*. A cause de cela, presque 70 % de tous les membres des groupes de crime organisé ont été mis sous le contrôle de la loi. Il est prévu que d'autres groupes de crime organisé seront désignés comme *boryokudan* à partir du mois d'octobre 1992.

En conséquence de cette désignation, les activités des membres de *boryokudan* désignés sont assujetties à la réglementation de la loi. Il est interdit d'exécuter onze sortes d'actes de demande d'extorsion en utilisant de quelque façon que ce soit la force intimidante du *boryokudan* auquel ils appartiennent. On peut citer comme exemple un acte d'après lequel un membre demande au patron d'un magasin le paiement pour la protection du *boryokudan* dans un territoire qui est sous l'influence du *boryokudan* auquel le membre appartient.

Quand de tels actes de demande d'extorsion sont faits, la CSP a le pouvoir d'interdire de telles activités. La violation de l'ordre d'interdiction sera punie.

Depuis la promulgation de la loi, on note une tendance assez remarquable dans la diminution des activités des *boryokudan* et dans les luttes opposant les divers *boryokudan*.

Cependant il n'est pas facile d'éliminer définitivement les groupes de crime organisé, parce que la réglementation de la loi est peu sévère et que les groupes de crime organisé essayent de déguiser leurs opérations en formant des entreprises légitimes ou pseudo-légitimes. C'est pourquoi l'opinion publique demande la modification dans un avenir prochain dans le but de renforcer la régulation et le contrôle des groupes de crime organisé.

Il nous semble qu'il est nécessaire de modifier la loi, surtout en criminalisant le blanchiment des produits des crimes principaux autres que les infractions de trafic illicite des stupéfiants et en adoptant un système de confiscation plus effectif.

A cet égard, dans notre pays, deux lois spéciales concernant le trafic illicite des stupéfiants ont été promulguées au mois d'octobre 1991 dans le but de ratifier la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants de 1988. Ces deux lois sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992.

D'après les journaux japonais, quelques groupes de crime organisé désignés comme des *boryokudan* ont l'intention d'engager des poursuites, prétendant que la nouvelle loi est contraire aux prescriptions de l'article 21 de la Constitution de 1946 qui garantit la liberté d'association, et de l'article 22 qui garantit la liberté de choix d'une profession, etc.

Cette sorte de poursuite peut être engagée seulement dans le cas où la demande de réexamen faite par une organisation désignée comme *boryokudan* est rejetée par la CSP. En conséquence, il est présumé que des poursuites seront engagées au mois d'octobre 1992 au plus tôt.

Mais il est à noter que l'effet de la désignation comme *boryokudan* n'est pas suspendue par l'engagement des poursuites. A mon avis, la contestation de l'inconstitutionnalité de la nouvelle loi de la part d'une organisation désignée comme *boryokudan* ne sera pas reconnue par les tribunaux. Par conséquent, l'engagement de poursuite n'a pas de signification au point de vue juridique.

Tadashi MORISHITA

/

## A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

## I. — POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

*Le droit ou les paradoxes du jeu*, par Michel van de Kerchove et François Ost, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1992, 268 pages.

Les auteurs, professeurs aux Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles proposent une approche du droit à partir du concept de jeu, matrice de toute culture, entendu comme « mouvement dans un cadre ». Situé dans un « entre-deux » entre la souplesse du mouvement et la frontière du cadre, le jeu du droit est analysé sous la forme d'un tableau à quatre entrées : la logique juridique ; le fonctionnement du droit, l'épistémologie de sa science ; l'éthique de sa mise en oeuvre. Chaque entrée est abordée avec la même grille qui privilégie la théorie de la *complexité* (incertitude, récursivité et dialectique) et les *paradoxes* à l'oeuvre dans le « paradigme du jeu », à partir de cinq couples conceptuels qui rendent compte de l'idée de jeu dans son rapport au droit : stratégie et représentation, coopération et conflit, réalité et fiction, régulation et indétermination, internalité et externalité. Donnons quelques exemples de ces paradoxes pour en donner une idée moins abstraite au lecteur.

Le moment de l'adoption de la loi, au cours du processus législatif, comporte la double dimension d'un droit *entre coopération et conflit*. La loi est à la fois principe déterminant du consensus social et expression des divergences. Elle peut être source et enjeu de conflits quant à son interprétation, sa modification ou son abrogation. De la même manière que le droit nourrit le conflit, il est aussi en mesure d'y mettre un terme ; il est à la fois motif et solution des conflits, « irénogène » et « polémogène ». A travers des exemples tirés des mécanismes d'aide aux victimes ou de médiation pénale, les auteurs montrent comment le droit « n'apparaît plus comme la norme à la lumière de laquelle le conflit est tranché mais une "ressource" ou un "repère" à l'ombre duquel ou en référence auquel le conflit sera dénoué » (p. 150).

Le paradoxe du droit placé *entre stratégie et représentation* s'observe au moment de la réalisation judiciaire du droit. Comme le jeu peut être lutte pour quelque chose ou représentation de quelque chose, le droit comporte un pôle symbolique et un pôle instrumental. Dans le procès, les aspects stratégiques et spectaculaires font alterner un « jeu ritualisé », un « jeu réglé » ou un « jeu performant » selon le type de justice observé. En particulier, dans le procès pénal, la logique instrumentale domine la phase préparatoire (enquête, sélection des affaires par le parquet, transaction ...) alors que celle du jugement comporte une dimension symbolique de réactivation de la valeur de la loi.

Que le droit soit placé comme le jeu *entre réalité et fiction*, les innombrables définitions, présomptions et qualifications juridiques suffisent à le rappeler. Comme la convention du jeu crée un univers à la fois semblable et différent du monde quotidien,

la réalité juridique est construite comme un acte de nomination des personnes et des choses, des droits et des devoirs, des charges et des privilèges. Les auteurs soulignent ici ce paradoxe du langage juridique qui, au moment où il traduit sa non coïncidence à l'égard du fait, s'assure une certaine maîtrise sur lui. La parenté avec le jeu est ici très éclairante : « Plus réel que le réel, le jeu parce qu'il est simultanément irréel réalise un imaginaire et ainsi ménage une place au possible au coeur de la nécessité » (p. 153).

Enfin, le paradoxe du droit appliqué à l'éthique qui achève l'ouvrage fait apparaître la « structure médiane du juridique » où les auteurs rencontrent avec bonheur P. Ricoeur et J. Habermas. Le pénaliste sera intéressé par le paradoxe des incriminations des comportements à connotation morale – avortement, atteintes aux moeurs ou toxicomanie – où la légitimité de la loi pénale se fonde exclusivement sur sa fonction symbolique de dénonciation de l'immoralité de l'acte prohibé sans être affectée par les conséquences pratiques. Il faut éviter, disent MM. Ost et van de Kerchove, autant le moralisme juridique que l'amoralisme du droit et souligner la tension nécessaire qui caractérise l'intervention pénale « entre le souci de protection et de réaffirmation symbolique des valeurs et la prise en compte des conséquences prévisibles découlant de l'utilisation à cette fin de ce moyen spécifique que constitue le droit pénal » (p. 235-236). Réinterprétant la notion d'éthique de responsabilité chère à Max Weber, ils s'interrogent sur une voie tierce entre une éthique de pure conviction qui ne retiendrait de la morale que le devoir et une éthique de pur calcul qui asservirait le droit à une dimension utilitariste.

Traversé d'innombrables lectures et références dont ce compte rendu ne peut naturellement donner qu'une idée, ce livre est une étape probablement capitale dans l'itinéraire de recherche des auteurs. On observera seulement que l'épaisseur de sa trame théorique qui rencontre Aristote, la psychanalyse, la théorie des systèmes, l'anthropologie du jeu, la conception de la dialectique de Merleau-Ponty etc. laisse une faible place à la vie foisonnante, concrète et ludique du droit qu'il s'agit pourtant de mettre en lumière. Il reste que ce livre paradoxal à sa manière, creuse à fond deux sillons de la réflexion contemporaine sur le droit : le désenclavement du droit grâce à la théorie interdisciplinaire qui fait dialoguer les savoirs en respectant leurs différences ; et surtout l'exploration de cet « entre-deux » où se situe le droit, largement amorcée par des ouvrages antérieurs, notamment *Le système juridique entre ordre et désordre* (PUF, Coll. Les voies du droit, 1988). Il renouvelle la conception d'un ordre juridique traditionnellement conçu comme organisation de relations sociales, en y réintégrant le tiers énonciateur d'une parole vivante, vrai garant de la continuité du droit. Il affirme ainsi sa parenté avec les travaux de J. Lenoble et A. Berten, professeurs à l'université catholique de Louvain (*Dire la norme*, LGDJ-Storya, 1990) qui mettent au premier plan de l'analyse la philosophie du jugement dans un système normatif indéterminé et voué à l'interprétation.

De telles avancées, en évitant les effets de clôture des positivismes, donnent toute son ampleur à la réflexion sur le droit en tissant des liens entre le juridique, le politique, les sciences humaines et surtout l'éthique. L'« école » belge de théorie du droit offre sans doute à tous ceux qui veulent rompre avec l'isolement de la pensée juridique des outils essentiels pour mieux mesurer les enjeux de ses transformations.

Denis SALAS

*Les grands systèmes de politique criminelle*, par Mireille Delmas-Marty, Paris, PUF, Thémis, Droit privé, 1992, 463 pages.

Le traitement systématique de la politique criminelle en tant que sujet et discipline académique ne jouit pas d'une longue tradition. Par conséquent, il est sous-développé. Le monde anglophone ne connaît même pas de synonyme pour ce que Feuerbach a baptisé « Kriminalpolitik », bien que Sir Léon Radzinowicz et M. Hood figurent parmi

les représentants les plus distingués de cette discipline sur le plan international. Il y a même ceux qui réservent l'expression pour l'action politique, contestant ainsi la raison d'être d'une propre discipline académique. Le statut labile de la politique criminelle a trait à ses sources différentes. En effet, la localisation d'une discipline académique « politique criminelle » n'est pas facile : les pénalistes et les criminologues ont tendance à s'en réclamer ; les philosophes et les théoriciens du droit y mettent la main, et les comparatistes et internationalistes s'en mêlent. Les publicistes sont également concernés. De surcroît, les liens avec les sciences politiques sont évidents. On peut retracer la généalogie de cette multi-paternité jusqu'à Beccaria's *Dei delitti e delle pene*, l'un des livres « cultes » du siècle des Lumières.

Abordant une telle matière aux multiples facettes, on risque de se noyer dans le grand large des références et des associations possibles. Cela a traditionnellement favorisé soit des prolongations de la doctrine pénale, soit la réunion des problèmes actuels, soit encore la propagation d'un credo personnel. Seul, un « pool d'information » de haut niveau et une certaine défiance envers la « compartimentalisation » du champ de savoir, ou bien le goût et la sensibilité pour sa recomposition et une interdisciplinarité ouverte et rigoureuse permettent une nouvelle qualité et une perspective propre à cette science. Déjà, l'ouvrage *Kriminalpolitik für Menschen* de M. Schüler-Springorum (1991) traduit cet esprit et ce mélange. Mme Delmas-Marty, qui avait naguère posé des premiers jalons théoriques dans sa publication précédente *Modèles et mouvements de politique criminelle* (1983) continue sur ce chemin d'éclairage de la politique criminelle comme science académique avec *Les grands systèmes de politique criminelle*. La définition du sujet annonce déjà le refus de principe de se contenter d'un positivisme « plat » de droit pénal comme seuil de référence : « ... la politique criminelle comprend l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel, et apparaît donc comme « théorie et pratique des différentes formes du contrôle social » (p. 13). La politique criminelle ne peut guère être comprise dans un sens plus large, allusion étant faite non seulement aux différentes formes de réactions juridiques mais aussi à la réaction non-étatique, c'est-à-dire émanant de la société ou de la communauté. Implicitement, cette formule générale prélude déjà la mélodie transnationale de l'oeuvre.

Il est évident qu'une telle approche ouverte échouerait sans cadre et sans leitmotiv. Comme leitmotiv, Mme Delmas-Marty reste fidèle à sa préoccupation personnelle : « les droits de l'homme ». Les droits de l'homme représentent non seulement l'un des courants politiques les plus forts de notre époque, mais aussi le *testing-field* naturel de toute politique criminelle. Pour Mme Delmas-Marty, le leitmotiv sert aussi de nouveau paramètre, de nouvelle catégorie (p. 15). En ce qui concerne le cadre, elle démontre une pareille continuité en utilisant « la pensée en modèles » comme moyen de démarquer, de structurer et d'accentuer ses réflexions, présentée déjà dans *Modèles et mouvements de politique criminelle*. La philosophie derrière cette « pensée en modèle » est la suivante : « Dans un paysage aux contours aussi mouvants, les modèles sont d'abord un instrument d'analyse en ce qu'ils offrent des points de repère, un appui plus ferme, des références plus précises » (p. 267) : l'abstraction « modellaire » sert donc à Mme Delmas-Marty de guide pour mieux déchiffrer, comprendre et localiser les phénomènes concrets du monde réel.

Premier exercice de cette typologie des modèles : la théorie de l'Etat et de la société. Les modèles « Etat-société libéral », « Etat autoritaire » et « Etat totalitaire » sont présentés avec leur style du contrôle social de la criminalité, leur propre déclinaison de sous-stratégies et leur propre assortiment de points sensibles (p. 75-222). La même démarche est utilisée pour la sphère de la société à laquelle Mme Delmas-Marty applique deux modèles : le modèle société autogestionnaire (p. 223-241) et le modèle société libertaire (p. 242-262). La deuxième partie du livre est consacrée aux mouvements de politique criminelle (p. 263-438). Cette partie sert, en quelque sorte, de marché d'informations sur les enjeux de la politique criminelle actuelle. De plus, Mme Delmas-Marty y présente

encore une fois la structure des mouvements différents, leur portée quant aux différents modèles et aux différents réseaux et même quant à la politique criminelle : « stratégie d'adaptation », « stratégie de rupture », « stratégie d'expansion ou de retrait » (p. 267-326). La deuxième partie se termine par un chapitre intitulé « Eléments de contraintes structurelles » qui reprend et concrétise en particulier le fil conducteur des droits constitutionnels et des droits de l'homme, leurs instruments, leurs agents et leurs stratégies (p. 327-438).

L'ouvrage témoigne d'une nouvelle phase dans l'émancipation de la politique criminelle comme discipline. Il contribue à cerner celle-ci encore plus clairement. En particulier, l'alliance du sujet avec la théorie de l'Etat et de la société est mise en relief. Les références révèlent une inclination de l'auteur vers la transgression des frontières à la fois des sciences et des Etats, sur la base d'une maîtrise parfaite du répertoire classique du pénaliste. Son système d'ordre ouvre des perspectives parfois inattendues et prometteuses.

Certes, Mme Delmas-Marty ne prétend pas avoir tout dit dans ce livre sur la politique criminelle. On peut envisager d'autres approches. En revanche, l'oeuvre va certainement stimuler le discours théorique sur la dimension du sujet « politique criminelle » et de sa méthode. *Les grands systèmes de politique criminelle* représentent avant tout un chef d'oeuvre de théorie, de philosophie et de politique sociale appliquée. En outre, le potentiel offert par les systèmes des Droits de l'homme est exploité avec un élan innovateur. Par conséquent, Mme Delmas-Marty laisse derrière elle la préoccupation traditionnelle de la politique criminelle avec le pénal *stricto sensu* et se prononce en faveur d'une conception élargie de la « matière pénale » et d'une approche intégriste des différents mécanismes du contrôle de la criminalité. La criminologie (empirique) fait partie de cet ensemble. Mais Mme Delmas-Marty pourrait encore davantage profiter de celle-ci pour renforcer la base de son argumentation. Ainsi pourrait-elle, entre autres, utiliser l'oeuvre de Tyler (*Why people Obey the Law ?*, 1990) pour souligner l'importance des garanties des Droits de l'homme d'un point de vue socio-psychologique. Celui de Downes (*Contrasts in Tolerance*, 1988) pourrait apporter une contribution intéressante quant aux différences de la gestion du contrôle social dans les Etats et sociétés, tandis que l'étude de Rock (*A View from the Shadow*, 1986) servirait d'illustration de la genèse et de la définition des priorités de politique criminelle. Certes, la mosaïque référentielle est déjà très différenciée, comprenant même l'anthropologie du droit. Néanmoins, l'ensemble pourrait encore être enrichi par l'éventail de connaissances croissant sur l'histoire du contrôle social. Dans un livre qui peut être regardé également comme un tableau vivant des courants et des problèmes de la politique criminelle contemporaine et utilisé comme une bibliographie, assez exhaustive, les lacunes sont rares. Peut-être, des courants de pensée comme l'abolitionnisme, le minimalisme et le *community involvement* auraient-ils pu faire l'objet d'une étude plus approfondie (cf. Christie, *Conflicts as Property*, *British Journal of Criminology*, 1977, 1, Mc Clintock, *Some Aspects of Discretion in Criminal Justice*, in, Adler/Asquith (eds.), *Discretion and Welfare*, 1981, s. 185-199 ; Nelken, *Community Involvement in Crime Control*, *Current Legal problems*, 1985, 239-267).

Le goût de l'auteur pour une systématisation claire et méthodiquement différenciée aide l'orientation, même si elle implique quelques répétitions. Néanmoins, le terme « éléments de contraintes structurelles » comme titre d'un chapitre qui traite en particulier des préalables du droit constitutionnel, du droit communautaire et des droits de l'homme pour la formulation et la mise en oeuvre d'une politique criminelle, pourrait être avantageusement remplacé par une expression de caractère plus « positif » (par exemple par celle de « cadre directeur » ou bien tout simplement de « guides »).

Malgré l'approche méthodique très poussée, l'oeuvre n'est pas « fermée ». Au contraire, la présentation des « états de questions » garantit une ouverture, permettant ainsi une symbiose de « thésaurus » et d'étude théorique dont profiteront à la fois les étudiants et les experts.

Heike JUNG

*Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, par Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly, Paris, Economica, 1992, 191 pages.

Bien qu'elles puissent apparaître bien banales, car le pouvoir les pratique depuis toujours, et de plus en plus, les sanctions administratives constituent pourtant, au fond, de véritables monstres juridiques au regard des principes fondamentaux de l'Etat de droit. En effet, si l'on y réfléchit une seconde, on voit bien qu'elles enfreignent, dans une certaine mesure au moins, autant le principe de la séparation des pouvoirs — qui devrait réserver au juge judiciaire la fonction de réprimer les infractions aux lois et règlements —, que le principe de la présomption d'innocence, puisque la sanction est prononcée par voie de décision administrative unilatérale, avant que la personne qui en fait l'objet ait pu faire valoir ses droits et se faire entendre par une instance indépendante : c'est fréquemment une même autorité qui pose la règle générale, assume la responsabilité de son exécution et de son respect, dispose de l'initiative des enquêtes, constate les infractions à la règle, décide des poursuites, et prononce les sanctions de façon exécutoire ... Mais, bien sûr, le droit peut aussi tenter de réinsérer ces monstres juridiques dans les principes de l'Etat de droit — et y parvenir avec plus ou moins de bonheur.

Ce sont fondamentalement ces deux données contradictoires dont veut rendre compte l'excellente étude que ses auteurs Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly, ont intitulée de façon à première vue surprenante mais pourtant fondée : *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*.

La question méritait en effet un examen renouvelé, car, aujourd'hui, la plupart des Etats européens, bien que généralement respectueux des droits et des libertés, recourent presque systématiquement à la répression administrative, pour des raisons diverses qui tiennent quelquefois, il faut le dire, à la facilité ou, le plus souvent, à une volonté d'efficacité, de rapidité, d'allègement des procédures, et surtout d'adaptation des réactions de la puissance publique à des transgressions de normes plus ou moins techniques dont l'appréciation suppose des compétences particulières. La Communauté européenne elle-même, productrice abondante de normes de ce type, et généralement plus soucieuse de les faire respecter que sensible aux exigences de la garantie des droits, pousse les Etats à recourir de plus en plus à la répression administrative des infractions aux réglementations communautaires. Mais également au sein même des Etats, et pour des questions relevant de leurs compétences propres, le recours à la répression administrative se développe, souvent sous le couvert avantageux des autorités administratives indépendantes, qui ont presque toutes des compétences répressives. Dès lors qu'elles sont « indépendantes », ce n'est qu'est que moindre mal. Mais il faut prendre garde à cela que cette indépendance n'est pas de nature à régler tous les problèmes évoqués ici : ces A.A.I. ne sont pas indépendantes que vis-à-vis de l'Exécutif, mais peuvent elles aussi avoir tout à la fois la compétence d'édiction de la norme, la responsabilité du bon fonctionnement d'une institution ou d'un service, le monopole du pouvoir d'enquête, de la poursuite et de la décision de sanctionner les infractions, et cela par des actes administratifs unilatéraux. De façon encore assez courante, et la situation s'avère plus grave, certaines sanctions se voient encore prononcées par telle autorité administrative classique (« non indépendante », si l'on ose dire !) (en matière fiscale, de télécommunications, de transports d'étrangers en situation irrégulière, ...).

On ne saurait tout de même laisser penser que la répression administrative serait abandonnée à l'arbitraire de l'administration : depuis plusieurs décennies, le Conseil d'Etat a, on le sait, élaboré en faisant appel à de nombreux principes généraux du droit notamment, tout un droit de la répression administrative (principe de la légalité des sanctions et, dans une certaine mesure, de la légalité des infractions, principe de non-rétroactivité, principe des droits de la défense, principe *non bis in idem*, principe de l'in-

terdiction de la *reformatio in pejus* sur l'appel de la personne condamnée, principe de la responsabilité ...). Le niveau de protection des droits garanti par cette jurisprudence restait néanmoins assez en deçà de celui que l'on pouvait attendre en la matière. Et le Conseil constitutionnel, qui avait un peu hésité, à l'origine, à reconnaître la constitutionnalité de cette forme de l'action administrative, l'a finalement admise sans y voir une violation du principe de la séparation des pouvoirs, mais en développant considérablement, en quelques années, la protection constitutionnelle des droits menacés par cette sorte de répression : il l'a pratiquement soumise, à l'exception du principe de séparation des pouvoirs, à tous les principes constitutionnels du droit pénal lui-même (V. surtout ses décisions du 17 janv. 1989 sur le CSA et du 28 juill. 1989 sur la COB). C'est en quoi s'est véritablement constitué un droit administratif et constitutionnel de la répression administrative, dont les auteurs brossent une synthèse très complète, pédagogique et pénétrante.

Néanmoins, ils s'attachent aussi à en souligner les faiblesses, et à rechercher les moyens de le perfectionner. Ils montrent ainsi le caractère un peu hétéroclite des différentes sortes de sanctions administratives, qui, au delà de différents points communs, obéissent en réalité à des règles assez diverses et quelquefois condamnables. Plus encore, ils soulignent une difficulté fondamentale, permanente et somme toute très étonnante — car elle pourrait paraître élémentaire : c'est celle de la définition même de la sanction administrative, ou surtout de ses critères : nul, en effet, n'est jamais parvenu à dégager des critères vraiment opératoires et simples qui permettraient d'identifier aisément cette notion. Sur tous ces points, les auteurs font un appel très soutenu au droit européen, tant celui de la Communauté que celui de la Convention européenne des droits de l'homme, car leur projet était aussi d'inscrire leur recherche dans la perspective d'une harmonisation européenne des sanctions administratives.

Au total, le livre est le fruit des compétences croisées et complémentaires de leurs auteurs : un très bel exemple d'interdisciplinarité sur un sujet dont le traitement nécessitait effectivement une parfaite maîtrise de la procédure et du droit pénal, du droit constitutionnel et du droit administratif et, bien entendu, des droits de l'homme et des libertés, aux plans français, communautaires et européen.

Etienne PICARD

## II. — DROITS DE L'HOMME

*Le recours individuel supranational. Mode d'emploi*, par Jean-Claude Soyer et Michel de Salvia, LGDJ, Paris, 1992, 287 pages.

Du recours individuel supranational, prévu par l'article 25 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), il manquait encore, du moins en langue française, une théorie générale. Cette lacune doctrinale est aujourd'hui comblée par M. Soyer, professeur connu de droit pénal et M. de Salvia, secrétaire adjoint de la Commission européenne des droits de l'homme. Si l'on ajoute que le premier nommé est aussi membre de la Commission européenne depuis de nombreuses années, on comprendra immédiatement que l'ouvrage que nous commentons est écrit par des hommes de terrain.

Le thème est d'importance. Pour garantir les droits de l'homme, tels qu'ils sont inscrits dans la CESDH, il fallait bien créer, à côté du recours étatique, un recours individuel. A ce prix seulement, la Convention européenne sera une « sauvegarde » comme il est indiqué dans son intitulé même.

L'ouvrage se divise en quatre titres. Le premier traite des droits de l'homme et du recours individuel : sorte d'introduction générale, ce long développement est constitué par les divers textes, pas forcément européens, sur les droits de l'homme, sur la portée et le rayonnement de ceux-ci et spécialement la CESDH. Les auteurs font apparaître que la CESDH est une sorte de droit commun, laissant divers droits propres, ceux des Etats avec leur particularisme. Les conditions du recours individuel sont envisagées dans le livre second : ces conditions sont relatives à l'Etat mis en cause (la violation doit lui être imputable, l'Etat doit être partie à la Convention et il a dû adhérer au recours individuel), au droit protégé (qui doit être inscrit dans la Convention) et au requérant (intérêt). Le titre troisième est consacré à l'exercice du recours individuel : ce recours s'exerce devant la Cour européenne, devant la Commission européenne ou devant le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, selon des modalités assez complexes, la Commission étant l'organe premier. Enfin le titre quatrième traite de l'issue du recours individuel. Cette issue dépend de l'organe saisi du recours, commission, cour ou comité.

Suivent diverses annexes : tableau sur la situation de la France au regard de la CESDH et textes qui la complètent (ce qui a été ratifié, accepté, ou soumis à des réserves), corps de la CESDH et des protocoles additionnels, tableau sur le mécanisme du recours individuel, formulaire de requête (bilingue, en français et en anglais), enfin statistiques. On apprend par exemple que si en 1975, seulement 466 requêtes à la commission ont été enregistrées, ce chiffre passe à 1648 en 1991 !

Il s'agit en vérité d'un véritable traité du droit européen des droits de l'homme. Car le recours individuel est si important que son étude contraignait les auteurs à embrasser presque toute la CESDH et sa jurisprudence. Voilà pour le fond.

En la forme, la clarté de l'ouvrage éclate, renforcée par un style particulièrement alerte, avec des intitulés souvent très pédagogiques (« le repentir actif de l'Etat en cause », pour dire que l'Etat pendant le recours peut confesser sa faute et la redresser pour éviter une condamnation ; « les *amici curiae* » pour évoquer la règle de l'article 37 du règlement intérieur de la cour selon lequel, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président peut inviter toute personne en cause ou non à présenter des observations dans l'affaire etc.).

Cet ouvrage frappe par sa sobriété et par sa richesse. Il restera grâce à son utilité.

Jean PRADEL

### III. — HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

*Les destinées du jury criminel*, textes réunis et présentés par Renée Martinage et Jean-Pierre Royer, Lille, Ester Editions, 1990, 277 pages.

Ce volume rassemble diverses contributions présentées à un colloque du Centre d'histoire judiciaire de l'université de Lille II en mai 1989. Ces études, qui interviennent sur un sujet maintenant fort bien connu<sup>1</sup>, apparaissent — loi du genre — assez dispersées et très inégales. Le rapport final de synthèse évoquant le jury en tant qu'instrument de l'affaiblissement du juge par rapport à la loi et constatant l'importance croissante de la correctionnalisation depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle ne parvient pas à quitter le domaine des banalités et lieux communs.

La contribution d'A. Padoa-Schioppa a le mérite de nous rappeler très clairement à travers le discours de Robespierre le rapport étroit existant entre l'abolition du système

1. Cf. principalement : A. Padoa-Schioppa, *The Trial Jury in England, France, Germany*, Berlin, Duncker et Humblot, 1987.

des preuves légales et l'instauration d'un jury se déterminant sur intime conviction ce que contestait d'ailleurs en partie l'Incorruptible. L'étude de Pierre Charles Ranouil à propos de cette intime conviction nous rappelle d'ailleurs qu'avant d'être considérée comme le mode de preuve obligé dans le système du jury elle servit à s'affranchir du système des preuves légales quand ce dernier était jugé trop favorable à l'accusé. Dans la logique du jury certificateur des faits il eût naturellement fallu s'attendre à l'institution d'un jury civil, et l'évocation de cette figure mort-née du droit français, généralement ignorée, est judicieuse (étude de J.-P. Royer). La justification du jury criminel et la condamnation dans le même temps du jury civil conduit évidemment à une intéressante comparaison entre les deux branches du droit. Il est vrai toutefois que le droit pénal contemporain des réflexions sur l'organisation judiciaire était sur le point d'être entièrement renouvelé par la loi, alors que la perspective d'un code civil mettant fin au système coutumier était plus lointaine. Les débats soulignèrent aussi le caractère radicalement différent du droit civil anglais, reposant sur la preuve testimoniale et permettant donc l'institution du jury, comparé au droit français, fondé sur la preuve écrite et qui en cela ne pourrait que conduire à écarter le jury. Regrettons à ce propos le caractère rapide des deux études sur le domaine anglo-saxon.

La contribution de Bernard Schnapper sur l'origine sociale des jurés entre 1840 et 1860 mérite de retenir l'attention — malgré la faiblesse de l'effectif sur laquelle elle porte (trois départements du centre ouest) — principalement à cause de l'évolution de la composition de la catégorie dominante des notables qu'elle semble révéler. Cette amorce de démocratisation au détriment, non des propriétaires, mais des professions libérales et officiers ministériels mérite évidemment des études portant sur une plus vaste ère d'autant plus que la seconde analyse régionale de la composition du jury, due à M. R. Santucci pour le département de l'Hérault, conduit à une vision assez différente dans laquelle la domination des propriétaires-rentiers est encore plus forte.

Pour conclure, *Les destinées du jury criminel* nous offre des études parfois intéressantes, quelquefois aussi utiles. Regrettons que cette confrontation d'auteurs souvent éminents n'ait pas abouti à faire avancer sensiblement la compréhension d'une institution finalement hors du commun.

Jean-François CHASSAING

#### IV. — DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

*Droit pénal des affaires*, par Jean Detienne, Bruxelles, De Boeck-Wesmael SA, 1989, 428 pages.

Cet ouvrage comble un vide dans la littérature juridique belge ; si des articles sont régulièrement publiés à propos de tel ou tel thème relatif au droit pénal belge des affaires, il n'existait jusqu'à présent aucun ouvrage d'ensemble sur la matière si l'on excepte certaines monographies de qualité assurément telle que celles consacrées à la banqueroute et aux banqueroutiers, ou au droit pénal de l'environnement, ou à la fraude informatique.

L'auteur, qui enseigne cette matière depuis de nombreuses années aux HEC St Louis à Bruxelles, a voulu fournir une étude du droit pénal général et de la procédure pénale (cette étude demeurant par la force des choses élémentaire) et ensuite une étude spécifique du droit pénal des affaires consacrées à certaines incriminations, celles qui ont paru les plus importantes aux yeux de l'auteur.

Dans son introduction, l'auteur entend situer respectivement le droit, la déontologie et la morale dans la vie et le monde des affaires.

La première partie de l'ouvrage s'adresse évidemment aux non-juristes et leur décrit les principales règles du droit pénal général : l'infraction, l'action publique, l'action civile et l'action disciplinaire, l'organisation et la compétence des juridictions répressives, l'instruction préparatoire, la qualification des infractions et la détermination de la peine.

La deuxième partie est intitulée « Droit pénal des affaires » et est consacrée à l'étude d'un certain nombre d'infractions. D'abord, les infractions à l'ordre public général (abus de confiance, escroquerie, faux et usage de faux et recel, ces incriminations figurent dans le code pénal belge). Les infractions à l'ordre public économique (pratiques du commerce, et les abus de puissance économique), les infractions à l'ordre public fiscal (tant les dispositions sur la répression que celles relatives aux incriminations), les infractions à l'ordre public social (droit du travail et droit de la sécurité sociale : incriminations et sanctions, et enfin la protection de l'environnement et les différents secteurs : pollution des eaux, de l'air, bruit, déchets toxiques, radiations ionisantes).

La troisième partie est consacrée au droit pénal des sociétés. D'abord, les délits relatifs à la constitution des sociétés (fondation, interdictions, capital social, publicité), ensuite les délits relatifs au fonctionnement des sociétés (assemblée générale, administration, contrôle, bilan et dividendes, opérations sur titres et valeurs, mise en cause des gérants, administrateurs ou commissaires), ensuite les délits relatifs à la dissolution des sociétés (la banqueroute, la liquidation et le concordat judiciaire). En conclusion l'auteur aborde la question de la responsabilité pénale des personnes morales. Si la jurisprudence admet que les sociétés puissent commettre des infractions, elle considère par contre que seules des personnes physiques peuvent encourir une responsabilité pénale. La question de l'imputabilité de l'infraction est dès lors essentielle et la jurisprudence et la doctrine abondent sur ce point.

Voilà un ouvrage qui rendra d'incontestables services à ses lecteurs et qui leur sera bien utile dans la vie des affaires. On précisera qu'il comporte une bibliographie ainsi qu'un index alphabétique des matières. Sans doute se doit-on de regretter que les législations évoluent rapidement de sorte qu'il est déjà nécessaire de consulter les nouvelles lois ainsi, par exemple, en matière de blanchiment de l'argent (modification des règles du recel), en matière de pratique du commerce et de protection des consommateurs et en matière de lutte contre l'abus de puissance économique. Certes, on ne peut faire grief à l'auteur de ne pas avoir prévu ce mouvement législatif mais le lecteur devra y être attentif.

Le projet de l'auteur était de proposer un ouvrage utile pour son public de futurs « hommes d'affaires ». On n'y trouvera donc pas les développements théoriques importants qui constituent, par exemple, la partie générale du *Droit pénal des affaires* français de Mireille Delmas-Marty (Coll. Thémis, PUF, t. I, 3<sup>e</sup> éd. refondue, 1990).

Henri-D. BOSLY

*Le droit pénal des affaires*, par Frédéric-Jérôme Pansier, PUF, Coll. « Que sais-je ? », n° 1653, 1992.

Le « Que sais-je ? » (n° 1653) de Frédéric-Jérôme Pansier vient de remplacer, dans la collection, celui de Jean-Marie Robert dont la première édition était parue en 1976. Il en est assez différent. Son auteur est magistrat et docteur, ès lettres et en droit.

Le livre est rapide (c'est le genre) et pédagogique lorsque des passages en petits caractères viennent concrétiser l'énumération d'infractions choisies regroupées autour de quelques idées simples. Il est écrit d'emblée (p. 10) que l'ouvrage « ne satisfera ni les spécialistes ni les praticiens ». Tout au moins se veut-il « accessible à tous » et, pour cela s'écarte parfois de « la langue des juristes, qui regorge de termes techniques ». L'intention est louable, mais assez largement contredite par l'usage d'expressions et d'abrévia-

tions latines, *e.g.* (pour *exempli gratia*, *i.e.* par exemple) le haut de la page 33 à peine accessible à un étudiant en droit.

Inégalement nourri (comparer la richesse du passage sur l'escroquerie à la pauvreté de l'énumération relative aux « concurrents »), ce livre est quelquefois très imprudent : serait-ce pour faire image, il est inquiétant d'inventer (p. 13) une « constatation criminologique que l'on naît escroc, que l'on vit escroc et que l'on meurt escroc » ; serait-ce pour faire vite, il l'est encore plus d'affirmer (p. 36) que « le simple exercice du droit de grève » peut constituer « un piratage » réprimé par les textes du code pénal issus de la loi du 5 janvier 1988 relative aux fraudes informatiques. D'autres causes d'irritation, en revanche, ne sont peut-être que de simples « coquilles » (p. 34 : le paragraphe sur le mobile ; p. 35 : la déduction — inévitable — que les S.T.A.D. non protégés physiquement ne le seraient pas juridiquement ; p. 69 : l'affirmation — qui ne vaut pas démonstration — de l'efficacité du droit pénal des sociétés ; p. 123 : le marché commun qui favorise le commerce « à l'intérieur » des États membres).

Les personnes intéressées, parce que visées, par le droit pénal des affaires trouveront cependant dans le travail de M. F.-J. Pansier un utile survol à jour des textes qui les menacent.

Michel MASSÉ

## V. — PROCÉDURE PÉNALE

*Sentencing. La détermination de la peine*, Etudes publiées par Hélène Dumont, Cowansville (Québec), Les éditions Yvon Blais Inc., 1987, 253 pages.

*La détermination de la peine* rassemble les principales communications livrées par les conférenciers invités à la conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice. D'emblée, l'éditrice affirme la nécessité d'une réforme en matière de détermination de la peine au Canada. Son jugement en la matière est sévère lorsqu'elle affirme que : « L'absence d'équité dans la détermination des peines est démontrée au Canada par la disparité injustifiée des sentences imposées par les juges, par l'efficacité très relative des sanctions exemplaires et enfin, par la sévérité excessive des peines ... » (p. 7).

L'ouvrage se divise ensuite en trois parties. La première porte sur les tendances actuelles en matière de détermination de la peine. On y traite tout d'abord des répercussions de la Constitution canadienne et plus particulièrement de la Charte canadienne des droits et libertés sur le prononcé de la peine. L'auteur conclut que relativement peu de plaideurs ont attaqué, en vertu de la Charte, la procédure de détermination de la peine du fait que celle-ci se conformait déjà aux principes de justice naturelle. Soulignons néanmoins que la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnelle une peine minimale obligatoire de sept ans en matière de trafic de stupéfiants du fait qu'elle constituait une « peine cruelle et inusitée » (*Smith c/ La Reine*, [1987] 1 R.C.S 1045). Le deuxième article porte sur l'évolution de la philosophie de la peine au Canada au cours des quelque vingt dernières années alors que le troisième se veut un résumé des données statistiques nécessaires à une nouvelle politique en matière de *sentencing*. Le dernier article propose une nouvelle perspective en la matière fondée sur la mise en place d'un organisme chargé de jouer un rôle de guide et d'assurer une certaine uniformité dans l'imposition des sentences au Canada.

La seconde partie porte sur certains problèmes particuliers reliés au prononcé de la peine. On y traite du rôle du *plea bargaining* sur le processus de détermination de la peine. Un autre article explique l'impact du prononcé de la peine sur les délinquants autochtones alors qu'un troisième porte sur l'effet du processus de sentence sur les

jeunes contrevenants. La dernière partie, axée sur le droit comparé, nous donne un aperçu des expériences britannique et américaine. L'ouvrage est complété par un résumé du rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine.

Malgré son titre bilingue, tous les articles sont rédigés en anglais et seuls l'introduction et le résumé du rapport de la Commission comportent une version française. Bien qu'il prenne de l'âge, l'ouvrage demeure d'actualité à plusieurs égards, le législateur canadien n'étant pas empressé de procéder à une réforme en profondeur en la matière.

François LACASSE

## VI. — DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

*Violence et droit dans un monde divisé*, par Antonio Cassese, traduction de l'italien par Gisèle Bartoli, Paris, PUF, 1990, 223 pages.

Traduit de l'italien il y a déjà deux ans, ce nouveau livre d'A. Cassese, professeur de droit international à Florence (université et Institut universitaire européen) fait écho à un précédent titre : *Le droit international dans un monde divisé* (1986). Ce droit est ici mis l'épreuve de la violence : le livre intéresse donc directement le droit pénal international.

Plusieurs chapitres (4, 5 et 6) traitent d'ailleurs d'affaires contemporaines particulièrement topiques pour les spécialistes de cette matière : « le sale imbroglio de l'Achille Lauro » ; « Sabra et Chatila » ; « Crimes sans châtement — le cas du capitaine Astiz ». Remarquablement documentés et analysés, ces chapitres constituent trois véritables études de cas dont les chercheurs et les enseignants tireront le plus grand profit. Ces passages ne seront pas repris dans notre rapide présentation limitée aux réflexions plus générales dans lesquelles ils sont englobés.

Le livre s'ouvre en effet par la prise en considération de l'existence et des conséquences de la violence nucléaire, « ce grand fait nouveau » (p. 46) des relations internationales. L'édition italienne (1986) était d'ailleurs plus restrictivement intitulée : « *Violenza e diritto nell'era nucleare* », et c'est au cours des éditions successives (anglaises en 1988 : « *Violence and Law in the Modern Age* ») que le champ d'observation de l'auteur s'est élargi. Après avoir minutieusement exposé « Hiroshima, Nagasaki et les règles de la communauté internationale » (chap. 1), après avoir expliqué (chap. 2) « pourquoi les Etats recourent impunément à la force » (la raison donnée étant celle des « trois noirs » des normes internationales, parmi lesquels V. p. 49 et 69 « l'absence de juges et de gendarmes » qui est « un mal auquel nous devons nous résigner sans trop de récriminations, sachant que le droit nous fournit au moins des points de repères que l'on peut faire valoir sur le plan éthique et politique »), A. Cassese en vient à la question : « le recours en premier aux normes nucléaires est-il vraiment interdit ? » (chap. 3). Sa réponse, tout en nuance comme on le verra p. 79 et 89, est : oui, d'une manière générale, sauf pour les cinq grandes puissances nucléaires et certains de leurs alliés qui se sont affranchis de cette interdiction. « Singulière aporie » (p. 90) : « placé devant le plus gros problème de notre époque, le droit ne dit donc pas catégoriquement et sans ambiguïté oui ou non, comme on le pense communément » (p. 92). Il découle en effet du caractère consensuel du droit international que « deux ou plusieurs Etats peuvent s'accorder *inter se* pour déroger à des normes ou à des interdictions générales, sauf certaines exceptions spécifiques (celles qui sont prévues par le *jus cogens*) parmi lesquelles ne rentre pas l'hypothèse de l'usage des armes nucléaires » (p. 90).

L'observation est intéressante pour les pénalistes, généralement obnubilés par les conventions (internationalisation consentie du droit pénal, dont il est vain d'attendre

qu'elle se retourne contre les Etats eux-mêmes), mais qui pourraient aussi chercher du côté de la coutume ou du *ius cogens*. La coutume est une piste déjà explorée par Claude Lombois, la seule qui permette d'échapper aux reproches de rétroactivité ou de non légalité paraissant à beaucoup comme des tares congénitales de la matière. Plus hardi encore serait maintenant de fonder certaines incriminations, à défaut des sanctions, sur le *ius cogens* et d'envisager ainsi le droit pénal, comme on le fait habituellement, sans aller d'abord solliciter l'avis des criminels ...

Après l'avoir rencontré à propos du capitaine Astiz, le livre revient dans une étude très fouillée et très à jour (non seulement Nuremberg, Eichman, l'affaire du Pelens ... mais aussi le lieutenant Calley jugé aux Etats-Unis, pour « l'apocalypse now » de My Lai et les procédures diligentées par le président Alfonsín contre les juntas militaires qui avaient régné sur l'Argentine de 1976 à 1983) sur le problème de l'ordre supérieur illégal, « Abraham et Antigone » (titre du chap. 7) étant « les emblèmes mythiques des deux réponses possibles » (p. 149) dans un tel cas. Les soldats devant désobéir aux ordres contraires au droit international, l'auteur note (p. 175) que « la cuirasse de la souveraineté de l'Etat a donc été lacérée, et ce en un de ses points les plus délicats : les rapports hiérarchiques à l'intérieur du système militaire ».

Le dernier chapitre (« Juges de choc dans la communauté internationale ») recense des affaires dans lesquelles des juges nationaux ont fait fi de la traditionnelle immunité de juridiction dont bénéficient les Etats devant les tribunaux étrangers ou de son prolongement, « l'immunité d'organe », revendiquée par ceux qui agissent en leur nom : affaire Shimoda au Japon, Filartiga, Letelier et Siderman aux Etats-Unis. Bien qu'il ne s'agisse, au bout du compte, que de responsabilité civile, il y a là de quoi encourager les actions (en justice) d'une association comme « Droit contre raison d'Etat »<sup>1</sup>, (sur lesquelles V. le livre d'O. Russbach, *la déraison d'Etat*, La découverte, 1987, ainsi que *Situation*, le journal bimestriel de *Droit international* 90).

Parmi les idées dont fourmille ce livre, toutes stimulantes pour l'esprit – et l'action – même si certaines sont juridiquement osées, voyez encore et enfin (p. 139, 140, 211 ...) la qualification de crime contre l'humanité appliquée à la torture avec la conséquence – désormais acquise sans que cette qualification soit nécessaire – d'une compétence universelle d'arrestation et de répression des auteurs de tels faits.

Michel MASSÉ

## VII. — CRIMINOLOGIE

*The Incest Perpetrator. A Family Member No One Wants to Treat*, publié par Anne L. Horton, Barry L. Johnson, Lynn M. Roundy, Doran Williams, Newbury Park, Londres, New Delhi, Sage Publication, 1990, 299 pages.

Le présent recueil d'études auquel ont participé des praticiens et des chercheurs (psychologues, psychothérapeutes, sociologues et travailleurs sociaux) dont le point commun est leur intérêt pour les problèmes posés par la violence en milieu familial, se propose d'abord de définir le phénomène de l'inceste et d'en identifier aussi précisément que possible les auteurs et dans un deuxième temps de tenter de déterminer les modalités de traitement de l'auteur mais aussi de la victime et de la famille.

Les auteurs de *The Incest Perpetrator* se fondent sur le résultat de quatre enquêtes nationales menées aux Etats-Unis qui indiquent :

1. Centre de recherche de l'Association, BP 136. 75223 Paris cedex 05.

— que 69 % des familles où ont été perpétrés des actes incestueux souhaitent néanmoins continuer à vivre ensemble ;

— que la majorité des auteurs d'inceste pensent qu'un traitement précoce les aurait empêchés de passer à l'acte.

Les modifications de la structure familiale (50 % de divorces aux Etats-Unis) et le développement d'études qui ne sont plus ciblées uniquement sur les pères biologiques, auteurs d'inceste sur leur fille, traités en milieu fermé, qu'il s'agisse d'établissements pénitentiaires ou d'hôpitaux psychiatriques, ont mis en évidence la diversité et l'extension de l'inceste. Il apparaît ainsi qu'un nombre important des actes incestueux sont commis non pas seulement par les pères biologiques mais aussi par des beaux-pères, si la mère est remariée, ou encore par le concubin de la mère, le « tabou » n'existant pas dans ces deux derniers cas. Les auteurs adoptant une définition large de l'inceste englobant tous les abus sexuels dont peuvent être victimes des enfants dans leur famille, le domaine de l'inceste se révèle être très large. Il ressort des enquêtes utilisées que les actes incestueux peuvent souvent être commis par des frères ou encore par la mère, même si ce type de comportement est rarement porté à la connaissance des autorités et s'il est moins stigmatisé.

Contrairement à ce qui était généralement admis, les auteurs d'inceste ne forment pas un groupe homogène présentant des caractères communs, ce qui permettrait de mettre plus facilement sur pied un traitement adéquat. On retrouve cependant chez beaucoup d'entre eux sinon un même type de personnalité, du moins des traits de personnalité communs, notamment un certain caractère antisocial et une plus grande facilité à enfreindre les « tabous ». On note aussi chez eux un isolement social qui atteint aussi leur famille. Enfin, une proportion très importante d'auteurs d'inceste ont eux-mêmes été victimes, dans leur enfance ou leur adolescence, d'abus sexuels. On comprend donc tout l'intérêt qu'il y a pour la société à détecter les actes d'inceste et à en traiter les auteurs.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée aux modalités de traitement de l'auteur d'inceste et de son entourage. Aux Etats-Unis, les cas d'inceste soumis aux juridictions répressives entraînent généralement des condamnations à l'emprisonnement ferme ou assorti du sursis avec mise à l'épreuve avec obligation de traitement. Cependant, le nombre des infractions de ce type rapportées aux autorités judiciaires étant relativement faible, par rapport aux actes effectivement commis, les auteurs insistent sur le rôle prépondérant qui doit être joué par les praticiens qui sont en principe soumis à l'obligation de signalement. Dès lors, une action de sensibilisation doit être menée pour pallier les lacunes de l'enseignement universitaire et leur manque d'expérience dans ce domaine. Il est donc capital que les praticiens prennent conscience que le risque d'inceste doit être systématiquement recherché chez tous leurs patients.

Les auteurs notent que « l'inceste inflige un traumatisme dévastateur et souvent à long terme à tous ceux qui y ont été impliqués même indirectement ». En conséquence, un traitement approfondi de l'auteur d'inceste, de la victime mais aussi de sa famille doit être mis sur pied. Ce traitement peut durer dix-huit mois à cinq ans, la durée optimale étant de vingt-quatre mois et doit être suivi d'une postcure. Deux programmes de ce type sont décrits : le CSATP (Child Sexual Abuse Treatment Program Principe) et le Child Sexual Offender Rehabilitation Program mis en oeuvre depuis 1980 pour les familles de militaires. Ces deux programmes dont la durée est variable tendent à rompre l'isolement social de l'auteur d'inceste et de la famille notamment par la mise en oeuvre de thérapies de groupe et impliquent la collaboration des différents intervenants (praticiens, services sociaux, services de police et de justice, familles elles-mêmes). Les principales phases sont :

— isolement de l'auteur d'inceste du reste de la famille, accompagné de l'intervention d'un praticien pour établir une évaluation des modalités de traitement ;

- organisation de visites surveillées de l'auteur d'inceste dans sa famille ;
- thérapies de groupe visant l'auteur d'inceste lui-même, la mère ainsi que le reste de la famille ;
- traitement individuel de la victime ;
- postcure et suivi de l'auteur d'inceste afin d'éviter les risques de récidive.

*The Incest Perpetrator* remet en question à la lumière d'enquêtes et de travaux récents des idées traditionnellement acquises en criminologie qui font de l'inceste un phénomène concernant principalement des pères biologiques étroitement typés au plan psychologique et sociologique. Ouvrage écrit par des praticiens pour des praticiens, il démontre l'importance primordiale du traitement dans un domaine où la répression ne peut suffire à éviter la récidive, à soulager la souffrance des victimes et à restaurer un climat familial qui favorise souvent la commission de l'inceste.

Claude ARRIGHI

## VIII. – POLICE

*The Police and the Public in England and Wales : A British Crime Survey Report*, par Wesley G. Skogan, Londres, 1990, Her Majesty's Stationery Office, A Home Office Research Unit, n° 117, 74 pages.

Les excellents *Home Office Research Studies* nous propose une étude sur les contacts entre population d'Angleterre et police. C'est un travail sur ce que le public attend de la police et sur ce qu'elle est capable de fournir. L'image de la police se dégrade : en 1982, 92 % des personnes interrogées considéraient que la police faisait un bon ou très bon travail, alors qu'ils n'étaient plus que 85 % en 1988. Les pourcentages donnant les meilleures opinions pour la police sont passés de 43 % en 1982 à 25 % en 1988. La confiance en la police s'est effondrée dans toutes les catégories de la société. Les facteurs les plus importants sont l'ethnicité et le sexe des personnes interrogées. Le rapport nous révèle que deux fois plus d'Afro-Caribéens, terminologie britannique pour désigner avant tout les Antillais souvent Jamaïquains, sont victimes d'impolitesse de la part de la police. Le rapport nous dit que les Afro-Caribéens et les Asiatiques ont une plus grande propension que les Blancs à appeler la police au téléphone ou à aller aux commissariat pour des problèmes d'infractions que pour toute autre chose. Parmi ceux qui n'ont pas contacté la police pendant les derniers quatorze mois, 13 % de Blancs, 16 % d'Afro-Caribéens et d'Asiatiques pensaient qu'elle faisait un mauvais travail. Sur ceux qui étaient allés voir la police, ou lui avaient téléphoné 14 % des blancs n'en étaient pas satisfaits alors qu'ils étaient 31 % chez les Afro-Caribéens et les Asiatiques. Ce sont les hommes afro-caribéens qui ont le plus de chances d'être contrôlés dans la rue, 48 % des jeunes gens (16-24 ans) interviewés avaient été arrêtés une fois dans la rue en 1987-1988. Pour les jeunes gens antillais, le pourcentage était de 56 %. Le résultat est que la police a plus de chance d'arrêter les jeunes gens célibataires au chômage et d'origine afro-caribéenne. Les jeunes, les minorités raciales ont le plus de chance d'avoir des rapports avec la police. Evidemment, ce sont les chômeurs et ceux qui viennent des classes sociales les plus défavorisées qui sont le plus souvent sanctionnés et à qui la police s'explique le moins sur sa conduite. 46 % d'Afro-Caribéens par rapport à 29 % de Blancs et 22 % d'Asiatiques considèrent qu'ils n'ont pas été traités courtoisement par la police.

Bien évidemment, les Antillais et les Asiatiques se plaignent de l'attitude raciste de la police. Dans la communauté afro-caribéenne, les dénonciations sont les plus fréquentes pour ce qui concerne les fouilles au corps. Les plaintes concernent les attitudes racistes, arrogantes, grossières de la police mais aussi les arrestations injustifiées, l'emploi inconsidéré de la force. Comme il n'y a pas corrélation automatique entre interventions,

fouilles et arrestations, ces pratiques du contrôle dans les rues semble avoir éloigné la police des minorités raciales. Les Afro-Caribéens sont aussi beaucoup moins satisfaits que les Blancs de la façon avec laquelle leurs cas sont traités au commissariat. De tels résultats nous montrent que la société anglaise s'est transformée en trente ans, que la police n'y jouit plus de la confiance et de l'estime comme auparavant. La société anglaise a perdu de son homogénéité raciale avec l'arrivée massive des citoyens venant du nouveau Commonwealth. Certes, l'ethnicité est aujourd'hui un facteur à ne pas négliger quand on étudie les problèmes relationnels entre police et public. Il est à noter que le parti conservateur britannique et Mme Thatcher en particulier n'ont pas toléré que se développe à leur droite un mouvement raciste et violent. Le « *National Front* » n'a jamais fait problème aux « *Tories* » parce que ceux-ci ont vite fait d'éliminer en leur sein les tenants de la discrimination et du rapatriement des minorités raciales comme Enoch Powell.

Le Royaume-Uni est devenu en trois décennies une société multiraciale avec toutes les tensions et problèmes que cela génère. La police britannique confrontée aux problèmes raciaux, syndicaux et terroristes doit faire face à ces nouveaux défis de la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Des études comme celles qu'on vient de décrire lui permettront de réduire les tensions entre communautés et de faire qu'elles redeviennent ce modèle tant admiré par les autres forces de l'ordre du monde entier.

Antoine J. BULLIER

## B. — BIBLIOGRAPHIE DES PÉRIODIQUES À CARACTÈRE SCIENTIFIQUE EN LANGUES FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRES\*

Frédéric-Jérôme PANSIER

*Magistrat au tribunal de grande instance de Bobigny  
Chargé de travaux dirigés à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) et d'enseignement  
à l'Institut d'études judiciaires de Paris V (René Descartes)*

### I. — POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

1. — DELMAS-MARTY (M.), Contraintes européennes et politique criminelle, *RTD homme*, 1992.427.
2. — GARLAND (D.), Criminological Knowledge and its Relation to Power : Foucault's Genealogy and Criminology Today, *British Journal of Criminology*, vol. 34, n° 4, 1992.403.
3. — JACKSON (J) et DORAN (S.), Diplock and the Presumption Against Jury Trial : a critique, *The Criminal Law Review*, 1992.755.
4. — MARAIS (C.W.), Policing Styles, *Acta Criminologica*, vol. 5, n° 1, p. 81.
5. — MARINUCCI (G.) et DOLCINI (E.), Note sul metodo della codificazione penale, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992.385.

\* Périodiques reçus au cours du second semestre 1992.

6. – PADOVANI (T.), La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma : il problema della communitaria edittale, *Riv. it. dir. proc. pen* 1992.419.
7. – PALIERO (C.E.), Metodologie de lege ferenda : per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio, *Riv. it. dir. proc. pen* 1992.510.
8. – STONE (N.), Pre-Sentence Reports, Culpability and the 1991 Act, *The Criminal Law Review*, 1992.558.
9. – TANTALO (M.), CONFIGLI (A.) et RAGO (C.), Validità ed attualità della pene detentiva, *Rass. it. crim.* 1992.391.
10. – VOUYOUCAS (C), Defesa social, protecção do ambiente e direitos fundamentais, *Rev. portuguesa de ciência criminal*, 1992.209.
11. – YOUNG (P.), The Importance of Utopias in Criminological Thinking, *British Journal of Criminology*, vol. 34, n° 4, 1992.423.

## II. – DROITS DE L'HOMME

12. – JOUVE (B.), Pas de réparation pécuniaire pour une détention provisoire dépassant le délai raisonnable de la Convention européenne des droits de l'homme (note sous Cour EDH, 26 juin 1991), *JCP* 1992.II.21931.
13. – LOMBOIS (C.), La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme, *D.* 1992.*Chron.*323.
14. – McLAUGHLIN (E.), The Democratic Deficit : European Union and the Accountability of the British Police, *British Journal of Criminology*, vol. 34, n° 4, 1992.473.
15. – ROUILLER (C.), L'effet dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. pén. suisse*, 1992.233.

## III. – HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

16. – Numéro spécial de *Social Justice*, vol. 19, n° 2 (été 1992), sur Columbus on Trial.

## IV. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

17. – CONTRERAS (J.C.), Falsas antinomia en la teoria del delito, *Anuario de derecho penal*, 1991.791.
18. – FIELD (S.), The Effect of Temperature on Crime, *British Journal of Criminology*, vol. 32, n° 3 (été 1992).340.
19. – HORDER (J.), Autonomy, Provocation and Duress, *The Criminal Law Review*, 1992.706.
20. – MILITELLO (V.), La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia, *Rev. trim. dir. pen economia*, 1992.101.
21. – PERIER-DAVILLE (D.), Le nouveau code pénal, *Gaz. Pal.* 1992, 25-26 et 27 oct. p. 4.
22. – RIPOLLES (J.L.D.), La categoria de la antijuridicidad en Derecho Penal, *Anuario de derecho penal*, 1991.715.
23. – ROBERT (J.-H.), Gare au code !, *Gaz. Pal.* 1992, n° 25, 26-27 oct. p. 2.

24. – SCLEHOFER (H.), Das error in persona des Haupttäterseine aberratio ictus für den Teilnehmer ?, *Goldammer's Archiv*, 1992.307.
25. – Numéro spécial de *Déviance et société* sur Femmes et droit pénal, vol. XVI, n° 3.

## V. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

26. – BORRICAND (J.), La France à l'épreuve du terrorisme : régression ou progression du droit ?, *Rev. dr. pén. crim.* 1992.709.
27. – COUZINET (M.), Permis à points et nouveau code pénal, *Gaz. Pal.* 1992, n° 25, 26-27 oct. p. 6.
28. – GRANDJEAN (C.), Attaques à main armée contre les établissements bancaires en Suisse et mesures de sécurité. Une étude empirique de la problématique du déplacement et de l'escalade de la violence, *Rev. crim.* 1992.200.
29. – PRADEL (J.), Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi (comm. L. n° 91-1264, 19 déc. 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants), *D.* 1992.*Chron.*229.
30. – SIEBER (U.), Computerkriminalität und andere Delikte im Bereich der Informationstechnik, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1992.697.
31. – Numéro spécial de *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 83, n° 1 (printemps 1992).

## VI. – DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

32. – BERNASCONI (P.), il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale, *Rev. trim. dir. pen Economia*, 1992.1.
33. – BESSE (F.), La lutte contre les contrefaçons en droit international : vers de nouveaux instruments ?, *Rev. crim.* 1992.180.
34. – BIHL (L.), Le délit d'abus de faiblesse. La loi du 25 novembre 1991 ou la frilosité du législateur, *Gaz. Pal.* 1992, n° 25-26 nov. p. 16.
35. – FORSYTH (A.J.M.), HAMMERSLEY (R.H.), LAVELLE (T.L.) et MURRAY (K.J.), Geographical Aspects of scoring Illegal Drugs, *British Journal of Criminology*, vol. 32, n° 3 (été 1992).292.
36. – GAVALDA (C.), Les notions de proportionnalité et de marché spécifique en matière d'abus de position dominante : application aux clubs de livres (note sous Com. 10 mars 1992), *D.* 1992.355.
37. – GUARDIA (C. de), L'agonie de la réglementation des changes, *Gaz. Pal.* 1992, n° 11, 12-13 oct.
38. – GUEMAOUTI (S.), Sécurité informatique, *Rev. crim.* 1992.208.
39. – MARTIN (D.), La carte de paiement et la loi (ou la puce maltraitée), *D.* 1992.*Chron.*277.
40. – NICOD (B.), La fin des chèques sans provision, *Gaz. Pal.* 1992, n° 14-15 oct.
41. – PAIRE (G.), Une publicité mensongère est pénalement condamnable, que son auteur soit un professionnel ou un particulier, *D.* 1992.430.
42. – PARDON (J.), Le blanchiment de l'argent et la lutte contre la criminalité axée sur le profit, *Rev. dr. pén. crim.* 1992.740.

43. — RUGGIERO (V.) et VASS (A.A.), Heroin Use and the Formal Economy : Illicit Drugs and Licit Economies in Italy, *British Journal of Criminology*, vol. 32, n° 3 (été 1992).273.
44. — SEMINARA (S.), Il delitto di abuso di ufficio, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992.562.
45. — SERANDOUR (Y.), L'avènement de la publicité comparative en France. Article 10 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JCP* 1992.I.3596.

## VII. — JUSTICE MILITAIRE

46. — ANDRIES (A.) et GORLE (F.), Chronique de droit pénal militaire, *Rev. dr. pén. crim.* 1992.927.
47. — RICHIELLO (G.), La disciplina del rifiuto del servizio militare di leva per motivi di coscienza, *Cassazione penale*, 1992, n° 592.

## VIII. — DROIT MÉDICAL ET BIOÉTHIQUE

48. — ANDORNO (R.L.), Bioéthique et droit : remarques sur deux projets de loi, *Gaz. Pal.* 1992 n° 9-10 déc. p. 2.

## IX. — PROCÉDURE PÉNALE

49. — BARLETTA-CALDARERA (G.), Le nouveau code de procédure pénale en Italie, *Rev. dr. pén. crim.* 1992.958.
50. — FOURNIER (A.), Une notion controversée : la notification des décisions de suspension ou annulation d'un permis de conduire en application de l'article L. 19 alinéa 2 du code de la route (note sous Crim. 17 mai 1990 et 22 mai 1991), *D.* 1992.509.
51. — JEROUSCHEK (G.), Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit, *ZStW* 1992.328.
52. — JULIUS (K-P), Zur Disponibilität des strafprozessualen Anwesenheitsgebots, *Goltdammer's Archiv*, 1992.295.
53. — MAYER (D.), Le pouvoir propre des chefs de parquet, tantôt pouvoir de désobéissance, tantôt pouvoir autonome de décision, *D.* 1992.426.
54. — O'CONNOR (P.), Prosecution Disclosure : principle, practice and justice, *The Criminal Law Review*, 1992.464.
55. — PATTENDEN (R.), Evidence of Previous Malpractice by Police Witnesses and R. v. Edward, *The Criminal Law Review*, 1992.549.
56. — TOUZALIN (H. de), Le contrôle judiciaire prend fin dès l'arrêt renvoyant l'intéressé devant la cour d'assises (note sous Crim. 19 déc. 1991), *JCP* 1992.II. 21895.
57. — WEIGEND (T.), Sanktionen ohne Freiheitsentzug, *Goltdammer's Archiv* 1992.345.

## X. — DROIT PÉNAL COMPARÉ

58. — ARTHUR (J.A.), Social Changes and Crime Rate in Puerto Rico, *Int. Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 36, n° 2 (été 1992), p. 103.

59. — GUO (J.), Le crime et son contrôle en République populaire de Chine, *Rev. crim.* 1992.150.
60. — HORVATH (T.), L'abolition de la peine de mort en Hongrie, *Rev. crim.* 1992.167.
61. — LENSING (H.) et RAYAR (L.), Notes on Criminal Procedure in the Netherlands, *The Criminal Law Review*, 1992.623.
62. — PIQUEREZ (G.), L'avenir de la procédure pénale suisse, *Rev. pén. suisse*, 1992.366.
63. — SPENCER (J.N.), The Aggravated Vehicle-Taking Act 1992, *The Criminal Law Review*, 1992.699.
64. — Numéro spécial de la *Revue canadienne de criminologie* sur le thème Justice pénale autochtone au Canada, 1992.281 à 516.

## XI. — DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET DROIT COMMUNAUTAIRE

65. — GRASSO (G.), Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992.831.
66. — LOMMEL (C.), L'Europe de 1993 et une criminalité sans frontières, *Rev. crim.* 1992.354.
67. — SCHUTTE (J.J.E.), The European Market of 1993 : Test for a Regional Model of Supranational Criminal Justice or of Interregional Cooperation in Criminal Law, *Criminal Law Forum*, vol. 3, n° 1, p. 55.
68. — WILSON (R.J.), Human Rights and Money Laundering : The Prospect of International Seizure of Defense Attorney Fees, *Criminal Law Forum*, vol. 3, n° 1, p. 85.

## XII. — PROBLÈMES DE L'ENFANCE ET DE L'ADOLESCENCE

69. — DOOB (A.N.) et BEAULIEU (R.A.), Variation in the exercise of judicial discretion with young offenders, *Rev. can. crim.* 1992.35.
70. — GRAVES (R.), OPENSHAW (D.K.) et ADAMS (G.R.), Adolescent Sex Offenders and Social Skills Training, *Int. Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 36, n° 2 (été 1992), p. 139.
71. — PEACOCK (R.), The relationship between the role personality determinant and crimes committed by black street children, *Acta Criminologica*, vol. 5, n° 1, p. 69.
72. — SONNEKUS (E.F.), Introduction to juvenile criminology as a field of specialisation, *Acta Criminologica*, vol. 5, n° 1, p. 55.
73. — UGLO (S.), DART (A.), BOTTOMLEY (A.) et HALE (C.), Cautioning Juveniles. Multi Agency Impotence, *The Criminal Law Review* 1992.632.

## XIII. — EXÉCUTION DES PEINES

74. — CAMPBELL (K.) Détermination de la peine, affaires correctionnelles et mise en liberté sous condition ; points communs, *Rev. crim.* 1992.287.
75. — FARRINGTON (D.P.), Criminal Career Research in the United Kingdom, *British Journal of Criminology*, vol. 34, n° 4, 1992.521.

76. – LILLY (J.R.) et KNEPPER (P.), An International Perspective on the Privatisation of Corrections, *Howards*, 1992.174.
77. – NESER (J.J.), Vrylating van gevangenes (sur la libération des détenus), *Acta Criminologica*, vol. 5, n° 1, p. 7.
78. – SERRAO (E.), Sulla sospensione condizionale delle pena, *Cassazione penale*, 1992, n° 586.

#### XIV. – SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

79. – BEEK (D.J. van) et MULDER (J.R.), A Motivational Tool and the Treatment Method for Sex Offenders in a Dutch Forensic Clinic, *Int. Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 36, n° 2 (été 1992), p. 155.
80. – BIRO (M.), VOCKOVIC (N.) et DJURIC (V.), Towards a Typology of Homicides on the Basis of Personality, *British Journal of Criminology*, vol. 32, n° 3 (été 1992), p. 361.
81. – CUSSON (M.), L'analyse criminologique de la prévention situationnelle, *Rev. crim.* 1992.137.
82. – DUTTON (D.G.) et HART (S.D.), Evidence for Long-Term, Specific Effects on Childhood Abuse and Neglect on Criminal Behavior in Men, *Int. Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 36, n° 2 (été 1992), p. 129.
83. – MITCHELL (B.), Preparing Life Sentence Prisoners for Release, *Howards* 1992.224.
84. – SCHNEIDER (H.J.), Criminology of Riots, *Int. Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 1992.173.
85. – Numéro spécial de *Crime, Law and Social Change*, vol. 18, n° 1-2 (sept. 1992) sur Issues and Theories on Covert Policing.

#### XV. – POLICE

86. – BENNETT (T.) et LUPTON (R.), A National Activity Survey of Police Work, *Howards*, 1992.200.
87. – McCONVILLE (M.), Videotaping Interrogations : police behaviour on and off camera, *The Criminal Law Review*, 1992.532.
88. – NICOLSON (D.), The Citizen's Duty to Assist the Police, *The Criminal Law Review*, 1992.611.
89. – SHAH (R.) et PEASE (K.), Crime, Race and Reporting to the Police, *Howards*, 1992.192.
90. – Numéro spécial de *Déviance et société*, sur le débat Le maintien de l'ordre : vaut-il mieux avoir des corps de police spécialisés ?, 1992.377 à 405.

#### XVI. – VARIA

91. – ALLDRIDGE (P.), Recognising Novel Scientific Techniques : DNA as a test case, *The Criminal Law Review*, 1992.687.

## C. — OUVRAGES REÇUS\*

Monique ROBICHON

Ingénieur au CNRS

## Politique criminelle et théorie générale du droit

- DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10<sup>e</sup> éd. Paris, Dalloz, 1992, 523 pages
- ISISC. 1972-1992. *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences. Institut supérieur international des sciences criminelles. Istituto superiore internazionale di scienze criminali*, préparé par M. Cherif BASSIOUNI, avec la coopération des Nations Unies, Syracuse, Zangara Stampa, 1992, 215 pages et photographies.
- MURPHY (Jeffrie G.), *Retribution Reconsidered. More Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht, Boston, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1992, 227 pages.
- BONAL (Raimon) et ROS (Adela), *La representacio social de la justicia*, Barcelone, Generalitat de Catalunya, Centre d'estudis jurídics i formacio especialitzada, 1992, 188 pages.
- Attacks on Justice. The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers. June 1991-May 1992*, publié par Mona A. RISHMAWI, Genève, Centre for the Independence of Judges and Lawyers, 1992, 224 pages.
- Crime and Justice. A Review of Research*, publié par Michael TONRY, vol. 16, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 1992, 419 pages.
- Criminal Policy and Sentencing in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Kriminalpolitik und Strafzumessung im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*, publié par Raimo LAHTI, Kimmo NUOTIO, Panu MINKKINEN, University of Helsinki, Department of Criminal Law and Judicial Procedure, 1992, 313 pages.
- FAGET (Jacques), *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Editions Erès, 1992, 208 pages.
- DUFE (R.A.), *Intention. Agency and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, Basil Blackwell Ltd. 1990, 219 pages.
- BIN-NUN (Ariel), *Le droit de l'Etat d'Israël. Une introduction*, traduction de l'anglais de Anne-Claude DUCOUT, adaptation de David COHEN, Paris, Britt International Publications, Litec, 1992, 174 pages.

## Droits de l'homme

- Vers un anti-destin ? Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, publié sous la direction de François GROS et Gérard HUBER, Paris, éd. Odile Jacob, 1992, 585 pages.
- JUNG (Heike), *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Berne, Stuttgart, Vienne, Verlag Paul Haupt, 1992, 271 pages.

\*. Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

### Histoire du droit pénal

- STRACHAN-DAVIDSON (James Leigh), *Problems of the Roman Criminal Law*, 2 vol. réimpression de l'ouvrage publié en 1912 à Oxford, at the Clarendon Press, Littleton, Col. Fred B. Rothman et Co., 1991, 245 et 287 pages.
- CARRILLO PRIETO (Ignacio), *Semblanzas y papeles penales mexicanos*, Mexico, Instituto nacional de ciencias penales, 1992, 456 pages.
- CONLEY (Carolyn A.), *The Unwritten Law. Criminal Justice in Victorian Kent*, New York, N. Y., Oxford University Press, 1991, 244 pages.

### Droit pénal général

- SOYER (Jean-Claude), *Droit pénal et procédure pénale*, 9<sup>e</sup> éd. Paris, LGDJ, 1992, 380 pages.

### Droit pénal spécial

- Criminal Law and the Environment. Proceedings of the European Seminar held in Lauchhammer, Land Brandenburg, Germany, 26-29 april 1992*, publié par Hans-Jörg ALBRECHT et Seppo LEPPA, Helsinki, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, 1992, 259 pages.
- PRADO (Luiz Regis), *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, 110 pages.
- VALENCIA M. (Jorge Enrique), *Estudios de derecho penal especial*, 2<sup>e</sup> éd. Bogota, Universidad externado de Colombia, 1990, 325 pages.
- Protection pénale du patrimoine archéologique. Textes réunis et présentés par Vincent NEGRI*, Paris, L'Hermès, 1992, 227 pages.
- PEDROSA MACHADO (Miguel), *Temas de legislação penal especial*, Lisbonne, Edições Cosmos, 1992, 152 pages.

### Droit pénal des affaires

- WELLS (Celia), *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 165 pages.

### Droit médical et bioéthique

- BAUDOIN (Jean-Louis) et BLONDEAU (Danielle), *Ethique de la mort et droit à la mort*, Paris, PUF, 1993, 127 pages.
- Medicine and the Law, publié par Diana BRAHAMS, Londres, Royal College of Physicians, 1990, 69 pages.
- SCHILTZ (Louis), HENNAU HUBLET (Christiane), NEU (Gast), MEISCH (Guy), *La responsabilité médicale en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant SA, 1992, 73 pages.

### Procédure pénale

- Code de procédure pénale. Mise à jour au 10 février 1993*, Paris, Dalloz, 1993, 235 pages.
- RASSAT (Michèle-Laure), *Procédure pénale*, Paris, PUF, 1990, 720 pages.

- Justice et psychiatrie*, Bordeaux, Ecole nationale de la magistrature, 1993, 270 pages.
- DALIGAND (Liliane), LORIFERNE (Dominique), REYNAUD (Charles-André), ROCHE (Louis), *L'évaluation du dommage corporel*, 3<sup>e</sup> éd. actualisée, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, Masson, Lyon, Editions Alexandre Lacassagne, 1992, 285 pages.
- PISANI (M.), MOLARI (A.), PERCHINUNNO (V.), CORSO (P.), *Appunti di procedura penale*, Bologne, Monduzzi Editore, 1992, 267 pages.
- DEL CARMEN (Rolando V.), *Criminal Procedure. Law and Practice*, 2<sup>e</sup> éd. Pacific Grove, Cal. Brooks/Cole Publishing Company, 1991, 483 pages.
- ZALMAN (Marvin) et SIEGEL (Larry), *Criminal Procedure. Constitution and Society*, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, West Publishing Company, 1991, 678 + 32 pages.
- BOHLANDER (Michael), *Verteidigernotdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Übertragbarkeit der britischen Duty Solicitor Schemes auf das deutsche Strafverfahren*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Berne, New York, Paris, Vienne, Peter Lang, 1992, 292 pages.
- Le serment*, 2 vol., I. *Signes et fonctions*, II. *Théories et devenir*, édité par Raymond VERDIER, Paris, éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1991, 457 et 486 pages.

#### Droit pénal international et droit communautaire

- Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français, notamment sur les droits de l'homme. Actes du colloque organisé à Poitiers les 13, 14, 15 mai 1991 par les facultés de droit de Nimègue et de Poitiers*, Paris, PUF, 1992, 287 pages.
- Frontières du droit, frontières des droits. L'introuvable statut de la « zone internationale »*, préface de François JULIEN-LAFERRIERE, Paris, éd. L'Harmattan, ANAFE, 1993, 240 pages.

#### Enfance et adolescence

- JOEL (Marie-Eve), CHARVET-PROTAT (Suzanne), *Analyse économique de la protection judiciaire de la jeunesse*, Paris, ministère de la Justice, Conseil de la recherche, Vanves, Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations, Evry, Diffusion, PUF, 1992, 141 pages.
- Physical Signs of Sexual Abuse in Children. A Report of the Royal College of Physicians*, Londres, Royal College of Physicians, 1991, 72 pages.

#### Pénologie et exécution des peines

- WHITE (Welsh S.), *The Death Penalty in the Nineties. An Examination of the Modern System of Capital Punishment*, Ann Arbor, Mich., The University of Michigan Press, 1991, 223 pages.
- RADELET (Michael L.), BEDAU (Hugo Adams), PUTNAM (Constance E.), *In Spite of Innocence. Erroneous Convictions in Capital Cases*, Boston, Northeastern University Press, 1992, 399 pages.
- KENSEY (Annie), *Le temps compté. Etude sur l'exécution des peines des condamnés à dix ans et plus, libérés en 1989*, Paris, ministère de la Justice, Direction de l'Administration pénitentiaire, Service de la communication, des études et des relations internationales, Travaux et documents n° 43, mars 1992, 99 pages.

## Criminologie

- ELLUL (Jacques), *Déviances et déviants dans notre société intolérante*, Toulouse, Editions Erès, 1992, 173 pages.
- DUFOUR-GOMPERS (Roger), *Dictionnaire de la violence et du crime*, Toulouse, Editions Erès, 1992, 458 pages.
- CARIO (Robert), *Femmes et criminelles*, Toulouse, Edition Erès, 1992, 330 pages.
- Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Institut de sciences pénales et de criminologie, ministère de la Ville, Délégation interministérielle à la ville et au développement social urbain, *La prévention de la criminalité urbaine*. Travaux du séminaire international de formation, *La prévention de la criminalité en milieu urbain*, Aix-en-Provence, 29 sept.-3 oct. 1991, et du XXVII<sup>e</sup> Congrès de l'Association française de criminologie, *La nouvelle politique française de prévention de la criminalité urbaine*, Aix-en-Provence, 4-5 oct. 1991, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1992, 270 pages.
- Villes en sécurité. Prévention de la délinquance, des drogues et de la toxicomanie*, Travaux de la deuxième Conférence internationale pour la sécurité, les drogues et la prévention de la délinquance en milieu urbain, Paris, 18-20 nov. 1991, Paris, Forum des collectivités territoriales européennes pour la sécurité urbaine, 1992, 308 pages.
- Penser la drogue. Penser les drogues*, 3 vol., I. *Etat des lieux*. Textes réunis par Alain EHRENBERG, II. *Les marchés interdits de la drogue. Evaluation européenne des connaissances*, sous la direction de Michel SCHIRAY, avec Maria-Luisa CESONI, Vincent BRACKELAIRE, German FONSECA, III. *Bibliographie*. Textes réunis par Alain EHRENBERG, Paris, Editions Descartes, 1992, 213, 239 et 264 pages.
- La prostitution. Quarante ans après la Convention de New York*. Actes du Congrès organisé à Bruxelles les 1, 2 et 3 mars 1990 par l'Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil et le Centre de recherche-action et de consultation en sexo-criminologie, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant SA, 1992, 486 pages.
- Séminaire franco-roumain « V.V. Stanciu », Bucarest, 9 mai 1992, Réflexions sur la victimologie*, Paris, Cahiers Vasile Stanciu, n° 5, 1992, 126 pages.
- LAGRÉE (Michel), CROUZEL (Henri), SEVRIN (Jean-Marie), VERGOTE (Antoine), BOYER (Frédéric), DUQUOC (Christian), *Figures du démoniaque, hier et aujourd'hui*, Bruxelles, facultés universitaires Saint-Louis, 1992, 155 pages.
- ANDERSON (Elijah), *Street Wise. Race, Class, and Change in an Urban Community*, Chicago et Londres, University of Chicago Press, 1990, 276 pages.
- CAMILLERI (Gérard) et LAZERGES (Christine), *Atlas de la criminalité en France*, Montpellier, Reclus, Paris, La Documentation française, 1992, 159 pages.
- ROCHÉ (Sébastien), *Le sentiment d'insécurité*, Paris, PUF, 1993, 311 pages.
- FAUGERON (Claude), LE BOULAIRE (Jean-Michel), *Quelques remarques à propos de la récidive*, Paris, ministère de la Justice, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP), *Etudes et données pénales*, n° 65, 1992, 26 pages.
- PEREZ DIAS (Claudine), LOMBARD (Françoise), *Les contraventions routières : de la constatation à l'exécution des sanctions*, Paris, ministère de la Justice, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP), *Déviante et contrôle social*, n° 58, 1992, 235 pages.
- Handicaps et inadaptation. L'impact socio-économique des accidents de la route. Séminaire CTNERHI/INRETS*, Les Cahiers du CTNERHI, n° 59, juill.-sept. 1992, 114 pages.

BRAKE (Michael) et HALE (Chris), *Public Order and Private Lives. The Politics of Law and Order*, Londres et New York, Routledge, 1992, 190 pages.

*Criminaliteitsbeeld van Nederland. Criminaliteit en veiligheid en preventie in de periode 1980-1991*, 's-Gravenhage, Ministerie van Justitie, Directie criminele preventie, 1992, 81 pages.

KURY (Helmut), DÖRMANN (Uwe), RICHTER (Harald), WÜRGER (Michael), *Opfererfahrungen und Meinungen zur Inneren Sicherheit in Deutschland. Eine empirische Vergleich von Victimisierungen, Anzeigeverhalten und Sicherheitseinschätzung in Ost und West vor der Vereinigung*, Wiesbaden, Bundeskriminalamt, 1992, 550 pages.

### Police

*Police d'Europe*, avec la collaboration de J.M. ERBES, J.C. MONET, A. FUNK, H. REINKE, P. PONSASERS, J. JANSSENS, Y. CARTUYVELS, M. DAUGE, J.J. GLEIZAL, C. JOURNES, S. PALIDDA, Paris, Editions L'Harmattan, Institut des hautes études de la sécurité intérieure, 1992, 266 pages.

LOUBET DEL BAYLE (Jean-Louis), *La police. Approche socio-politique*, Paris, Montchrestien, 1992, 158 pages.

HARRISON (John) et CRAGG (Stephen), *Police Misconduct : Legal Remedies*, 2<sup>e</sup> éd. Londres, Legal Action Group, 1991, 294 pages.

KUBE (E.), STORZER (H.U.) (eds.), CLARKE (R.V.) (Consulting Editor), *Police Research in the Federal Republic of Germany. 15 Years Research Within the « Bundeskriminalamt »*, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 304 pages.

### Varia

BODINEAU (Pierre) et VERPEAUX (Michel), *Histoire de la décentralisation*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1993, 127 pages.

DELPRAT (François), DIAZ (Nilda), *América latina en visperas del siglo XXI*, Paris, Milan, Barcelone, Bonn, Masson, 1992, 211 pages.

*Dictionnaire de sigles. Domaines économiques et sociaux*, Paris, Conseil économique et social, La Maison du Dictionnaire, 1992, 740 pages.

MAZEAUD (Denis), *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992, 448 pages.

Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, *Actes à cause de mort. Acts of Last Will*, LIX, Première partie, Antiquité, Antiquity, LX, Deuxième partie, Europe médiévale et moderne. Medieval and Modern Europe, Bruxelles, De Boeck Université, 1992 et 1993, 209 et 346 pages.

SAIRIGNÉ (Guillemette de), *Tous les dragons de notre vie... Chroniques du bord du gouffre*, Paris, Editions Fayard, 1993, 362 pages.

WUNENBURGER (Jean-Jacques), *Questions d'éthique*, Paris, PUF, 1993, 389 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 1993

## 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. BORRICAND**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie. – **F. BOULAN**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique. – **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. – **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **A. CHAVANNE**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth, Président de l'Association française de droit pénal. – **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. – **J. COSSON**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. DECOCO**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). – **J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. – **B. DUTHELLET-LAMONTHEZIE**, Président de chambre à la Cour de cassation. – **H. FERAUD**, Chef (E.R.) de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson. – **J.-C. FOURGOUX**, Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles. – **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. – **C. PIERRE**, Conseiller à la Cour de cassation. – **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **L. ROCHE**, Professeur honoraire à la Faculté de médecine Alexis-Carrel de Lyon. – **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. – **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. – **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **Ch. SOULARD**, Magistrat, Directeur du Centre européen de la magistrature et des professions juridiques. – **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. – **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général honoraire du Centre de recherches de politique criminelle. – **R. VIENNE**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation.

## COLLABORATEURS ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS

**J. ANDENAES**, Professeur honoraire à la Faculté de droit d'Oslo. – **Inkeri ANTTILA**, Professeur émérite de droit pénal à l'Université d'Helsinki, Directeur de l'Institut d'Helsinki pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, affilié à l'Organisation des Nations Unies.

- Le Professeur **M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. — **M. Ch. BASSIUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de l'Association internationale de droit pénal. — **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie yougoslave des sciences et de l'art. — **Ramsès BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. — **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général honoraire de la Cour de cassation (Italie), 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 Coïmbra. — **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 Coïmbra.
- 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 de jeunes. — **L. H. C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. — **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.
- H.-H. JESCHECK**, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal. — **H. JUNG**, Professeur à l'Université de Sarrebruck.
- G. KELLENS**, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. — **H.-J. KERNER**, Professeur à l'Université de Hambourg.
- Francisco P. LAPLAZA**, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. — **R. LEGROS**, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. — **L.-H. LEIGH**, Professeur à la London School of Economics and Political Science.
- F. H. Mc CLINTOCK**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Edimbourg, Directeur du Centre for Criminology and the Social and Philosophical Study of Law. — **K. MADLENER**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau. — **T. MORISHITA**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. — **Norval MORRIS**, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice.
- A. NELSON**, Professeur honoraire de l'Université d'Upsal. — **Eduardo NOVOA MONREAL**, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et sociales de Caracas.
- A. Edmundo OLIVEIRA**, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazone.
- F. C. PALAZZO**, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. — **O. PERIC**, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. — **G. D. PISAPIA**, Professeur 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. — **H. ROSTAD**, Conseiller à la Cour suprême de Norvège, Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. — **E. ROTMAN**, Visiting Researcher à la Harvard Law School.
- H. SCHULER-SPRINGORUM**, Professeur à l'Université de Munich, Président du Conseil scientifique criminologique du Conseil de l'Europe. — **H. SCHULTZ**, Professeur émérite de l'Université de Berne. — **Louis B. SCHWARTZ**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. — **R. SCREVEN**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. — **Sami SELÇUK**, Président de la 4<sup>e</sup> chambre criminelle de la Cour de cassation de Turquie. — **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. — **A. SOROUR**, Président du Parlement égyptien, Professeur à l'Université du Caire. — **D. SPINELLIS**, Professeur à l'Université d'Athènes. — **Dr. G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Établissement de Herstedvester (Danemark). — **D. SZABO**, Professeur honoraire à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.
- K. TIEDEMANN**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brigau. — **Luis Fernando TOCORA**, Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga. — **F. TULKENS**, Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, Président du Département de criminologie et de droit pénal.
- 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. VOYOUCAS**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université aristotéenne 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.



## Les grands arrêts du droit criminel Tome 2 : le procès, la sanction

 **Jean Pradel, André Varinard**



En dépit du principe de la légalité, tout le droit pénal n'est pas contenu dans la loi. Il suffit pour s'en convaincre de lire les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et même du Conseil constitutionnel, voire du Conseil d'État. La loi, en effet, ne fournit et ne peut fournir que des règles générales et abstraites dans des domaines circonscrits.

Il était donc indispensable que soit publiée une anthologie des grandes décisions rendues en matière criminelle dont l'ensemble constitue un véritable droit pénal jurisprudentiel.

C'est l'objectif des deux auteurs de l'ouvrage *Les grands arrêts du droit criminel*. Leur méthode consiste à choisir et à commenter l'arrêt ou les arrêts relatifs à une question. C'est ainsi que 86 questions sont retenues et 160 arrêts sélectionnés. Cet ensemble se répartit en deux tomes selon une méthode chronologique ; le premier traitant des sources du droit pénal et de l'infraction, le second s'attachant au procès et à la sanction.

3<sup>e</sup> éd. 1992, 368 p., 186 F. Recueils de grands arrêts Sirey.



### Les auteurs :

**Jean Pradel** est professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, ancien juge d'instruction.

**André Varinard**, professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin, Lyon III, Recteur de l'Académie de Reims.



 **Les règles  
de la profession d'avocat**

 **Jacques HAMELIN, André DAMIEN**

 La déontologie des avocats s'attache aux droits et aux devoirs de cette profession indispensable au bon fonctionnement de la justice dans une nation civilisée.

Issue de la morale, précisée par la tradition, l'étude des règles régissant la profession d'avocat nécessite un recours constant à des textes législatifs et réglementaires et à des décisions jurisprudentielles qui les éclairent.

Cet ouvrage étudie la déontologie de la nouvelle profession d'avocat résultant des réformes de la loi du 31 décembre 1990 qui définit et réglemente la fusion des avocats et des conseils juridiques.

Il aborde avec réalisme les adaptations nécessaires de la profession au temps présent tout en gardant à l'esprit sa vocation traditionnelle.

 **Jacques Hamelin**, ancien avocat à la Cour de Paris, a été membre du Conseil de l'Ordre.

**André Damien**, ancien bâtonnier du Barreau de Versailles, Président d'honneur de la conférence des bâtonniers de France, est Conseiller d'État.

7<sup>e</sup> éd 1992, 770 p., 220 F.

